

Nordisk Miljörättslig Tidskrift



Nordic Environmental Law Journal

2018:1

www.nordiskmiljoratt.se

Nordisk Miljörättslig Tidskrift/Nordic Environmental Law Journal 2018:1

ISSN: 2000-4273

Redaktör och ansvarig utgivare/Editor and publisher: Gabriel Michanek

Webpage <http://www.nordiskmiljoratt.se/omtidskriften.asp> (which also includes writing instructions).

Content

Gabriel Michanek; **Introduction** ... 5

Aðalheiður Jóhannsdóttir; **International Miljøret. Fra rammerne til reglerna, by Veit Koester** (book review) ... 7

Charlotta Zetterberg; **Generellt skyddade biotopskyddsområden och jordbruksdispensen** ... 13

Nicolas de Sadeleer; **National Control of GMO Cultivation in the EU. The path to reconciliation of opposed interests** ... 27

Minna Pappila; **Forestry and no net loss principle. The possibilities and need to implement NNL in forest management in Finland** ... 55

Maria Forsberg; **Landskapsplanering för naturvård och virkesproduktion – särskilt med koppling till ersättningsrätten** ... 81

Introduction

Gabriel Michanek

The twentieth issue of Nordic Environmental Law Journal includes five contributions. In the first, Aðalheiður Jóhannsdóttir reviews a book authored by Veit Koester: *International Miljøret. Fra rammerne til reglerna*. The book provides a comprehensive and up-to-date coverage of international environmental law including, inter alia, treaties and soft law instruments, principles, international organisations and procedures.

The second article is authored by Charlotta Zetterberg: *Generellt skyddade biotopskyddsområden och jordbruksdispensen*. An amendment 2014 in the Swedish Environmental Code extended the possibilities to grant exemptions from the general prohibition to damage certain small biotopes (e.g. stonewalls on agriculture land). The new dispensation rule applies to activities aiming to improve the preconditions for agriculture. The article examines the new legal situation, in particular the application of a “calculation tool” developed by the Swedish Board of Agriculture. The function of the tool is to indicate the economic sustainability of the agriculture. In the third article – *National Control of GMO Cultivation in the EU. The path to reconciliation of opposed interests* – Nicolas de Sadeleer analyses new EU rules from 2015 that increase the Member States’ control of the cultivation of GMOs. Not only environmental and health factors, but also economic considerations may be taken into account by the national authorities when deciding if cultivation of GM seeds or plants should be banned or restricted. The author discusses if the extended national power is consistent with the principle of free movement of GMOs within the internal market.

The final articles analyses the law on forestry and biodiversity protection. The fourth article is named *Forestry and no net loss principle. The possibilities and need to implement NNL in forest management in Finland*. Minna Pappila analyses the Finnish legislation and soft law regulation concerning forest management and points out several shortcomings in relation to the NNL principle. Maria Forsberg is the author of the fifth article: *Landskapsplanering för naturvård och virkesproduktion – särskilt med koppling till ersättningsrätten*. She argues that a forest landscape planning should

improve the possibilities to achieve nature conservation objectives, as well as the selection of areas for intensive forestry for the production of biomass etc. The article has a special focus on the relation between landscape planning and landowner's right to compensation when forestry is restricted.

Book review by Aðalheiður Jóhannsdóttir*

International Miljøret. Fra rammerne til reglerna

Veit Koester

Published by Jurist- og økonomforbundets forlag 2016, 882 pages

Veit Koester's book provides comprehensive and up-to-date coverage of international environmental law (IEL). The book contains 19 rather large but well organised chapters, tables of treaties and cases, a list of abbreviations, an index, and, finally, 30 illuminating and personal notes made by the author. Not only do the personal notes provide further insight into the subject of international environmental law, they also reflect the author's personal experience as an active participant in the making of IEL.

The first of the book's 19 chapters opens with a traditional discussion of the author's motivations for writing the book, which is generally to explain the framework of IEL, international organisations, procedures, principles and rules.

Highlighting not only the most important treaties of IEL, but also important soft law instruments, including the Stockholm Declaration and the Rio Declaration, and action plans, including Agenda 21, Chapter 2 provides an overview of the history of IEL, which the author divides into three phases. The first emphasises the development that took place before the Stockholm Conferences of 1972. The second focuses on the years between 1972 and 1992, that is, between the Stockholm Conference and the Rio Conference. Finally, the third gives an account of the development from 1992 until 2012.

As IEL is one of the areas of Public International Law (PIL), some of the fundamentals of PIL are outlined in Chapter 3. The author discusses the traditional PIL sources, cf. Article 38 of the Statute of the International Court of Justice, highlighting some general principles of international law, including the no harm-principle and *pacta sunt servanda*, which are well-established principles of IEL. He then explains a few fundamental concepts, including sovereignty, territorial sovereignty, the territorial sea, the exclusive economic zone (EEZ), the continental shelf, the high seas, the legal status of the air space, outer space, and several aspects of state's jurisdiction, including jurisdiction over persons. Attention is given to the principles of state responsibility and the 2001 Draft Articles on Responsibility of States for International Wrongful Acts, and to the rules on the peaceful settlement of disputes.

Chapter 4 gives a brief account of the relation between PIL and Danish national law. Its point of departure is the fact that in line with the principles of the Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT), international obligations are binding upon the parties and need to be fulfilled by them. To prepare the reader for the rest of the chapter, Koester explains the basic differences between monist and dualist doctrines – Denmark being a “dualist” state. Koester then moves on to the Danish Constitution and explains its ratification principles and the Folketing's role when the Danish States takes on international obligations. Supported by several examples from interna-

* Professor of Environmental Law, Faculty of Law, University of Iceland, adalheid@hi.is, <https://www.hi.is/staff/adalheid>

tional environmental treaties, Koester outlines, from a Danish point of view, what needs to be done nationally to fulfil international treaty obligations. He discusses two methods: by incorporation of the treaty language into national law or by national law referring to the obligation. Based on, *inter alia*, several examples drawn from Danish statutes and case law, and the environmental obligations stemming from the EU, Koester's assessment is that the fulfilment of international environmental obligations has not caused problems. At the same time, he is well aware that an in-depth analysis is needed.

Chapter 5 describes the connection between the laws of the EU and PIL, with an emphasis on international environmental obligations. The author commences by outlining a few of the changes that membership of the EU entails for its Member States (MS), the EU's role as an international actor in the environmental field, the EU's and the MS' competence in relation to international obligations, and the implementation of those obligations into EU law. Some 70 % of the EU's environmental acts have their origin in IEL. Koester outlines, *inter alia*, the principle of shared competence in environmental matters, cf. Article 4 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), and the legal foundation for EU's environmental policy. In accordance with Articles 191–193 of the TFEU, where the policy is outlined in more detail, EU environmental policy shall at the international level promote measures to deal with regional or worldwide environmental problems, and shall in particular combat climate change. Moreover, the EU and the MS are to cooperate with third countries and competent international organizations, and the EU's cooperative arrangements may be the subject of agreements between the EU and the third parties concerned. On the basis of settled EU-case law, Koester goes deeper into the relationship between international treaties and EU law.

He explains the pre-emption doctrine, which entails the primacy (supremacy) of EU law over the laws of the MS, and discusses the primacy in the environmental fields of international treaties concluded by the EU. With an emphasis on environmental treaties, the author explains some procedural issues and the role of the various EU bodies in relation to treaties where the competence is shared between the EU and the MS. He outlines some of the interesting case law of the Court of Justice of the European Union (CJEU) in the field, including Case C-459/03 (*Commission v. Ireland*, also known as the MOX case). Compared with other available textbooks on IEL, Koester's analysis on the EU and PIL/IEL is a welcome addition to the subject.

Chapter 6 deals with international environmental governance (IEG). Koester begins by pointing out how unclear the term IEG actually is. It encompasses international procedures and institutions which deal with undertaking (or entering into) and implementing international environmental obligations. The author discusses the origins of IEG in the Stockholm Conference and highlights some of its cornerstones, such as the furtherance of synergies and cooperation between international environmental regimes – which is far from being uncomplicated in the author's view. He also discusses procedures and the cooperation of states in solving environmental problems.

Chapter 7 addresses the topic of international environmental actors. Here, unsurprisingly, states play a decisive role, in line with the principles of PIL. Koester also highlights international organisations (IGOs), which are instrumental when it comes to IEL development and implementation, and the permanent secretariats, which have been established in line with particular IEL treaties. Although their function varies, these are usually responsible for the organising meetings and international cooperation between treaties,

etc. The author provides good descriptions of the legal foundation and the role of several important secretariats, including that of the Convention of Biological Diversity (CBD). Koester also outlines the importance for the environmental field of the United Nations (UN) and its organs, including the General Assembly (GA), regional organisations, including the United Nations Economic Commission (UNECE), and specialised organisations in the environmental field, such as the United Nations Environmental Programme (UNEP), the Food and Agricultural Organization (FAO), the International Maritime Organization (IMO), the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO), the World Health Organization (WHO), etc. Koester also explains the role of regional organisations, which deal with environmental issues, including the Council of Europe and the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD). Koester gives attention to both the Nordic Council and to the Nordic Council of Ministers, outlining the environmental cooperation of the Nordic states, which is now, *inter alia*, focused on the Arctic. The role of other influential international environmental organs or organisations, such as the International Union for the Conservation of Nature (IUCN) and finally international non-governmental organisations (NGO) and their importance as political actors in the environmental field is outlined.

Chapter 8, one of the largest chapters in Koester's book, gives an account of the Conference or the Meeting of the Parties (COP, CP or MOP etc.). The discussion begins by relating some historical facts to COPs, outlining how first environmental treaty to contain COP provisions, namely the Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora (CITES), shaped the development of other IEL treaties. The chapter explains the main arguments for establishing COPs – which are, *inter*

alia, to flesh out the very often framework obligations of multilateral environmental agreements (MEAs) – and to allow for further development of the MEAs and their obligations without having to change the operative text of the MEA each time. The tasks, powers and decision-making procedures of COPs vary, and depending mainly on the operative text of the MEA in question. As COPs may take decisions, many of which are meant to further the development of framework-like obligations, Koester points out the differences in the legal value of such COPs decisions, which *inter alia*, depend on how the operative text of the treaty is structured.

The MEAs, their making, entering into force, suspension and termination, are the subject of Chapter 9. MEAs, like any other international treaties, are subject to the VCLT's principles. Koester manages, however, to identify aspects, which are particular and common to MEAs. These include their aim to tackle changing environmental problems, their usually open-ended and framework-like provisions, which are sometimes addressed in further details in protocols to the MEA in question, the need for the necessary tools to enable to parties to change the MEA, its protocols and in some instances its annexes, and the prohibition of reservations.

The subject of Chapter 10 is the structure and general substance of MEAs. Through providing well-chosen examples from environmental treaties, the author highlights several common features of the post 1970 MEA. A preamble usually provides the treaty a particular political and legal context, including references to important conferences and environmental principles. Furthermore, most recent MEAs contain a provision stating the overall objective of the MEA in question; a provision defining the most important terms used in the treaty, and provisions on the MEA scope of application, typically present in MEAs relating to the sea. Moreover, some

MEAs outline particular principles relevant for the environmental field being regulated. Many MEAs contain provisions or chapters outlining the general obligations of the parties. Some of the provisions treat implementation in relatively general terms, whereas others provide more specific guidance to the parties on what needs to be done nationally. Many MEAs contain provisions on the co-operation of the parties, on transfers of technology to other parties, and on environmental monitoring. Koester draws attention to a group of MEAs that are, *inter alia*, meant to enhance public awareness and which contain, in some instances, procedural and rights-oriented provisions, including provisions on access to information and on public participation in environmental decision-making.

Chapter 11 concerns the regulatory methods and mechanisms of MEAs. By providing examples drawn from the relevant treaties, the author presents an overview of the different methods and approaches used to place obligations on the parties. This includes standards obliging the parties to take decisive actions to reach the desired result, for instance the elimination of pollution caused by dumping; the restriction of the production and usage of certain substances and chemicals; the setting of emissions standards for polluting substances; quality standards for environmental quality, e.g. for water; approaches such as best available techniques (BAT) and best environmental practice (BEP); prohibitions and restriction of the usage of dangerous goods, processes or activities, *inter alia*, dumping of hazardous waste; restrictions on import and exports, for example of hazardous waste; licensing of certain activities, for instance of the introduction of certain harmful substances into the environment; the usage of prior informed consent (PIC) and advance informed agreement (AIAs) in relation to international trade in chemicals and living modified organisms (LMOs); standards on plan-

ning and protected areas; procedural tools such as environmental impact assessment (EIA) and similar tools, which are present in several MEAs; the special tools of the climate regime, including emission trading with allowances, joint implementation and the clean development mechanisms; and finally, clauses on the settlement of disputes, for which purpose several MEAs have their own mechanisms.

Chapter 12 provides an overview of the character of MEAs obligations, apart from their subject matter, which resemble other international obligations. In this chapter, however, Koester brings out an interesting issue, characteristic of IEL, namely the fact that MEAs do not usually contain reciprocal obligations, so that any party could institute action against another party even though the former has not suffered any damage (*obligations erga omnes partes*).

In Chapter 13, the interpretation of MEAs is highlighted. The author by outlining the general rules of interpretation, cf. VCLT (Articles 31–33), analyses international case law, including *Tuna-Dolphin II–Mexico* (2012), *Chagos Marine Protection Area Arbitration* (2015), *Whaling in the Antarctic* (2014), *Pulp Mills on the River Uruguay* (2012), and other recent environmental cases, and draws attention to how the interpretation takes place. In addition, Koester gives several examples from settled case law, of the importance given by international courts and arbitral tribunals to typical principles of environmental law, such as the precautionary principle and EIA principles.

In Chapter 14, Koester addresses an interesting subject or IEL namely international custom. After outlining the standard requirements for establishing the existence of customary international law, he discusses several environmental principles (or rules), commenting on their status as customary laws. These include the *no-harm principle*, which is generally accepted as international customary law; the preventive principle,

which is closely connected to the no-harm principle; the precautionary principle, which may have achieved customary status; the duty to undertake an EIA for activities expected to have considerable environmental impact, which has evolved into a duty; and the polluters pay principle, which does not have a strong status in the international legal system. The chapter also addresses concepts (or principles) such as sustainable development and the different views on its content and status. Finally, the principles of common but differentiated responsibilities, common concern, and common heritage of mankind are explained and commented on.

Chapter 15 gives an account of soft-law, which is an important IEL tool, covering a variety of instruments including UN resolutions, declarations, action plans, guidelines, memoranda of understanding, COP decisions, etc. Even though soft-law has many definitions, it is fundamentally different from hard-law, and is not legally binding. The question as to why soft-law is used as a tool for environmental protection is addressed by the author. For many reasons it is usually easier for states to agree on a soft-law instrument, since as a rule these do not require the participation of the legislative assembly, nor do they need to be implemented into a legal system in the form of legislation. On the other hand, soft-law is not an alternative to hard-law, and is usually supplementary to environmental treaties. Koester addresses the value of soft-law and the fact that even though it is not legally speaking binding, many states feel bound by it. Furthermore, soft-law principles are sometimes further elaborated in MEAs, and transformed into hard-law rights and duties.

In Chapter 16 Koester addresses reporting duties, which are sophisticated and standardised in some MEAs, and other compliance control. In the background is Article 26 of the VCLT, or the principle of *pacta sunt servanda*. Most recent MEAs

require the parties to report on a periodic basis to the COP (CP, MOP, etc.), on their implementation efforts and, when relevant, on environmental conditions. Some MEAs permit NGOs to submit information and comments. The purpose of reporting is, *inter alia*, to evaluate the effectiveness of the relevant MEA and, if necessary, to take further environmental measures. As the author outlines, MEA compliance control mechanisms are usually “soft” and are usually non-judicial, non-confrontational, transparent, flexible and consultative, in line with the relevant provisions of the individual MEA. Some MEAs allow NGOs to submit complaints to compliance organs, which process them and comment on them, see, e.g., the role of the compliance committee established in line with the Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters (1998) (the Aarhus Convention).

Chapter 17, on the international rules on the responsibility of states, provides and to the point coverage of the principles applicable to environmental damage and of the relevant case law. In addition, the author outlines the principal rules of the 2001 International Law Commission’s Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts and of the Draft Articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities. The author then provides a short overview of the rules on liability and compensation applicable to particular activities.

International human rights and the environment are the subject of Chapter 18. Koester begins by highlighting the importance of environmental quality for human life. Like many other scholars tackling the subject, he then discusses global human rights treaties, which do not directly address the issue. On the other hand, a few regional human rights conventions do address the issue, as does some case law, which the author discusses. As he outlines, for the European

Convention for the Protection of Human Rights (ECHR), which lacks a provision connecting human rights to environmental quality, the European Court of Human Rights has accepted environmental arguments since 1990, and has developed a body of environmentally related case law containing both substantive and procedural rights based on ECHR Article 2, 6 and 8.

Finally, in Chapter 19, the author addresses a few aspects of IEL and international trade, *inter alia*, the World Trade Organization's (WTO) regime, including the principles of the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT), as well as WTO case law.

Even though the book is written in Danish it does not, with a few exceptions, cover international environmental law from an exclusively

Danish perspective. Furthermore, seen in a Nordic context, it can be presumed that the book is accessible to speakers of other Nordic languages. Koester manages to highlight several issues, which are not covered by other authors in the field of IEL, including an in-depth analysis of the conference or the meeting of the parties, cf. Chapter 8, and the making of MEAs, as covered by Chapter 9. It is clear from Koester's approach, which is often very detailed and descriptive, but at the same time tied to the MEAs and the available case law, that he has in mind a broad range of readers, including non-lawyers. As a result, the book manages to provide professionals, law students and the public with solid foundation in IEL.

Generellt skyddade biotopskyddsområden och jordbruksdispensen

Charlotta Zetterberg*

Inledning

Trots en internationell konvention om biologisk mångfald med preciserade miljömål (de s.k. Aichimålen) och svenska miljömål om t.ex. ett rikt odlingslandskap är hotbilden mot den biologiska mångfalden i världen och Sverige oroande. Enligt Maxwell m.fl. är de överlägset största orsakerna till minskningen av biologisk mångfald i världen överexploatering och intensifierat jordbruk.¹ Ungefär hälften av de rödlistade arterna i Sverige är beroende av jordbrukslandskapet och enligt Artdatabanken finns den högsta andelen hotade arter i just jordbrukslandskapet.² De artrika ängs- och betesmarkerna har drastiskt minskat i Sverige under en 150-års period fram till mitten av 1990-talet för att sedan öka något som en konsekvens av Sveriges inträde i EU vilket medförde att miljöersättningar till lantbruket för skötsel och restaurering av ängs- och betesmarker infördes. Sedan början av 2000-talet ser

arealen ängs- och betesmark i Sverige ut att ligga på en någorlunda konstant nivå av omkring en halv miljon hektar.³ Det råder knappast någon tvekan om att den ökande effektiviseringen inom jordbruket, genom större brukningsenheter och att småbiotoper (t.ex. öppna diken, stenmurar) tas bort, leder till att variationen inom jordbrukslandskapet minskar. Förlusten av äldre tiders mosaikartade landskap slår hårt mot pollen- och nektarsökande insektsarter och landskapsförändringarna har även medfört en minskning av flera av jordbrukslandskapets fågelarter.⁴ Det förs ingen officiell statistik över småbiotoper i jordbrukslandskapet men enligt Artdatabanken sker sannolikt en successiv minskning genom igenväxning och aktivt undanröjande av småbiotoper. En annan anledning är att andelen småbiotoper som sköts med miljöersättning har minskat och i det nuvarande landskapsprogrammet för 2014–2020 har ersättningen för skötsel av landskapselement helt tagits bort.⁵ Dessutom gjorde

* Prof. i miljö rätt, Juridiska fakulteten, Uppsala universitet. Jag är tacksam för värdefulla kommentarer på en tidigare version av artikeln från Jörgen Wissman vid Centrum för biologisk mångfald, Sveriges Lantbruksuniversitet samt från kollegiet vid det högre seminariet i miljö rätt vid Juridiska fakulteten, Uppsala universitet. Artikeln har skrivits inom ramen för forskningsprogrammet Naturskydd och dispenser, som finansieras av Naturvårdsverket.

¹ Maxwell, S. L., Fuller, R. A., Brooks, T. M., & Watson, J. E.M., Biodiversity: The ravages of guns, nets and bulldozers, *Nature* 536, 143–145.

² Sandström, J., Bjelke U., Carlberg, T. och Sundberg, S., Tillstånd och trender för arter och deras livsmiljöer – rödlistade arter i Sverige 2015, Artdatabanken rapport 17, s. 16, 20.

³ Svenskt jordbruk i siffror 1800-2004, Statistik från Jordbruksverket 2005:6, Hasund, K., P., Kataria, M. och Lagerkvist, C., J., Valuing public goods of the agricultural landscape: a choice experiment using reference points to capture observable heterogeneity, *Journal of Environmental Planning and Management*, volume 54, 2011, issue 1, (31–53), s. 31. Markanvändningen i Sverige, sjätte utgåvan, SCB 2013, s. 44.

⁴ Sandström, J., Bjelke U., Carlberg, T. och Sundberg, S., Tillstånd och trender för arter och deras livsmiljöer – rödlistade arter i Sverige 2015, Artdatabanken rapport 17, s. 23.

⁵ Sandström J., Bjelke U., Carlberg, T. och Sundberg, S., Tillstånd och trender för arter och deras livsmiljöer – rödlistade arter i Sverige 2015, Artdatabanken rapport 17,

en lagändring 2014 i miljöbalken det möjligt att lättare få dispens för att ta bort småbiotoper.

Syftet med denna studie är att analysera tillämpningen av dispensregeln efter den ändring som skedde 2014 mot bakgrund av miljömål om biologisk mångfald och krav på rättssäkerhet (i meningen enhetlighet och förutsägbarhet i tillämpningen av dispensregeln). Närmast ges en bakgrund till lagändringen och i nästkommande avsnitt behandlas vad som menas med olika begrepp i dispensregeln. Ett avsnitt analyserar kravet att den åtgärd som det söks dispens för ska vara avsedd att utveckla eller bibehålla ett "aktivt brukande" av jordbruksmark. Därefter behandlas dispensregelns krav på att biotopskyddets syften fortfarande ska kunna tillgodoses, det ena med hänsyn till vilken betydelse "förekomst av samma typ av biotopskyddsområde", det s.k. förekomstkriteriet, har och det andra med avseende på vilken betydelse naturvärdet i biotopskyddsområdet i sig och dess bidrag i landskapet, har (det s.k. egnanaturvärdeskriteriet). Dispensregeln analyseras här utifrån såväl ett miljömålsperspektiv som ett rättssäkerhetsperspektiv och i fokus står några för dispensregeln relevanta mål avgjorda av Mark- och miljööverdomstolen (tidigare Miljööverdomstolen).

s. 24. Jfr det tidigare lantbruksprogrammet 2007–2013. I Riksantikvarieämbetets rapport från 2016 beskrivs brister i hur ersättningen har fungerat. Se närmare i Behövs ersättningar till jordbrukare för skötsel av kulturmiljöer? En utvärdering av miljöersättningen till natur- och kulturmiljöer i Sveriges landsbygdsprogram 2007–2013, http://samla.raa.se/xmlui/bitstream/handle/raa/9879/Rapp%202016_20.pdf?sequence=1. I Jordbruksverkets förstudie Utvärdering av miljöersättningen för natur- och kulturmiljöer beskrivs vissa förtjänster (bl.a. vad gäller igenväxningsvegetation) med miljöersättningen för biologisk mångfald. <https://www.jordbruksverket.se/download/18.37e9ac46144f41921cd1f378/1402400546043/F%C3%B6rstudie+natur+och+kulturmilj%C3%B6er.pdf>

Bakgrund

Det generella biotopskyddet infördes 1991 i den då gällande naturvårdslagen i syfte att skydda särskilt viktiga livsmiljöer för djur och växter genom att förbjuda åtgärder som kan skada dessa.⁶ Tanken var att den utarmning av biologisk mångfald som är en följd av den effektivisering som skett inom jordbruket, ska bromsas genom biotopskyddet.⁷ Skyddet överfördes sedan till miljöbalken. De generellt skyddade biotopskyddsområdena utgör lätt igenkännbara områden av visst slag i landet eller i en del av landet. Följande biotoper omfattas: alléer, källor med omgivande våtmark i jordbruksmark, odlingsrösen i jordbruksmark, pilevallar, småvatten och våtmark i jordbruksmark, stenmurar i jordbruksmark och åkerholmar.⁸ Utifrån ett jordbrukarperspektiv är skyddet av framför allt diken, stenmurar och odlingsrösen hindrande.⁹

Skyddet gäller var biotoperna än förekommer i landet och består främst i ett förbud mot att skada naturmiljön. Vissa undantag finns, bl.a. omfattas inte områden i omedelbar anslutning till bebyggelse av skyddet.¹⁰ Om det finns *särskilda skäl* får dispens från förbudet meddelas i det enskilda fallet, 7 kap. 11 §, 2 st. miljöbalken.¹¹ Vid prövning av dispensen är omständigheterna och förutsättningarna i det enskilda fallet avgörande för om dispens kan meddelas eller inte.

Dispensregeln i 7 kap. 11 §, 2 st. miljöbalken prövades i en dom från Miljööverdomstolen 2006 i fråga om igenläggning av tre öppna diken för att skapa ett rationellare jordbruk. Miljööverdomstolen kom mot bakgrund av förarbetena fram till att dispensregeln är till för "vissa oför-

⁶ Naturvårdslagen (1964:822). Prop. 1990/91:90, se också prop. 1993/94:30.

⁷ Prop. 1990/91:90, s. 391.

⁸ 7 kap. 11 miljöbalken samt 5 § och bilaga 1 förordningen (1998:1252) om områdesskydd.

⁹ Prop. 2013/14:141, s. 112.

¹⁰ 8 § förordningen (1998:1252) om områdesskydd.

¹¹ 7 kap. 11 §, 2 st. miljöbalken.

utsedda situationer". Eftersom möjligheten till en mer rationell jordbruksdrift inte kan anses ha varit "oförutsedd" vid skyddets införande menar domstolen att det argumentet inte ensamt kan anses utgöra särskilda skäl i dispensregeln.¹²

2014 infördes så en utökad dispensmöjlighet för jordbruket. Syftet var att underlätta för ett varaktigt bedrivande av jordbruket vilket sägs bidra till en ökad acceptans för biotopskyddet samtidigt som det skulle gynna den biologiska mångfalden.¹³ En utökad möjlighet till dispens kan göra att nedläggning av jordbruk förhindras och att förutsättningarna för att bevara öppna jordbrukslandskap (inkl. biologisk mångfald) förbättras. Naturvårdsverket menar att om brukandet skulle upphöra kan det medföra att naturbetesmarker, diken och våtmarker växer igen, vilket kan ge sämre förutsättningar för de växt- och djurarter som är beroende av sådana miljöer.¹⁴ En flytt eller ett borttagande av hela eller delar av en skyddad biotop, t.ex. ett dike eller en stenmur, möjliggör hopläggning av smala eller små åkrar till större sammanhängande enheter och därmed förbättras arronderingen, d.v.s. fältens form, storlek och läge i förhållande till andra fält samt till byggnaderna i jordbruksföretaget. Detta gör det lättare för dagens större och bredare maskiner. Vidare kan miljöbelastningen minska genom att ineffektiv körning och ineffektiv användning av växtskyddsmedel minskar, samt att vändtegar och markpackning undviks.¹⁵ Argumenten innebär med andra ord att den biolo-

giska mångfalden som gynnas av biotopskyddet avvägs mot ekonomiska intressen men också sådana som mer eller mindre direkt kan gynna andra miljöintressen.

När det handlar om en åtgärd som är avsedd att underlätta för jordbruket anses det sedan 2014 finnas *särskilda skäl* för dispens om förutsättningarna i 7 kap. 11b§ miljöbalken är uppfyllda. Den nya regeln, 7 kap. 11b§ miljöbalken, utvecklar vad som ska anses vara särskilda skäl för dispens och lyder:

"När en fråga om dispens enligt 11 § andra stycket avser att inom ett biotopskyddsområde enligt 11 § första stycket 1 vidta en åtgärd som underlättar för jordbruket, ska det anses finnas särskilda skäl för dispens om

1. åtgärden behövs för att utveckla eller bibehålla ett aktivt brukande av jordbruksmark, och
2. biotopskyddets syften fortfarande kan tillgodoses med hänsyn till förekomsten av samma typ av biotopskyddsområde eller med hänsyn till naturvärdena hos det biotopskyddsområde som dispensen avser och de naturvärden som biotopskyddsområdet bidrar till i landskapet."

Förutsättningarna i första och andra punkten är kumulativa, d.v.s. båda förutsättningarna i 11b§ måste vara uppfyllda för att dispens ska kunna beviljas, men i fråga om förutsättning 2. om biotopskyddets syften fortfarande kan tillgodoses kan det ske antingen med hänsyn till förekomst av biotopskyddsområden i området eller med hänsyn till biotopskyddsområdets egna naturvärde och vad det bidrar till i landskapet. Som framgår representerar första punkten ett enskilt intresse (främst) och den andra punkten ett allmänt intresse. Om dispensregeln är tillämplig

¹² MÖD 2006:16. Prop. 1997/98:45, del 1, s. 314. Se också Michanek och Zetterberg, Den svenska miljörätten, Iustus 2017, s. 225.

¹³ Prop. 2013/14:141, s. 112f.

¹⁴ Tillämpning av 7 kapitlet 11b § miljöbalken 1998:808 Vägledning för prövning av en ansökan om dispens för en åtgärd som underlättar för jordbruket, Naturvårdsverket 2014-11-13, s. 7.

¹⁵ Biotopskyddsområden Vägledning om tillämpningen av 7 kap. 11 § miljöbalken, Naturvårdsverkets handbok 2012:1, December 2012, s. 105, Tillämpning av 7 kapitlet 11b § miljöbalken 1998:808 Vägledning för prövning av

en ansökan om dispens för en åtgärd som underlättar för jordbruket, Naturvårdsverket 2014-11-13, s. 14.

finns enligt förarbetena inget behov av att också tillämpa 7 kap. 25–26 §§ miljöbalken eftersom såväl enskilda som allmänna intressen är representerade i 7 kap. 11b, i den första respektive den andra punkten.¹⁶

Länsstyrelsen är prövningsmyndighet.¹⁷ Vid prövning av dispenserna i enlighet med 7 kap. 11b§ miljöbalken har Jordbruksverkets s.k. beräkningsverktyg varit vägledande, (se vidare nedan).

Innan vi går närmare in på de särskilda förutsättningarna i dispensregeln bör redan nu betonas att vid sidan av dispensregeln ska hänsynsreglerna (2 kap. miljöbalken) m.fl. regler i miljöbalken tillämpas i dispensärenden. T.ex. är försiktighetsprincipen tillämplig vid osäkerhet om vilken skada en tänkt åtgärd kan medföra på biotopskyddsområdet. Lokaliseringsregeln i 2 kap. 6 § miljöbalken, hushållningsbestämmelserna (3 och 4 kap. miljöbalken) och krav på specifik miljöbedömning kan aktualiseras, o.s.v.¹⁸

Vad innefattar att "åtgärden behövs för att utveckla eller bibehålla ett aktivt brukande" av jordbruksmark?

Så snart en åtgärd syftar till att underlätta för jordbruket kan de särskilda dispensgrunderna i 7 kap. 11b§ miljöbalken aktualiseras. Den första förutsättningen för att medges dispens är att sökanden måste kunna visa att åtgärden, t.ex. en igenläggning av ett dike, behövs för att utveckla eller bibehålla ett aktivt brukande av jordbruks-

marken. Dispensregelns första punkt innebär ett krav på att åtgärden ska *behövas* för det aktiva jordbruket, d.v.s. någon form av behovsutredning måste företas. Enligt Naturvårdsverket bör länsstyrelsen utvärdera alternativa lösningar i dispensprövningar. Om sådana finns som medför mindre skada på en skyddad biotops naturvärden, men som ger en jämförbar positiv ekonomisk effekt som den dispens sökta åtgärden så är, enligt Naturvårdsverket, inte första punkten uppfylld.¹⁹

Den enskilde jordbrukaren ska kunna visa att den åtgärd som det söks dispens för kommer att medföra positiva ekonomiska effekter för jordbruksföretaget (lägre kostnader eller högre avkastning) som tillsammans är större än kostnaderna för att genomföra åtgärden.²⁰ Med "aktivt brukande" menas att jordbrukaren använder jordbruksmarken för bete eller odling av gröda avsedd för skörd eller gröngödsling.²¹ Enligt Naturvårdsverket bör detta även omfatta mark som ligger i träda eller halvträda när detta ingår i växtföljden, eller på grund av att arrondering och förekomst av biotopskyddsområden har medfört att det inte har varit lönsamt att bruka marken.²²

Beviskravet sträcker sig inte långt; enligt motiven räcker det med att visa att dispensen kan förväntas bidra till att göra verksamheten mer ekonomiskt hållbar och därmed bidra till ett långsiktigt aktivt brukande. Jordbrukaren behö-

¹⁶ Prop. 2013/14:141, s. 114. Tillämpning av 7 kapitlet 11b § miljöbalken 1998:808 Vägledning för prövning av en ansökan om dispens för en åtgärd som underlättar för jordbruket, Naturvårdsverket 2014-11-13, s. 12.

¹⁷ 5 § förordningen om områdesskydd.

¹⁸ 23 § förordningen om områdesskydd. Enligt Naturvårdsverket bör ärenden där en fastighetsägare önskar vidta en åtgärd som påverkar en enskild biotop i normalfallet inte kräva en miljökonsekvensbeskrivning, Biotopskyddsområden Vägledning om tillämpningen av 7 kap. 11 § miljöbalken, Naturvårdsverkets handbok 2012:1, December 2012, s. 96.

¹⁹ Tillämpning av 7 kapitlet 11b § miljöbalken 1998:808 Vägledning för prövning av en ansökan om dispens för en åtgärd som underlättar för jordbruket, Naturvårdsverket 2014-11-13, s. 14.

²⁰ 2 kap. 1 § miljöbalken, prop. 2013/14:141, s. 162.

²¹ Prop. 2013/14:141, s. 162. Tillämpning av 7 kapitlet 11b § miljöbalken 1998:808 Vägledning för prövning av en ansökan om dispens för en åtgärd som underlättar för jordbruket, Naturvårdsverket 2014-11-13, s. 13. Med gröngödsling menas att odla en gröda för dess gödsel-effekt i syfte att öka jordens fruktbarhet.

²² Tillämpning av 7 kapitlet 11b § miljöbalken 1998:808 Vägledning för prövning av en ansökan om dispens för en åtgärd som underlättar för jordbruket, Naturvårdsverket 2014-11-13, s. 13.

ver inte visa att verksamheten kommer att läggas ned eller bli olönsam för att dispens ska kunna medges.²³

Även om utredningsskyldigheten och bevisbördan i första hand ligger på jordbrukaren ställs även krav på länsstyrelsen att ha kunskap om företagsekonomi (jordbruksekonomi) och bidragskalkyler vid prövningar av dispenser.²⁴ Jordbruksverket har utarbetat ett s.k. beräkningsverktyg som är tänkt att standardisera länsstyrelsernas dispensprövningar. Enligt manualen till verktyget ska dispensen ha betydelse för jordbrukets ekonomiska hållbarhet i det område som berörs. Men det är bara de *generella* förutsättningarna för jordbruket i området som ska bedömas.²⁵ En översiktlig bedömning av arronderingsförutsättningarna församlingsvis och där efter på lokal nivå ska göras. Dispensprövningen beror sålunda på hur det ser ut i det område där biotopen ligger; Är det en jordbruksbygd med stora åkrar och god arrondering betyder inte en dispens så mycket för det lokala jordbrukets långsiktiga överlevnad. Enligt Jordbruksverket kan detsamma gälla i en bygd med små och utspridda åkrar där de fysiska förutsättningarna för att utveckla jordbruket är begränsade.²⁶

Enligt verktyget är arronderingsförutsättningarna som beror på fältstorlek och fältform avgörande för lönsamheten. Hur stora ursprungsfälten är i jämförelse med fältstorleken efter åtgärden spelar stor roll. Enligt Jordbruksverket visar beräkningar att vinsten oftast avtar eller avklingar vid fältstorlekar över 5–8 hek-

tar. Även fältformen före och efter åtgärden har stor betydelse. Fält med icke-linjära kanter eller sneda kanter i förhållande till körriktningen vid brukande är mycket mer tidskrävande o.s.v.²⁷

I Mark- och miljööverdomstolens dom 2016-06-17 i mål nr M 6104-15 prövas om igenläggning av diken är förenligt med 7 kap. 11b§ miljöbalken. Domstolen beaktar Jordbruksverkets beräkningsverktyg tillsammans med de uttalanden som görs i förarbetena om att det bl.a. är mycket små åkrar som ska kunna slås ihop, och medger dispens för ett dike som resulterar i en yta på 3,6 hektar. För övriga diken, där arealer omkring 6 hektar och därutöver kommer bli ett resultat och där arronderingsförutsättningarna anses vara relativt goda, avslås ansökningarna om dispens. Domstolen menar att jordbrukaren i dessa fall får lösa problemet med t.ex. mindre överfarter.

I målet är domstolen noga med att påpeka att beräkningsverktyget enbart är vägledande. Man menar att eftersom det är fråga om ett nytt verktyg och att beräkningarna delvis baseras på schablonvärden får resultatet användas med viss försiktighet. Andra faktorer bör också beaktas vid dispensprövningen.

I Mark- och miljööverdomstolens dom 2017-06-12 i mål nr M 10492-16 som likaså handlar om igenläggning av diken konstaterar domstolen att beräkningsverktyget indikerar att arronderingsförutsättningarna är så bra församlingsvis och på lokal nivå att det inte kan vara aktuellt med att medge dispens. Mot bakgrund av Jordbruksverkets inställning, att block med sammanlagd areal på över 8 hektar troligen inte har någon betydelse för jordbrukets långsiktiga fortlevnad och att det totala åkermarksblocket i målet konstaterades landa på närmare 11 hektar, bedömdes att igenläggningen inte hade någon betydelse för

²³ Prop. 2013/14:141, s. 113f.

²⁴ Tillämpning av 7 kapitlet 11b § miljöbalken 1998:808 Vägledning för prövning av en ansökan om dispens för en åtgärd som underlättar för jordbruket, Naturvårdsverket 2014-11-13, s. 13.

²⁵ Manualen till Jordbruksverkets beräkningsverktyg, <http://www.jordbruksverket.se/download/18.44141f7315158c431c5b01f9/1461236822042/Manual.pdf>, s. 2.

²⁶ <http://www.jordbruksverket.se/download/18.44141f7315158c431c5b01f9/1461236822042/Manual.pdf>, s. 3.

²⁷ Översyn av det generella biotopskyddet, Jordbruksverkets rapport 2013:10, s. 38.

att utveckla eller bibehålla ett aktivt brukande av jordbruksmark på det sätt som avses i 7 kap. 11b§. Domstolen avslog därmed ansökan om jordbruksdispensen på den första grunden i dispensregeln.

Mark- och miljööverdomstolens dom 2017-10-04 i mål nr M 6825-16 handlar om borttagande av en stenmur (ett stengärde). Sökanden gör en bedömning på rent företagsekonomiska grunder där hen uppskattar att borttagandet av stenvallen skulle löna sig på tre år. Domstolen tar sin utgångspunkt i beräkningsverktyget men konstaterar att värdet av verktyget framför allt ligger i att det ger en indikation på om förutsättningarna för dispens är uppfyllda och att den slutliga prövningen av dispensfrågan alltid måste göras genom en saklig bedömning av omständigheterna i det enskilda fallet. Framför allt manade domstolen till försiktighet när det gäller resultaten i verktyget eftersom dessa är beroende av vilka ingångsvärden som används och dessa i vissa fall kan vara baserade på skönsmässiga uppskattningar. Särskilt viktigt är det att vara försiktig när resultatet av beräkningsmodellen ligger nära gränsen för om dispens ska medges.

Det är lite oklart i fallet vad domstolen avser med skönsmässiga uppskattningar men det förefaller framför allt handla om en diskussion om förhållandena i området och vilken maskinstorlek som är lämplig i området där länsstyrelsen påtalar med hänvisning till beräkningsverktyget att förhållandena på platsen, med små skiftesstorlekar i en småbruten bygd, motiverar att maskinstorleken sätts till "liten" som ingångsvärde i beräkningsverktyget. Enligt verktyget bör vid en genomsnittlig storlek på åkermarksblock under tre hektar maskinstorlek "liten" väljas och "medel" vid en storlek på mellan tre och sex hektar. Eftersom det genomsnittliga åkermarksblocket på sökandens fastighet är 2,51 hektar har Länsstyrelsen utgått från maskinstorlek "liten". Sökanden gör gällande att större maski-

ner används. Jordbruksverket bortser från att skiftesstorleken i fallet är liten och menar, mot bakgrund av att maskinstorleken i genomsnitt är så pass stor i den aktuella församlingen, att beräkningen bör ske utifrån medelstora maskiner. Domstolen kommer fram till att klassificeringen av maskinstorleken som "medel" är det som bäst stämmer överens med Jordbruksverkets manual, som anger att klassificeringen ska ske utifrån vad som är normalt för området i fråga. I manualen till verktyget sägs också att storlekklasserna i verktyget korrelerar ungefärligt med genomsnittlig fältstorlek i olika bygder varvid för ett åkermarksblock under 3 hektar anges maskinstorlek "liten".²⁸ I fallet har alltså olika tonvikt lagts på det aktuella åkermarksblockets areal och vad som annars är normalt i området. Olika vikt har också lagts vid den av sökanden gjorda bedömningen där domstolen menar att sökanden får antas ha gjort en bedömning på företagsekonomiska grunder att åtgärden kommer att bidra till att göra verksamheten mer ekonomiskt hållbar och att det i regel inte finns anledning att ifrågasätta denna bedömning om det endast är frågan om mindre avvikelser mot resultatet i beräkningsverktyget. Målet visar enligt min mening att beräkningsverktyget används som utgångspunkt för bedömningen och spelar roll i argumentationen men det fick ändå inte bestämma utfallet beroende på en osäkerhet om vilka ingångsvärden – arealstorlek eller vad som är normalt i området – som skulle vara avgörande. Osäkerheten ledde till att större vikt lades vid sökandens företagsekonomiska bedömning och vad som ansågs vara normalt i området.

Beräkningsverktyget spelar roll också vid tillämpning av den andra punkten i 7 kap. 11b§ miljöbalken.

²⁸ <http://www.jordbruksverket.se/download/18.44141f7315158c431c5b01f9/1461236822042/Manual.pdf>, s. 8f.

Vilken betydelse har förekomst av samma typ av biotopskyddsområde? (Förekomstkriteriet)

Det räcker inte med att uppfylla första punkten i 7 kap. 11b utan även den andra punkten som innebär att biotopskyddets syften fortfarande ska kunna tillgodoses måste vara uppfylld för att det ska föreligga särskilda skäl för dispens. Den andra punkten består av två delar där det räcker med att någon av dem är uppfylld för att dispens ska kunna medges. Den ena delen som här benämns "förekomstkriteriet" behandlas här och den andra delen "egnanaturvärdeskriteriet" analyseras i nästföljande avsnitt.

Förekomstkriteriet innebär att biotopskyddets syften fortfarande kan tillgodoses om det är fråga om biotopskyddsområden som är vanligt förekommande. Det här rekvisitet kräver en kunskap om förekomst av biotopskyddsområden såväl lokalt som regionalt. Enligt Naturvårdsverket kan inte biotopskyddets syften uppnås om ett tas bort där det såväl lokalt som regionalt bara finns ett fåtal kvar.²⁹ Detsamma borde vara fallet om biototypen förekommer regionalt men finns i ett litet antal lokalt eller för den delen förekommer lokalt men är sällsynt ur ett regionalt perspektiv.

Bedömningen av förekomstkriteriet är sannolikt svårare att, av rättssäkerhetsskäl, standardisera eftersom det i varje enskilt fall måste bedömas om det finns tillräckligt många skyddade biotoper kvar för att biotopskyddets syften ska kunna tillgodoses, d.v.s. de sammanlagda effekterna blir avgörande. Den gröna infrastrukturen av skyddade biotoper måste också fungera för spridning av arter och utbyte av genetiskt material för att t.ex. en population ska kunna fortleva

långsiktigt.³⁰ Av vad som framgår av manualen till Jordbruksverkets beräkningsverktyg omfattas även bedömningen av förekomstkriteriet av verktyget genom att den företagsekonomiska beräkningen (i enlighet med den första förutsättningen som ska vara uppfylld i dispensregeln) ändras och kompletteras med en samhällsekonomisk cost-benefit analys. Enligt verket är en cost-benefit analys ett neutralt sätt att bedöma om en dispensåtgärd är förenlig med biotopskyddets syfte, när man ska bestämma brytpunkten för att ta bort en biotop för att rädda andra närliggande biotoper i ett öppet odlingslandskap.³¹ Det är oklart vilket lagstöd som finns för en sådan analys (det närmaste skulle möjligen kunna vara rimlighetsavvägningen i 2 kap. 7 § miljöbalken). Även om brytpunkten speglar kärnan i syftet med dispensregeln förklaras inte närmare i manualen hur en cost-benefit analys ska uppfylla detta syfte.

I ovan nämnda mål (Mark- och miljööverdomstolens dom 2016-06-17 i mål nr M 6104-15) om igenfyllning av diken nöjde sig domstolen med att konstatera att länsstyrelsen inte har ifrågasatt bolagets (sökandens) uppgift om att antalet likartade diken är stort i området och att det heller inte av omständigheterna framkommit några uppgifter om att biotoperna skulle vara så sällsynt förekommande att dispens inte skulle kunna medges av denna anledning.

I målet (Mark- och miljööverdomstolens dom 2017-10-04 i mål nr M 6825-16) om den 180 meter långa stenmuren gjorde sökanden gällande att hen innehar närmare 9 500 meter stenmurar på sin fastighet och Jordbruksverket anförde att åkrarna ligger i en jordbruksbygd som är rik på

²⁹ Tillämpning av 7 kapitlet 11b § miljöbalken 1998:808 Vägledning för prövning av en ansökan om dispens för en åtgärd som underlättar för jordbruket, Naturvårdsverket 2014-11-13, s. 16.

³⁰ Tillämpning av 7 kapitlet 11b § miljöbalken 1998:808 Vägledning för prövning av en ansökan om dispens för en åtgärd som underlättar för jordbruket, Naturvårdsverket 2014-11-13, s. 16f.

³¹ <http://www.jordbruksverket.se/download/18.44141f7315158c431c5b01f9/1461236822042/Manual.pdf>, s. 13.

stenmurar. Länsstyrelsen ifrågasatte i och för sig inte det men menade att den aktuella biotopen, i egenskap av en tvärsgående, öppen solbelyst biotop, har större bevarandevärden än sådana som ligger skuggat. Domstolen kom fram till att det måste anses vara fråga om en sådan vanligt förekommande biotop som enligt förarbetena bör kunna vara föremål för dispens.

Det är svårt att se några avspeglningar av den cost-benefit analys som nämns i Jordbruksverkets manual till beräkningsverktyget för just förekomstkriteriet i de mål som här belysts. I målen förefaller bedömningen vara främst kvantitativ med hänsyn tagen till förhållandena i området. I bedömningen av det s.k. egnaturvärdeskriteriet (se nästa avsnitt) finns däremot inslag av den samhällsekonomiska värderingen.

För förekomstkriteriet blir kunskapsläget hos länsstyrelsen central. Enligt regleringsbrev för budgetåret 2017 ska länsstyrelserna ta fram regionala handlingsplaner för grön infrastruktur och däribland identifiera landskapets biotoper, strukturer, element och naturområden i land- och vattenmiljön. Lämpliga bevarandeinsatser som hänsyn, skydd, skötsel och restaureringsinsatser till gagn för prövningsverksamhet och fysisk planering ska också redovisas.³² Dessa handlingsplaner kan säkerligen underlätta bedömningen av förekomstkriteriet.

Vilken betydelse har naturvärdet i det enskilda biotopskyddsområdet och vilket är dess bidrag i landskapet? (Egnaturvärdeskriteriet)

Om förekomstkriteriet inte bedöms kunna tillgodoses kan alternativt egnaturvärdeskriteriet vara avgörande för om särskilda skäl för dispens föreligger eller inte. I egnaturvärdeskriteriet

ligger fokus på vilket eget naturvärde som den enskilda biotopen har. Dispens bör aktualiseras i fråga om biotopskyddsområden "som har naturvärden som är ringa".³³ Faktorer som spelar roll i bedömningen av vad som menas med "ringa" är t.ex. hur sällsynt en växt- eller djurart är och om biotopskyddsområdet innehåller en särskilt rik och varierad biologisk mångfald. Sällsynthet av art respektive rik och varierad biologisk mångfald innebär normalt att biotopskyddets syften inte uppfylls. Men detta ska, enligt Naturvårdsverket, "när det är relevant" vägas mot risken för negativa effekter till följd av igenväxning på grund av svårigheter att bruka marken.³⁴ Enligt motiven bör dock dispens inte medges om borttagandet riskerar att hota arter som är beroende av den specifika typen av biotop.³⁵ Motivuttalandena m.m. tyder på att egnaturvärdeskriteriet avser att skydda specialister (organismer som lever under snäva livsramar) och inte generalister (organismer med bred anpassningsförmåga till sin omgivning) vilket i sig kan ifrågasättas då även minskningen av generalister inom jordbrukslandskapet utgör ett problem.³⁶

I praxis spelar Jordbruksverkets beräkningsverktyg roll för bedömningen i vilken en cost benefit-analys ingår för att ta fram det samhällsekonomiska värde som går förlorat om en biotop tas bort. Beräkningar görs utifrån en indelning i olika biotoptyper (t.ex. en stenmur) och i tre bevarandeklasser ("låg", "normalt" eller "hög") där det antagna biologiska bevarandevärdet för

³³ Prop. 2013/14:141, s. 162.

³⁴ Tillämpning av 7 kapitlet 11b § miljöbalken 1998:808 Vägledning för prövning av en ansökan om dispens för en åtgärd som underlättar för jordbruket, Naturvårdsverket 2014-11-13, s. 17.

³⁵ Prop. 2013/14:141, s. 114.

³⁶ Se t.ex. Bommarco, R., Lundin, O., Smith, H. G., & Rundlöf, M. (2011). Drastic historic shifts in bumble-bee community composition in Sweden. *Proceedings of the Royal Society of London B: Biological Sciences*, rspb20110647.

³² Finansdepartementets regleringsbrev för budgetåret 2017 avseende länsstyrelserna 2016-12-22 Fi2016/04376/SFÖ Fi2016/04242/SFÖ Fi2016/03812/SFÖ m.fl., s. 17.

de olika biotoperna bygger på betalningsvillighetsstudier.

En betalningsvillighetsstudie som det refereras till i vägledningsdokument för beräkningsverktyget är Hasund m.fl. 2011.³⁷ I denna hade 8000 personer som ska representera samhället i stort, och med både lantbrukets och naturvårdens perspektiv på odlingslandskapets småbiotoper, tillfrågats om att sätta en prislapp på biotoperna (linjära respektive punkt element i åkermark). Dessförinnan hade respondenterna via kortfattade faktablad fått information om biotopernas betydelse med avseende på kulturhistoriskt arv, biologisk mångfald och synlighet i landskapet. Priserna räknas sedan upp med konsumentprisindex.³⁸

Högst värderade typen av linjära element i fält fick stenmurar i studien. Vägar i fält liksom gårdesgårdar fick likaså ett högt värde. Lägst värde fick diken och åkerrenar i åkermark. I studien anges en möjlig förklaring till det vara att diken förknippas med dränering av våtmarker och att de utgör ersättning för naturliga rännilar. Vidare att åkerrenar enbart utgör remsor av vegetation längs åkrarna och därmed ger färre miljöjänster än andra linjära element som alltid har sådana remsor vid sidan av också andra egenskaper. Vad gäller punktelementen rankades ängsmark med ekar högst, följt av öppna betesmarker, betesmarker med planterade björkar och lägst värde fick strandängar.

Som Hasund m.fl. påpekar sammanfaller inte alltid resultaten i betalningsvillighetsstudien med hur elementen har värderats i andra sammanhang av bl.a. biologer som t.ex. generellt sett brukar sätta ett högre biologiskt värde på strandängar än betesmarker med planterade björkar.³⁹ Vidare påverkar andra värden än de biologiska utfallet i studien, t.ex. mer synliga element värderas högre än mindre synliga element.

Författarna menar att den låga svarsfrekvensen i studien (omkring en tredjedel) tillsammans med den grad av heterogenitet som finns i empiriska uppskattningar är faktorer som bör tas med i beräkningen innan man använder resultaten i en potentiell policy utformning. Betalningsvilligheten påverkas också av andra orsaker, t.ex. av om individerna som svarat lever på landsbygden eller inte. Om individerna har barn ökar betalningsvilligheten o.s.v.⁴⁰

I Mark- och miljööverdomstolens dom 2017-10-04 i mål nr M 6825-16 om den 180 meter långa stenmuren (se ovan) hänvisar domstolen till beräkningsverktyget som beträffande klassificeringen av stenmurens bevarandevärde bygger på de betalningsvillighetsstudier som utförts av Hasund m.fl. Länsstyrelsen hade klassificerat stenmurens bevarandevärde som "normalt" med anledning av att stenmuren är en tvärsgående, öppen och solbelyst biotop och därför har andra bevarandevärden än murar som ligger mer skuggat t.ex. i kanten av en skog. Med tanke på den volym sten som skulle bortforslas visade då

³⁷ Översyn av det generella biotopskyddet, Jordbruksverkets rapport 2013:10 och <http://www.jordbruksverket.se/download/18.44141f7315158c431c5b01f9/1461236822042/Manual.pdf>, s. 8.

³⁸ <http://www.jordbruksverket.se/download/18.44141f7315158c431c5b01f9/1461236822042/Manual.pdf>, s. 8 med hänvisning till Hasund m.fl. 2011, Valuing public goods of the agricultural landscape: a choice experiment using reference points to capture observable heterogeneity, *Journal of Environmental Planning and Management* 54: 31–53.

³⁹ Hasund m.fl. 2011, Valuing public goods of the agricultural landscape: a choice experiment using reference points to capture observable heterogeneity, *Journal of Environmental Planning and Management* 54: 31–53, se Concluding discussion.

⁴⁰ Hasund m.fl. 2011, Valuing public goods of the agricultural landscape: a choice experiment using reference points to capture observable heterogeneity, *Journal of Environmental Planning and Management* 54: 31–53, se Concluding discussion. Se också Howley, P., m.fl., avsnitt Results.

beräkningsmodellen negativa värden avseende den samhällsekonomiska miljönyttan. Domstolen ifrågasätter inte denna bedömning men menar att det inte har framkommit att stenmuren har så stora naturvärden eller fyller några särskilda funktioner som skulle medföra att den är särskilt skyddsvärd. Vidare menar domstolen att inget tyder på att borttagandet skulle innebära att någon art som är beroende av biotopen hotas. Domstolen menar vidare att det inte går att med precision beräkna om en åtgärd är förenlig med biotopskyddets syften och svårigheterna ger anledning till att vara försiktig med vilken betydelse som beräkningsresultaten ges vid detta steg.

Förekomsten och det egna naturvärdet spelar alltså roll för bedömningen av dispens men ett ytterligare kriterium som ska beaktas är hur biotopens naturvärde i fråga bidrar till landskapet i sin helhet. I förarbetena förklaras inte innebörden närmare men Naturvårdsverket nämner bl.a. områden som fungerar som tillflyktsorter, ledlinjer eller spridningskorridorer för odlingslandskapets växt- och djurarter eftersom de kan bidra till att upprätthålla ekologisk konnektivitet, samt anpassnings- och återhämtningsförmåga på landskapsnivå.⁴¹ På samma sätt som gäller för förekomstskriteriet borde de regionala handlingsplaner för grön infrastruktur som länsstyrelserna ska ta fram under 2017 kunna fungera som viktigt beslutsunderlag för hur biotopen bidrar till landskapet i sin helhet.

Avslutningsvis bör nämnas att om dispens inte har kunnat beviljas med stöd av de särskilda dispensgrunderna i 7 kap. 11b§ kan en prövning av åtgärden fortfarande ske med stöd av den

allmänna dispensregeln i 7 kap. 11 § varvid intresseprövningen i 7 kap. 25–26 §§ i miljöbalken aktualiseras istället.⁴²

Diskussion

Om rättssäkerhet

Jordbruksverkets beräkningsverktyg kan onekligen vara ett viktigt redskap för att åstadkomma en högre grad av enhetlighet och förutsägbarhet (och därmed rättssäkerhet) i bedömningarna av jordbruksdispensen. Beräkningsverktyget används regelmässigt som utgångspunkt i bedömningarna men dess genomslag varierar beroende på vilken grund i dispensregeln som ska prövas. Det är, som framgått, lättare att göra prövningen enhetlig och förutsägbar vid tillämpning av den första punkten i regeln. Ett beräkningsverktyg där riktlinjer för vilken arealstorlek som t.ex. en igenfyllning av diken ska resultera i är ju ett exempel på något som är enkelt att mäta vilket borde underlätta för förutsebarhet och likabehandling.

Men det finns enligt Mark- och miljööverdomstolen anledning att även vara försiktig när det gäller den första punkten eftersom resultaten kan vara baserade på "skönsmässiga uppskattningar" och särskilt viktigt är det att vara försiktig då resultatet av beräkningsmodellen ligger nära gränsen för om dispens ska medges. Frågan är bara på vilken slagsida som en sådan osäkerhet ska falla.

I Mark- och miljööverdomstolens dom 2017-10-04 i mål nr M 6825-16 föll osäkerheten om den företagsekonomiska nyttan av åtgärden till förmån för den sökande. Länsstyrelsen i målet menade å sin sida att beräkningsverktyget vi-

⁴¹ Tillämpning av 7 kapitlet 11b § miljöbalken 1998:808 Vägledning för prövning av en ansökan om dispens för en åtgärd som underlättar för jordbruket, Naturvårdsverket 2014-11-13, s. 17.

⁴² Prop. 2013/14:141, s. 114, Tillämpning av 7 kapitlet 11b § miljöbalken 1998:808 Vägledning för prövning av en ansökan om dispens för en åtgärd som underlättar för jordbruket, Naturvårdsverket 2014-11-13, s. 19, Mark- och miljööverdomstolens dom 2017-06-02 i mål nr M 10492-16.

sade att åtgärden inte kunde anses vara lönsam. Domstolen å den andra sidan menade att sökanden får antas ha gjort en bedömning på företags-ekonomiska grunder att åtgärden kommer att bidra till att göra verksamheten mer ekonomiskt hållbar och att det i regel inte finns anledning att ifrågasätta denna bedömning om det endast är frågan om mindre avvikelser mot resultatet i beräkningsverktyget. Det som möjligtvis kan ifrågasättas i målet är att domstolen inte lät osäkerheten beträffande åtgärdens företagsekonomiska nytta föranleda den att begära in ytterligare underlag för att skingra osäkerheten med stöd av bevisregeln i 2 kap. 1 § miljöbalken och mot bakgrund av försiktighetsprincipen i 2 kap. 3 § miljöbalken. Bevisregeln som ger uttryck för en omvänd bevisbörda bör väl rimligen innebära att vid osäkerhet är huvudregeln att det är förbjudet att skada biotopen. Osäkerheten faller så att säga tillbaka på den som har bevisbördan. Vi vet att beviskravet inte sträcker sig så långt enligt motiven (som säger att det är tillräckligt att visa att dispensen kan förväntas bidra till att göra verksamheten mer ekonomiskt hållbar och därmed bidra till ett långsiktigt aktivt brukande⁴³) men fortfarande är det sökanden som har bevisbördan. Enligt min mening borde hänsynsreglerna i miljöbalken spela in i dessa fall eftersom de är parallellt tillämpliga men varken i detta mål eller för övrigt i de två andra mål som beskrivits här nämns ens hänsynsreglerna i samband med prövning av dispensregeln. En tillämpning av t.ex. lokaliseringsregeln i 2 kap. 6 § miljöbalken som innebär att det ska "väljas en plats som är lämplig med hänsyn till att ändamålet ska kunna uppnås med minsta intrång och olägenhet..." kan innebära delvis andra överväganden eftersom regeln ska tillämpas med utgångspunkt från en objektiv måttstock, d.v.s. utan att hänsyn tas

till jordbrukarens "personliga omständigheter" för valet av plats för t.ex. en igenläggning av ett dike eller en rivning av en stenmur.⁴⁴ Eftersom inget tyder på att lagstiftaren avsett att undanta dessa dispensärenden från parallell tillämpning av hänsynsreglerna framstår prövningarna som ofullständiga.

Om det är svårt att åstadkomma enhetlighet och förutsägbarhet i bedömningarna av första grunden i dispensregeln så är det ändå inget emot hur det ser ut beträffande den andra grunden om att biotopskyddets syften fortfarande ska tillgodoses. Särskilt svårt förefaller det vara att standardisera bedömningarna med avseende på förekomstkriteriet som sådant och i fråga om egennaturvärdeskriteriet när det handlar om dess andra led där det ska utredas hur biotopens naturvärde bidrar till landskapet i sin helhet. Här måste ju de kvalitativa förhållandena på platsen och i landskapet som helhet väga tungt.

När det gäller förekomstkriteriet måste det finnas tillräckligt många skyddade biotoper kvar för att biotopskyddets syften ska kunna tillgodoses. I t.ex. jordbrukslandskap med hög rationaliseringsgrad d.v.s. stora sammanhängande åkrar och få kvarvarande skyddade biotoper blir det, som Naturvårdsverket påpekar, särskilt viktigt att undvika att ytterligare biotopskyddsområden tas bort. Kvarvarande skyddade biotoper i slättbygder kan ha stor betydelse för biologisk mångfald dels som livsmiljö, dels som spridningsmöjligheter och detta gäller för både sällsynta och vanliga arter, inte minst för pollinatörer som humlor och bin.⁴⁵ Det faller på sin egen orimlighet att här försöka åstadkomma någon form av

⁴⁴ Michanek, G., Miljöbalk (1998:808) 2 kap. 6 §, Lexino 2018-04-25 (besökt 2018-06-01).

⁴⁵ Tillämpning av 7 kapitlet 11b § miljöbalken 1998:808 Vägledning för prövning av en ansökan om dispens för en åtgärd som underlättar för jordbruket, Naturvårdsverket 2014-11-13, s. 18.

⁴³ Se vid fotnot 23.

enhetlighet och förutsägbarhet i bedömningarna eftersom möjligheterna till dispens borde minska i takt med att omfattningen av biotoper minskar.

Det är viktigt att bedömningen av förekomstkriteriet inte enbart blir kvantitativ. I målet med den 180 meter långa stenmuren (Mark- och miljööverdomstolens dom 2017-10-04 i mål nr M 6825-16) blev resonemangen i huvudsak kvantitativa. Sökanden uppgav att hen innehar närmare 9 500 meter stenmurar på sin fastighet och det utreddes inte närmare vilket betydelse det faktum att denna stenmur var solbelyst hade. Eftersom en solbelyst mur är av värde för helt andra arter än de som t.ex. finns i skog är det viktigt att olika typer av habitat utreds för sig d.v.s. förekomstkriteriet måste ju innebära såväl en kvalitativ biologisk bedömning som en kvantitativ bedömning. Att det kvantitativt finns många och långa stenmurar i området kan knappast vara avgörande. Med enbart en kvantitativ bedömning är det svårt att se hur biotopskyddets syften fortfarande ska kunna tillgodoses.

När det gäller egnanaturvärdeskriteriet kan ifrågasättas varför betalningsvillighetsstudier över huvud taget används som underlag i den vägledning som Jordbruksverket utarbetat. Varför beaktar Jordbruksverket betalningsvillighetsstudier i sitt beräkningsverktyg när dessa också speglar andra perspektiv som kulturarv och synlighet i landskapet? Varför bygger inte bedömningen enbart på en biologisk värdering? Biotopskyddet är i grunden till för att bevara värdefulla livsmiljöer för hotade djur- eller växtarter eller som annars är särskilt skyddsvärda, oberoende av om de skyddade objekten t.ex. är synliga i landskapet eller inte. Skyddet ska bidra till att bevara biologisk mångfald. Varken i lagtexten eller i förarbetena tydliggörs att en samhälls-ekonomisk värdering ska göras i bedömningen av dispensregelns andra led. Ändå ingår detta i Jordbruksverkets beräkningsverktyg som i sin tur beaktas i dispensprövningarna!

Sammanfattningsvis spelar beräkningsverktyget en ganska stor roll för bedömningen av jordbruksdispenserna trots Mark- och miljödomstolens uppmaning till försiktighet. Detta är enligt min mening anmärkningsvärt mot bakgrund av att det utarbetats av Jordbruksverket vars huvudsakliga mål är att arbeta för ett livskraftigt jordbruk som grunden för en levande och attraktiv landsbygd. Från en annan synvinkel kan en utgångspunkt i beräkningsverktyget vara rimlig, nämligen för att riktlinjer överhuvudtaget borde stärka rättssäkerheten på så sätt att dispensprövningen i högre grad standardiseras.⁴⁶ Verktöget bör dock justeras till att spegla det verkliga syftet med biotopskyddet som i grunden är att bevara biologisk mångfald och när osäkerheter ändå uppkommer borde miljöbalkens hänsynsregler få ett större genomslag i prövningarna.

Om jordbruksdispensen som sådan

Mot bakgrund av miljömål om bevarande av biologisk mångfald har det faktum att över huvud taget införa särskilda skäl för jordbruksdispenser ifrågasatts. De särskilda skälen i 7 kap. 11b innebär en utökad möjlighet att få dispens för jordbruket jämfört med det som gällde tidigare.⁴⁷ Den framhårdade förklaringen för att motivera lättningen för jordbruket – att ett aktivt jordbruk är en förutsättning för biotopernas fortlevnad – är närmast ett moment 22. Lagstiftningen möjliggör ju att fler biotoper kan tas bort för att skydda dessa! Lägg därtill att det sannolikt redan finns ett mörkertal d.v.s. att det sker ett antal olovliga borttaganden av biotoper. Givetvis är jordbruket också ett allmänt intresse. Det tillhandahåller livsmedel och det utgör en viktig förutsättning för vilda djurs och växters fortlevnad. Att

⁴⁶ Jfr t.ex. Naturvårdsverkets yttrande NV-08688-16 i mål M 2032-16 till Mark- och miljödomstolen vid Vänersborgs tingsrätt 2017-02-13.

⁴⁷ Jfr mål MÖD 2006:16 vid fotnot 12 om oförutsedda situationer.

låta landskapselement som stenmurar och diken hindra ett rationellt jordbruk kan uppfattas som stötande och oproportionellt betungande, särskilt då beslut inte har fattats i det enskilda fallet. Men vad som är ett rationellt jordbruk är inte alltid lätt att uppskatta. Biotoperna genere-

rar också indirekt en rad ekosystemtjänster (t.ex. pollinering och biologisk kontroll av skadeinsekter) till gagn för jordbruket i såväl ett kort som långt perspektiv, en aspekt som lätt förbises i såväl dispensprövningar som den allmänna debatten om jordbruket.

National Control of GMO Cultivation in the EU

The path to reconciliation of opposed interests

*Nicolas de Sadeleer**

Abstract

EU law on GMOs is undoubtedly the product of a trade-off between, on one side, the functioning of the internal market and, on the other side, health and environmental issues, alongside ethical and even religious concerns. On the one hand, the risk assessment is carried out and the placing GM products on the market is authorized in accordance with EU centralized procedures. On the other, the cultivation of authorized GM seeds and plants may be either banned or restricted by the national authorities in accordance with harmonized safeguard clauses. It follows that neither the free movement of authorised GMOs nor their cultivation is absolute. However, Member States felt deeply dissatisfied with a narrow interpretation of their regulatory powers and the impossibility to ban GMOs in the light of socio-economic and genuine agricultural considerations. Needless to say, the low number of marketing authorisations granted by the European Commission and the invocation of safeguard clauses by the Member States have had a dissuasive effect on the cultivation of GMOs. In 2015, the EU lawmaker decided to increase the Member States' control of the cultivation of GMOs. In particular, economic considerations, and not exclusively environmental and health factors, may be taken into account by the national authorities. Regarding the functioning of the internal market, this seems to be a revolution in its own right. This article is attempting to set the scene to explain how the new com-

prising grounds regarding agricultural, economic and consumer considerations are consistent with the principle of free movement of GMOs within the internal market.

Key words: Internal market – Placing on the market of GMOs – EU authorisation schemes – EFSA risk assessment – Restrictions placed on the cultivation of GMOs – Safeguard clauses – Consistency with the principle of free movement of goods – Complete harmonisation – Ecological considerations – Economic considerations – Agricultural policy – Proportionality

Introduction

Faith in biotechnology was initially so unswerving that its deployment in agriculture was supposed to herald a bright future in which modern intensive agriculture will be able to satisfy the growing needs for food, exacerbated by galloping population increases. However, genetically modified organisms (GMOs)¹ have repeatedly

¹ An organism is deemed to be genetically modified where its genetic endowment is modified in a way that cannot be achieved naturally either by multiplication or recombination. See in particular Article 2(2) of the Convention on Biological Diversity, Article 5(5)(2) of the German Federal Law of 21 March 2003 on Non Human Gene Technology, and Article L 531-1(2) of the French Environmental Code. Directive 2001/18 defines it as “any biological entity capable of replication or of transferring genetic material.” When the pollen stemming from a variety of genetically modified corn loses its capacity of reproduction and is devoid of any capacity to transfer genetic material, it does not constitute a GMO within the meaning of secondary law anymore. See Case C-442/09 *Bablok* [2011] ECR I-7419, para. 62.

* Professor at Saint-Louis University, Guest Professor, UCLouvain. Distinguished International Law Professor at the University of Canberra.

been a matter of much controversy, especially in Europe. This scepticism of many NGOs and several regulatory agencies has focused both on their impact on human health (allergenicity, genes expressing resistance to antibiotics in use for medical or veterinary treatment²), as well as the impoverishment of biodiversity which their cultivation could cause (wild species resisting GM plants, resistance to herbicides, hybrid plants, gene flow through pollen transfer, impacts on soils, etc.).³ What is more, contrary to the claims of agro-chemical firms, the cultivation of GMOs has not led to a reduction in the use of plant protection products and artificial fertilizers.⁴

EU regulatory approach to GMOs has been fraught with controversies since its inception. The authorisation granted to Syngenta Crop Protection AG to place on the market BT 176 maize in accordance with Directive 90/220/EEC was followed by strong national opposition. Several Member States opposed the commercialisation of that maize in invoking safeguard clauses that the Commission didn't succeed to lift. That led the Council to declare a *de facto* moratorium on GMOs in June 1999. As a result no authorisation were granted until Directive 90/220/EEC was re-

placed by another legislation. In November 2006, a WTO panel condemned the ban as well as national bans on EU-approved GM products, on the grounds that there were not being based on a genuine risk assessment.⁵

These tensions led the EU lawmaker to replace Directive 90/220/EEC by Directive 2001/18/EC on the deliberate release of GMOs. Probably no other piece of legislation has produced as much controversy as does this. As other EU acts regulating GMOs, this directive attempts to strike a balance between the functioning of the internal market and the Treaty requirements of a high level of consumer and environmental protection. Its transposition turned into a minefield for the majority of the Member States.⁶ However, the importance of that directive has been belittled ever since the European Commission has endorsed a 'one door one key' approach, according to which undertakings can be authorised either by Directive 2001/18/EC or by Regulation (EC) No 1829/2003 on genetically modified food and feed to place on the market a GMO for cultivation purposes. As a result, the majority of GM plants have recently been authorised by the EU institutions in accordance with Regulation (EC) No 1829/2003. Along the same lines, this Regulation is attempting to ensure a high level of protection of human health and consumers' interest, whilst ensuring the effective functioning of the internal market, of which the free movement of GMOs is an essential aspect.

However, the balance struck by the law-

² Article 4(2) of Directive 2001/18/EC of the European Parliament and of the Council on the deliberate release into the environment of genetically modified organisms, OJ 2001 L 106/1. The maize 5010 case epitomizes the risks stemming from genes expressing resistance to antibiotics. See T-240/10, *Hungary v Commission*, EU:T:2013:645, para. 38.

³ EFSA Panel on Genetically Modified Organisms (GMO), « Scientific Opinion on the assessment of potential impacts of genetically modified plants on non-target organisms » (2010) 8(11) *EFSA Journal* 1877, 72 pp.

⁴ The spread of GMO crops has dramatically increased the amount of pesticide and herbicide usage per hectare in recent years, and contributed to the spread of glyphosate-resistant weed. See C.M. Benbrook, "Impacts of Genetically Engineered Crops on Pesticide Use in the U.S.-The First Sixteen Years" (2012) 24 : 1 *Environmental Sciences Europe*.

⁵ WT/DS291/R; WT/DS292/R; WT/DS293/R, *European Communities – Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products*.

⁶ Case C-170/94 *Commission v Greece* [1995] ECR I-1819; Case C-312/95 *Commission v Luxembourg* [1996] ECR I-5143; Case C-343/97 *Commission v Belgium* [1998] ECR I-4291. Regarding the transposition of Directive 2001/18: Case C-429/01 *Commission v France* [2003] ECR I-14355; Case C-165/08; *Commission v Poland* [2009] ECR I-684; Case C-478/13 *Commission v Poland* [2013] C:2015:379.

maker between the safeguard of health and the environment and the functioning of the internal market was deemed to be unsatisfactory. Adopted by the European Parliament and the Council on 11th of March 2015 Directive (EU) 2015/412 as regards the possibility for the Member States to restrict or prohibit the cultivation of genetically modified organisms (GMOs) in their territory has amended Directive 2001/18 with a view to granting the Member States the right to prohibit or to limit the cultivation of GMOs in accordance with a harmonised authorisation procedure.⁷

It is the aim of this article to explore the novelty of the changes brought to the existing regulatory schemes by Directive (EU) 2015/412. The article is structured as follows. In a first section, we shall explain the two-pronged approach endorsed by the EU regarding the approval of GM agricultural products. A second section describes the various safeguard clauses the Member States can activate in order to limit the cultivation of authorized GMOs. Against this background, a third section explains the rationale for this reform, which might at first sight appear to be somewhat disconcerting from the viewpoint of the proper functioning of the internal market. In so doing, we shall assess the extent to which the upstream approach (centralized procedures for granting marketing authorisations) is entangled with a downstream approach (national measures restricting or controlling the cultivation of GM plants). Last, in a fourth section we shall assess the consistency of the new grounds provided under Directive 2015/412 with the principle of free movement of goods. Our analysis does not encompass field trials.

⁷ Directive (EU) 2015/412 of the European Parliament and of the Council of 11 March 2015 amending Directive 2001/18/EC as regards the possibility for the Member States to restrict or prohibit the cultivation of genetically modified organisms (GMOs) in their territory, *OJ L* 68, 1.

Part I. Procedural requirements for GMO marketing authorisation

The EU marketing regime is centred around two axes, the first concerning the deliberate release of GMO into the environment in general (Directive 2001/18/CE) and the second concerning specifically genetically modified food and animal feed (Regulation 1829/2003/CE).⁸ The scope of these two legislations differ: whereas Directive 2001/18/EC applies to the deliberate release of all GMOs ‘as or in products’, including non-foods like the Amflora potato, Regulation (EC) No 1829/2003 applies exclusively to genetically modified food and feed.

However, this dividing line has been somewhat blurred. In effect, due to the development of the European Commission’s administrative practice, which favours a greater centralisation of the decision making process, this distinction has gradually been superseded, with the latter procedure prevailing over the former. It follows that in accordance with a ‘one door one key’ approach, an undertaking is authorised to use a GMO both in food and feed as well as for cultivation purposes. Against this background, we shall stress the advantages and the drawbacks of each procedure.

A. Directive 2001/18/EC

Directive 2001/18/EC on the deliberate release into the environment of GMOs amounts to horizontal legislation under which the requirements applicable to marketing (part C) are intended to apply to all GMOs⁹ other than those covered by a

⁸ The GMOs authorised for cultivation are listed in the common catalogue pursuant to Council Directive 2002/53/EC of 13 June 2002 on the common catalogue of varieties of agricultural plant species, *OJ* 2002 L 193, p. 1.

⁹ The question whether or not plants obtained by genome editing are covered by the directive has been recently the subject of proceedings before the CJEU. AG Bobek took the view that such plants are exempted from the directive. See L. Krämer, ‘The genome editing is

sectoral framework,¹⁰ it is deemed to be the centrepiece of GMOs EU legislation. Accordingly, it has to interact with other sectoral regulations.¹¹ Given that it works as a safety net, several other directives refer to its risk assessment procedures.¹²

If its core features are considered, Directive 2001/18/EC is based on the key principle that no GMO may be released into the environment for experimental purposes (Part A) or subsequently marketed unless it has been previously authorised by the competent authorities following the conclusion of a scientific assessment (Part B). In other words, the assessment has to come first, after which the decision is made. The assessment procedure for something as important as the authorisation of experimental release and the subsequent marketing of a GMO is subjected to the requirement that it is “safe for human health and the environment”.¹³ Under the directive, the risk assessment is prepared by the national authority and is forwarded to EFSA if there are disagreements among the different Member states.¹⁴ This regime involving prior assessment¹⁵ and admin-

istrative authorisation on a case-by-case basis is justified by the uncertainty resulting from the novel nature of this technology.¹⁶

The principle underlying the harmonised procedure in Directive 2001/18 is that the competent authority of a Member State, having received a notification from a company together with an environmental risk assessment, takes the initiative of issuing consent, in relation to which the competent authorities of the other Member States, or the European Commission, may make their observations or objections known.¹⁷ In cases where an objection is raised and maintained by another national authority or the European Commission, a decision shall be adopted by a regulatory committee, the Standing Committee on the Food Chain and Animal Health (SCFAH).¹⁸

‘If the measures envisaged are not in accordance with the opinion of the committee, or if no opinion is delivered’, pursuant to Decision 1999/468 Article 5(4) the Commission must ‘without delay, submit to the Council a proposal relating to the measures to be taken’ and inform the European Parliament. The Council of Min-

covered by Directive 2008/18. Comment on AG Bobek’s Opinion in Case C-528/16’, 1/18 (2018) *ELNI Rev.* 2–18. However, the CJEU dismissed that interpretation. It held that Article 2(2) of Directive 2001/18/EC ‘must be interpreted as meaning that organisms obtained by means of techniques/methods of mutagenesis constitute genetically modified organisms within the meaning of that provision’. See Case C-528/16 *Confédération paysanne* [2018] EU:C:2018:583.

¹⁰ Article 12.

¹¹ See in this respect Regulation (EC) No 2309/93 establishing a European Agency for the Evaluation of Medicinal Products, OJ 1993 L 214; Regulation (EC) No 1829/2003 on genetically modified food and feed, OJ 2003 L 268, and Council Directive 2002/53/EC on the common catalogue of varieties of agricultural plant species, OJ 2002 L 193.

¹² Regulation (EC) No 1829/2003 on genetically modified food and feed, Recital 33 and Article 5(5)(a).

¹³ Recital 47.

¹⁴ Article 28.

¹⁵ Given the need to strengthen the environmental risk assessment of GMOs provided for under Part C of Annex

II, Directive 2001/18/EC has been modified the 8th March 2018 by Commission Directive (EU) 2018/350. The scope of the impacts has been broadened. Though the evaluation must be expressed in quantitative terms, a qualitative analysis (“high”, “moderate”, “low” or “negligible”) may be used (Annex II, C 3.2). A noteworthy amendment is that where the environmental risk assessment concerns a genetically modified plant made tolerant to a herbicide, its scope should be consistent with Directive 2001/18/EC. Accordingly, the environmental risk assessment of the use of a plant protection product, including its use on a GM plant, falls under the scope of Regulation (EC) No 1107/2009 and will be carried out at Member State level to take into account the specific agricultural conditions (Recital 9 Commission Directive (EU) 2018/350).

¹⁶ A. I. Myhr, « Uncertainty and Precaution: Challenges and Implications for Science and the Policy of GMOs », in N. de Sadeleer (ed.), *Implementing Precaution. Approaches from Nordic Countries, the EU and USA* (London, Earthscan, 2007) 185–196.

¹⁷ Articles 13 to 19.

¹⁸ Article 18(1).

isters is required to reach a qualified majority either against or in favour of the Commission's proposal. As a matter of fact, it is difficult for the Council to achieve this majority as the Member States have always been extremely divided on such issues. Where the Council is unable to state its position within three months, the ball is put back in the Commission's court.¹⁹ The Commission then decides whether to grant the marketing authorization (MA) initially proposed by it to the regulatory committee, and subsequently to the Council. This means that the recurring divisions between the Member States end up giving the Commission decision-making powers in a very controversial area.

It must also be borne in mind that the precautionary principle applies to the decision-making process. First of all, the principle is proclaimed in Recital 8, in Articles 1 and 4, and in Annex II on the risk assessment.²⁰ Secondly, the prior authorisation procedure put in place by the legal acts on GMOs emanate from the precautionary principle.²¹ Thirdly, in *Greenpeace*, a case concerning marketing approval for genetically modified maize, the CJEU held that the principle of precaution implies that the former EC Directive 90/220/EEC relating to the placing on the

market of GMOs should be interpreted in such a way that gives full weight to environmental protection requirements.²² Although the precautionary principle was not supposed to affect the interpretation of the directive's requirements as regard the obligation on the national authorities to give their consent to GM products already authorized by the Commission, the Court held that 'the Member State concerned cannot be obliged to give its consent if in the meantime it has new information which leads it to consider that the product for which notification has been received may constitute a risk to human health and the environment.'²³

Authorisations are granted for a maximum period of ten years.²⁴ Any request for renewal must be submitted to the competent authority by the holder of the authorisation.²⁵ Renewals of authorisations initially granted under the 2001/18 Directive are now governed by Regulation 1829/2003.

Established by Regulation (EC) No 178/2002, the European Food Safety Authority (EFSA) is playing a primary role in the assessment of the risks entailed by the GMOS subject to the authorisation and the renewal procedures. Indeed, this authority takes on the role of an independent scientific point of reference in risk assessment'.²⁶

It must be noted that the Commission is not bound by the EFSA's opinion in adopting its decision to authorise the placing on the market of a GMO.²⁷ Bound by their obligation, under Article 191(1) and Article 168(1) TFEU, to ensure a high level of human health and environmental protection, the Commission is under the obligation

¹⁹ Article 5(6)(2) of the Council Decision 1999/468/EC laying down the procedures for the exercise of implementing powers conferred on the Commission, OJ 1999 L 184/23. See M. Lee, *EU Regulation of GMOS* (Cheltenham: Elgar Publishing, 2008) 71.

²⁰ J. Kauppila, « GMOs and Precaution in Finnish and Swedish Law », in N. de Sadeleer (ed.), *Implementing Precaution. Approaches from Nordic Countries, the EU and USA* (London, Earthscan, 2007) 250.

²¹ With respect to pesticides, the General Court has already been taking the view that 'the prior authorisation and approval procedures put in place by Regulation No 1107/2009 (and, previously, by Directive 91/414) for plant protection products and their active substances emanate from the precautionary principle (see, to that effect, Case T-31/07 *Du Pont de Nemours (France) and Others v Commission* [2013] EU:T:2013:167, para. 133 ; Case T-584/13 *BASF Agro v. Commission* [2018] T:2018:279, para. 57.

²² Case C-6/99 *Greenpeace France* [2000] ECR I-1676.

²³ *Ibid.*, para. 45.

²⁴ Articles 15(4) of Directive 2001/18/EC.

²⁵ Article 11(1) of Directive 2001/18/EC.

²⁶ Recital 34 of Regulation (EC) No 178/2002.

²⁷ Case T-177/13 *TestBioTech eV* [2016] T:2016:736, para. 103.

to determine the level of risk, which is deemed unacceptable.²⁸ That level of protection does not have to be the highest that is technically possible.²⁹

Though the EFSA has not been established a superior scientific authority to the national health institutes,³⁰ its scientific opinions have nonetheless considerable weight. These opinions buttress the authorisations granted by the Commission. For instance, their content form an integral part of the reasons given for decisions on placing on the market the GM product.³¹ What is more, when deciding to set aside a scientific opinion in order to upgrade the level of protection, the Commission 'must provide specific reasons for their findings by comparison with those made in the opinion and its statement of reasons must explain why it is disregarding the latter'³², a requirement which can be difficult to fulfil. So far, the Commission has always been endorsing the EFSA's opinion, by submitting a draft authorization to the SCFAH.

That being said, EFSA and several national institutes have been at loggerheads over the level of uncertainty raised by the cultivation of several GMOs.³³ In particular, the EU authority

has held that it was not empowered to include ethical and social considerations into its assessments.³⁴ As discussed below, the authorisations granted by the Commission to BASF (Amflorea) and Pioneer (Maize 1507) were dogged by controversies on the account that EFSA and several national institutes were crossing swords over the level of uncertainty. According to Weimer, "the cooperation with national authorities on GMOs assessments has been hampered by a lack of trust and conflicting views over GMO safety".³⁵ These controversies have also been compounding the deadlock at both comitology and Council levels regarding the issuance of GM food and feed authorisations.

To date, this authorisation regime has not had the desired effects. Due to persistent differences of opinion between the EU institutions and the Member States, a limited number of authorisations for deliberate dissemination have been granted, the most renowned being for maize MON810.³⁶ The deadlock in both comitology and the Council has been illustrated by the *Amflora* case.³⁷ The lack of a qualified majority within the Council of Ministers enabled the Commission to grant an MA in 2010 for the marketing of a genetically modified potato called *Amflora*. However, the General Court quashed this MA on the grounds that the Commission had affected the institutional balance of the EU. In effect,

²⁸ Case T-475/07 *Dow AgroSciences v Commission* [2011] T:2011:445, para. 148.

²⁹ Case C-284/95 *Safety Hi-Tech* [1998] C:1998:352, para. 49, and Case T-475/07 *Dow AgroSciences*, para. 149.

³⁰ Articles 6(4) and 18(4).

³¹ T-240/10, *Hungary v Commission* [2012] EU:T:2013:645, para. 91. See also by analogy Case T-326/99 *Fern Olivier/Commission and EMEA* [2003] ECR II-6053, para. 55.

³² Case T-13/99 *Pfizer* [2002] ECR II-3305, para. 199.

³³ By way of illustration, in support of the ban of the cultivation of GM maize MON 810, the Italian Government submitted to the European Commission scientific studies carried out by the national agricultural and environmental research councils. See Opinion A G Bobek delivered on 30 March 2017, Case C-111/16, *Giorgio Fidenato and others* [2017] C:2017:248, para. 19. To the contrary, the EFSA had not identified, in the documents provided by the Italian Government in support of the emergency measures relating to maize MON 810, any new science-based evidence which justified the emergency measures requested.

³⁴ M. Geelhoed, 'Divided in Diversity: Reforming the EU's GMO Regime' (2016) 18 *Cambridge Yb. Eur. Legal Studies* 25.

³⁵ M. Weimer, 'Risk Regulation and Deliberation in EU Administrative Governance. GMO Regulation and Its Reform' (2015) *ELJ* 7.

³⁶ The authorisations granted for maize Bt 176 and maize T 25 were withdrawn.

³⁷ Commission Decision 2010/135/EU concerning the placing on the market, in accordance with Directive 2001/18/EC of the European Parliament and of the Council, of a potato product (*Solanum tuberosum* L. line EH92-527-1) genetically modified for enhanced content of the amylopectin content of starch, OJ 2010 L 53/11.

the members of the regulatory committee could have been reviewing their initial position if they had obtained new scientific opinions expressing greater uncertainty than the previous opinions forwarded by the Commission.³⁸

The maize TC1507 saga – transgenic insect-resistant maize produced by Pioneer Hi-Bred International – also illustrates the difficulties encountered in the marketing procedure.³⁹ On three occasions (2004, 2006 and 2008), EFSA issued opinions concluding that there was no risk for human health or the environment, and accordingly supported the applications made by Pioneer. Due to the absence of a qualified majority either in favour of or against the draft authorisation, the Commission was required – pursuant to Article 5 of Directive 2001/18 – to submit to the Council ‘*without delay*’ a proposal concerning the action to be taken. On account of the Commission’s procrastination in dealing with its application, Pioneer lodged an action for failure to act⁴⁰ before the General Court, alleging a violation of the duty of diligence applicable to the Commission.⁴¹ The General Court ruled that the Commission failed to act in accordance with the procedure.⁴²

B. Regulation 1829/2003

In contrast to Directive 2001/18, Regulation 1829/2003 is not limited exclusively to the environment; it provides for a specific administrative procedure to authorize the placing on the

market of GMOs for food or feed use, food or feed containing or consisting of GMOs, and food or feed produced from or containing ingredients produced from GMOs. Accordingly, it pursues goals relating to quality of life, human health, animal welfare and consumer protection.⁴³

In accordance with a ‘one door one key’ approach, an administrative practice allows applications for an authorisation for deliberate release of GMOs into the environment (falling within the scope of Directive 2001/18) as part of the application for authorisation for GM food and feed. As a result, the scope of the authorisation granted in accordance with Regulation 1829/2003 can include the cultivation of GM crops for feed or food uses. Nonetheless, the scope of the Regulation is restricted to GMOs for food and feed use. It follows that the authorisation of GM crops for non-food or non-feed uses (for example, growing GM potatoes for processing into industrial starch such as the Amflora, flowers that have no food or feed purposes, etc.) is still governed solely by Directive 2001/18.⁴⁴ Needless to say, the ‘one door one key’ approach has reinforced the centralisation of decision-making at EU level regarding both the risk assessment and the granting of the authorisation.⁴⁵

Moreover, decisions on authorization adopted in accordance with Regulation 1829/2003 must be taken in consultation with the relevant competent authorities under Directive 2001/18/EC and are subject to an environmental risk assessment under that directive.

³⁸ T-240/10, *Hungary v Commission*, EU:T:2013:645.

³⁹ Maize TC 1507 had already been authorised for import into European territory for human and animal consumption. Here we are talking about the culturing of the variety.

⁴⁰ Article 256 of the TFEU.

⁴¹ Article 18 of Directive 2001/18/EC on the Deliberate Release of Genetically Modified Organisms, OJ 2001 L 106.

⁴² T-164/10 *Pioneer Hi-Bred International*, EU:T:2013:503, para. 42.

⁴³ Regulation (EC) No 1829/2003 relies on three distinct legal bases, namely Articles 37, 95 and 152(4)(b) of the EC (Articles 43, 114 and 168(4) of the TFEU).

⁴⁴ Guidance Notes from Food and Standards Agency and Department for Environment, Food and Rural Affairs on Regulation (EC) No 1829/2003 and on Regulation (EC) No 1830/2003, p. 6.

⁴⁵ L. Salvi, ‘The EU Regulatory Framework on GMOs and the Shift of Powers towards Member States’ (2016) 3 *EFFL* 202.

The *Bablok* case regarding honey that was accidentally contaminated by the pollen of maize MON 810 illustrates the broad scope of the regulation. The cultivation of this maize was at the centre of a case brought by beekeepers operating apiaries near to land owned by the State of Bavaria on which GM maize produced by Monsanto had been grown for research purposes. In this case, the Court was required to rule on the legal status of food such as honey as well as pollen-based food supplements in which an unintended pollen content originating from GM plants had been detected. Once the contested pollen is incorporated into honey or into pollen-based food supplements, it loses its ability to reproduce. The question thus arose as to whether the simple presence in apiculture products of pollen from GM maize that had lost its ability to reproduce resulted in the requirement that the marketing of these products be subject to the issue of an authorisation, along with rules on labelling and monitoring provided for by the regulation.

First, the Court recalled that pollen cannot be classified as a GMO for the purposes of Regulation 1829/2003 unless it amounts to an “organism”. This concept is defined, by reference to Directive 2001/18, as “any biological entity capable of replication or of transferring genetic material”. Where the pollen resulting from a variety of GM maize loses its ability to reproduce and is totally incapable of transferring the genetic material, it no longer comes within the scope of the concept of GMO.⁴⁶ It falls to the national court to make this assessment. Nevertheless, honey and food supplements containing this kind of infertile pollen are foods containing ingredients produced using GMOs. Since the scope of Regulation 1829/2003 also covers “food produced from or

containing ingredients produced from GMOs”,⁴⁷ these ingredients fall within the scope of the Regulation.⁴⁸ They must therefore be subject to an authorisation regime, irrespective of whether the contamination of the honey by the pollen was intentional or adventitious. Accordingly, the authorisation regime provided for under Regulation 1829/2003 extends to products accidentally contaminated by pollen originating from GM plants. Depending on the circumstances, such an extension could entitle the victims to bring a civil liability claim against the farmers suffering economic losses due to the accidental contamination.

The uniform regime of marketing authorisation specific to the GMOs falling within the scope of Regulation 1829/2003 bypasses the decentralised regime provided for under Directive 2001/18/EC, as the role of the Member State is essentially reduced to that of a postman. Under this unitary regime, requests for authorisation are dealt with on Union level, in consultation with the Member States, and definitive decisions concerning authorisation fall to the Commission or, depending of the circumstances, the Council. Authorisation may only be granted after an environmental risk assessment⁴⁹ has been carried out by the EFSA. The EU authority is called on to assess the potential environmental risks in accordance with the 2001/18 risk assessment procedure. All in all, the role of national authorities is belittled. However, the EU institutions are endowed with some leeway in deciding to adopt the decision, given that it must take into account not only the opinion of the Authority, but also

⁴⁶ Case C-442/09 *Bablok* [2011] ECR I-7419, para. 62. See M. Lamping, « Shackles for Bees? The ECJ's Judgment on GMO-Contaminated Honey »(2012) 1 *EJRR* 123–129.

⁴⁷ Article 3(1)(c). As a constituent particular to honey, pollen shall, in the future, not be considered as an “ingredient” anymore within the meaning of Regulation (EC) No 1169/2011 on the provision of food information to consumers, OJ 2011 L 304/18.

⁴⁸ *Bablok*, *supra* note 2, para. 79.

⁴⁹ Articles 5(5) and 17(5).

‘other legitimate factors relevant to the matter under consideration’.⁵⁰ These factors (societal concerns, socioeconomic considerations, etc.) are broader than the scientific issues dealt with in the risk assessment. Once authorised, the GMO or the product containing GMOs must be included in a Community register.⁵¹

Along the same line that Directive 2001/18 procedure, authorisations to the placing on the market of GMOs falling within the scope of Regulation 1829/2003 are granted for a maximum period of ten years.⁵² Any request for renewal must be submitted to the competent authority by the holder of the authorisation.⁵³ Renewals of authorisations initially granted under the 2001/18 Directive are now governed by Regulation 1829/2003.⁵⁴

This centralized procedure has been more successful than the decentralised one provided for under the 2001/18 Directive. In spite of a significant opposition from a number of Member States, the Commission has been following the EFSA’s scientific opinions and has been authorizing so far the GM applications submitted to it.⁵⁵ In April 2015, 63 authorisations have been granted mostly for cotton, oilseed rape, maize, soybean, sugar beet, and beetroot, plants that were genetically modified with a view to protecting them from pests or to enhance their resistance to plant protection products.⁵⁶ Broadly speaking, these authorisations were granted for a restricted use: cultivation, feeding, importation,

etc. The authorisation allowing the placing on the market of MON 810 allowed the registration of 221 varieties of this corn in the catalogue of plant varieties. Nonetheless, despite its centralised operation, this procedure is not renowned for its speed on the account of the deadlock in committees and the Council.⁵⁷

C. The pitfalls of the authorization regimes

So far, a number of State authorities have been in open conflict with the European Commission. Until now, disagreement has persisted as the regulatory committees and the Council of Ministers have still been unable to arrive at a qualified majority either to confirm or reject the proposals made by the Commission regarding the marketing of different GM products. Several national authorities called into question the inability of the European Commission to take into consideration those concerns not relating to GM safety, such as the ones related to socio-economic and agricultural considerations. The new comitology procedure under Regulation 182/2011 (the examination procedure)⁵⁸ did not bring to an end the opposition between the European Commission and the Member States.⁵⁹ On the one hand, an appeal committee that is composed of Member

⁵⁰ Articles 19(1) of Regulation (EC) No 1829/2003.

⁵¹ Article 28.

⁵² Articles 7(5) and 19(5) of Regulation (EC) No 1829/2003.

⁵³ Article 23 of Regulation (EC) No 1829/23.

⁵⁴ Joined cases C-58/10 to C-68/10 *Monsanto SAS e.a.* [2011] C:2011:553.

⁵⁵ M. Weimer, ‘Risk Regulation and Deliberation in EU Administrative Governance. GMO Regulation and Its Reform’ (2015) *ELJ* 5.

⁵⁶ For a list of the authorisations granted or the applications for permission processed by the EU, see http://ec.europa.eu/food/dyna/gm_register/index_en.cfm

⁵⁷ So far, the EU institutions have still to deal with fifty-eight authorisation requests, which is more than the number of GMOs that have been approved in the EU thus far. However, the EFSA has already completed the risk assessment and given a favourable opinion of eighteen of them. Six varieties of cotton (five authorisation requests and one renewal application), four varieties of maize (of whom NK603, MON 87460 and the renewal application of T25), five varieties of Monsanto soybean and one variety of colza (renewal application of GT73).

⁵⁸ Regulation (EU) No 182/2011 of the European Parliament and of the Council of 16 February 2011 laying down the rules and general principles concerning mechanisms for control by Member States of the Commission’s exercise of implementing powers, *OJ L* 55, p. 13.

⁵⁹ F. Randour, C. Janssens, and T. Delreux, ‘The Cultivation of GMOs in the EU: A Necessary Trade-Off’ (2014) 52:6 *JCMS* 1311.

State representatives replaces the Council. However, this Council in everything but name does not succeed in reaching a qualified majority. Accordingly, the absence of a qualified majority of the appeal committee in favour of or against the authorisation proposal has led the European Commission to authorize the product.⁶⁰ On the other, the Commission enjoys more flexibility under the new comitology procedure given that it may – and not shall⁶¹ – adopt the implementing act authorising the GM product.⁶²

As a result, in 2015 and 2016 the European Commission adopted 17 acts, which concerned ‘the authorisation of sensitive products and substances such as glyphosate or GMOs, despite Member States being unable to take position either in favour or against the decisions.’⁶³

There is no doubt that the low number of MA granted and the invocation of safeguard clauses as discussed above have had a dissuasive effect on the cultivation of GMOs. As a result, very little GM crops are cultivated in the EU. Whilst in 2015

almost 200 million hectares of GMO were cultivated worldwide, only 114,624 hectares of these were located in the EU (of which 97,346 were located in Spain). The MON 810 GMO authorised for cultivation is so far cultivated in only five Member States: Spain, Portugal, Czech Republic, Rumania, and Slovakia.

Part II. The prohibitions and restrictions placed on the free movement of GMOs

We will start by considering the free circulation of GMOs within the internal market. We will continue by considering the safeguard clause provided for under Directive 2001/18, moving on to address the issue of the safeguard clause provided for under Regulation 1829/2003. We shall also address the coexistence clauses provided for under Directive 2001/18. We shall finally address the restrictions placed by the CJEU on the possibility for Member States to enact more protective measures under Article 114 TFEU.

A. Free movement of authorized GMOs

Given that both Directive 2001/18/EC and Regulation 1829/2003 have been adopted on the basis of Article 114 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), they are enhancing the free circulation of GMOs. This choice is not innocent given that the harmonization on the basis of Article 114 TFEU of rules on the marketing of GMOs creates a precise legal framework limiting Member States’ ability to lay down their own product standards.⁶⁴ Once a GMO has been authorised for cultivation purposes in accordance with the legal framework on GMOs and complies, as regards the variety that is to be placed on the market, with the requirements on the marketing of seed and plant propagating material, Member States are not authorised to

⁶⁰ S. Poli, ‘The reform of the EU legislation on GMOs: A journey to unknown destination’ ” (2015) 4 *EJRR* 561.

⁶¹ Under the former comitology procedure, if the Council has neither adopted the proposed implementing act nor indicated its opposition to the proposal for implementing measures, the proposed implementing act shall be adopted by the Commission. See Article 5(6) of the Council Decision 1999/468/EC laying down the procedures for the exercise of implementing powers conferred on the Commission, OJ L 184, p. 23.

⁶² In the State of the Union Speech of September 2016, the President of the European Commission announced that ‘It is not right that when EU countries cannot decide among themselves whether or not to ban the use of glyphosate in herbicides, the Commission is forced by Parliament and Council to take a decision. So we will change those rules – because that is not democracy.’ In its work programme 2017, the Commission announced the modernisation of comitology procedures among new initiatives for 2017. On 14 February 2017, European Commission adopted a proposal to amend Regulation (EU) 182/2011, aimed at increasing transparency and accountability of the decision-making process leading to the adoption of implementing acts.

⁶³ Communication COM (2015) 176 final.

⁶⁴ N. de Sadeleer, *EU Environmental Law and the Internal Market* 114.

prohibit, restrict, or impede its free circulation within their territory,⁶⁵ except under the conditions defined by the legislative acts (safeguard clauses). It follows that the Member States' room for manoeuvre with respect to the control of the placing on the market of GMOs authorised under Directive 2001/18 and their cultivation has been somewhat limited.

Nevertheless, the assertion of free movement in both legal acts does not affect the right of the Member States to limit the free movement of GMOs in as much as they comply with the requirements laid down under the EU legislation. In order to restrict or to ban the cultivation of authorised GM crops, national authorities may have recourse to the safeguard clauses provided for under Article 23(1) of Directive 2001/18, or Article 34 of Regulation 1829/2003.⁶⁶ By way of illustration, even if the free movement of safe and wholesome food and feed is an essential aspect of the internal market,⁶⁷ a prohibition or restriction of the cultivation of GMOs authorised under Regulation 1829/2003 may be adopted by a Member State 'in situations expressly provided for under EU law'.⁶⁸

Given the opposition of many sectors to the cultivation of GMOs, Member States and the European Commission have been constantly fighting a turf war. In effect, the disagreements between the European Commission and a number of Member States regarding the marketing of GM products have been perpetuated downstream at the cultivation stage. Testament to the precau-

tionary principle⁶⁹, these two clauses were relied on by several Member States in order to oppose the cultivation of various GMOs that had been authorized by the European Commission. However, since they depart from the general principle of free movement, these clauses have been interpreted narrowly by the Commission as well as by the CJEU, in particular in cases concerning the cultivation of maize MON 810. Besides, Austria has made use of Article 114 (5) TFEU that provides for national reinforced protection.⁷⁰

B. Restrictions placed on the marketing and the use of GMOs under EU secondary law

1. The safeguard clause provided for under Article 23(1) of Directive 2001/18

Article 23(1) of Directive 2001/18 reads as follows: 'Where a Member State, as a result of new or additional information made available since the date of the consent and affecting the environmental risk assessment or reassessment of existing information on the basis of new or additional scientific knowledge, has detailed grounds for considering that a GMO as or in a product which has been properly notified and has received written consent under this Directive constitutes a risk

⁶⁵ Recital 5 of the preamble of Directive 2015/412.

⁶⁶ Recital 7 of Directive 2015/412. If following the granting of a MA a Member State wishes to counter a new risk for the environment or human health by imposing a ban or a restriction, it can also invoke Article 16(2) of Directive 2002/53 on the common catalogue of varieties of agricultural plant.

⁶⁷ Recital 1 of Regulation No 1829/2003.

⁶⁸ See, to that effect, Case C-36/11, *Pioneer Hi Bred Italia*, C-36/11, [2012] EU:C:2012:534, paras. 63 and 70.

⁶⁹ Case C-6/99 *Greenpeace France* [2000] ECR I-1676, para. 44 ; Case C-236/01 *Monsanto Agricoltura Italia and Others* [2003] ECR I-8105, para. 111. With respect to the safeguard clause contained in Article 12 of Regulation No 258/97 (concerning novel foods and novel food ingredients (repealed by Regulation 1829/2003) that 'the safeguard clause must be understood as giving specific expression to the precautionary principle ... [Thus] the conditions for the application of that clause must be interpreted having due regard to this principle'. (Case C-236/01, *Monsanto Agricoltura Italia and Others*, C:2003:431, para.110). See N. de Sadeleer, N. de Sadeleer, *Environmental Principles* (Oxford: OUP, 2005) 112–114.; and "The Precautionary Principle in EC Health and Environmental Law" (2006) 12 *ELJ* 139–172.

⁷⁰ Regarding the recourse to Article 114(5) TFEU, see Joined Cases C-439/05 P and C-454/05 P *Land Oberösterreich and Republic of Austria v Commission* [2007] ECR I-7441, para. 64.

to human health or the environment, that Member State may provisionally restrict or prohibit the use and/or sale of that GMO as or in a product on its territory.

The Member State shall ensure that in the event of a risk, emergency measures, such as suspension or termination of the placing on the market, shall be applied, including information to the public.

The Member State shall immediately inform the Commission and the other Member States of actions taken under this Article and give reasons for its decision, supplying its review of the environmental risk assessment, indicating whether and how the conditions of the consent should be amended or the consent should be terminated, and, where appropriate, the new or additional information on which its decision is based.⁷¹

Accordingly, national suspensions or bans must comply with the following requirements.

Firstly, the Member States can invoke the safeguard clause under special circumstances for a limited period of time. The national measures are deemed to be provisional. It follows that a 'general prohibition on the marketing of GMO seed' would evidently violate the conditions laid down in the safeguard clause in Directive 2001/18.⁷¹

Secondly, in accordance with Article 114 (10) TFEU, the national measures must be justified in the light of the non-economic reasons mentioned in the safeguard clauses. Accordingly, the Member States bear the brunt of the proof that the contested GMO constitutes 'a risk to human health or the environment'⁷² In contrast to Article 34 of Regulation (EC) No 1829/2003, the risk to be dealt with must neither be 'serious' nor 'significant'.

Thirdly, it is settled case law that health-related and environmental reasons must be supported by "new" or "additional" scientific evidence refuting the expert reports provided by the EFSA. In this connection, Article 23(1) subjects the invocation of the clauses to the requirement to present 'new or additional information' made available since the date of the consent.⁷³

Fourthly, in accordance with principles traditionally applicable to safeguard clauses, the application of a derogation clause under paragraph 10 of Article 114 TFEU should also be subject to a "control procedure" undertaken by the European Commission. Pursuant to Article 23(1), the safeguard clause entails an obligation for the Member State to notify the Commission of the derogating measures taken, in order to enable the latter to ascertain whether they are consistent with the relevant legislation.⁷⁴ Indeed according to both legislations, the recourse to these clauses implies a duty to provide immediate information. Generally speaking, the Commission shall either authorise the provisional measure for a time period defined or require the Member State to revoke the provisional measure. As a result, the interim national measure is temporary.

Disagreement has persisted, as the regulatory committees have still been unable to arrive at a qualified majority either to confirm or reject the proposals made by the Commission regarding the legality of the safeguard clauses.⁷⁵

⁷³ Case C-6/99 *Greenpeace France*, *supra*.

⁷⁴ Regarding the obligation to inform 'immediately' the other member States and the Commission of the interim protective measures adopted, see Cases C-58/10 to C-68/10 *Monsanto and Others* [2011] ECR I-7763, para. 70.

⁷⁵ In 2005, by contrast, the Council obtained the required majority to reject the European Commission proposal to lift the bans on diverse varieties of genetically modified maize and colza subject to national safeguard clauses prohibiting their cultivation and marketing in various European Union countries, such as France, Austria or Germany (maize T25 and MON810 are prohibited in Austria, maize Bt-176 is prohibited in Austria, Germany

⁷¹ Case C-165/08 *Commission v Poland* [2009] ECR I-6843, para. 61.

⁷² Article 23(1) of Directive 2001/18/EC.

2. *The articulation of the safeguard clauses provided for under Directive 2001/18/EC and Regulation 1829/2003*

The articulation of the safeguard clauses provided for under Directive 2001/18/EC and Regulation 1829/2003 has led to interpretative difficulties. Maize MON 810, which attracted a great deal of media attention, shook up the legal fraternity. To summarise, the marketing of this maize was authorised in 1998 according to Directive 90/220, which was repealed and replaced by Directive 2001/18. In 2004, Monsanto did not seek to renew the MA for maize MON 810 in accordance with the procedure laid down by Article 17 of Directive 2001/18 and gave notice to the Commission of its agricultural product as an “existing product” under Article 20(1)(a) of Regulation 1829/2003. In 2004, the Commission also approved the inclusion of 17 derived varieties of maize MON 810 in the common catalogue of varieties of agricultural plant governed by Directive 2002/53. This means that maize MON 810 was covered both by the regime established under Regulation 1829/2003 as well as that provided for under Directive 2002/53.⁷⁶ In addition, in *Pioneer Hi Bred, AG Bot* held that Italian cultivation prohibitions are subject to ‘the provision of strict proof’ that technical measures would not suffice.⁷⁷

Due to this change in regime, there was a question as to whether the Member States were still entitled to apply the safeguard clause provided for under Directive 2001/18. The referring French court, on application by Monsanto, asked about the conditions on which the French authorities could adopt an emergency measure on the basis of Article 23 of Directive 2001/18/EC.

In the French 2011 *Monsanto* case, the CJEU held that even though it was authorised on the basis of Directive 90/220/EC (replaced by Directive 2001/18/EC), a GMO like MON 810 maize which was notified as an ‘existing product’ within the meaning of Regulation 1829/2003, and was subsequently the subject of an application for renewal of authorisation under the same Regulation, can no longer be the subject of safeguard measures pursuant to Article 23 of Directive 2001/18. Accordingly, since maize MON 810 did not fall within the scope of Directive 2001/18, only Article 20(1) of Regulation 1829/2003 was applicable. By authorising the continuing use of the products to which it applies, this provision covers the use as seeds of the modified maize.⁷⁸

According to the *Monsanto SAS* judgment, the Member State concerned must comply with both the substantive conditions laid down in Article 34 of the Food and Feed Regulation and the procedural conditions provided for in Article 54 of the Food Safety Regulation (EC) No 178/2002, to which Article 34 of Regulation (EC) No 1829/2003 refers.

Given that the majority of GM plants that have been authorized for cultivation in accordance with Regulation 1829/2003, the Member States are called on to have recourse exclusively to Article 34 of that regulation. We shall see that the requirements stemming from this provision are much more stringent for the national authorities than the former safeguard clause.

and Luxembourg, colza Topas 19/2 is prohibited in France and Greece, and colza MSI-RF1 is prohibited in France).

⁷⁶ Opinion AG Bot in Joined Cases C-58/10 to C-68/10 *Pioneer Hi Bred Italia* [2011] ECR I-7763, para. 21.

⁷⁷ *Ibid.*, para. 61.

⁷⁸ Joined cases C-58/10 to C-68/10 *Monsanto SAS e.a.* [2011] C:2011:553, paras. 70-71; Opinion AG Bot in *Monsanto and Others*, *supra* note 106, para. 55. See M. Weimer, “The Right to Adopt Post-Market Restrictions of GM Crops in the EU” (2012) *EJRR* 447 and following; M. Clément “Arrêt *Monsanto* : Du principe de précaution au risque manifeste” (2012) *REDC* 163 and following.

3. *The safeguard clause provided for under Article 34 of Regulation No 1829/2003*

Where it is evident that products authorised by or in accordance with Regulation 1829/2003 are likely to constitute a serious risk to ‘human health, animal health or the environment’, Article 34 of that Regulation refers to the conditions laid down in Articles 53 and 54 of the Food Safety Regulation No 178/2002.

Pursuant to Article 53(1):

Where it is evident that food or feed originating in the (EU) is likely to constitute a serious risk to human health, animal health or the environment, and that such risk cannot be contained satisfactorily by means of measures taken by the Member State(s) concerned, the Commission ... shall immediately adopt’ different safety measures, depending on the gravity of the situation (suspension of the placing on the market, special conditions, etc.).

From a procedural point of view, Article 54(1) of Regulation 178/2002 requires Member States, first, to inform the Commission ‘officially’ of the need to take emergency measures and, second, where the Commission has not acted in accordance with Article 53 of that regulation, to inform it and the other Member States ‘immediately’ of their interim protective measures. These national interim protective measures may be maintained until the European Commission has adopted its own measures.

The national courts have jurisdiction to assess the existence of such a “serious” risk, except when the European Commission has been enacting the safety measures. Where a decision has been adopted at Union level pursuant to Article 53 of the above-mentioned Regulation 178/2002, the factual and legal assessments contained in such a decision are binding on all bodies of the Member State concerned, including its courts. In

this way, ‘the assessment and management of a serious and evident risk ultimately come under the sole responsibility of the Commission and the Council, subject to review by the European Union Courts.’⁷⁹

With respect to the substantive condition, it must be noted that in contrast to Directive 2001/18, Regulation 1829/2003 restricts the national measures to ward off a ‘serious risk to human health, animal health or the environment’.

Regarding the burden of proof, the Court ruled in *Monsanto Agricoltura Italia* with respect to the procedure laid down under Regulation 258/97/EC (replaced by Regulation 1829/2003/EC) that ‘protective measures, notwithstanding their temporary character and even if they are preventive in nature, can be adopted only if they are based on a risk assessment which is as complete as possible in the particular circumstances of an individual case’.⁸⁰ Whilst the Member State need not furnish proof of the risk when invoking this clause – the precautionary principle effectively relieves it of the burden of proof – it cannot however base its decision on ‘mere suppositions which are not yet verified’.⁸¹ As a matter of practice, the European Commission has been discarding most of the scientific evidence provided by the Member States on the grounds that these risk assessments did not call into question the findings of EFSA’ risk assessments or that they addressed other concerns than the genuine environmental and health issues.⁸²

⁷⁹ Cases C-58/10 to C-68/10 *Monsanto and Others* [2011] ECR I-7763, para. 78.

⁸⁰ *Monsanto Agricoltura Italia*, *supra*, para. 107.

⁸¹ See, by analogy, the interpretation of the safeguard clause laid down in former Regulation (EC) No 258/97, OJ 1997 L 43; Case C-236/01 *Monsanto Agricoltura Italia* [2003] ECR I-8105, paras. 106 and f.

⁸² By the same token, in *Biothec products* the DSB panel ruled that there was sufficient scientific evidence for the Member States to perform a full risk assessment in accordance with the SPS Agreement. As a result, national authorities invoking the safeguard clauses could not

Furthermore, in the French 2011 *Monsanto* case, the CJEU interpreted the conditions laid down in Article 34 of Regulation 1829/2003 combined with Articles 53 and 54 of the Food Safety Regulation quite strictly.

Firstly, the Court held that in addition to urgency, Article 34 of Regulation No 1829/2003 requires the Member States to establish ‘the existence of a situation which is likely to constitute a clear and serious risk to human health, animal health or the environment’.⁸³

The precautionary principle was not invoked by the CJEU whereas previously, in the *Monsanto Agricoltura* case, the Court had not hesitated to interpret the safeguard clause provided for under Regulation 258/97/EC, which has now been replaced by Regulation 1829/2003, with reference to this principle.⁸⁴

In the context of criminal proceedings against farmers prosecuted for having grown genetically modified maize MON 810 in breach of a decree prohibiting its cultivation on the Italian territory, the Tribunale di Udine referred a number of questions to the CJEU. One of the questions posed by the referring court concerned the relationship between Article 34 of Regulation No 1829/2003 and the precautionary principle.⁸⁵ The CJEU had therefore to assess whether the conditions for the adoption of emergency measures listed in Article 34 were exhaustive.

In *Fidenato*, the CJEU discarded an autonomous application of the precautionary principle in spite of the fact that the principle is enshrined

in Article 7 of the General Food Regulation 178/2002.⁸⁶ In other words, the precautionary principle, which presupposes scientific uncertainty as regards the existence of a particular risk, is not sufficient for justifying the adoption of restrictive national measures.

As a result, though the precautionary principle applies to the area of food in general, it does not allow for the requirements laid down in Article 34 in relation to genetically modified foods to be disregarded or modified, in particular by relaxing them, since those foods have already gone through a full scientific assessment before being placed on the market.⁸⁷

Advocate General Bobek took the view that ‘it follows from Article 34 of Regulation No 1829/2003, read in conjunction with Articles 53 and 54 of the Regulation No 178/2002, that interim protective measures may be taken by the Member States where it is evident from new scientific information that a product that has already been authorised presents a significant risk which clearly endangers human health, animal health, or the environment.’⁸⁸ Conversely, where it is not evident that genetically modified products are likely to constitute a serious risk to human health, animal health or the environment, neither the Commission nor the Member States have the option of adopting emergency measures such as the prohibition on the cultivation of maize MON 810. As a matter of fact, given Member States face lingering uncertainties regarding the health or environmental impact of the GM crops cultivated for the purposes of the production of food or feed, it would be difficult, let alone impossible, for them to demonstrate that it is evident from

have recourse to provisional measures under Article 5.7 of the SPS Agreement.

⁸³ Cases C-58/10 to C-68/10 *Monsanto and Others* [2011] ECR I-7763, para. 79. See G. Kalfleche, “Application du droit de l’Union par les juridictions administratives” (novembre 2011–mai 2012)” (2012) 7 *Europe* pp. 10-11.

⁸⁴ Case C-236/01 *Monsanto Agricoltura Italia and Others* [2003] ECR I-8105, para. 112.

⁸⁵ Case C-111/16, *Giorgio Fidenato and others* [2017] C:2017:676.

⁸⁶ Regarding the scope of that principle, see Case C-282/15 *Queisser Pharma* [2018] C:2017:26, paras. 54 to 60.

⁸⁷ Case C-111/16, *Giorgio Fidenato and others*, para. 52.

⁸⁸ *Ibid.*, para. 48.

new scientific information that the product at issue presents a significant risk.

Needless to say, the *Fidenato* judgment renders the precautionary principle nugatory in the area of GM food and feed. This seems to be paradoxical on the account that GM food and feed risks are subject to a higher level of scientific uncertainty, given their novelty, than traditional food and feed. It must also be noted that according to the preamble of Directive 2015/412, 'the precautionary principle should always be taken into account in the framework of Directive 2001/18/EC and its subsequent implementation.'⁸⁹

4. Coexistence clauses

Under Article 26a of Directive 2001/18, the Member States have kept their sovereignty on the establishment of coexistence rules for traditional crops and GMO crops.⁹⁰ These coexistence clauses enable Member States to protect farmers who would be detrimentally affected by the contamination of their non-GM crops by GM crops. Given the silence of the Directive as to the scope of these rules, the Commission has been adopting non-binding recommendations.⁹¹

To date, there has been little room for manoeuvre of the Member States in authorising the

cultivation of GMOs authorised under secondary law thanks to an extensive interpretation of the coexistence arrangements. *Pioneer Hi Bred Italia* where maize MON 810 returned to centre stage of the legal scene is a case in point. In that case, the CJEU was asked by an Italian court whether Italy could impose a supplementary risk control procedure in addition to the EU MA procedure. In other words, could a national authorisation regime for the cultivation of GMOs operate in addition to the MA provided for under Regulation 1829/2003? Endorsing the arguments of Advocate General Bot, the CJEU found that Italy was not entitled to subject the cultivation of GMOs already authorised under Regulation 1829/2003, which had been included in the common catalogue pursuant to Directive 2002/53, to a requirement of a national authorisation based on health or environmental protection concerns. Essentially, the right of Member States to regulate the coexistence between different types of crops (GMOs, organic and traditional crops) does not however entitle them to impose an authorisation procedure of this type. The Court took the view that 'an interpretation of Article 26a of Directive 2001/18 which would enable the Member States to establish such a prohibition would therefore run counter to the system implemented by Regulation No 1829/2003 and Directive 2002/53, which consists in ensuring the immediate free movement of products authorised at a Community level and accepted for inclusion in the common catalogue, once the requirements of protection of health and the environment have been taken into consideration during the authorisation and acceptance procedures'.⁹²

Another issue are "the high cost, impracticability or impossibility of implementing coexistence measures due to specific geographical

⁸⁹ Recital 2 of the preamble.

⁹⁰ Article 26a of Directive 2001/18 provides only that the Member States may institute coexistence measures.

⁹¹ Commission Recommendation of 23 July 2003 on guidelines for the development of national strategies and best practices to ensure the co-existence of genetically modified crops with conventional and organic farming [2003] OJ L 189/36, and Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on the implementation of national measures on the coexistence of genetically modified crops with conventional and organic farming, (COM(2006) 104 final). See also the 2009 report of the European Commission (COM(2009) 153 final). See M. Lee, "The Governance of Coexistence Between GMOs and Other Forms of Agriculture: A Purely Economic Issue?" (2008) 2 *JEL* 193–212; J. Corti Varela, "The new Strategy on Coexistence in the 2010 European Commission Recommendation" (2010) 4 *EJRR* 353–358.

⁹² *Pioneer Hi Bred Italia*, *supra*, para. 74.

conditions, such as small islands or mountain zones, or the need to avoid GMO presence in other products such as specific or particular products.”⁹³

C. Restrictions placed on the marketing and the use of GMOs under EU primary law

Paragraph 5 of Article 114 TFEU authorizes the Member States, insofar as certain conditions are fulfilled, to ‘introduce’ more stringent measures than those provided for by an EU measure related to the functioning of the internal market.⁹⁴ These measures must be based on ‘new scientific evidence’. The question arose as to whether an Austrian province could ban GMOs on its territory with the aim of protecting nature as well as organic farming pursuant to that paragraph. The European Commission contended that the scientific evidence gathered by the Austrian authorities in the light of the precautionary principle was not ‘new scientific evidence’ in the sense of paragraph 5 of Article 114 TFEU. AG Sharpston took the following view in her opinion: ‘Having regard to ... the precautionary principle, ..., no amount of precaution can actually render that evidence or that situation new. The novelty of both situation and evidence is a dual criterion which must be satisfied before the precautionary principle comes into play.’⁹⁵ The Court of Justice dismissed the appeal lodged by the Austrian authorities, claiming that the General Court did not erred in law by stating that EFSA’s findings concerning the absence of scientific evidence demonstrating the existence of a specific problem had been taken into consideration by the Com-

mission.⁹⁶ In other words, the principle does not prevail over the obligation for the Member State to bear the burden of the proof as regard the novelty of the scientific evidence.

Part III. The “repatriation” of cultivation under Directive 2015/412

Since 2009, various Member States have called for a change to the marketing regime, which has proved to be favourable to the European Commission. Indeed, according to comitology rules, the European Commission is likely to have the last words in face of continuous disagreement between the Member States.

After several years of tedious negotiations, the Parliament and the Council adopted on March 11th 2015, Directive 2015/412, which inserts Articles 26a-c into the 2001/18 Directive.⁹⁷ Though the amending directive does not call into question the authorisation schemes regarding the placing on the market of GMOs, the lawmaker took the view that “cultivation may ... require more flexibility in certain instances as it is an issue with strong national, regional and local dimensions, given its link to land use, to local agricultural structures and to the protec-

⁹³ Recital 15 of Directive 2015/412.

⁹⁴ See N. de Sadeleer, *EU Environmental Law and the Internal Market* above 358–377.

⁹⁵ Opinion AG Sharpston in Joined Cases C-439/05 P and C-454/05 P *Land Oberösterreich and Republic of Austria v Commission of the European Communities* [2007] ECR I-7441, para. 134.

⁹⁶ Joined Cases C-439/05 P and C-454/05 P *Land Oberösterreich and Republic of Austria v Commission of the European Communities* [2007] ECR I-7441, para. 64.

⁹⁷ OJ L 68/1. The legal basis chosen is Article 114 TFEU. See E. Brosset, ‘Flexible droit de l’UE en matière d’OGM’ (2016) 51: 2–3 CDE 651–681; N. de Sadeleer, ‘Marketing and Cultivation of GMOs in the EU. An Uncertain Balance between Centrifugal and Centripetal Forces’ (2015) (4) *E.J.R.R.* 532–558 ; *Ibid.*, ‘Terroir et génie génétique: la réglementation des OGM à l’épreuve des forces centrifuges et centripètes’ (2015) *Rev.Tr.Dr. Eur.* 497–528; I. Urrutia Libarona, ‘El reconocimiento del derecho a decidir sobre la prohibición (o no) de cultivos transgénicos en la reciente normativa de la UE’, in A. Garcia Ureta (dir.) *New Perspectives on Environmental Law in the 21st c* (Barcelona, M. Pons, 2018) 195–220. The General Court ruled that an action for annulment lodged by a claimant against Directive 2015/412 was manifestly inadmissible. Order 6 June 2017, *Società agricola Taboga Leandro e Fidenato Giorgio*, T:2017:419.

tion or maintenance of habitats, ecosystems and landscapes'.⁹⁸ Accordingly, in accordance with the principle of subsidiarity enshrined in Article 2(2) TFEU, Member States are henceforth entitled to have the possibility to adopt legally binding acts restricting or prohibiting the cultivation of GMOs in their territory after such GMOs have been authorised to be placed on the Union market. The amending directive aims thus at granting the Member States more flexibility to decide whether or not they wish to cultivate GMOs on their territory without affecting the risk assessment provided in the system of Union authorisations of GMOs.

In reallocating competences at a national level, this legislative reform is breaking new grounds. This reform is even more striking given the failed attempt of the European Commission to allow Member States to restrict the use of GM food and feed products on non-safety grounds in adding an Article 34a to Regulation 1829/2003.⁹⁹

A. Procedure

Under the terms of a somewhat convoluted compromise, the new powers of the Member States under the new Article 26c are spread over two stages that can be briefly described.

Phase 1. First of all, the Member States may request the undertaking applying for MA for GM seeds to exclude all or part of their territory from the geographical scope of the authorisation.¹⁰⁰ In contrast with phase 2, no justifications are needed. Regarding the temporal scope, that request has to be communicated to the Commission at the latest 45 days from the date of circulation of the assessment report under Article

14(2) of the Directive 2001/18. The Commission is called on to make the demand publicly available by electronic means. The Commission must forward the request to the applicant. If such a request is made, the MA applicant may limit the geographical scope of its initial application.¹⁰¹ The latter can adjust his application, though he is not obliged to do so. The written consent issued under both marketing authorisation procedures shall then be issued on the basis of the adjusted geographical scope of the application. Nothing precludes the Member States to renounce their geographical claims.¹⁰²

Phase 2. Thereafter, where the applicant refuses to alter the geographical scope of its application, or where no request is notified by a national authority,¹⁰³ the Member States still may exercise an opt-out, invoking one or several "compelling grounds" that are not at odds with the assessment of health and environmental risks carried out by the EFSA.

The Article 26b(3) 'compelling grounds' can be invoked individually or in combination depending on "the particular circumstances of the Member State, region or area in which those measures will apply".¹⁰⁴ These grounds can be invoked in a generalized form or they can be more concrete.

The national measures are wide in scope: they range from full bans to more narrow restrictions. They can lay down specific conditions for cultivation. They are likely to apply to a "GMO, or [...] a group of GMOs defined by crop or trait".¹⁰⁵ According to Winter, this implies that the Member States may not generally prohibit the cultivation of GM seeds per se. Rather, this

⁹⁸ Recital 5 of the preamble of Directive 2015/412.

⁹⁹ See Proposal for Regulation amending Regulation 1829/2003, COM (2015)177 final. On 28 October 2015, the European Parliament rejected the Commission's proposal.

¹⁰⁰ Article 26b(1) of Directive 2015/412.

¹⁰¹ Article 26b(2).

¹⁰² Recital 21, and Article 26b(5).

¹⁰³ Article 26b(3). The European Parliament obtained that phase 2 is not subjected to phase 1.

¹⁰⁴ Recital 13 of Directive 2015/412.

¹⁰⁵ Art. 26b(3)(1) Directive 2015/412.

can be done with regard to a particular seed or a certain group of seeds.¹⁰⁶ However, as long as they are not cultivated, the marketing of new GM food authorised under Regulation 1829/2003 is not affected by this new regime.

As regards their geographical scope, the restrictions or prohibitions may cover all or part of the national territory (a region, a county, a municipality, a designated natural area, a nature sanctuary, etc.).

It thus follows that the Member States are entitled to prohibit or limit the cultivation of GMOs authorised on EU level within all their territory without having to invoke the safeguard clause provided for under Directive 2001/18/EC and Regulation 1829/2003, the scope of which – as noted above – have been interpreted narrowly.

The change has thus been appreciable: whilst only health-related and environmental risks, as duly confirmed in a risk assessment, could be invoked against the granting of a marketing authorisation,¹⁰⁷ other considerations, including in particular the socio-economic balance between the advantages and disadvantages of genetic engineering may now be invoked downstream in order to oppose the cultivation of authorised GM seeds. This new regime appears to be based on the following reasoning: in contrast to questions relating to the marketing of GMOs, their cultivation is more of a local or regional matter than an international one.¹⁰⁸ Therefore, Member States are allowed to restrict cultivation to a greater extent than they are allowed in accordance with the previous regime.

So far, the opt-out mechanisms have been successful. Member States were allowed to adopt between April and October 2015 transitional measures to products (Maize MON 810, 1511, BT 11, 59122, etc.) which have been authorised or which were in the process of being authorised before the entry into force of the directive.¹⁰⁹ In the course of this transitional period, the notifiers acceded to all relevant requests made by 17 Member States and four regions (Wallonia, Wales, Scotland, Northern Ireland) regarding the geographical adjustment of their authorisations.¹¹⁰ Several Member States are divided. For instance, in Belgium the Walloon authorities banned 8 GM crops whereas their cultivation is allowed in Flanders. In the UK there is a wide divide between GMO-sympathetic England and GMO-reluctant Scottish and Welsh nations.

B. Conditions

In relying on the new compelling grounds, the Member States are not endowed with unfettered discretion. They must fulfil a number of procedural and substantive conditions.

Regarding the formal conditions, the national measures are subject pursuant to Article 26b(4) to a procedure of information at EU level, a procedure that is not as stringent as the review procedure provided for under the traditional safeguard clauses. During a period of 75 days starting from the date of such communication, the Member State shall refrain from adopting and implementing the proposed restrictive measures. On expiry of that period, the Member State concerned may “adopt the measures either in

¹⁰⁶ G. Winter, *National Cultivation Restrictions and Bans of Genetically Modified Crops and Their Compatibility with Constitutional, EU and International Law*, Legal Report Commissioned by the Federal Nature Conservation Agency (May 2015) 9.

¹⁰⁷ Recital 7 of Directive 2015/412.

¹⁰⁸ Recital 5 of Directive 2015/412.

¹⁰⁹ Recital 26 and Article 26c(1) of Directive 2015/412.

¹¹⁰ European Commission, Restrictions of geographical scope of GMO applications/authorisations: Member States demands and outcomes.
https://ec.europa.eu/food/plant/gmo/authorisation/cultivation/geographical_scope_en

the form originally proposed, or as amended to take account of any non-binding comments received from the Commission". On the one hand, this procedure is rather similar to the one provided for under Directive 98/34/EC laying down a procedure for the provision of information in the field of technical standards.¹¹¹ On the other hand, it departs significantly from the Article 114(6) TFEU procedure according to which the Commission is called on to approve the national requests for derogating harmonized internal market standards.¹¹²

Regarding the substantive conditions, the directive requires that such national measures justified in the light of one or several compelling grounds are "in conformity with Union law, reasoned, proportional and non-discriminatory". These "compelling grounds" cover a very large number of reasons ranging from socio-economic to public order; they encompass:

- (a) Environmental policy objectives;
- (b) town and country planning;
- (c) land use;
- (d) socio-economic impacts;
- (e) avoidance of GMO presence in other products without prejudice to Article 26a;
- (f) agricultural policy objectives;
- (g) public policy.

Moreover, the compelling grounds must not be at odds with the assessment of health and environmental risks carried out by the EFSA.

Part IV. Compatibility with the principle of free movement of goods

A. Introduction

A better protection of the environment or the enhancement of small-scaled agriculture through limiting the placing on the market or the use of hazardous products and substances might be looked at as a plausible alibi for reinforcing competitiveness of national farms. Should such restrictions be swept aside by the free movement of goods, considered by the Court of Justice as 'one of the fundamental principles of the Treaty'¹¹³ and by most academic authors as a major achievement of the European integration process? In this connection, some may question whether the new opt-out regime is compatible with Article 34 TFEU that prohibits measures of equivalent effect to a quantitative restriction (ME-EQRs) contrary to Articles 34 TFEU. Let be noted that the issue of compatibility can be resolved exclusively by the CJEU.

Given the lack of standing of the GMO producers or retailers to challenge directly the directive before the CJEU,¹¹⁴ it is more likely that they will challenge the national implementing measures before the competent national courts in order to challenge the directive itself. These courts will have the possibility to refer one or several of the three separate, albeit related, questions for preliminary rulings in accordance with Article 267 TFEU:

- as to the compatibility of the national measure restricting or banning cultivation of authorised GMOs with the procedural and substantive requirements of Article 26b;

¹¹¹ Directive 98/34/EC does not apply to the national measures at issue. See Recital 17 of Directive 2015/412.

¹¹² N. de Sadeleer, *EU Environmental Law and the Internal Market* above 369–370.

¹¹³ See, e.g. Case 265/65 *Commission v. France* [1997] ECR I-6959.

¹¹⁴ N. de Sadeleer and C. Poncelet, « Protection Against Acts Harmful to Human Health and the Environment Adopted by the EU Institutions » (2011-2012) 14 *Cambridge Yearbook of EU Law* 177–208.

- as to the compatibility of the national measure at issue with the principle of free movement of goods;
- as to the compatibility of Directive 2015/412 with the principle of free movement of goods.

In answering these questions, the CJEU will have to decide the extent to which Directive 2015/412 may authorize Member States to prohibit or restrict trade between Member States.

It must be noted that the French Constitutional Court dismissed a lawsuit requesting to review the consistency of the national ban of cultivation of varieties of GM maize with both Articles 23 of Directive 2001/18 and Article 34 of Regulation 1829/2003. The Constitutional Court held that such a review falls under the jurisdiction of ordinary and administrative courts. Moreover, the Council took the view that the French Constitution precludes it to make a reference for preliminary ruling to the CJEU in accordance with Article 267 TFEU¹¹⁵.

B. Applicability of Article 34 TFEU

There are two ways in which to ascertain the compatibility of the compelling grounds with the free movement of goods. Either the domestic measure justified by the compelling ground will be assessed only in light of Directive 2015/412 as in the case of complete harmonization, or it will be observed that the directive gives rise to incomplete harmonization, and its lawfulness will be assessed directly in the light of Article 34–36 TFEU. In other words, the question arises as to whether Directive 2015/412 gives rise to a complete or an incomplete harmonization of the subject matter. The CJEU will have thus to determine whether the national restriction falls under that Article 34 TFEU.

Our view is that the CJEU will have to recognize that Directive 2015/412 does not fully harmonize national rules.¹¹⁶ Indeed, in contrast to the marketing procedures where the Member States are endowed with any room for manoeuvre, the amending Directive of 2015 gives Member States considerable leeway in allowing them to decide the personal, temporal, geographical, and material scope of their restrictive measures. In addition, the national measures regulating the use of GMOs for cultivation purposes have to be qualified as a MEEQR given that this notion covers ‘any other measure which hinders access of products originating in other Member States to the market of a Member State’.¹¹⁷ Given that the harmonization is not deemed to be complete, the CJEU will have to verify whether the national restriction arrangements allowed under Article 26bis are compatible with Article 34, which is applicable only to the extent that the matter cannot be determined exhaustively on the basis of the Directive.¹¹⁸

However, account must be taken of the fact that Article 34 TFEU will not apply to cases where all the elements are confined within a sin-

¹¹⁶ However, G. Winter took the view that Article 26b should be treated as a self-standing provision of secondary law. See *Nationale Anbaubeschränkungen und -verbote für gentechnisch veränderte Pflanzen und ihre Vereinbarkeit mit Verfassungs-, Unions – und Völkerrecht*, Rechtsgutachten im Auftrag des Bundesamtes für Naturschutz (May 2015).

¹¹⁷ Case C-110/05 *Trailers* [2009] ECR I-519, para. 37; Case C-142/05 *Mickelsson and Roos ‘Swedish Watercrafts’* [2009] ECR I-4273, para. 24. See P. Oliver, ‘Of Trailers and Jet-Skis: is the Case Law on Article 34 TFEU Carrering in a New Direction’ (2010) *Fordham Intl LJ* 4.

¹¹⁸ It is settled case law that where full harmonization is achieved, Member States may not invoke grounds contained in Article 36 TFEU or a mandatory requirement of general interest with a view to impeding free movement of authorized GMOs. See, among others, Case C-573/12, *Ålands vindkraft AB v Energimyndigheten* [2014] C:2014:2037, para. 58.

¹¹⁵ Decision n° 2014-694 DC of 28 May 2014.

gle Member State.¹¹⁹ Given the local dimension of several restrictions, this case law should preclude the invocation of Article 34 TFEU.

Last, the Member States prohibiting or restricting the cultivation of GM crops have to demonstrate that their measures are justified and proportionate to the aim of that justification.

Conversely, Article 36 TFEU remains applicable ‘as long as full harmonization of national rules has not been achieved’.¹²⁰ If the CJEU holds that in adopting Directive 2015/41 the EU lawmaker has pre-empted the field (exhaustive, full, or complete harmonisation), the national restrictive measures must be reviewed in light of the directive itself. It follows that the CJEU will have to take fully into consideration the opt-out clauses in their own rights.

C. The justification for the restrictions on the free movement of GM crops

Given that that primary law prevails over secondary law, the CJEU will have to take into consideration whether the compelling grounds listed under Article 26b(3) are compatible with the derogations to the principle of free movement of goods. In case they are not, they cannot objectively justify the national measure regulating the cultivation of GM crops.

Some of the ‘compelling grounds’ do not present any difficulties at all on the account that

they are listed under Article 36 TFEU (‘public policy’)¹²¹ or that they have been proclaimed as mandatory requirements of general interest (‘environmental protection’, ‘town and country planning’, ‘land use’, and ‘consumers protection’).¹²² Given their novelty, other compelling grounds are likely to spark off a debate of unprecedented nature. Our analysis focuses on the most controversial compelling grounds.

1. Absence of conflict with the EFSA’s risk assessment

Whilst the Member State may invoke one or more of the grounds listed under Article 26b(3),¹²³ it is specified that they “shall, in no case, conflict with the environmental risk assessment” carried out by EFSA.¹²⁴ According to recital 14 of the preamble of Directive 2015/412 “to avoid any interference with the competences which are granted to the risk assessors and risk managers under Directive 2001/18/EC and Regulation (EC) No 1829/2003, a Member State should only use grounds with respect to environmental policy objectives relating to impacts which are distinct from and complementary to the assessment of risks to health and the environment which are assessed in the context of the authorisation procedures provided in Directive 2001/18/EC and in Regulation (EC) No 1829/2003, such as the maintenance and development of agricultural practices which offer a better potential to reconcile production with ecosystem sustainability, or maintenance of local biodiversity, including cer-

¹¹⁹ Case C-134/94, *Esso Española* [1995], EU:C:1995:414, para. 13, and Case C-268/15, *Ullens de Schooten*, [2016], EU:C:2016:874, para. 47. Article 26b(3) of the Directive stresses that the opt-out clauses must be ‘in conformity with Union law’. However, such an express reference cannot extend the scope of application of Articles 34 to 36 TFEU to situations that have no cross-border aspect. See Case C-282/15 *Queisser Pharma* [2018], para. 41.

¹²⁰ See Case 215/87 *Schumacher* [1989] ECR 617, para. 15; Case C-369/88 *Delattre* [1991] ECR I-1487, para. 48; Case C-347/89 *Eurim-Pharm* [1991] ECR I-1747, para. 26; Case C-62/90 *Commission v Germany* [1992] ECR I-2575, para. 10; and Case C-320/93 *Ortscheit* [1994] ECR I-5243, para. 14

¹²¹ This compelling ground has always been subject to a narrow interpretation. See *Oliver on Free Movement of Goods in the European Union*, 5th ed. (Oxford, Hart, 2010) 253.

¹²² See our analysis of the scope of these different justifications, in ‘Marketing and Cultivation of GMOs in the EU. An Uncertain Balance between Centrifugal and Centripetal Forces’ (2015) (4) *E.J.R.R.* 532–558.

¹²³ Public order may not however be invoked alone.

¹²⁴ Recital 4 of Directive 2015/412.

tain habitats and ecosystems, or certain types of natural and landscape features, as well as specific ecosystem functions and services.’ In contrast to safeguard clauses discussed above, the opt-out granted to the Member States does not therefore call into question the risk assessment carried out at EU level.

What is the room of manoeuvre left to the Member States? Does the existence of a risk assessment preclude any other justifications?

In our view, in a field marked by uncertainty such as the one at issue, the EFSA scientists do not necessarily have an answer to everything. Their investigations do not always allow for an identification of the risks in a convincing manner. Indeed, in many cases, their assessments are likely to demonstrate that there is a high degree of scientific and practical uncertainty in that regard. Moreover, some risk assessments carried out prior to the granting of MA do not cover all risks for wildlife or for the soil. Furthermore, the preamble of Directive 2015/412 stresses that the risk assessments carried out under Directive 2001/18 are far from being perfect; accordingly, they need to be “regularly updated to take account of continuous developments in scientific knowledge”.¹²⁵ In short, Article 26bis does not exclude different views about the overall risk assessment.¹²⁶

Among the impacts that could be assessed by the national scientific authority, one could mention:

- the effects on certain non-target organisms,
- the likelihood of horizontal gene transfers,
- the failure to account for particularly vulnerable areas under cultivation or nature reserves,

- the emergence of resistances against BT-seeds,
- a change in agricultural cultivation practices (such as a heightened use of herbicides in case of herbicide-resistant plants).

It follows that the Member State bears the burden to demonstrate that the EFSA’s risk assessment is incomplete.

2. Environmental grounds

The danger of insertion of transgenic elements into the environment is high.¹²⁷ Despite the fact that the genes being transferred occur naturally in other species, there are unknown consequences to altering the natural state of an organism through foreign gene expression.¹²⁸ These consequences may influence not only the GMO itself, but also the natural environment where it is released.¹²⁹ It comes thus as no surprise that one of the compelling grounds relates to the environment. What is more, the two next compelling grounds, town and country planning (ground b)) as well as land use (ground c)) are genuine components of the environment *lato sensu* (ground a)).¹³⁰ It is settled case law that the Member States can impede the free circulation of goods on these three grounds.¹³¹ For instance, the integration of landscape planning into general land planning could be used to limit the cultivation of GMOs in specific areas.¹³²

¹²⁵ Recital 3 of Directive 2015/412. However, Directive 2015/412 does not really address the role of uncertainty in the risk assessment and the cooperation between the EFSA and the national scientific authorities.

¹²⁶ G. Winter, ‘Cultivation Restrictions for Genetically Modified Plants’ above 127.

¹²⁷ German Advisory Council of Global Change, *Conservation and Sustainable Use of the Biosphere* (London, Earthscan, 2001) 55.

¹²⁸ Advisory Opinion of the International Monsanto Tribunal, The Hague, 18 April 2017, 33.

¹²⁹ T. Phillips, ‘Genetically Modified Organisms (GMOs): Transgenic Crops and Recombinant DNA Technology’ (2008) 1:1 *Nature Education* 213

¹³⁰ Opinion AG Leger in Case C-36/98 *Spain v Council* [2001] ECR I-779, para. 106.

¹³¹ N. de Sadeleer, *EU Environmental Law and the Internal Market*, above, 284–301.

¹³² G. Winter, *supra*, 17.

Given that a number of disagreements between the national scientific authorities and the EFSA concerned the environmental component of the risk assessment carried out by the EU Authority, it comes as no surprise that the first compelling ground relates to the environment. Of importance is to stress the wide scope of that ground on the account that it relates to the environmental policy objectives.¹³³ Under EU primary law, these objectives are extremely broad given that they range from the protection of human health to the ‘prudent and rational utilisation of natural resources’.

3. Agricultural grounds

‘Agricultural policy objectives’ (ground f)) can also be invoked as a compelling ground¹³⁴, though these objectives have seldom been invoked in disputes concerning the free movement of goods. The preamble of the directive stresses that “cultivation may ... require more flexibility in certain instances as it is an issue with strong national, regional and local dimensions, given its link to land use, to local agricultural structures and to the protection or maintenance of habitats, ecosystems and landscapes.”¹³⁵ In addition, these grounds may include “the need to protect the diversity of agricultural production and the need to ensure seed and plant propagating material purity”.¹³⁶

By the same token, restrictions could aim at promoting the diversity of seeds, local markets, maintenance of jobs in extensive agriculture,

etc.¹³⁷ It is unlikely that these objectives will overlap with environmental policy objectives (conservation of biodiversity).

What is more, the national decision of banning the cultivation of GMOs has an impact on the agricultural practices of the neighbouring Member States in which GMOs are cultivated. These Member States are called on ‘to take appropriate measures in border areas of their territory with the aim of avoiding possible cross-border contamination into neighbouring Member States in which the cultivation of those GMOs is prohibited’.¹³⁸

Account must also be made of the fact that an array of national agricultural measures have been validated on the ground that they were aiming at protecting the health and life of animals and plants within the meaning of Article 36 TFEU.¹³⁹ What is more, it must be noted that cultivation of a plant variety included in the common catalogue of varieties could be prohibited in any Member State where it is harmful from the point of view of plant health to the cultivation of other varieties or species.¹⁴⁰ In *Ospelt*, the CJEU held that several public-interest objectives, such as the preservation of agricultural communities, the maintenance of distribution of land ownership allowing the development of viable farms and sympathetic management of green spaces and the countryside are likely to justify restrictions on the free movement of capital.¹⁴¹ In particular, the Court stressed that ‘the objective of sustaining and developing viable agriculture on the basis of social and land planning considerations entails keeping land intended for agricul-

¹³³ Pursuant to Article 191(1) TFEU, the environmental policy pursues four objectives. Nothing precludes Member States to pursue additional objectives. See N. de Sadeleer, *EU Environmental Law and the Internal Market*, above 33–40.

¹³⁴ C. Blumann et al., *Commentaire Mégret. PAC et PCC* (Brussels: ULB, 2011) 25 to 36

¹³⁵ Recital 6.

¹³⁶ Recital 15.

¹³⁷ Ibid.

¹³⁸ Article 26a, 1 a.

¹³⁹ See P. Oliver, *supra*, p. 401–411.

¹⁴⁰ Article 18 of Directive 2002/53 *supra* note 3; recital 4 of Directive 2015/412.

¹⁴¹ Case C-452/01 *Ospelt* [2003] ECR I-9743, para. 39.

ture in such use and continuing to make use of it under appropriate conditions’.

The reference to agricultural policy should now make it possible to put to rest the rather narrow interpretation of Article 114(5) TFEU regarding the consideration of the scale of operations and the maintenance of organic agriculture when establishing provincial regimes banning GMO cultivation.¹⁴²

Last but not least, it must be borne in mind that this compelling ground must not conflict with the results of the EFSA’s risk assessment that must encompass ‘changes in management, including, where applicable, in agricultural practices’.¹⁴³ It must be noted that the use of pesticides on tolerant GM plants (such as glyphosate) are taken on board in the environmental risk assessments. According to EFSA, the applicant is requested to assess the potential environmental effects due to the cultivation of the GM crop in the receiving environment where the GM plant is likely to be cultivated, specify under what circumstances the potential herbicide regimes likely to be adopted for the GM plant may lead to environmental effects than the current management systems they are likely to replace, and consider the impact of the herbicide treatments on biodiversity within farming regions.¹⁴⁴

However, national measures aiming at fostering agro-sustainability and agrobiodiversity focus on agricultural issues rather than on the environmental risks that are assessed in the risk assessment.¹⁴⁵

4. Socio-economic grounds

The compelling grounds d) (‘socio-economic’) and e) (‘avoidance of GMO presence in other products’) are directed to avoiding the costs of coexistence measures and to accommodating consumer preferences. Needless to say, these grounds go beyond the genuine scientific assessment carried out by EFSA in accordance with the authorisation procedure.

Firstly, the justification regarding ‘avoidance of GMO presence in other products’ (ground e)) relates to consumers protection, a mandatory requirement according to the *Cassis de Dijon* case law.¹⁴⁶

Secondly, “socio-economic impacts” are deemed to be compelling grounds. The preamble of the directive sets forth that this ground may be related to “the need to avoid GMO presence in other products such as specific or particular products.”¹⁴⁷

Under the socio-economic compelling ground, national authorities will be allowed to take into consideration the following costs:

- The costs of accidental contamination and of the destruction of contaminated products as epitomized in the *Bablok* case;¹⁴⁸
- The costs of separating GM and GM-free fields;
- The administrative costs of enforcing the various preventive regulations;
- The costs incurred by producers of non-GM seeds insofar as they must pay heed to the purity of their varieties in the production process;
- The costs incurred by producers of non-GM food and feed insofar as they separate their products from GMO products.¹⁴⁹

¹⁴² See the case law commented on above, *supra* III, 3. *Land Oberösterreich supra*.

¹⁴³ Directive 2001/18/EC, Annex II, C.3.

¹⁴⁴ EFSA Panel on GMOs, *Guidance on the environmental risk assessment of GM plants* (2010) *EFSA Journal* 78.

¹⁴⁵ M. Dobbs, ‘Genetically Modified Crops, Agricultural sustainability and National Opt-outs’: Enclosure as the Loophole’ (2017) 54 *CMLR* 1114.

¹⁴⁶ Case 120/78 *Cassis de Dijon* [1979].

¹⁴⁷ Recital 15 of Directive 2015/412.

¹⁴⁸ *Bablok*, above.

¹⁴⁹ G. Winter, ‘Cultivation Restrictions for Genetically Modified Plants’ above, 126.

By way of illustration, a Member State could take the view that the cultivation of potatoes with higher starch content will be done to the detriment of the production of foodstuffs.¹⁵⁰

To conclude with, the national measures justified in the light of this socio-economic compelling ground will have to reckon on non-scientific considerations, or in other words of socio-economic reasons. Needless to say, these distinct grounds are not likely to conflict with the results of the risk assessment¹⁵¹ on the account that they require a qualitative analysis rather than a quantitative assessment.¹⁵²

However, it must be noted that there is no reference to other considerations of socioeconomic nature (ground d)) either in Article 36 TFEU or in the case law on mandatory requirements of general interest.¹⁵³ In that respect, it ought to be remembered that the weighing up of the benefits and drawbacks of authorising GMOs is permitted both under international law by the Cartagena Protocol¹⁵⁴ and under EU law by the Regulation 178/2002 laying down the general principles of food safety¹⁵⁵ along with Regulation 1829/2003.¹⁵⁶ Furthermore, the Commission has, as requested in the 2008 Council conclusions, reported to the European Parliament and the Council on socioeconomic implications of GMO cultivation. Along the same lines, national legislations require the weighing up of the benefits

and drawbacks of the GM products.¹⁵⁷ Our view is that the CJEU should pay heed to these legal developments in taking seriously this compelling ground.

5. Ethical and religious concerns

Given that Article 26b(3) only lists compelling grounds as examples, nothing precludes the Member States to invoke other justifications, such as ethical and religious concerns. As a matter of course, GM technology remains a matter of debate. By way of illustration, because the insertion of certain genes such as pork genes in the DNA of another species is problematic for the Islamic religion, this subject matter cannot be addressed by the EFSA. So far, ethical and religious concerns play a secondary role in the procedures governing the granting of MA.¹⁵⁸ In addition, the CJEU has been somewhat reluctant to uphold national measures pursuing religious and ethical goals.¹⁵⁹ The fact that ethical grounds could be invoked under Directive 2015/412 would oblige the CJEU to weigh the free movement of GMOs with these concerns.

6. Proportionality

National measures restricting GM seeds cultivation need to be proportional.¹⁶⁰ At the outset, the restraints stemming from the principle of proportionality seem to be at odds with the autonomy sought by the Member States. However, given that proportionality is deemed to be a general principle of EU law, there is nothing new in this respect.

The first issue is whether the facts analysed by the national authorities justify a need for a

¹⁵⁰ Ibid.

¹⁵¹ M. Lee, "GMOs in the Internal Market: New Legislation on National Flexibility" (2016) 79 (2) *MLR* 339.

¹⁵² G. Winter, 'Cultivation Restrictions for Genetically Modified Plants' above 127.

¹⁵³ Case 7/61 *Commission v Italy* [1961] ECR 317; Case 288/83 *Commission v Ireland* [1985] ECR 1761; and Case C-324/93 *Evans Medicals* [1995] ECR I-563. See P. Oliver, *supra* note 129, p. 239–241.

¹⁵⁴ Article 26.

¹⁵⁵ Recital 19, and Article 7.

¹⁵⁶ Recital 32, Article 7, and Article 19(1).

¹⁵⁷ See also Article 531–4 of the French Environmental Code.

¹⁵⁸ Recital 9 of Directive 2001/18.

¹⁵⁹ Case C-165/08 *Commission v Poland* [2009] ECR I-6843, paras. 51–55.

¹⁶⁰ Art. 26b(3)(1) Directive 2015/412.

measure to achieve one or several of the compelling grounds. In other words, does the socio-economic impacts of GM cultivation or the new environmental risk require Member State intervention? Our view is that a national ban or a restriction placed on the cultivation of authorized GM seeds must constitute a reasonably intelligible means of ensuring the various objectives listed under Article 26(b)(3). By way of illustration, where the ban is justified by the policy objective of restricting intensive agriculture in a peculiar area with a view to safeguarding traditional agricultural practices, the State authority should demonstrate that prohibiting the cultivation of the GM seeds at issue is enhancing traditional extensive agriculture. It may therefore be useful for a national authority to underline the reasons behind the contested measure with a view to demonstrating that it reflects the best methodological approach to deal with the compelling ground. One has to bear in mind that the Member State bears the brunt of the burden of proof.

Second, the principle of proportionality implies a comparison of measures likely to attain the desired result and the selection of the one with the least disadvantages. Indeed, it is settled case law that “when there is a choice between several appropriate measures recourse must be had to the least onerous and the disadvantages caused must not be disproportionate to the aims pursued”.¹⁶¹ In light of the variety of interests and factors to take under consideration regarding GM crops cultivation, a Member State often has a choice between numerous measures. Some measures are likely to be ‘more effective’, ‘more

proportionate’ or ‘less restrictive’ than others.¹⁶² For instance, it could be argued that from a consumer point of view, that consumers’ interests could be as well protected by labelling requirements. Indeed, the sale of a product should never be prohibited when the consumer will be sufficiently protected by labelling requirements.¹⁶³

When applying this test, the EU courts should display greater regard for the efficacy of the measures concerned by taking account in particular of the specific circumstances of the cultivation of the GM crop. For instance, it was stressed that very broad restrictions may be necessary to achieve social objectives in Central European countries that are dominated by small-scale or organic farming practices.¹⁶⁴ In addition, a ban can be more effective than mitigation measure aiming at the use of an herbicide incorporated into a GM crop. Moreover, the costs and the technical difficulties of implementing the various facets of the alternative should be carefully weighed up.¹⁶⁵ Last but not least, the necessity test cannot conceal an axiological review of proportionality *stricto sensu*.¹⁶⁶

V. Conclusions

Whilst supporters and opponents of biotechnology continue to occupy diametrically opposed positions, secondary EU law is attempting to ensure a high level of protection of human health and consumers’ interest, whilst ensuring the effective functioning of the internal market, of which the free movement of GMOs is an essential aspect. However, the conciliation of these two opposed interests has constantly be dogged

¹⁶¹ Case C-331/88 *Fedesa* [1990] ECR I-4023, para. 13. See, to the same effect, Opinion AG Van Gerven in Cases C-312/89 *Sidef Conforama* and C-332/89 *Marchandise* [1991] ECR I-997, para. 14; and Opinion AG Poiares Maduro in Cases C-434/04 *Jan-Erik Anders Ahokainen* [2006] ECR I-9171, paras. 23–26.

¹⁶² See, inter alia, Case C-108/96 *Mac Queen and Others* [2001] ECR I-837, paras. 33 and 34.

¹⁶³ P. Oliver (gen. Ed.), *Oliver on Free Movement of Goods in the EU*, 5th ed. (Oxford, Hart, 2010)286.

¹⁶⁴ M. Geelhoed, *supra*, 32.

¹⁶⁵ N. de Sadeleer, *Environmental Principles*, above, 384.

¹⁶⁶ *IBID.* 320-22.

by controversies. The centripetal forces inherent within the functioning of the internal market, which are reflected by the principle of mutual recognition along with a strict interpretation of safeguard clauses and the derogation mechanisms provided for under Article 114 TFEU, clash head-on with the centrifugal forces, which are exacerbated by the growing hostility of certain Member States or their populations to this type of technology.

As a result, given the extent of conflicting interests, the EU institutions are constantly touting middle ground. Against this background, Directive 2008/18 has undoubtedly be the product of a trade-off between the functioning of the internal market and health and environmental issues, alongside ethical or even religious concerns.

Given a narrow interpretation of the safeguard clauses provided for under EU secondary law, a number of Member States felt deeply unsatisfied with the regulatory framework that was deemed to be too favourable to the trading interests. There is no doubt that the devil lies in the regulatory detail. The structure put in place by the institutions is so baroque that one ends up getting lost inside it. Furthermore, the Member States' room for manoeuvre in order to restrict the cultivation of GM seeds authorized by the European Commission has been belittled by the CJEU.

A better equilibrium had to be found. The EU lawmaker, in accordance with the principle of subsidiarity and Article 2(2) TFEU,¹⁶⁷ decided in 2015 to "repatriate" controls over cultivation. In effect, the EU lawmaker took the view that 'cultivation may ... require more flexibility

in certain instances as it is an issue with strong national, regional and local dimensions, given its link to land use, to local agricultural structures and to the protection or maintenance of habitats, ecosystems and landscapes'.¹⁶⁸ Accordingly, Directive 2008/18/EC was amended by Directive 2015/412 in order to allow the Member States to ban or to restrict the cultivation of GMOs. The new opt-out clause regime facilitates the task of Member States seeking to prohibit the cultivation of GMOs for which an authorisation has been granted as they are no longer required to demonstrate the "seriousness" or the "significance" of the risks incurred and as their measures is not subject to an *ex post* review by the Commission. In effect, the Member States are objectively required to make less of an effort in implementing the opt-clauses than in invoking the traditional safeguard clauses. Last, the placing on the market and the import of GMOs shall remain regulated at EU level to preserve the functioning of the internal market. At the outset, the re-nationalisation of the control of the cultivation of GM crops and the free movement of goods, enshrined in the TFEU, are at odds with one another. However, in adopting Directive 2015/412, the EU lawmaker attempts to reconcile the conflicts between this fundamental freedom and the various national interests underpinning the restrictions placed on the cultivation of GM crops. The amending 2015 directive is thus testament to the willingness of the EU institutions to accommodate these antagonistic interests. It also allows the Member States for the very first time to pay heed to the socio-economic interests underpinning the cultivation of GMOs.

¹⁶⁷ Recitals 6 and 8 of Directive 2015/412.

¹⁶⁸ Recital 6.

Forestry and no net loss principle. The possibilities and need to implement NNL in forest management in Finland

*Minna Pappila**

Abstract

Biodiversity is declining all over the world, although there are numerous conventions, policies, and strategies for tackling the problem. One way to approach the imminent problem is to use the no net loss (NNL) of biodiversity principle to help to prevent harm to biodiversity. The NNL principle urges the prevention of biodiversity losses during and after the completion of a development project or other land-use. According to mitigation hierarchy, losses should be first avoided and then minimized, and if possible, restored on the spot. If biodiversity loss occurs despite preventive measures, it must be fully compensated to create a no net loss situation. In this article, Finnish legislation and soft law regulation concerning forest management is scrutinized within the framework of the NNL principle. The analysis shows that there are many shortcomings in Finnish forest and nature protection regulation at all levels of mitigation hierarchy. Overall, the NNL principle proves to be useful for evaluating the ecological sustainability of ongoing land use such as forest management.

Keywords: biodiversity, no net loss, regulation, forest management, legislation, mitigation hierarchy

1. Introduction¹

1.1 No net loss

Biodiversity is declining worldwide, and the EU and Finland are not exceptions. There are various and complex reasons behind biodiversity decline, but land-use change and climate change are among the most ubiquitous and influential reasons for the decrease. Unsustainable economic and population growth are in turn the main indirect drivers causing the abovementioned changes.² Eventually the decline of biodiversity will also decrease human wellbeing by reducing ecosystem services.³

The earlier target of halting biodiversity loss by 2010 has not been achieved in the EU, while many species and habitats continue to decline in Finland as well.⁴ Traditional nature protection regulation and governance do not seem to be enough. The current aim of the EU Biodiversity Strategy is to halt the loss of biodiversity and the degradation of ecosystem services by 2020. Global Aichi Biodiversity Targets include similar aims. One of the suggested and adopted means to achieve these goals is to operationalize the No Net Loss (NNL) principle more widely throughout the EU.⁵ The same principle has also

* Post-doctoral researcher, Faculty of Law, University of Turku.

¹ The author wants to thank the anonymous reviewer for useful comments and the Academy of Finland (project no. 298056) for financial support.

² UNEP 2011.

³ Millennium Ecosystem Assessment, 2005.

⁴ Rassi et al. 2010.

⁵ European Commission 2011.

emerged in international conservation policy in relation to e.g. project finance.

NNL means that there should be no net loss of biodiversity during and after completing a development project or other land-use. If biodiversity loss occurs despite preventive measures, it must be compensated by e.g. restoring or re-creating a similar habitat elsewhere and thus gaining a no net loss situation or possibly even a net gain of biodiversity.

A so-called mitigation hierarchy determines preferred actions: first, the biodiversity loss should be *avoided* altogether by e.g. locating the project in a way that does not harm biodiversity. If that is not possible, the harm or losses should be *minimized*, for instance, by using certain kinds of technology or construction that decreases losses. Third, if there are losses after these precautions, those damages should be *restored in situ*. As this is not usually possible, finally, damages should be *compensated* somewhere else.⁶ Compensation (also called offsetting) in this instance does not mean financial compensation but rather concrete restoration measures at a selected site. Compensations are probably the most debated part of mitigation hierarchy, because there are many uncertainties related to them.⁷

The EU has incorporated NNL thinking into its legislation to some extent. Currently, the NNL principle is only fully applied on the EU level with regards to the protection of Natura 2000 areas. It has, however, been widely acknowledged that there is, among other tasks, a need to incorporate a wider no net loss approach into EU policies and legislation as a means to achieve the aims of the EU Biodiversity Strategy. The European Commission was planning to propose an

initiative on NNL by 2015, however, the plan has not even been initiated.⁸

The private sector has also introduced the NNL principle into their private regulation. The International Finance Corporation and many other international financial institutions have included NNL in their performance standards.⁹ There is also, for example, a Standard on Biodiversity Offsets created by the Business and Biodiversity Offsets Programme.¹⁰ The significance of NNL is undoubtedly increasing on various levels of regulation.

1.2 Need for reform?

The NNL principle is most commonly related to projects that change previous land use: e.g. from forest or pasture into an industrial area. Implementing this principle to ongoing land use such as forestry seems to be very rare, even though forest management activities are the most pressing cause of threat of threatened species in Finland.¹¹ Ongoing land use such as agriculture and forestry typically have a small spatial footprint locally, although cumulative impacts may be large. Compared to projects such as mining and industrial plants, ongoing land use typically involves several actors, usually landowners, and therefore the coordination of avoidance and minimization can be more difficult than in other projects.¹²

There is also another topical reason for the need to scrutinize biodiversity conservation in Finnish forest regulation: in 2015, the Finnish Government adopted a plan named the National Forest Strategy 2025, which aims at increasing annual logging rates from 65 million m³ to 80 million m³.¹³ This increase in output places

⁶ European Commission 2008, p. 17, BBOP 2009, p. 1.

⁷ Curran et al. 2014, Burgin 2008.

⁸ The European Commission 2014.

⁹ International Finance Corporation 2012.

¹⁰ BBOP 2012.

¹¹ Rassi et al. 2010, p. 50.

¹² Aiana et al. 2015, p. 24.

¹³ Ministry of Agriculture and Forestry 2015, p. 19.

immense pressure on biodiversity. At the same time, the National Forest Strategy emphasizes more effective biodiversity protection: "as most of the conservation areas are found in Northern Finland, more extensive protection of biodiversity than today is required, especially in Southern parts of the country".¹⁴

There are two ways to do this, both of which should be utilized. One way to protect biodiversity is to improve forest management so that biodiversity will be conserved more efficiently in production forests. Another solution is to increase forest protection areas by establishing nature protection areas, including voluntary – and sometimes temporary – protection financed by the forest protection programme METSO. Unfortunately, the METSO programme has been compromised at the same time as the strategy has been accepted: the state budget for the METSO programme is being reduced from 38 million euros in 2015, to 8 million euros in 2019.¹⁵ It seems that emphasis is unavoidably on forest management. This requires improvements in current forest management practices because business-as-usual forestry will not lead to the achievement of the aims laid out in the National Forest Strategy 2025.¹⁶ Over recent years, the quality of nature protection in forestry operations has even decreased slightly.¹⁷

Even if there is plenty of discourse and information in Finland suggesting that "everything is well in Finnish forest management", the Finnish forest sector has at least partly acknowledged the existing problem of biodiversity protection in production forests. The sector is continuously trying to improve biodiversity protection and water protection in forest management. A re-

cent project lead by the Forestry Development Centre Tapio (Tapio hereafter), has searched for solutions to existing problems in nature management among the forest-sector actors themselves. Project results have shown that the minimum protection level of the Forest Act and forest certification schemes – i.e. PEFC as it covers 85 % of Finnish forests – have become the standard for forest management and there is not much space for improving contemporary practices of nature management in forestry. There is a standard way to interpret the recommendations and certification criteria and there is no room or freedom to implement them on a case by case basis according to the natural conditions, as the intention has originally been. In particular, it should be noted that economic aspirations restrict better nature management.¹⁸

1.3 The importance of forests in Finland

Finland is the most forested country in the EU. Nearly 78 % of its territory is covered by forests. In practice, this means that there are four hectares of forest per inhabitant. Further, most of Finland's forests are privately owned: one in five citizens owns forest land and the size of an average forest estate is 30 ha. The state owns approximately one third of the forests, located mainly in Northern Finland.¹⁹ All told, about 80 % of Finnish forests are production forests, which means non-protected forests where logging is not generally restricted. In Southern Finland, only 2–4,8 % of forests have been protected.²⁰

Finns have varying opinions on forest management. Some forest owners want to maximize their profits, some primarily value other issues,

¹⁴ Ministry of Agriculture and Forestry 2015, p. 27.

¹⁵ Ministry of Environment 2015.

¹⁶ Saaristo et al. 2017, p. 12.

¹⁷ Saaristo et al. 2017, p. 9.

¹⁸ Saaristo et al. 2017, p. 40.

¹⁹ Luke 2014.

²⁰ Luke 2016, WWF 2016. Different actors have different views on what counts as a forest. WWF does not count the most unproductive forests as forests, which is the main reason for different protection figures.

such as nature protection.²¹ In general, forest owners are more approving of current forestry operations than other citizens. In terms of other issues, clearcutting is the most negatively evaluated forestry operation; 76 % of non-owners and 56 % of forest owners disapprove of this method.²² Half of the Finnish population also believe that forest logging and management present a threat to biodiversity.²³

2. Aim of the article

2.1 Selecting criteria for analysis

There are some questions that should be answered before the analysis of regulation. First, what kind of biodiversity is considered within NNL thinking? After all, nature and biodiversity are more or less everywhere, however, not everything can be protected.

Biodiversity is still today often valued via species and habitats even if ecosystem services approaches are slowly becoming more common.²⁴ Rare and endangered species are considered important, while other species are not usually thought to be as important. Importance, in this sense, is being calculated through the level of protection: only the habitats of most valuable species are protected. At the same time, less valuable species may be protected only from killing or capturing while their habitats are not protected.

Neither the Finnish Forest Act, nor any other act, prevents or restricts forestry land from being utilized for development purposes, for e.g. building or agriculture. This implies that "common" biodiversity is not protected in Finland unless it serves some special functions. In these cases, forest areas can be marked as recreation or other special areas in land use plans.

The amount of annual forest loss in Finland is small, yet not insignificant, compared to total forest area. About 10 000 ha out of 21 900 000 ha of forest area is lost annually, mainly to make room for construction.²⁵ Therefore, it is understandable why "common biodiversity" is not as such, under special area protection in Finland. There is more need for quality, than quantity of forests in Finland: more protected old-growth forests and better quality "production forests".²⁶ This does not mean that annual forest loss would be insignificant but rather not a high priority concern.

Due to the above-mentioned facts, "normal biodiversity" is left unscrutinised here. Outside of nature protection areas, biodiversity is protected either via species or via habitat protection rules. Certain habitats are protected by the Forest Act, the Nature Conservation Act and the Water Act. For its part, species protection is overseen via a complicated set of rules in various acts, principally in the NCA.

There is not enough space in this article to include all species protection categories in Finland. Therefore, in this article, I consider only the protection of breeding sites or resting places of the Habitat Directive annex IV(a) species, as it is the most debated protection requirement in Finland as well as of interest for international readers.

Further, I chose not to include all protected and endangered habitats here. All natural habitat types and traditional rural biotopes habitats were inventoried in Finland for the first time in 2008. According to the inventory, 70 % of forest habitat types are endangered.²⁷ Endangered habitats are not listed as such in legislation. In this article, only habitats protected according to the Forest Act are considered because those habitats

²¹ Takala et al. 2017.

²² Valkeapää and Karppinen 2013, p. 56.

²³ Metsäyhdistys 2012.

²⁴ Primmer and Furman 2012.

²⁵ Haakana et al. 2015.

²⁶ On conservation areas see Hanski 2005 and 2006.

²⁷ Raunio et al. 2008.

have come in contention with forest management most often.²⁸

Limiting my research to those habitats and species would, however, be problematic as many of the reasons for the decline of biodiversity in Finnish forests are connected to the structure of the forests. According to the 2010 Red List of Finnish species, "changes in the forest environment are the primary cause of threat in the case of 693 species (30.8 % of endangered species). For more than half of these species, the cause of threat lies in decreasing amounts of decaying wood or forest management activities. Changes in the tree species composition of forests, as well as the reduction of old-growth forests and the decreasing number of large trees, constitute threats which are almost as significant".²⁹ Therefore, I will also pay attention to the regulation of decaying wood, tree species composition, old-growth forests and large trees.

However, I will not cover the protection of Natura 2000 sites because those areas are typically not managed as production forests and the Forest Act does not normally apply to nature protection areas. Nevertheless, it should be mentioned that the legislation concerning Natura 2000 network, i.e. Chapter 10 of the Nature Conservation Act, is the only piece of legislation in Finland that includes the complete mitigation hierarchy.

2.2 Research questions and method

In this article, I examine how Finnish forest legislation and other regulation correspond with the no net loss of biodiversity principle, especially mitigation hierarchy. I will look at the Forest Act (1093/1996) and the Nature Conservation Act (1096/1996) and analyse how well these acts

direct the forest-user to follow the mitigation hierarchy. The aim is not only to find possible gaps in legislation and other regulation but also to evaluate whether NNL principle is in any way a suitable framework for on-going land-use such as forest management. As soft law plays an important role in Finnish forest governance, both forest certifications standards, PEFC and FSC will be scrutinized as well, and to some extent, other soft law such as best practice guidelines will also be examined.

According to the categorization offered by Kokko, forestry affects biodiversity in two ways: directly by destroying or deteriorating valuable habitats or old growth forests (*direct effect*) and by changing the structure of forests in general (*structural effect*).³⁰ Both aspects should be evaluated from the point of view of the NNL principle. Therefore, when I analyse the two abovementioned acts and soft law from the point of view of mitigation hierarchy, I will, in particular, look at the measures required when the habitats of a flying squirrel or brook or a spring is located in a logging area. The flying squirrel is a species protected by the EU Habitats Directive (art. 12) as an annex IV (a) species and by the 49 § of the Finnish Nature Conservation Act. Brooks, and springs that are in its natural state, or near it, are protected by the Water Act (channel protected) and the Forest Act (surroundings protected).

In addition, I will consider how structural issues, i.e. decaying wood, tree species composition and large trees, have been taken into account in regulation. The compliance of Finnish forest regulation with the EU nature protection legislation i.e. the Habitats Directive and the Birds Directive, is considered whenever relevant.

This research includes both analysis of the existing state of regulation (*de lege lata*) and critical analysis of how well regulation enhances the

²⁸ The borders of the habitats protected by the NCA are clearly delineated by authorities (NCA 30 §).

²⁹ Rassi et al. 2010, p. 49.

³⁰ Kokko 2009, p. 57.

ecological aims of the EU³¹ and Finnish government³² as well as what should be changed (*de lege ferenda*). Therefore, while studying the effectiveness of Finnish regulation on forest biodiversity, this research is part of the regulatory research tradition. Research material consists of legislation and other regulation, case law, research literature, policy papers and various reports on the state of biodiversity in Finland.

3. Regulating forestry in Finland

3.1 Hard law

The Forest Act is the main act regulating forestry in Finland. The freedom of forest owners to manage their forests as they see fit, was increased when the Forest Act was amended in 2013.³³ A forest owner may now decide when she wants to cut down trees in her own forest, regardless of the age and size of the trees. The owner can also select the form of logging; earlier, even-aged forest management (including clear cut harvesting and thinning from below) was practically the only form of forest management, whereas now, the owner may also practice continuous cover forestry, such as the selection cutting of individual trees or small groups of trees. In addition, the owner is obliged to take care of regeneration after felling and to protect the habitats of special importance. These regulations are also binding for professional forest harvesters, who usually carry out cutting instead of forest owners. Although no cutting licence is required, control is based on forest declarations, which must be sent to the Forest Centre at least ten days before felling or other operations.³⁴

In addition to the Forest Act and other forest regulation, the Nature Conservation Act and the Water Act also regulate forestry to some extent. The Nature Conservation Act includes stipulations on the protection of species and habitats that must be complied with during forest management if certain species or habitats are present in the area. The Water Act, in turn, protects the channels of rivulets and springs, and regulates ditching and ditch network management.³⁵

The Land Use and Building Act (132/1999) regulates forestry instead of the Forest Act if a forest is located in an area covered by a local detailed plan or a master plan and the forest area concerned is not designated for agriculture and forestry. As the clear majority of forests are located on areas covered by the Forest Act, and not the Land Use and Building Act, this article does not discuss the Land Use and Building Act further.

3.2 Soft law

The National Forest Strategy aims at increasing annual harvesting volumes from 65 m³ to 80 m³. It also mentions certain measures that should be taken to halt biodiversity decline, to increase the volume of dead wood and to decrease sedimentation discharges from ditch network maintenance – but it does not mention how to get there.³⁶

There are regional forest programmes that cover all 14 regions of Finland. They are of a very general nature and are non-legally binding. Thus, these programmes do not imply legally binding obligations on private forest owners and

³¹ European Commission 2011.

³² Ministry of Agriculture and Forestry 2015.

³³ The Act on changing the Forest Act 1085/2013.

³⁴ The time was shortened from previous 14 days to ten days by amendments to Forest Act in 2013. The rationale was to increase the flexibility of loggings and logistics. According to preparatory materials IT technology has

made the surveillance of declarations so efficient that nature protection is not compromised. HE 75/2013 vp, p. 36. Ministry of Environment and environmental NGOs opposed this change. Ibid. p. 13.

³⁵ On the regulation of forest ditching, see Pappila and Halonen 2015.

³⁶ Ministry of Agriculture and Forestry 2015.

they mainly steer the funding policy of the Forestry Centre.³⁷

Finnish forestry is very much regulated through soft law. Legislation only provides the framework, while the best practice guidelines of Tapio and the Finnish PEFC and FSC forest certification standards give more detailed recommendations about how to practice forest management. For example, Finnish forest legislation does not direct one to leave decaying trees on a logging site, but the voluntary PEFC and FSC standards order forest managers to leave retention and decaying trees on logging sites.³⁸

The best practice guidelines of Tapio have a long history and they are well regarded among forest professionals. The guidelines included environmental recommendations much before legislation, however, it took some time before they were implemented into practice. Attitudes within the forest sector have become more biodiversity friendly due to changes in forest law, the education of professionals and forest owners as well as changes in general opinion. These modifications were at least partly the results of NGO campaigns raising awareness of biodiversity issues and Finland joining the EU in 1995.³⁹

The most detailed soft law forest management rules are currently included in the Finnish PEFC and FSC forest certification schemes. The forest management standards of the both schemes are taken into consideration as a part of the analysis of forest regulation.

About 85 % of Finnish forests – i.e. 17 660 520 ha – are certified by PEFC.⁴⁰ The Finnish forest certification scheme was put in operation in 1999 and endorsed in PEFC in 2000 and the first FSC standard was approved in Finland a

bit later. Currently, there are 1 357 000 ha of FSC certified forests in Finland.⁴¹

4. Analysis of Forest law and regulation

4.1 General information about biodiversity protection

There is no *general* obligation in Finnish environmental legislation to assess or to avoid the negative biodiversity effects of forest management activities; nor does the EIA process apply to normal forest management projects (The EIA process is required only in the case of large (more than 200 ha) projects of permanent alteration of natural forest, peatland or wetland). There is a general obligation to be aware of the environmental impacts in the Act on EIA (31 §), but so far, it has not been interpreted so that it would have any special implications for forest owners and harvesters. There is also no binding requirement to avoid or minimize the degradation of biodiversity during forest management. The Forest Act does state that "forests shall be managed and used in such a manner that the general conditions for the preservation of habitats important for the biological diversity of forests are safeguarded" (10 §) but this does not set any concrete and legally binding requirements for forest users.

Protection of the *habitats of special importance* is the only legally binding requirement that forest owners and forest harvesters have in terms of biodiversity protection according to forest legislation (Forest Act 10, 10a, 10b and 11 §). If a habitat is in its natural or semi-natural state and can be clearly distinguished from the surrounding forest nature, it is protected automatically. To enhance protection, the Finnish Forest Centre and Tapio mapped privately-owned forests to find the protected forest habitats that existed after the Forest Act came into force in 1997. In these inventories, about 4/5 of existing habitats were

³⁷ Pappila and Pölönen 2012, p. 179.

³⁸ PEFC 2014, FSC 2011.

³⁹ Keto-Tokoi 2006, p. 106.

⁴⁰ PEFC 2017.

⁴¹ FSC 2017.

found.⁴² Mean size of habitats is 0,6 ha⁴³ and "an upper size limit of 1 ha has been generally used in the Finnish WKH definitions and inventory projects".⁴⁴

All other biodiversity requirements concerning forest management, such as the preservation of old holdover trees and dead and decaying trees, are based on soft law: forest certification schemes and the best practice guidelines.

4.2 Avoid

The Finnish Forest Act determines certain habitat types, called habitats of special importance (10 §), which are protected. The Forest Act, however, does not require that habitats remain untouched. *Cautious management and utilisation operations are allowed*, but the *characteristic features* of the habitats must be preserved or reinforced (10b §). Also, during operations, the special water economy, stand structure, old holdover trees and dead and decaying trees shall be preserved and the vegetation, variability of the terrain and the soil type shall be *taken into account*. This is the only case when the forest owner/logger has an obligation to save old, dead and decaying trees. If those trees are not located on a habitat of special importance, they do not have to be saved.

Some of the habitats of special importance are also habitats mentioned in the Habitats Directive. In Finland e.g. springs and alkaline fens (letto in Finnish) are protected by the Forest Act. Currently the conservation status of both springs and alkaline fens is unfavourable and the habitat types are endangered.⁴⁵ 4 % of springs have been

protected in Natura 2000 sites in Southern Finland. Other springs are protected according to the Forest Act and Water Act.⁴⁶

The forest act aims at avoiding the deterioration of the habitats of special importance. There are, however, a few features that reduce the effectiveness of habitat protection and avoidance (see below) into minimizing the effects.

The act does not, in any way, regulate logging in other parts of the forest. There is no requirement, for example, to protect areas of old-growth forests, or to leave old holdover trees or dead and decaying trees in the forest.

Despite the absence of obligation in legislation, the amount of deadwood started to increase in Finnish forests at the end of 1990's due to best practice recommendations of Tapio and later due to the forest certification schemes. PEFC certification requires that a minimum of 10 dead and retention trees per hectare are left.⁴⁷ The less used FSC certification obliges one to permanently leave a minimum 20 dead trees per hectare (when they exist)⁴⁸ and an average minimum of 10 large trees per hectare⁴⁹ and e.g. the following valuable living trees: very large old trees (min 60 cm diameter), big aspens (min 40 cm), fire-cracked pines and hardwood trees (min 10 cm).⁵⁰

In the clear-cutting sites of private forests, the amount of deadwood increased from 0,6 m³/ha in 1996 to 1,4 m³/ha in 2007. Lately, however, the amount has again decreased back to the numbers of the late 1990s.⁵¹ Therefore, it is clear that soft law and educational efforts has been inadequate for permanently and sufficiently increasing the amount of deadwood in Finnish forests.

⁴² Kotiaho and Selonen (2006) studied the quality of mapping and found out that 1/5 of the habitats were not found.

⁴³ HE 75/2013 vp, p. 11.

⁴⁴ Timonen et al. 2010, p. 313. WHK is short for woodland key habitats.

⁴⁵ Raunio et al., 2013, p. 81, Raunio et al. 2008, p. 68, 85. In Finland 80 % of the habitats protected by the Habitats Directive are in unfavorable conservation status. Ibid, p. 9.

⁴⁶ Water Act does not protect the surroundings i.e. forest around the spring or rivulet.

⁴⁷ PEFC 2014, criterion 14.

⁴⁸ FSC 2011 indicator 6.3.1. S.B.

⁴⁹ FSC 2011 indicator 6.3.2.1 S.

⁵⁰ FSC 2011 indicator 6.3.2.2. S.

⁵¹ Luonnontila 2015.

4.3 Minimize

Cautious management and the utilisation of habitats of special importance dilutes the avoidance obligation to a minimization requirement. According to the Forest Act, "cautious fellings by picking individual trees may be undertaken which preserve the stand in its natural or semi-natural state in a way that the natural or semi-natural water economy of the habitat does not change".

Moreover, as habitats should be "small in area or have little significance for forestry purposes", selective logging further deteriorates the already small forest plots.⁵² The "small in area" criteria were added to the Forest Act in 2013. It was not meant to change previous practices or interpretation of the Forest Act, however, in one region (North Ostrobothnia) at least, it has changed the selection of habitats so that too large habitats have been left out of the protection.⁵³

The immediate surroundings of springs, brooks and rivulets is a good example of this "smallness", even if they are the largest of the protected habitats (Forest Act 10.2 §). In practice, the protection zone i.e. the immediate surroundings of springs, brooks and rivulets is 13–14 metres wide.⁵⁴ Ecologists say that the protection zone should be a minimum of 30 metres, to really protect the characteristic features of those habitats as e.g. the micro climate of those habitats changes dramatically after cutting surrounding forests.⁵⁵ The FSC standard requires a minimum 20 metres of a protection zone along springs, brooks, rivulets, which although closer to ecological requirements, is not enough; whereas PEFC does not add anything to the protection of springs, brooks and rivulets.⁵⁶

Even if according to surveys, the actual width of the protection zones is approximately 14 metres, this does not mean that it would be the minimum accepted width. There are no statistics on what the Forestry Centre considers a wide enough protection zone along rivulets and around springs, and what amounts a violation of habitat protection, which supposedly varies on a case by case basis. The boundaries of the habitat depend on the characteristics of the habitat, as it must be "clearly distinguished from the surrounding forest nature" (Forest Act 10.2 §).

The Forest Act was also amended in 2013 in other ways that do not support the aim of avoiding and minimizing biodiversity loss. A new 10 a § states that "when exercising special caution timber may be transported in habitats of special importance and a channel of a brook may be crossed if this does not endanger the preservation of the characteristic features". This is clearly a risk for small-sized habitats and brooks, because the regulations of the Forest Act tend to be interpreted in favour of forest management.⁵⁷ There is no obligation or even recommendation to use e.g. temporary bridges to protect the brook. In their project report, Saaristo et al. mention bridges and spruce twigs as a possible means to protect brooks and rivulets.⁵⁸

The Forestry Centre follows the quality of forest management annually through random and selected samples. In 2016, the Forestry Centre inspected 343 logging areas (1 103 ha in total) and there were 118 habitats of special importance in these 343 logging areas.⁵⁹ According to statistics, 92 % of the area of the habitats has been

⁵² Timonen et al. 2010.

⁵³ Koistinen et al. 2017, p. 4.

⁵⁴ Saari, Finér, Laurén 2009, p. 22.

⁵⁵ Saari, Finér, Laurén 2009, p. 8.

⁵⁶ FSC 2011 indicator 6.4.1.2.S.

⁵⁷ The habitats are already very small and especially brooks tend to be altered during loggings i.e. there are violations against the protection regime. See more about this below. See also Raunio et al. 2008, p. 68.

⁵⁸ Saaristo et al. 2017, p. 14.

⁵⁹ Metsäkeskus 2016.

preserved in loggings, 4 % almost preserved, 3 % partly and 1 % totally changed i.e. deteriorated.

It is unfortunate, yet not surprising, that those habitats where there is the most wood per hectare have also suffered the most from loggings. In 2016, 65 % of the acreage of luxurious herb-rich forest patches (207 m³/ha) have remained untouched, while 33 % have been completely deteriorated. 86 % of the immediate surroundings of rivulets and brooks (184 m³/ha) have been preserved completely, whereas the habitats with less wood mass (38–46 m³/ha) such as fens, sandy soils, exposed bedrock and boulder fields have been 100 % preserved.⁶⁰ Logging of those areas of low productivity is not very profitable.

Many of those Forest Act habitats that are typically preserved only partially or are partially destroyed, are also threatened habitats. For example, all types of rivulets and springs are threatened in Southern Finland.⁶¹ About 7 % of the area of brooks is not preserved completely during loggings i.e. a portion of them either deteriorate or are destroyed every year. Yet only 2 % of brooks are currently in a natural state in Southern Finland. When the deterioration cumulates year after year, the conservation status of brooks in Finland is not favourable and forest management here clearly does not follow the no net loss of biodiversity principle.

As mentioned earlier, there is no general obligation to minimize harms to biodiversity. There is the general principle in 10.1 § (see above), but it does not really have concrete effects on forest management and it seems that it has not affected the interpretation of the Forest Act, either. This stipulation has not, for example, lead to a biodiversity positive interpretation of 11 § on deroga-

tion. Kokko calls 11 § "a classic example of deficient legislation in Finland".⁶²

There is a possibility of derogation from the protection of habitats of special importance. The Forestry Centre shall – i.e. there is no discretion, should the landowner send an application – grant the landowner a derogation allowing the execution of management operations in a way that the loss to the party concerned remains minimal (11 §). The loss means financial loss that habitat protection would cause to the owner. The threshold for the loss is either 3000 euros or 4 % of the forest property concerned. The threshold corresponds to the current interpretation of the Constitution; there is, on the one hand, the protection of property rights and on the other hand, everyone's responsibility for biodiversity protection. The derogation does not give the right to destroy the habitat completely. The harvester is only allowed to do loggings to the extent that the habitat protection causes only minimal loss or harm to the landowner.

The landowner also has the possibility to apply for monetary compensation for their losses, however, at the same time, the owner can also choose to destroy the habitat to the extent it causes more than minimal loss. Here, the Forest Act clearly functions against mitigation hierarchy, while the current regulation on derogations is against the obligation to avoid and minimize. In practice, this might not be a huge problem, as in 2016 when only 9 derogations were granted. In previous years, however, the figures have been higher. For example, 131 derogations were granted in 2010, 129 in 2012 and 86 in 2014. The lower number of derogations in 2016 might be due to changes in law: there is no more need for derogations in the case of damage caused by a storm nor for the transportation of timber in habitats

⁶⁰ Metsäkeskus 2016.

⁶¹ Raunio et al. 2008, p. 70.

⁶² Kokko 2009, p. 62.

or the crossing of a brook or a rivulet (which was forbidden earlier).⁶³ Nevertheless, the number of derogations is small compared to the amount of forest declarations that the Forestry Centre receives annually: about 100 000 declarations. Unintentional or negligent deteriorations of the habitats cause more harm to biodiversity.

4.4 Restore

The Forest Act requires that one who treats a forest contrary to certain sections of the Forest Act (e.g. protection of the habitats of special importance), "is obliged to remove the effects of the illegal operations or to restore the original conditions to an extent that is possible at reasonable cost" (20 §). Thus, there is a very clear obligation to restore an illegally deteriorated forest area whenever it is possible and reasonable.

As mentioned earlier, a share of habitats becomes deteriorated every year. Thus, there is clearly a need for remedial measures in many of the protected habitats. Typically, the remedial measures are, however, unfeasible, because it is not possible to bring the cut trees back any faster than would occur anyway through natural regeneration. The most common reasons for the deterioration of protected habitats, are that there has been either a total or a partial clear cutting on the habitat, or that local climatic or shadowing circumstances have changed. Yet, it would be possible to restore – at least partially – a rivulet, brook or a spring that has been deteriorated by machine tracks.

It is not possible to ascertain how often the forest owner or harvester has been obliged to restore a habitat of special importance, as there are no specific statistics about that issue.⁶⁴ According to an official from the Forestry Centre, most of

the restoring cases concern regeneration obligation. According to 2016 statistics, there were only three cases when the party concerned has been obliged to carry out the necessary restoring measures. These cases unlikely concerned deteriorated habitats but rather neglected regeneration tasks even if there are quite a few habitats that every year loose part or all of their characteristics.

In addition to the restoration obligation, destroying a habitat can also lead to criminal sanctions. In 2016, the Forestry Centre reported two habitat-related forest offences or forest infringements for prosecution. Between 2009 and 2015, there have been only 6 cases of forest offence. Similä et al. state that the figure is very low in comparison to the thousands of forestry operations conducted in private forests in Finland annually and therefore claim that compliance with the Forest Act is very high.⁶⁵ Laakso et al., however, have shown ten years earlier, that most violations were not reported to the police at all and when they were, charges were dropped much more often in forest-related crimes (68 %) than in other crimes (26–32 %).⁶⁶ One of the reasons for this is that infringements and offences go unnoticed within the period of limitation (2 and 5 years respectively) and the prosecutors might have too high a threshold for accusing the suspect of a forest offence, instead of an infringement.⁶⁷

The Forestry Centre inspects sample areas every year and about 3 % of the area of the habitats have been, partly, and 1 %, totally, changed i.e. deteriorated. The reports suggest that there are 1–2 severe violations among the sample logging areas every year. As there are 110 000 forest declarations annually, there must be more severe

⁶³ Koistinen et al. 2017, p. 30.

⁶⁴ E-mail, 2017 April 6, from Partanen J, Head of Finance and Surveillance, Finnish Forestry Centre.

⁶⁵ Similä et al. 2014, p. 84.

⁶⁶ Laakso et al. 2003.

⁶⁷ Leppänen 2003.

violations of habitat protection than the 1–2 cases prosecuted annually.

Criminal law is not the best means to improve the quality of forest management and habitat protection but the continuously steady level of infringements (habitat deterioration) and overly lenient treatment of forest infringements gives the wrong signal to forest harvesters, who are chiefly professionals.

Restoration could also mean creating deadwood by killing some trees deliberately. No regulation requires this to be done even if it would be vital to create much more deadwood in Finnish forests. There could perhaps be a rule introduced requiring a certain amount of deadwood in every hectare. If there is not enough, it could be made by girdling some trees of sufficient mass, or by buying a share from a “habitat bank” or similar.

4.5 Compensatory measures

There is no obligation to compensate for violations off-site if restoration is unfeasible on-site or would be too expensive. Nevertheless, ecological compensations as the last step of the NNL principle concerns only planned, preferably pre-planned, completed compensatory measures. Therefore, the remedial measures of the Forest Act, or for example, the Environmental Liability Directive, are of no help in assessing the possibilities of ecological compensation related to NNL principle as those obligations to compensate only concern illegal actions.

Pre-planned ecological compensations do not seem to fit the habitat protection system described in the Finnish Forest Act. According to the Forest Act, intentional forest habitat destruction is allowed to the extent that habitat protection causes more than minimal reduction in forest yield or other financial loss or harm (11 §). A possible, new obligation to compensate would not be compatible with the current underlying idea that habitat protection should not create too

large of an economic burden for forest owners, and that therefore it is currently allowed – after acquiring a derogation – to destroy part of the “too big” habitat.

Nevertheless, there is the problem of deteriorating or destroying habitats. In many cases, this doubtlessly happens unintentionally, yet economic interests also prevail.⁶⁸ Could compensations somehow help to compensate for these habitat losses? Financial habitat protection funding already exists: it is possible to receive “environmental aid” to protect habitats more than the Forest Act requires or to conduct restoration measures within a habitat. There is also the METSO programme that finances voluntary forest protection measures. Yet, there is no systematic programme of forest habitat restoration outside protection areas; something that would compensate for the annual deterioration or destruction of forest habitats. The systematic restoration of deteriorated habitats off-site would have to be a collective action, paid for by the forest offenders, or by the forest sector as a whole, according to the “polluter pays” principle.⁶⁹

5. Analysis of Nature Conservation Act and related soft law

5.1 The scope of analysis

There are several rules in the Nature Conservation Act (NCA) that require the avoidance of destroying habitats or harming species, and are relevant to both forest management and utilization:

1) The protection of *protected* species is regulated in 38 §. According to which, all (except for species regulated by the Hunting Act⁷⁰: game

⁶⁸ Leppänen 2003, p. 211.

⁶⁹ The polluter pays principle is nowadays often stretched from mere pollution to other kinds of unwanted environmental changes. See e.g. Werde et al. 2018, p. v.

⁷⁰ Hunting Act 615/1993.

and unprotected species⁷¹) birds and mammals are protected, and other species can be protected by adding them to the list of the Nature Conservation Decree (NCC). There are currently 62 animals, 131 vascular plants and 13 species of moss that are protected by the decree. For example, the deliberate killing and capture, and deliberate disturbance of animals, particularly during mating season, in important resting places during migration, or on any other sites of significance to their life cycles, is prohibited. The state has no duty to pay compensation for these protection measures.

2) *Endangered* species have been listed according to the NCA 46 § in annex 4 of the NCC: there are altogether 2,124 species. The Ministry of Environment is responsible for monitoring the status of endangered species, but there is no special protection regime that would obligate landowners to protect these species during forest operations. Further, there is no stipulation on receiving monetary compensation, if the owner wants to protect a habitat of an endangered species. (The owner can try to obtain money from the voluntary forest protection programme METSO. Also, an administrative procedure has been developed to enhance the voluntary protection of endangered species.⁷²)

3) A portion of endangered species are *specialty protected* species according to NCA 47 § (680 animal and plant species). Their habitats are protected if the regional environmental authority, ELY-centre (The Centre for Economic Development, Transport and the Environment) has delineated them. By 2016, ELY-centres had made 225 such decisions.⁷³ These decisions forbid forest management within these habitats and landown-

ers are entitled to full compensation if significant inconvenience occurs (NCA 53 §).

4) Part of the endangered species are "*directive species*" protected according the NCA 49 § (and the Habitats Directive art. 12(1)(d) and annex IV(a)). In Finland there are 43 such species. All breeding and resting places are protected automatically – also those of the game species that are otherwise regulated by the Hunting act – according to the NCA, while the landowner is entitled to monetary compensation (NCA 53 §).

All these species groups have a different status and a species may belong to 1-4 of these categories. In addition, there are species protected under CITES convention (Nature Conservation Act 44 §), species protected mainly or only by the Hunting Act (e.g. wolves, bears, lynx) and non-protected species listed in the Hunting Act (e.g. rats). Fish species are regulated in the Fishing Act, except for those species protected by the Nature Conservation Act (37 fish species are protected, one declared endangered at the moment). Therefore, the actions required of the forest owner – or more likely of the forest harvester, depend on the species.

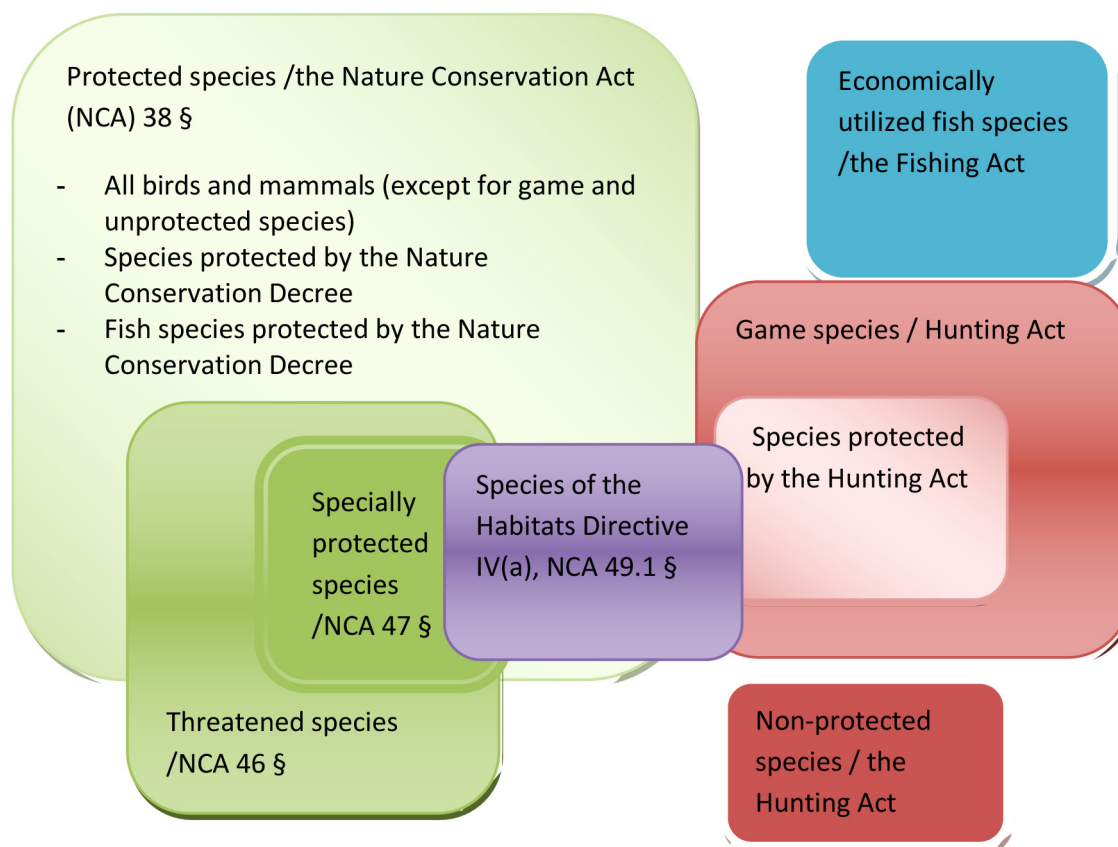
As the protection regulation of species is too complex to be covered in one article, I have chosen to analyse what is internationally, the most interesting case: the protection of breeding sites or resting places of the Habitat Directive annex IV(a) species from deterioration or destruction (Nature Conservation Act 49 §).

Picture 1. This is an indicative chart of different species categories. It includes only animal species. It does not include e.g. the category of CITES-species, which would overlap several of the categories.

⁷¹ Unprotected species include species such as brown rat and house mouse (Hunting Act 5 §).

⁷² Saaristo et al. 2010.

⁷³ Ikonen 2016.



5.2 Avoid and minimize: species of the Habitat Directive

Protection of the habitats of "directive species" (Habitats Directive art. 12(1)(d)) is based on 49 § of the Nature Conservation Act. It repeats the wording of the Habitats Directive: "The destruction and deterioration of breeding sites and resting places used by specimens of animal species referred to in Annex IV(a) of the Habitats Directive is prohibited".

The number of directive species in Finland is 43. The species most often in conflict with forest management is the flying squirrel and, therefore, I use it here as an example. Due to very strict – at least in theory – habitat protection, the flying squirrel has become one of the most debated and hated animals in Finland. Flying squirrel are quite numerous in Finland. There are approximately 143 000 female animals in Finland, although the number has diminished 23 % over

the last ten years (from 2006 to 2015) and their conservation status is thus not favourable.⁷⁴

Until 2016, ELY Centres delineated the boundaries of the habitat when the Forestry Centre informed the ELY Centre about a forest declaration concerning the habitat of a flying squirrel.

The areas delineated as breeding sites and resting places were usually less than 0,5 hectares.⁷⁵ That size of a delineated area was still larger than what the directions of the Ministry of Agriculture and Forestry and the Ministry of Environment suggested: 0,03–0,07 ha.⁷⁶ The latter guide from 2016 does not provide clear instructions.⁷⁷

⁷⁴ Jokinen 2012.

⁷⁵ Jokinen 2012.

⁷⁶ Ministry of Agriculture and Forestry and Ministry of Environment 2003.

⁷⁷ Ministry of Agriculture and Forestry and Ministry of the Environment 2016.

The delineation procedure has not helped to stop the degradation of the conservation status of the species. According to a recent field study, only 21–36 % of breeding sites and resting places are habited one year after loggings. Half of the examined (after delineation and loggings) breeding sites and resting places (n 100) were less than 0,3 ha. The size of the breeding site or resting place is not the only decisive element. The quality of the surrounding forests outside the logging area also defines the suitability of the breeding site and resting place for the flying squirrel.⁷⁸ According to the study, within 150 metres from a breeding site or a resting place, at least 35–60 % of the forest should be suitable for the flying squirrel.⁷⁹ This means that there should be 2,4–4,2 hectares of suitable forest surrounding the habitat.

The problem was also that ELY Centres used most of the human resources that were reserved for species protection to delineating the sites of flying squirrels and thus there was no longer enough time available for the protection of more rare and endangered species. Since 2016, ELY Centres have not delineated habitats, although forest owners may still ask for advice from an ELY Centre.⁸⁰ After this amendment of the NCA in 2016, the Ministry of Agriculture and Forestry and the Ministry of the Environment published a recommendation for the protection of flying squirrel in forestry operations.⁸¹ The new recommendation does not mention a minimum area for the protection of the habitats. Rather, it merely states that all nesting trees should be left standing and trees in the immediate vicinity of nesting trees, including feeding trees (aspens, birches,

alders), spruces suitable for food storage and indispensable shelter trees. Further, the amendment maintains the risk of wind damage should be taken into account.⁸² All in all, the immediate vicinity does not sound like 2–4 ha but appears to be closer to 0,5 ha.

The Supreme Administrative Court of Finland (KHO abbreviated from Finnish), has made decisions on the appropriate interpretation of the 49 § of the NCA. First, there is case KHO 2014:13 in which the court decided that 3,7 hectares is an excessive area for the protection of the breeding sites and resting places of flying squirrels. The ELY Centre, which had delineated the site, referred to research that has shown that flying squirrels need 3–4 hectares of suitable forest around the site.⁸³ The court in turn emphasized that the Habitats Directive does not demand the protection of the whole habitat and that when NCA 49 § was enacted, it was not meant to protect such large areas. The KHO states that the recommendation of the two ministries⁸⁴ – even if not binding – reflects the idea behind the provision i.e. that the site is of small size. The KHO also states that flying squirrels are protected in Natura 2000 sites and in other nature conservations areas, too. The court did not base its reasoning on scientific research but on legal interpretation and context.⁸⁵ There is no reference to the conservation status of the flying squirrel, even if the favourable conservation status of species is the general aim of the Habitats Directive, and the NCA as well (5 §). Additionally, the implementation "(m)asures taken pursuant to this Directive shall be designed to maintain or restore, at favourable conservation status, natural habitats

⁷⁸ Jokinen 2012, p. 53–54.

⁷⁹ Jokinen 2012, p. 56.

⁸⁰ NCA 72 § that stipulated the delineation process, was annulled in 2016.

⁸¹ Ministry of Agriculture and Forestry and Ministry of the Environment 2016.

⁸² Ministry of Agriculture and Forestry and Ministry of the Environment 2016.

⁸³ Jokinen 2016.

⁸⁴ Ministry of Agriculture and Forestry and Ministry of the Environment 2003.

⁸⁵ Halonen 2014.

and species of wild fauna and flora of Community interest”.⁸⁶ Finally, the KHO did not determine what the correct size of the site should be but returned the case to the ELY Centre.

In another decision (KHO 2015:269), the KHO found that the delineated area was too small and would have caused deterioration of the breeding site and resting place. There were two breeding sites (two nesting trees) and between them there was a 10-m wide and 200-m long corridor. Around the other tree there would have been an area of 0,18 ha remaining (a circle with a radius of 24 m). In total, the protected area would have been less than 0,5 ha. The surrounding area would consist of clear cuts and young stands. Again, the KHO did not determine the right size of the site but once again returned the case to the ELY Centre.

These decisions do not help to define what the correct area is; something between 0,18 and 3,7 hectares. Unlike the Forest Act on habitats, the Nature Conservation Act does not as such require that the sites are delineated as very small areas. However, the interpretation of the KHO, the highest legal authority within the field of Finnish environmental law, is that the site is not very large. The current interpretation and practice has led to flying squirrels frequently abandoning the “protected” yet inhabitable sites. The breeding sites and resting places are thus protected in the NCA, but are they protected well enough in practice, taking the Habitats Directive into consideration?

There are no cases of the ECJ concerning forestry and the protection of breeding sites. The guidance of the Commission admits that forestry is a special case in species protection⁸⁷, and suggests that there is no need to protect the whole habitat, e.g. feeding areas, but a smaller breeding

or resting place suffices.⁸⁸ Nevertheless, the commission states that the emphasis should be on the ecological functionality of the sites and that the sites should “continue to provide all that is required for a specific animal to rest or to breed successfully”.⁸⁹ Yet, the Commission also points out that a holistic approach, i.e. a wider definition of a site, “seems more feasible for species with relatively small home ranges”, and that for wide-ranging species, “it may be advisable to restrict the definition of a breeding and resting site to a locality that can be clearly delimited: e.g. the roosts for bats or the holt of an otter”.⁹⁰ However, if article 12(1)(d) should “be understood as aiming to safeguard the continued ecological functionality of such sites and places, ensuring that they continue to provide all the elements needed by a specific animal to rest or to breed successfully”, current Finnish legislation does not include requisite measures needed under Article 12 to “establish and implement an effective system of strict protection”.⁹¹

If this is the case, then we can maintain that Finnish forest management practices do not meet these criteria as more than half of the breeding sites and resting places have been deserted within one year after loggings and the current management and protection measures have not been able to improve, or even maintain the conservation status of the flying squirrel.⁹²

The result of case KHO 2014:13 has been interpreted so, that the Nature Conservation Act should be changed in order to be able to protect the sites properly.⁹³ Yet, the indirect effect of EU law – the Habitats Directive – could lead to such an interpretation of 49 § on the premise that the

⁸⁶ European Commission 2007, p. 27.

⁸⁷ European Commission 2007, p. 32.

⁸⁸ European Commission 2007, p. 44.

⁸⁹ European Commission 2007, p. 41.

⁹⁰ European Commission 2007, p. 45.

⁹¹ European Commission 2007, p. 33.

⁹² Jokinen 2014.

⁹³ Halonen 2014, p. 611.

protected site should be large enough to sustain the species in the area after loggings in the surrounding forests as well, and to reach favourable conservation status, regardless of the intention of a Finnish legislature.

The Nature Conservation Act entitles the landowner to monetary compensation, if the damages or losses are too high ("significant inconvenience") (NCA 53 §). Therefore, the stricter interpretation of the protection of breeding sites and resting places would not violate the property rights of the forest owners, but would still cost Finland money.

It could be claimed that Finland has failed to take the requisite measures to establish and implement an effective system of strict protection for the flying squirrel and to avoid activities that may deteriorate or destroy its breeding sites. The implementation "measures must contribute to the aim of maintaining the species in the long term or restoring its population in its habitat and must be effectively enforced". "The full and effective application of Article 12 requires, on the one hand, the establishment of a legal framework of coherent and coordinated measures and, on the other, the application of concrete, coherent and coordinated measures to enforce these provisions on the ground effectively".⁹⁴

Even the recommendations of Tapio do not provide further advice on protecting the breeding sites and resting places. For its part, Tapio only refers to the old recommendations of the ministries and only mentions that uneven-structured (i.e. continuous cover) forestry helps to protect species such as the flying squirrel.⁹⁵ Further, the recommendation of ministries recommends that uneven-structured forestry should be applied on these sites when appropriate.⁹⁶ Despite this,

there are no special efforts or incentives, let alone binding rules, to increase the use of uneven-structured forestry near sensitive sites. As mentioned earlier, it is still a very marginal form of forest management. However, this is evidently a cost-effective protection measure – or rather, a cost-effective measure of sustainable forest management – that Finland has not yet utilized to its full potential. Uneven-structured forestry could also be used for widening the protection zones along brooks and rivulets.

Another means of sustainable forest management is landscape-level forest management planning. Although, there is such planning in state-owned forests, it has not been considered viable in private-owned forests. Forest ownership is scattered and the forests of one owner are scattered over several smaller parcels. The average size of clear cuts is about 2 ha. Forest management plans are done – if the owner wants a plan – for one owner at a time. As for regional forest programmes, they are of a very general nature. They have very little practical meaning for private forest owners and are of no use in concrete habitat protection.⁹⁷ Because there is currently no suitable planning instrument, it is very difficult or impossible to plan loggings in such a way that 150 m around a breeding site or resting place of the flying squirrel would be 35–60 % of good quality forests.⁹⁸

As stated above, a number of forest owners dislike flying squirrels and the hindrances that the occurrence of the species brings with it.⁹⁹ Some forest owners already cut all deciduous trees, especially aspens – an important tree species for the flying squirrels – during the thinning of a young forest stand to prevent the forest from developing into a suitable habitat for flying

⁹⁴ European Commission 2007, p. 27.

⁹⁵ Saaristo and Vanhatalo 2015, p. 62, 65.

⁹⁶ Ministry of Agriculture and Forestry and Ministry of the Environment 2016, p. 9.

⁹⁷ Pappila and Pölönen 2012, p. 179.

⁹⁸ Jokinen 2012, p. 56.

⁹⁹ Valkeapää and Karppinen 2013, p. 56.

squirrels: "However, there are many true stories about cases where the favourite trees of flying squirrel are felled before all others. This ensures that the squirrel will not find appropriate nesting trees and the forest owner need not worry about protection measures when logging the forest".¹⁰⁰

The Forest Act has no regulation about the need to leave deciduous trees in forests. Earlier, in the 1960s and 70s, the official forest management doctrine included the removal of birches as they were considered of no value ("the white lie of the forests"). Nowadays, soft law, i.e. forest certification schemes and best practice guidelines, recommends also leaving deciduous trees in forests.

5.3 Minimize

The principle of minimizing the negative effects on the environment is incorporated into Finnish environmental regulation. The Environmental Protection Act and the Water Act always require the minimization of the effects on the environment. The Nature Conservation Act, however, is first and foremost regulating "avoidance", and only in some rare cases, it also emphasizes minimization. Only stipulations concerning Natura 2000 sites and the derogation clause on Habitats Directive species (annex IV(a)) include a clear stipulation to minimize. Nevertheless, as Suvantola writes, the inner coherence of Finnish environmental regulation requires that the principle of minimization applies to nature protection law, too, even if it is not explicitly mentioned as a general principle or obligation.¹⁰¹ Also, the general goal of achieving the favourable conservation status of species of the Habitats Directive and NCA, and the general obligation of the Habitats Directive to implement a strict protection regime for species, all imply the need to minimize

harms. Currently the "minimize harm principle" should be – and most likely is – applied when authorities grant derogations from species and habitats protection. Yet, it should be applied to all decision-making that affects negatively on biodiversity, such as development projects and forestry.

5.4 Restore

The Biodiversity Strategy of the EU aims at maintaining and restoring ecosystems and their services. The aim of the strategy is to restore at least 15 % of degraded ecosystems.¹⁰² There is ecosystem restoration going on all the time in Finland, but it is not based on any regulatory requirement, but rather on governmental projects and programmes and the voluntary projects of NGOs etc.¹⁰³

In Finland compulsory restoration is connected to illegal effects. The Nature Conservation Act stipulates that the ELY Centre can require one to correct the unlawful situation or redress the negligence (57 §). Further, if someone deliberately or through negligence causes damage, or the imminence of damage, to protected species and natural habitats, the ELY Centre may require that the operator takes remedial measures referred to in the Act on the Remediation of Certain Environmental Damages (383/2009).

As it is not always possible to restore a destroyed or deteriorated habitat as ordered in 57 §, it would be useful to include into law, the possibility of making the violator of the law pay for *ex situ* restoration instead.

5.5 Compensate

Even if chapter 10 of the Nature Conservation Act on the Natura 2000 network includes the steps of mitigation hierarchy, it does not completely fulfil

¹⁰⁰ Kauppi 2015.

¹⁰¹ Suvantola 2005, p. 46.

¹⁰² European Commission 2011, p. 2.

¹⁰³ Kotiaho et al. 2015, p. 93.

the idea of NNL. This is because chapter 10 of the Nature Conservation Act, as well as the Habitats Directive, aim at insuring the integrity of the Natura 2000 network only and not the biodiversity in Finland or in the EU in general. Natura 2000 regulation emphasizes certain habitat types or species that the area has been protected for. Neither are there criteria in the Nature Conservation Act that would additionally require, i.e. creating a new habitat or restoring an old one but that would be solved by interpreting the compensation obligation in line with EUCJ case law and Commission guidance that chiefly require restoration or new areas to be created.

In addition to areas belonging to the Natura 2000 network, there is no regulation concerning ecological compensation. Nevertheless, sometimes ecological compensation is required beforehand if the project is acquiring a derogation from e.g. Nature Conservation Act 49 § (habitat protection of the annex IV(a) species of the Habitats Directive) even if there is no regulation about it.¹⁰⁴ For example, in Tampere, the city was passed an ordinance to create (plant) a new corridor for flying squirrels to move about, and to put nesting boxes in some areas to replace the habitats and flying corridors.¹⁰⁵ In another case on derogation of habitat protection (49 §) of the moor frog, the project leader had proposed a number of compensatory measures.¹⁰⁶

The timing of the compensatory measures is not always mentioned in derogation decisions even if that is considered an important part of offsetting.¹⁰⁷ All in all, the use of compensatory measures is not yet coherent, and the practices probably vary from one ELY Centre to another,

as there is no legislation or governmental guidance on ecological compensations. A law amendment or a general guidance would be helpful to enhance the use of ecological compensations and also to ensure equal treatment of the petitioners of derogations. Legislative amendments would be required if the project leader would be required to take compensatory measures on someone else's land. Overall, ecological compensations should be considered more widely in Finland, as compensations are missing e.g. from the Finnish EIA legislation even if the EIA directive would require it (article 5.1 c).¹⁰⁸

Yet, the above mentioned is not relevant to forestry as it is not possible to obtain a derogation of 49 § for forest logging due to the derogation conditions, such as overriding public interest. There is also no permit process or anything similar in which the authorities could require compensatory measures in connection to forest logging.

6. Conclusions

The no net loss principle requires that projects or ongoing land use does not lead to a decrease of biodiversity. The analysis presented in this article has shown that there are many shortcomings in Finnish forest and nature protection legislation at all levels of mitigation hierarchy: avoidance, minimizing, restoring and compensating. Avoidance works only to a certain extent and avoidance is often diluted into minimizing harms. Restoring is required only if there are biodiversity losses due to illegal activities. The Nature Protection Act stipulates compensations related to Natura 2000 areas. Otherwise, ecological off-site compensations are sometimes required by environmental authorities in derogation permits concerning species or habitat protection in the Nature Protection Act.

¹⁰⁴ Leino 2015, Pappila 2017.

¹⁰⁵ Pappila 2017, p. 33.

¹⁰⁶ Pappila 2017, p. 34–35.

¹⁰⁷ Pappila 2017, p. 36.

¹⁰⁸ Pappila 2017, p. 36.

The no net loss principle seems to be better included into nature protection legislation than into forest legislation, even if some of the elements are included only implicitly, not explicitly (e.g. minimizing and ecological compensations in derogations). Yet there are still defects in the Nature Conservation Act regarding taking endangered species and flying squirrels into account in forest operations. Further, there is need for regulation on *ex situ* restoration and ecological compensations. The implementation of the Forest Act is not at a satisfactory level when it comes to the protection of biodiversity. There are deficiencies in the protection of water related habitats in particular, and the current derogation system of the Forest Act works against the NNL principle. The lack of *ex situ* restoring obligations is a defect as well. Also, there is no requirement in law to save, let alone create, more deadwood. Legislation has also no rules on enhancing the tree species diversity. Only soft law contains stipulations on deadwood, however, this has not lead to permanent improvements in forestry. In addition, only FSC certification, which is not yet widely used, stipulates on leaving large trees and certain types of old-growth forests untouched. Implementation of EU nature protection law is questionable as the protection of flying squirrels in forest management is not effective. Due to lacking case law, there is no certainty how the article 12 of the Habitats Directive would be implemented as regards to forestry as an ongoing land-use combined with a flying squirrel as a wide-ranging species.

Despite the interpretation of the Habitats Directive, new, cost-effective measures, such as uneven-structured forest management could be used in species and habitat protection for creating buffer zones outside currently protected smallish habitats and breeding sites and resting places.

As for protection of the habitats of Habitats Directive, Finland could do better, too. Certain

amount of the habitats has been protected within the Natura 2000 areas, as the Habitats Directive requires, but to achieve favourable conservation status of habitats, they should be protected outside of these strictly protected areas, too. The Forest Act does not ensure that habitats are protected in an ecologically meaningful way, because, for example, the size of the habitats is often too small.¹⁰⁹ Finland has apparently fulfilled its legal obligations by establishing Natura 2000 areas to protect species and habitats mentioned in the Habitats Directive and the Birds Directive, but this has not been enough to ensure the favourable conservation status of many endangered species and habitats.

7. Discussion

A difficult yet important question is, whether we should use soft law or legislation to improve biodiversity protection in forest management? It is probably true that regulations that are considered legitimate are better followed. What would make new forest management rules more legitimate? Currently the forest management paradigm is not highly legitimate as the majority of Finns disapprove of clear cuts, which are not ecologically legitimate either, as the increasing amount of endangered forest species demonstrates.

Regulatory instruments should be amended if they do not help to achieve the aims of regulation. In Finland this is thought to be done through soft law. Currently, soft law works to a certain extent but not well enough as the example of soft law and deadwood shows us. Soft law has not been enough to improve the conservation status of the habitats of the Habitats Directive either.¹¹⁰ If soft law is implemented according to minimum standards, it does not lead to real improvements. Legislation should form a

¹⁰⁹ Raunio et al. 2008, Raunio et al. 2013.

¹¹⁰ Raunio et al. 2013, p. 169.

more solid basis for biodiversity protection than it does currently. Soft law could then fine tune the rules. There is a pressing ecological need to reconsider the current regulatory mix, and both the National Forest Strategy and the Red List of Finnish Species call for more efficient biodiversity protection in production forests.

Parallel to forest management reform, endangered forest types should be protected as large nature protection areas. Some species benefit from more dead and large trees in production forests, but there are also many endangered species that require non-fragmented old-growth forests. It is not possible to practice forestry and protect old-growth forests on the same spot. Therefore, Finland should invest enough money in protected areas, too.

On the whole, it seems that the NNL principle is useful for evaluating the biodiversity friendliness of ongoing land use. For instance, during forestry it would be possible to avoid certain habitats, minimize certain effects by using alternative logging methods, to restore waterways after crossing them and to compensate biodiversity losses by creating deadwood. Also, instruments used in state-owned forests, such as landscape-level forest management planning, could be implemented in private forests, too.

The no net loss principle offers a framework for assessing the regulation of forest management as a whole, even if every step of the mitigation hierarchy cannot always be implemented on every forestry operation. For ongoing land use, the NNL principle and the mitigation hierarchy should rather cover the entire regulation of forest biodiversity protection to ensure that forest management does not lead to biodiversity losses due to the cumulative effects of numerous small operations. Also, regulation should be put into practice effectively and preferably on case-by-case basis rather than according to minimum acceptable standards.

8. References

- Aiama D, Edwards S, Bos G, Ekstrom J, Krueger L, Quétier F, Savy C, Semroc B, Sneary M, Benun L. 2015. No Net Loss and Net Positive Impact Approaches for Biodiversity: exploring the potential application of these approaches in the commercial agriculture and forestry sectors. Gland, Switzerland, IUCN. [Accessed 2017 Nov 11] <http://thebiodiversityconsultancy.com/wp-content/uploads/2015/06/IUCN-Agriculture-and-Forestry-final-report-April-2015.pdf>.
- BBOP (Business and Biodiversity Offsets Programme). 2012. Resource Paper: No Net Loss and Loss-Gain Calculations in Biodiversity Offsets. [Accessed 2017 Nov 23] http://www.forest-trends.org/documents/files/doc_3103.pdf.
- BBOP (Business and Biodiversity Offsets Programme). 2009. BBOP Principles on Biodiversity [accessed 2018 July 6] Offsets. http://bbop.forest-trends.org/documents/files/bbop_principles.pdf
- Burgin S. 2008. BioBanking: an environmental scientist's view of the role of biodiversity banking offsets in conservation. *Biod Cons*, 17, 807–816.
- Curran M, Hellweg S, Beck J. 2014. Is there any empirical support for biodiversity offset policy? *Ecol Appl*, 24, 617–632.
- European Commission. 2014. No Net Loss of Biodiversity public consultation Summary overview of the responses. [Accessed 2017 Nov 21] <http://ec.europa.eu/environment/nature/biodiversity/nnl/pdf/report.pdf>.
- European Commission. 2011. Our life insurance, our natural capital: an EU biodiversity strategy to 2020. Brussels, 3.5.2011, COM(2011) 244 final. [Accessed 2018 Jan 24] http://ec.europa.eu/environment/nature/biodiversity/comm2006/pdf/EP_resolution_april2012.pdf.
- European Commission. 2008. The European Union's Biodiversity Action Plan "Halting the loss of biodiversity by 2010 – and beyond". [Accessed 2018 July 8] http://ec.europa.eu/environment/nature/info/pubs/docs/brochures/bio_brochure_en.pdf.

European Commission. 2007. Guidance document on the strict protection of animal species of Community interest under the Habitats Directive 92/43/EEC. [Accessed 2018 Jan 24] http://ec.europa.eu/environment/nature/conservation/species/guidance/pdf/guidance_en.pdf.

FSC (Forest Stewardship Council). 2011. FSC standard for Finland. V1-1 Approved 21.01.2011 FIN. [Accessed 2017 Dec 20] <https://fi.fsc.org/fi-fi/sertifiointi/metssertifiointi/suomen-fsc-standardi>.

FSC (Forest Stewardship Council). 2017. FSC numeroin (FSC in numbers). Updated 5.8.2017. [Accessed 2017 Nov 21] <https://fi.fsc.org/fi-fi/tietoa-fscst/fsc-numeroina>.

Haakana M, Ollila P, Regina K, Riihimäki H, Tuomainen T. 2015. Menetelmä maankäytön kehityksen ennustamiseen. Pinta-alojen kehitys ja kasvihuonekaasupäästöt vuoteen 2040 (A method for predicting changes in land use. Trends in surface area and greenhouse gases until 2040). Luonnonvara- ja biotalouden tutkimus 51.

Halonen L. 2014. KHO 2014:13: liito-oravan lisääntymis- ja levähdyspaikka: oikeudellis-ekologisen käsitteen määrittelyä KHO:n ratkaisun valossa. (KHO 2014:13: breeding and resting place of a flying squirrel: defining the legal-ecological concept in the light of the KHO decision). Lakimies, 112(4): 601–611.

Hanski I. 2005. The Shrinking World: Ecological Consequences of Habitat Loss. International Ecological Institute. Oldendorf/Luhe.

Hanski I. 2006. Täsmäsuojelun mahdollisuus – vai mahdottomuus? (The possibility of precision protection – or impossibility) (chapter 5.4). In Jalonen, R, Hanski I, Kuuluvainen T, Nikinmaa E, Pelkonen P, Puttonen P, Raitio K, Tahvonen O, editors. Uusi metsäkirja (The new forest book). Gaudeamus. Tampere, p. 200–205.

HE 75/2013 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi metsälain ja rikoslain 48 a luvun 3 §:n muuttamisesta (A government bill on changing the Forest Act and the Criminal law).

International Finance Corporation. 2012. IFC Performance Standards on Environmental and So-

cial Sustainability. [Accessed 2017 Sep 15] https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/c8f524004a-73daeca09afdf998895a12/IFC_Performance_Standards.pdf?MOD=AJPERES.

Ikonen I. 2016. Kiireellisesti ja erityisesti suojeltavat lajit – turvaamistoimia ja rajauspäätökset (Urgently and specially protected species – protection measures and demarcation decisions). Centre for Economic Development, Traffic and Environment. PowerPoint presentation 15.12.2016. [Accessed 2017 Nov 17] https://www.ely-keskus.fi/documents/10191/20407199/Erityissuojelulajit_IiroIkonen_191216.pdf/06415d22-1610-418e-89a4-92a9a8562474.

Kauppi A. 2015. Protection of flying squirrel to be relaxed. Finnish Forest Association / Metsänhoitoyhdistys. News 1.10.2015. [Accessed 2017 Nov 20] <https://www.smy.fi/en/artikkeli/protection-of-flying-squirrel-to-be-relaxed/>.

Keto-Tokoi P. 2006. Varhaiset luonnonhoitosuosituksien eivät toteutuneet käytännön metsätaloudessa (The early recommendations for nature management have not be fulfilled in forest practices). In Jalonen, R, Hanski I, Kuuluvainen T, Nikinmaa E, Pelkonen P, Puttonen P, Raitio K, Tahvonen O, editors. Uusi metsäkirja (New Book on Forests), Gaudeamus, Helsinki, p. 102–106.

Koistinen A, Matila A, Lahti E. 2017. Metsälakiuudistus käytännön metsätalouden kannalta (The Forest Act reform from the point of view of practical forestry). Reports of Tapio, nro 18. [Accessed 2017 Dec 18] http://tapio.fi/wp-content/uploads/2017/10/Metsalaki_analyysi_raportti_2017.pdf.

Kokko KT. 2009. A Legal Method and Tools for Evaluating the Effectiveness of Regulation: Safeguarding Forest Biodiversity in Finland. Nordic Environmental Law Journal, 57–78.

Kotiaho JS, Kuusela S, Nieminen E, Päivinen J. 2015. Elinympäristöjen tilan edistäminen Suomessa (Improving the status of habitats in Finland – report of the ELITE working group on a prioritisation plan for improving the status of habitats and estimated total costs of the plan). Suomen ympäristö, 8. Ministry of Environment.

Kotiaho JS, Selonen VAO. 2006. Metsälain erityisen tärkeiden elinympäristöjen kartoituksen laadun ja luotettavuuden analyysi (Analysis of the quality and reliability of the mapping of the especially important habitats of the Forest Act). Suomen ympäristö, 29. Finnish Environment Institute. Helsinki.

Kuuluvainen T, Tahvonen O, Aakala T. 2012. Even-Aged and Uneven-Aged Forest Management in Boreal Fennoscandia: A Review. *Ambio*, 41: 720–737.

Laakso T, Leppänen T, Määttä T. 2003. Metsärikollisuus empiirisen oikeustutkimuksen kohteena (Empirical legal research on forestry crimes). *Defensor Legis*, 4: 647–667.

Leino L. 2015. Korvaavat toimenpiteet pienialaisten luontokohteiden suojelusta poikettaessa (Compensatory measures in derogations from the protection of small-sized habitats). *Ympäristöjuridiikka* 1: 9–34.

Leppänen T. 2003 Metsien hakkuut, uudistaminen ja metsärikokset (Forest loggings, renewal and forest offences). In *Metsäoikeudellisia tutkielmia*, University of Joensuu Publications in Law, Joensuu, 117–212.

Luke (The Natural Resources Institute Finland). 2016. Metsäpinta-alasta on suojeltu 12 % (12 % of forest area is protected). News 15.9.2016. [Accessed 2018 Jan 16] <https://www.luke.fi/uutiset/metsapinta-alasta-suojeltu-12-prosenttia/>.

Luke (The Natural Resources Institute Finland). 2014. Metsänomistus (Forest ownership). [Accessed 2018 Jan 13] <http://www.metla.fi/metinfo/kestavyys/c6-forest-holdings.htm>.

Luonnontila. 2015. ME6 Lahopuun määrä (The amount of decayed wood). Updated 21.12.2015. [Accessed 2017 Nov 27] <https://www.luonnontila.fi/fi/elinymparistot/metsat/me6-lahopuun-maara>.

Ministry of Agriculture and Forestry, Ministry of Environment. 2003. Liito-oravan lisääntymis- ja levähdyspaikkojen määrittäminen ja turvaamisen käytännössä. Ohje. (The delineation and protection of the breeding sites and resting places of the flying squirrel. A guide).

Ministry of Agriculture and Forestry, Ministry of Environment. 2016. Liito-oravan huomioon ottaminen metsänsäilytyksen yhteydessä. Neuvontamateriaali (Taking flying squirrel into consideration in forest management. Guidance material). [Accessed 2017 Dec 16]. <http://tapio.fi/wp-content/uploads/2016/04/Liito-orava-neuvontamateriaali.pdf>.

Ministry of Agriculture and Forestry. 2015. National Forest Strategy 2025. Government Resolution of 12 February 2015. [Accessed 2018 Jan 14] <http://mmm.fi/documents/1410837/1504826/National+Forest+Strategy+2025/197e0aa4-2b6c-426c-b0d0-f8b0f277f332>.

Metsäkeskus. 2016. Talousmetsien luonnonhoidon laadunseuranta – Raportti (A quality survey of nature management in production forests – a Report). [Accessed 2017 August 5] <http://metsakeskus.fi/sites/default/files/luontolaadun-tarkastusraportti-kooste-2015.pdf>.

Metsäyhdistys. 2012. Metsä ja puu -kyselyn tulokset 2012. (Results of "Forest and tree" survey 2012) [Accessed 2018 Jan 16] https://frantic.s3.amazonaws.com/smy/2014/11/metsa_ja_puu_barometri_2012_09b.pdf.

Millennium Ecosystem Assessment. 2005. Ecosystems and Human Well-being: Synthesis. Island Press, Washington, DC.

Ministry of Environment. 2015. Ministeri Tiilikainen: Metso-ohjelma jatkuu tavoitteesta tinkimättä – toteutusta tehostettava (Minister Tiilikainen: Metso-programme will continue without compromises – enforcement should be more efficient). Press release 8.10.2015. [Accessed 2018 Jan 8] http://www.ym.fi/fi-FI/Luonto/Ministeri_Tiilikainen_Metsoohjelma_jatku%2835769%29.

Pappila M, Pölönen I. 2012. Reconsidering the Role of Public Participation in the Finnish Forest Planning System. *Scand J For Res* 177(27): 180–83.

Pappila M, Halonen L. 2015. The Impact of the Water Framework Directive on Diffuse Pollution Control: The Case of Ditch Network Maintenance in Finnish Forests. *Nordic Environmental Law Journal* 2: 77–92.

- Pappila M. 2017. Ei nettohävikkiä -periaate ja kompensaatiot biodiversiteetin suojelussa (No net loss principle and compensations in biodiversity protection). *Ympäristöjuridiikka* 3–4: 10–53.
- PEFC. 2017. Certified Forest Area by Country. [Accessed 2017 Dec 15] https://www.scribd.com/document/147379606/PEFC-Global-Certificates#fullscreen&from_embed.
- PEFC. 2014. PEFC Finland Standard. Criteria for PEFC Forest Certification. PEFC FI 1002:2014. [Accessed 2018 Jan 10] http://pefc.fi/wp-content/uploads/2016/09/PEFC_FI_1002_2014_Criteria_for_Forest_Certification_20141027.pdf.
- Primmer E, Furman E. 2012. Operationalising ecosystem service approaches for governance: Do measuring, mapping and valuing integrate sector-specific knowledge systems? *Ecosyst Serv* 1:85–92.
- Pukkala T. 2016. Plenterwald, Dauerwald, or clearcut? *For Pol Econ* 62: 125–134.
- Rassi P, Hyvärinen E, Juslén A, Mannerkoski I, editors. 2010. Suomen lajien uhanalaisuus – Punainen kirja 2010 (The 2010 Red List of Finnish Species). Ministry of Environment and Finnish Environment Institute.
- Raunio A, Schulman A, Kontula T, editors. 2008. Suomen luontotyyppien uhanalaisuus – Osa 1: Tulokset ja arvioinnin perusteet (Assessment of threatened habitat types in Finland. Part 1: Results and basis for assessment). Suomen ympäristö, 8. Finnish Environment Institute, Helsinki.
- Raunio A, Anttila S, Kokko A, Mäkelä K. 2013. Luontotyyppisuojelun nykytilanne ja kehittämistarpeet – lakisääteiset turvaamiskeinot (Current situation and development needs in the protection of natural habitat types – statutory safeguarding measures. The Finnish Environment 5/2013).
- Saari P, Finér L, Laurén A. 2009. Metsätaloudessa vesistöjen ja pienvesien suojavyöhykkeille asetetut tavoitteet ja niiden toteutuminen (The aims and implementation of water protection zones in forestry). METLAn työraportteja 124. (Accessed 2017 Dec 4) <http://www.metla.fi/julkaisut/workingpapers/2009/mwp124.htm>.
- Saaristo L, Mannerkoski I, Kaipainen-Väre H. 2010. Metsätalous ja uhanalaiset lajit (Forest management and endangered species). Metsätalouden kehittämiskeskus Tapio. [Accessed 2018 May 5] http://tapio.fi/wp-content/uploads/2015/08/Metsatalous_ja_uhanalaiset_lajit.pdf
- Saaristo L, Vanhatalo K, editors. 2015. Metsänhoidon suositukset talousmetsien luonnonhoitoon, työopas. (Recommendations for nature management in production forests). Publications of Tapio.
- Saaristo L, Seppälä M, Vesanto T, Ruutiainen J. 2017. Talousmetsien luonnonhoidon tehokkaat ratkaisut. Monimetsä-hankkeen selvitys (Effective solutions for nature management in production forests. Report of the Monimetsä project). Publications of Tapio. [Accessed 2018 Jan 17] <https://www.metsakeskus.fi/monimetsa-hanke>.
- Similä J, Fredrikson J, Primmer E, Horne P. 2014. Biodiversity Protection in Private Forests: An Analysis of Compliance. *J Env Law*, 26(1): 83–103.
- Steffen W, Richardson K, Rockström J, Cornell SE, Fetzer I, Bennett EM, Biggs R, Carpenter SR, de Vries W, de Wit CA, et al. 2015. Planetary boundaries: Guiding human development on a changing planet. *Science*, 347(6223): 736–746.
- Suvantola L. 2005. Kun maailma ei riitä – luonnon monimuotoisuudelle aiheutettavien haittojen kompensointi (When the world is not enough – compensating harms caused on biodiversity). *Ympäristöjuridiikka*, 3–4: 30–80.
- Takala T, Hujala T, Tanskanen M, Tikkanen J. 2017. The order of forest owners' discourses: Hegemonic and marginalised truths about the forest and forest ownership. *J of Rur Stud*, 55: 33–44.
- Timonen J, Siitonen J, Gustafsson L, Kotiaho JS, Stokland JN, Sverdrup-Thygeson A, Mönkkönen M. 2010. Woodland key habitats in northern Europe: concepts, inventory and protection, *Scan J For Res*, 25(4): 309–324.

UNEP (United Nations Environment Programme). 2011. Decoupling natural resource use and environmental impacts from economic growth, A Report of the Working Group on Decoupling to the International Resource Panel. (Fischer-Kowalski, M., et al.) [Accessed 2018 Jan 28] <http://wedocs.unep.org/handle/20.500.11822/9816>.

Valkeapää A, Karppinen H. 2013. Citizens' view of legitimacy in the context of Finnish forest policy. *For Pol Econ*. 28: 52–59.

Wende W, Tucker G, Quétier F, Rayment M, Darbi M. 2018. Biodiversity Offsets: European

Perspectives on No Net Loss of Biodiversity and Ecosystem Services, Springer.

WWF. 2016. Metsien suojelun edistäminen (Promoting forest protection). Updated 6th Nov. 2016. [Accessed 2017 Jan 14] <https://wwf.fi/alueet/suomi/suomen-metsat/metsien-suojelun-edistaminen/>.

Court cases (Supreme Administrative Court of Finland)

KHO 2014:13

KHO 2015:269

Landskapsplanering för naturvård och virkesproduktion – särskilt med koppling till ersättningsrätten

Maria Forsberg

Abstract – Landscape planning for nature conservation and timber production – especially with regard to the right to compensation

According to the latest evaluation, it will not be possible to meet the Swedish Environmental Objective *Sustainable Forests* by 2020 with current or planned policy instruments. This is in part due to the lack of landscape strategies and environmental considerations in felling. Today, forest biodiversity in Sweden continues to degenerate and as a consequence, Sweden is not in compliance with international and EU objectives and obligations to protect species and habitats. At the same time, in the transition to a fossil-free society, biomass could be a useful contribution to achieving the set climate goals.

In this article it is argued that landscape planning may be a necessary and appropriate instrument for implementing EU requirements on species protection and for achieving environmental objectives. It can also be used as a means to identify areas where more intense forestry can be practiced. Through landscape planning and stakeholder involvement, a more foreseeable management system can be established and the balancing between public and private interests made more legitimate. This article explores different designs and approaches for landscape planning in forestry, with special focus on how the constitutional right to compensation is affected and will affect such design. A system with hierarchical landscape planning, with a strategic landscape plan implemented through operational forestry plans, can be foreseen as a path forward to a sustainable forestry.

1. Inledning

Målet om att stoppa förlusten av biologisk mångfald har funnits på den internationella agendan i decennier.¹ Även inom EU och i Sverige finns mål om att bevara biologisk mångfald.² Trots lika många år av miljöarbete mot det uttalade målet har artförlusten ännu inte bromsats upp. För skogens del, där hälften av Sveriges rödlistade arter finns,³ visar den senaste utvärderingen av de svenska miljömålen att målen för skogen inte har nåtts och heller inte bedöms som möjliga att nå med befintliga och beslutade styrmedel.⁴ Det finns flera anledningar till det. En är bristen på livsmiljöer och spridningsvägar för hotade arter att återetablera sig i landskapet.⁵ Även om en ökning har skett av gammal skog och hård död ved, råder det fortfarande brist på död ved av lämplig kvalitet och gammal skog med bibehållen skog-

¹ Målet har särskilt uttalats under konventionen om biologisk mångfald (SÖ 1993:77, CBD), se t.ex. COP 6 decision VI/26 annex "Strategic plan for the Convention on Biological Diversity" paragraf 2 och 11 och Johannesburg Plan of Implementation, IV paragraf 44, antagen genom Johannesburgdeklarationen, paragraf 36 liksom senare COP 10 decision X/2 och Aichimålen.

² Se t.ex. EU:s strategi för biologisk mångfald i EU fram till 2020, KOM(2011)244 och Europaparlamentets resolution 2011/2307(INI), liksom de svenska miljökvalitetsmålen t.ex. "Ett rikt växt- och djurliv", se vidare prop. 2004/05:150. Se även 1 kap. 1 § miljöbalken (1998:808, MB) och 1 § skogsvårdslagen (1979:429, SVL) där uttryck ges för rättsliga målsättningar om att bevara biologisk mångfald.

³ Av dessa bedöms 900 arter vara hotade och 700 arter nära hotade, Naturvårdsverket (2018 a), s. 245.

⁴ Naturvårdsverket (2018 a), s. 15 och s. 236 f.

⁵ Naturvårdsverket (2017 a), s. 199.

lig kontinuitet.⁶ Trots bristen på dessa skogar avverkas de fortfarande.⁷ Det finns med andra ord ett behov av att skydda befintliga värden, att återskapa nya liksom att etablera spridningsvägar i landskapet.⁸

I miljömålsutredningen uppmärksammas även behovet av att se över befintliga brukningsformer.⁹ Många arter har svårt att hävda sig i det traditionella trakthyggesbruket, som idag är den dominerande brukningsmetoden i svenska skogar, varför ökningen av hyggesfria metoder anses som en viktig åtgärd för att nå miljömålen.¹⁰ Förutom mål kopplade till biologisk mångfald kan skogen även fylla en viktig funktion i omställningen till ett fossilfritt samhälle,¹¹ varför även uttag av biomassa kan vara betydelsefullt för att nå uppsatta klimatmål.¹²

I denna artikel diskuteras formerna för och vissa rättsliga konsekvenser av ett alternativ och komplement till befintliga styrmedel i skogen – landskapsplanering. I syfte att åstad-

komma en grön infrastruktur genom ett mer varierat skogsbruk, där såväl produktions- som miljömålsaspekter tas tillvara, undersöks hur en rättslig planering av skogen ur ett landskapsperspektiv skulle kunna utformas liksom vilka implikationer en sådan planering kan ha ur ett äganderättsligt perspektiv.¹³ Hur påverkar äganderättens konstruktion, t.ex. markägarnas rätt till ersättning vid rådhetsintrång, genomförandet av en landskapsplanering vid förvaltning av skog? Som utgångspunkt för diskussionen kommer dagens reglering av äganderätten att kort beröras liksom incitament för och funktionerna hos landskapsplanering som verktyg.

2. Funktionen hos och incitament för landskapsplanering

2.1 Bakgrund

Naturvårdsbiologisk forskning visar att förutsättningarna för att nå miljömål ökar om naturresurser förvaltas ur ett landskapsperspektiv med koppling till relevanta åtgärder på beståndsnivå.¹⁴ Även inom miljöpolitiken lyfts sambandet fram mellan landskapsperspektivet och ett hållbart nyttjande av naturens resurser. Kopplingen återspeglas bl.a. i det liggande regeringsuppdraget om regionala handlingsplaner för grön infrastruktur,¹⁵ och ligger i linje med de svenska miljökvalitetsmålen enligt vilka samhällets insatser för att bevara biologisk mångfald ska bedrivas med ett landskapsperspektiv på förvaltningen av ekosystemen.¹⁶ Riksrevisionens

⁶ Westling (2015), s. 14. Här kan noteras att vissa strukturer av betydelse för rödlistade arter kan ta flera hundra år att återskapa. Att en skog definieras som "gammal" ger således inte alltid intäkt för förekomst av dylika kontinuitetsvärden. Med gammal skog menas skog med en medelålder av minst 140 år i norra Sverige och 120 år i södra Sverige, Sveriges officiella statistik/SLU (2017), s. 85.

⁷ Se t.ex. Naturvårdsverket (2018 a), s. 244, där det framgår att allvarliga skador på hänsynskrävande biotoper ökar.

⁸ Se Naturvårdsverket (2018 a), s. 250, Sandström m.fl. (2015), s. 28 ff. och Angelstam m.fl. (2010), s. 59.

⁹ Behovet av alternativa brukningsformer uppmärksammades redan i samband med avregleringen 1993, se prop. 1992/93:226 s. 40 f.

¹⁰ Naturvårdsverket (2017 a), s. 200. Ett av etappmålen för biologisk mångfald är ett varierat skogsbruk.

¹¹ Skogen har en mångfacetterad roll som inte till fullo kommer att göras rättvisa här. Fokus för denna artikel ligger främst vid virkesproduktion och biologiska mångfald.

¹² Jfr här främst miljökvalitetsmålet "Begränsad klimatpåverkan". Förutsättningarna för att ersätta kol med skog som energikälla är dock omdebatterad, se t.ex. Sterman et al (2018).

¹³ Artikelns ingår i det tvärvetenskapliga forskningsprojektet "Landscape Planning for Biodiversity and Diverse Forestry", finansierat av Naturvårdsverket.

¹⁴ Se t.ex. Saunders m.fl. (1991), s. 27. Se även Sandström m.fl. (2015), s. 31 och Angelstam m.fl. (2010).

¹⁵ Se t.ex. regeringsbeslut M2015/684/Nm och M2914/1948/Nm liksom Naturvårdsverket (2015). Jfr även Naturvårdsverket (2017 b) och (2018 b).

¹⁶ Se t.ex. preciseringen av miljökvalitetsmålet *Ett rikt växt- och djurliv*, prop. 2009/10:155 s. 230 och a.prop. s. 235 f., där behovet av att förvalta naturresurserna ur ett

nyligen gjorda granskning av statens insatser för att skydda värdefulla skogar pekar i samma riktning – arbetet för att nå miljömålen kräver ökade kunskaper och högre grad av strategisk planering.¹⁷

Behovet av ett landskapsperspektiv för att nå miljömålen i skogen är ingen ny insikt. Redan i samband med avregleringen 1993 uppmärksammades att "de åtgärder som behövs för att bevara den biologiska mångfalden inte kan begränsas till enskilda bestånd eller ens fastigheter, utan måste utgå från kunskaper om hela landskapsavsnitt."¹⁸ I sammanhanget betonades just vikten av kunskap. Även om det poängterades att också myndigheter behöver ha tillgång till relevant data om naturvärden för att kunna tillämpa befintliga styrmedel, ansågs det i första hand vara ett ansvar för varje skogsägare att skaffa sig tillräcklig kunskap för att kunna möta den nya skogspolitiken och det skärpta miljömålet.¹⁹

Trots behovet av samlad kunskap avreglerades det tidigare kravet på skogsbruksplaner som ett led i den nya modellen om "frihet under ansvar".²⁰ Förväntningarna från lagstiftarens sida var dock att skogsbruksplaner skulle fortsätta att upprättas, då detta ansågs vara en förutsättning för att kunna bedriva ett ansvarsfullt skogsbruk.²¹ När förväntningarna inte infriades infördes den s.k. SMÖR-regleringen (skogs- och miljöredovis-

ning) år 1998.²² Vid översynen år 2008 saknade många skogsägare fortfarande skogsbruksplaner, varför Skogsutredningen föreslog att krav på skogsbruksplaner borde återinföras. Regeringen konstaterade att den kunskapsbrist som förelåg p.g.a. avsaknaden av skogsbruksplaner var ett hinder mot att nå såväl produktionsmål som miljömål, men menade att en återreglering av området skulle stå i strid mot den svenska modellen om "frihet under ansvar".²³ I samma anda avskaffades istället även SMÖR. Idag kvarstår en mer schablonmässig beskrivning i blankettform av den hänsyn som planeras tas i samband med avverkningar.²⁴

Hänsynen som ska tas vid avverkningar bedöms idag utifrån beståndsnivå. Även om vissa föreskrifter under skogsvårdslagen pekar på att viss hänsyn ska tas till omgivande marker, såsom anpassningen av hyggesstorlek,²⁵ får inte redovisningen av naturhänsynen hänföra sig till mer än en behandlingsenhet åt gången.²⁶ Den svenska skogsmodellen bygger på att hänsyn till naturvärden alltid ska visas i samband med skogsbruksåtgärder,²⁷ oaktat de naturvärden

landskapsperspektiv är ett återkommande tema, s. 235. Se även bet. 2009/10:MJU25 och prop. 2004/05:150 s. 203 och Naturvårdsverket (2010), s. 11.

¹⁷ Riksrevisionen (2018), s. 6.

¹⁸ Prop. 1992/93:226 s. 82.

¹⁹ Prop. 1992/93:226 s. 39 och 82. Med koppling till behovet av kunskapsuppbyggande noterades utvecklingen mot att allt fler skogsägare saknar en naturlig förankring i lantbruket, då skogsfastigheter i ökad utsträckning förvärvas i kapitalplaceringssyfte eller genom arv. Utan ökade kunskaper hos skogsägarna bedömdes det inte som möjligt att nå de föreslagna målen.

²⁰ Se prop. 1992/93:226 s. 71. Kravet fanns tidigare i 21 b § SVL.

²¹ Prop. 1993/93:226 s. 72.

²² Vid tidpunkten saknade hälften av alla privata skogsägare skogsbruksplan, se prop. 1997/98:158 s. 30.

²³ Se prop. 2007/08:108 s. 49 f. Se även a.prop. s. 67 där skogsbruksplaner lyfts fram som ett värdefullt verktyg för att nå mål om att bevara biologisk mångfald.

²⁴ Se 3 kap. 11 och 14 §§ SKSFS 2015:2. I sammanhanget ska dock uppmärksammas att många markägare, ofta inom ramen för skogscertifiering, på frivillig basis upprättar gröna skogsbruksplaner.

²⁵ Se 7:10 SKSFS 2011:7 och Allmänna råd till 7:10. I de allmänna råden lyfts fram att "anpassningen till natur- och kulturvärden underlättas vid samverkan över fastighetsgränserna." Se även 7:20 SKSFS om skyddszoner.

²⁶ Se 3:14 SKSFS där behandlingsenhet definieras som "ett sammanhängande markområde, eller delområde belägna högst 100 meter från varandra". Jfr BoU 1986/87:1 s. 150 där en behandlingsenhet beskrivs som "ett skogsbestånd eller flera mindre bestånd som avses bli behandlade med samma åtgärd samtidigt".

²⁷ Se t.ex. prop. 1992/93:226 s. 81 om förhållandet generell miljöhänsyn – reservatsbildning.

som finns på fastigheten eller värdet av hänsynen ur ett landskapsperspektiv. Många gånger är den hänsyn som lämnas i det traditionella trakthyggesbruket av mindre betydelse för att bevara hänsynskrävande arter, varför även samhällsekonomisk kostnadseffektivitet talar för ett landskapsperspektiv vid förvaltningen av skog.²⁸

Även om kunskapen finns om behovet av strategisk planering ur ett landskapsperspektiv så har vi idag ett system där skogen i allt väsentligt förvaltas på beståndsnivå, utan krav på planering och med endast schematiska redogörelser för planerad miljöhänsyn i samband med avverkningsanmälningar. Förutsättningarna för att ta hänsyn till landskapsekologiska förhållanden är begränsade, vilket riskerar att ytterligare fragmentera landskapet och försvåra lagtillämpningen.

2.2 Rättsliga incitament för landskapsplanering

Den internationella rätten ger också uttryck för nödvändigheten av att förvalta naturresurser ur ett landskapsperspektiv, även om konkreta krav på att planera landskapet med en sådan ansats saknas.²⁹ En av målsättningarna under CBD är att det:

”Senast 2020 bevaras minst 17 procent av mark och inre vatten [...], särskilt områden av särskild betydelse för biologisk mångfald och ekosystemtjänster, genom effektivt och rättvist förvaltade, ekologiskt representativa och väl sammanhängande system av skyddade områden och andra effektiva områdes-

baserade bevarandeåtgärder, och integreras i de bredare landskapen”.³⁰

Parternas åtaganden under CBD ska nås med stöd av den s.k. ekosystemansatsen som kortfattat kan sägas innebära att ett helhetsgrepp, ofta en landskapsansats, ska tas vid förvaltningen av naturresurserna.³¹ Hänsyn behöver nämligen tas till att ekosystemens komponenter och processer är sammanlänkade i tid och rum, varför nyttjande och bevarande av biologisk mångfald behöver integreras och planeras så att flera skalnivåer beaktas.³² Under riktlinjerna efterlyses också ökad kunskap om de rums- och tidsskalor som styr ekosystemprocesser och hur olika åtgärder påverkar dessa processer och produktionen av ekosystemtjänster. I samband härmed lyfts särskilt fram att bristande konnektivitet måste identifieras och beaktas.³³

Även under den europeiska landskapskonventionen adresseras behovet av ökad kunskap om landskapets värden. Enligt konventionen definieras landskapsplanering som ”kraftfulla framtidsinriktade åtgärder för att förbättra, återställa eller skapa landskap”.³⁴ Parterna förbinder sig att genomföra en landskapspolitik där landskapens värden och särdrag kartläggs och värderas i aktiv samverkan med berörda parter.³⁵ Även de ”krafter och påtryckningar” som

³⁰ Fri översättning av Aichimål 11, som är ett av 20 delmål i den strategiska planen för biologisk mångfald, COP 10, decision X/2.

³¹ Se COP 5 decision V/6. Av COP 2 decision II/8 p. 1 framgår att ”the ecosystem approach should be the primary framework of action to be taken under the Convention”. Se även Naturvårdverket (2007), s. 10.

³² Se Malawiprincip 7, COP 7 decision VII/11, Annex 1, p. 7.3 och Malawiprincip 10. Genom de 12 Malawiprinciperna konkretiseras ekosystemansatsen, se COP 5 decision V/6 och COP 7 decision VII/11.

³³ Se p. 7.1 i riktlinjerna till Malawiprincip 7, COP 7 decision VII/11, Annex 1.

³⁴ Se art 1 f europeiska landskapskonventionen (ELC), Europarådet, Florens 20 oktober 2000.

³⁵ Art. 5 och 6 ELC.

²⁸ Jfr Riksrevisionen (2018), s. 37.

²⁹ Jfr dock Kiss och Shelton (2004), s. 219, som argumenterar för att en sådan planering närmast förutsätts inom ramen för begreppet ”bevarande”. Om internationella landskapsperspektiv i skogen, se vidare Forsberg (2012), avsnitt 7.5.

omvandlar landskapen ska analyseras och förändringar kontinuerligt noteras.³⁶ Tanken är att parterna ska sätta mål för landskapskvalitet och för att genomföra landskapspolitiken ska instrument inrättas som syftar till att "skydda, förvalta och/eller planera landskapet".³⁷ Som ofta är fallet med internationell rätt så saknas dock kraftfulla genomdrivandemekanismer för att säkerställa att parterna lever upp till sina åtaganden.

Om den internationella rätten kan påstås sakna muskler för att driva igenom internationella åtaganden har EU desto fler. Av EU:s strategi för biologisk mångfald följer att en förutsättning för ett hållbart skogsbruk är att förvaltningen konkretiseras i skogsbruksplaner. Som ett av delmålen under strategin anges därför att skogsbruksplaner eller motsvarande införs senast 2020 för offentligt ägda skogar liksom skogar som ägs av större skogsbolag. I dessa ska åtgärder för att bevara biologisk mångfald integreras. Några konkreta rättsliga krav på landskapsplanering av skogen finns dock inte, men frågan är om en sådan planering indirekt kan sägas förutsättas för att korrekt implementera och tillämpa EU:s naturvårdsdirektiv.

EU:s art- och habitatdirektiv ställer krav på medlemsstaterna att införa ett strikt skyddssystem för vissa listade arter.³⁸ Förutom att arterna inte får dödas eller störas avsiktligt, får heller inte deras fortplantningsområden eller viloplatser skadas eller förstöras.³⁹ I fågeldirektivet

föreskrivs ett liknande skydd för alla vilt levande fåglar.⁴⁰ I Sverige har dessa skyddssystem implementerats genom artskyddsförordningen (AF).⁴¹

Förbuden i artskyddsförordningen och de bakomliggande naturvårdsdirektiven är långtgående och utesluter närmast skogsbruk vid en strikt tillämpning av reglerna. Någon dispens från reglerna får nämligen inte ges för skogsbruk.⁴² Svårigheten att förena pågående markanvändning med artskyddsreglerna har uppmärksammats av kommissionen. För att inte helt utesluta skogsbruk föreslås en pragmatisk tolkning av reglerna. Kommissionen menar att skyddet inte nödvändigtvis omfattar alla livsmiljöer utan bara en tillräcklig mängd. Så länge den *ekologiska funktionaliteten* hos livsmiljön upprätthålls, d.v.s. möjligheten för arten att fortplanta sig och söka skydd och vila i landskapet, så trigger inte förbudet.⁴³ En lösning enligt kommissionen är därför att införa ett *förebyggande system*, med instrument såsom planering och förprovning, så att skogsbruket kan vägledas så att kon-

the land", såsom skogsbruksåtgärder, eftersom sådana åtgärder inte generellt går att jämföra med oavsiktliga avsteg från skyddet. Rättsfallet rörde skyddet av fåglar i art. 5 fågeldirektivet (se not nedan), men har även bäring vid tolkningen av AHD.

⁴⁰ Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/147/EG av den 30 november 2009 om bevarande av vilda fåglar.

⁴¹ Se 4, 5, 7 och 14 §§ artskyddsförordningen (2007:845). I den svenska debatten har röster höjts om att implementeringen innebär en "överimplementering" då ordalydelsen i art. 5 fågeldirektivet bara omfattar "bon och ägg". Av art. 2 och 3 i direktivet följer dock att nödvändiga åtgärder ska vidtas för att bibehålla fågelpopulationerna på en viss nivå, vilket bl.a. kräver skydd av livsmiljöer. Utan funktionella fortplantningsområden är det knappast möjligt att bevara arterna. Se även art. 4.4 fågeldirektivet och MMD i Växjö (2017-10-17) mål nr. 5370-16, där frågan prövades. I praktiken tillämpas reglerna bara i situationer där en åtgärd kan komma att påverka en fågelpopulations gynnsamma bevarandestatus. Av förutsebarhetsskäl skulle denna ordning kunna kodifieras i författningstexten.

⁴² Se 14 § AF och 16 § AHD.

⁴³ EU-kommissionen (2007), s. 40.

³⁶ Se art. 6 C 1.a.ii och iii ELC.

³⁷ Art. 6 d och e ELC.

³⁸ Se särskilt art. 12 och 16 i rådets direktiv 92/43/EEG av den 21 maj om bevarande av livsmiljö samt vilda djur och växter (AHD).

³⁹ Art. 12 AHD. Av praxis från EU-domstolen (EUD) följer att rekvisitet "avsiktligt" snarare betyder "medvetenhet" än ett direkt uppsåt, se t.ex. C-103/00 *kommissionen mot Grekland* och C-221/04 *kommissionen mot konungariket Spanien*. För en mer utförlig behandling av rekvisitet, se Lindahl och Darpö, Vindkraft, fåglar och brister i höjden. Jfr C-412/85 *kommissionen mot Tyskland*, där EUD inte godtog ett generellt undantag för "normal use of

flikter med artskyddet inte uppstår (och frågor om dispens därmed kan undvikas).⁴⁴

Trots en pragmatisk lösning är artskyddet komplext att upprätthålla. Varje art har specifika livsmiljökrav och även en gradvis försämring av livsmiljöns funktionalitet omfattas av förbudet. För att i det enskilda fallet kunna avgöra var tröskeln går, d.v.s. om en avverkning bryter den ekologiska funktionaliteten och därmed är förbjuden eller inte, måste en bedömning göras mot bakgrund av artspecifika förutsättningar.⁴⁵ Detta förutsätter ett fullgott beslutsunderlag om landskapsekologiska förhållanden, vilket närmast förutsätter ett landskapsperspektiv vid förvaltningen av skog.

Men även med en pragmatisk tolkning och ett landskapsperspektiv vid tillämpningen av artskyddsreglerna uppstår mindre önskvärda konsekvenser. Regelverket skapar ett "ad-hoc-system", där först till kvarn först får mala. Så länge det finns en tillräcklig mängd livsmiljö kvar i landskapet efter en avverkning gäller inte förbudet. Med andra ord aktualiseras förbudet först när tröskeln är nådd. För den enskilde markägaren kan systemet upplevas som oförutsebart och orättvist när grannen tidigare har fått avverka men den egna avverkningen förbjuds just på grund av att andra hunnit före. I syste-

met saknas incitament för att spara naturvärden, särskilt om ersättning inte ges för värdeförlusten (se vidare nedan). Även ur naturvårdsbiologiskt perspektiv är systemet otillfredsställande då myndigheterna inte *får* tillämpa reglerna med mindre än att tröskelvärdet överskrids. Det kan resultera i att de områden i ett landskap som på förhand bedöms som mest optimala att bevara är de som avverkas först.⁴⁶

Ovan beskrivna tillkortakommanden med dagens förvaltningsmodell liksom utsikterna att nå och genomdriva miljömål och internationella och EU-rättsliga åtaganden, talar enligt min mening för behovet av landskapsplanering i skogen.

2.3 Landskapsplaneringens funktion

Att planera skogen ur ett landskapsperspektiv kan fylla flera funktioner. En kan vara att samla berörda aktörer i ett landskapsavsnitt för att diskutera hur landskapet mer optimalt kan förvaltas för att tillgodose såväl allmänna som enskilda intressen.⁴⁷ Genom dialogprocess och samverkan kring landskapets värden kan förutsebarhet och legitimitet skapas för naturvårdsåtgärder.⁴⁸ Med

⁴⁴ EU-kommissionen (2007), s. 47. I sammanhanget ska dock poängteras att dessa verktyg måste åtföljas av ett rättsligt ramverk med tvingande materiella regler som motsvarar det strikta skyddet och som säkerställer att ansvariga myndigheter ingriper effektivt om överträdelser sker. Det måste m.a.o. finnas effektiva genomdrivande regler för att kraven i direktivet ska anses implementerade, se a.a., s. 35. Enligt EU-domstolen innebär ett strikt skyddssystem även "ett krav på att sammanhängande och samordnade åtgärder av förebyggande karaktär vidtas", mål C-183/05 *kommissionen mot Irland* p.30. Se även C-6/04 *kommissionen mot Förenade Konungariket Storbritannien och Nordirland*, p. 21.

⁴⁵ EU-kommissionen (2007), s. 40 och 45. Bedömningen görs normalt av Skogsstyrelsen (SKS), i samråd med länsstyrelsen, inom ramen för ett s.k. 12:6-samråd enligt miljöbalken, se Naturvårdsverket/SKS (2016).

⁴⁶ I sammanhanget bör nämnas att myndigheten inte alltid har utrymme att istället tillämpa reglerna om områdesskydd i 7 kap. MB. Det kan exempelvis saknas naturvårdsanslag eller så ligger inte bildandet av ett formellt områdesskydd i linje med den nationella strategin för formellt skydd av skog, se Naturvårdsverket/SKS (2005). Situationen kan illustreras med fallen om lavskrika i Hälsingland, där ett antal markägaren förbjöds att avverka med hänvisning till artskyddsreglerna, se MMD Östersund (2017-10-06) M 1853-16, M 1854-16, M 1855-16, M 1859-16 och M 2210-16 och MÖD M 10009-17.

⁴⁷ Jämför i sammanhanget berörda aktörers rätt att delta i miljöprocesser enligt den s.k. Århus-konventionen, konventionen om tillgång till information, allmänhetens deltagande i beslutsprocesser och tillgång till rättslig prövning, SÖ 2005:28.

⁴⁸ I samband med Riksrevisionens granskning av statens insatser för att skydda värdefull skog uttalades att "[o]m myndigheterna i första hand arbetar med ärenden initierade genom avverkningsanmälningar riskerar motståndet bli större hos markägarna än om myndig-

fler röster från flera aktörer kan kunskapsunderlag breddas och fördjupas. Andra syften med en landskapsplan är att fungera som just *kunskapsbärare* men också som *styrinstrument*.

Som *kunskapsbärare* kan landskapsplanen fylla en viktig roll som beslutsunderlag. Redan idag finns åtskillig kunskap om naturvärden i landskapet,⁴⁹ dels offentligt tillgängligt på t.ex. Artportalen (artförekomst) och hos SKS (t.ex. förekomst av strukturer såsom nyckelbiotoper), dels hos markägarna själva. Vissa större markägare har valt att själva planera naturvårdsinsatser och uttag av biomassa ur ett landskapsperspektiv,⁵⁰ men dessa uppgifter är mer sällan tillgängliga för berörda myndigheter. Ur ett myndighetsperspektiv saknas kunskapsunderlag för att med beaktande av landskapsekologiska samband kunna fatta beslut i både enskilda fall vid t.ex. avverkningsanmälningar, men även vid mer strategiskt beslutsfattande om vilka ytor som ur ett landskapsperspektiv behöver avsättas genom t.ex. formellt områdesskydd i syfte att skapa en grön infrastruktur.⁵¹

Genom landskapsplanering kan tydliggöras vilka lokaler i landskapet som är viktiga att bevara för att nå mål om biologisk mångfald.⁵² Ti-

digare och ny data kan bearbetas och samlas mer systematiskt. Vilka ytor behöver avsättas helt för att skydda arter och livsmiljöer? Vilka ytor behöver restaureras för att skapa kontinuitet och spridningsvägar? Vilka ytor bör brukas med mer anpassad skötsel? Vilka ytor lämpar sig för ren virkesproduktion där kanske inte bara lätnader i miljöhänsynen kan ges utan även utrymme för mer intensiva skogsbruksmetoder?

Förutom som kunskapsunderlag kan planeringen även fungera som ett *styrinstrument*. Med stöd av landskapsplanen kan åtgärder i strid med planen, t.ex. avverkningar, styras undan och restaurerande åtgärder tillstyras områden.⁵³ Ett centralt syfte med landskapsplanen är således att styra mot både miljö- och produktionsmål genom att dels anvisa var i landskapet naturvärden behöver bevaras och restaureras och dels identifiera ytor lämpliga för ett mer intensivt skogsbruk. Med en sådan förebyggande förvaltningsmodell kan även EU-rättens krav på ekologiskt funktionella nätverk tillgodoses samtidigt som ett mer förutsebart system skapas där den ovan beskrivna "först till kvarn-situationen" kan undvikas.

2.4 Konsekvenser

En ny modell för förvaltning av skog ur ett landskapsperspektiv, där naturvårdsinsatser optimeras till där de gör mest nytta, skulle vara ett avsteg från dagens modell där alla som utgångspunkt förväntas ta lika mycket hänsyn.⁵⁴ De direkta och indirekta konsekvenserna förknippade med en sådan modell behöver naturligen

heterna arbetar förebyggande genom att kommunicera strategiskt viktiga områdens höga naturvärden innan markägarna planerar för avverkning", Riksrevisionen (2018), s. 34.

⁴⁹ Angelstam m.fl. (2010), s. 8.

⁵⁰ Sveaskog är ett exempel på en större markägare som arbetar med ekologiska landskapsplaner.

⁵¹ Se Naturvårdsverket (2018 a), s. 246 om behovet av fördjupad kunskap om arters återetablering i landskapet liksom Sandström m.fl. (2015), s. 31, om att "[k]unskapen om rödlistade arters förekomst, ekologi och spridningsförmåga behöver få genomslag i artbevarandearbetet från landskapsnivå ned till åtgärder i det enskilda beståndet." Se även Skogsstyrelsen (2009), där SKS lyfter fram att det är ett generellt dilemma vid arbetet med biologisk mångfald att hänsyn inte tas till landskapsekologiska samband.

⁵² Se i sammanhanget Riksrevisionen (2018 a), s. 34, som trycker på behovet av tillräcklig och uppdaterad kunskap för att myndigheterna ska kunna arbeta mer strategiskt

med skydd av värdefulla skogar och därmed minska ärenden som "initieras genom akuta hot".

⁵³ Jfr preciseringarna av miljö kvalitetsmålet "Levande skogar" om behovet av att återställa livsmiljöer i värdefulla skogar och av att skapa en grön infrastruktur där arter har möjlighet att sprida sig, Ds 2012:23 s. 87 ff.

⁵⁴ Här avses den generella hänsynen enligt 30 § SVL och inte de anpassningar som måste göras i förhållande till artskyddsreglerna.

utvärderas i ett större sammanhang än bara ur rättsvetenskaplig synvinkel.⁵⁵ I praktiken behöver dock en landskapsmodell inte nödvändigtvis innebära några större avsteg för markägarna i förhållande till den hänsyn som visas idag. Bara genom att samordna och mer optimalt lokalisera markägarnas befintliga naturvårdsinsatser ur ett landskapsperspektiv, kan ökade vinster för naturvärden förmodas. I en sådan modell kan även ytor utan direkt värde ur naturvårdssynpunkt identifieras och frigöras för mer intensiv virkesproduktion.⁵⁶

Mot bakgrund av att det idag finns en utdöendeskuld med brist på värdefulla livsmiljöer kan dock förutses att modellen, där en ekologisk landskapsplan ligger som bas, initialt resulterar i ett behov av ökade naturvårdsinsatser där vissa markägare behöver ta mer miljöhänsyn än idag.⁵⁷ Det kan t.ex. röra sig om mer naturvårdsanpassade brukningsmetoder eller att överhålla skog för att driva upp virkesåldern i landskapet.⁵⁸

Hur processen med att ta fram en landskapsplan kan utformas utvecklas inte närmare här, men sannolikt finns inte bara *en* statisk lösning

på hur ett landskap mer optimalt kan förvaltas ur miljö- och produktionssynpunkt. Utrymme för flexibilitet kan tänkas finnas där gehör kan ges åt markägares behov, och hänsyn tas till deras intresse av att medverka till en grön infrastruktur. Incitament för ett sådant deltagande lär påverkas av markägarens möjlighet till ekonomisk kompensation. Här kan man t.ex. tänka sig en mer självfinansierad fonderingslösning där kostnadsansvaret för att bevara biologisk mångfald fördelas mellan markägarna.⁵⁹

Hur en landskapsplanering kan designas och genomföras påverkas även av äganderättens reglering och markägarens rätt till ersättning. Innan de rättsliga strukturerna för och de äganderättsliga konsekvenserna av landskapsplanering vid förvaltning av skog diskuteras, kommer därför avstamp att tas i gällande rätt om rättigheter och skyldigheter vid ägande av skog.

3. Rättigheter och skyldigheter vid ägande av skog

Att äga skog är förknippat med såväl rättigheter som skyldigheter. Rätten till sin egendom kommer till uttryck i regeringsformen (RF), Europakonventionen om mänskliga fri- och rättigheter (EKMR) och i EU-stadgan.⁶⁰ I det följande kommer fokus att ligga vid regeringsformens egendomsskydd som i sammanhanget ger ett relativt starkt skydd.⁶¹

Till skillnad mot flera andra rättigheter där politisk enighet lättare nås, är äganderätten

⁵⁵ I projektet "Landscape Planning for Biodiversity and Diverse Forestry", där denna artikel ingår, kommer kostnadsberäkningar att göras på de förslag till ekologisk landskapsplanering som tas fram i projektet.

⁵⁶ Se behovet av att identifiera dessa ytor i särskild ordning, Michanek och Pettersson (2010), s. 41 f. Att identifiera ytor med lägre naturvärden kräver ett långsiktigt perspektiv. Ytor som idag saknar sådana värden kan på sikt utgöra viktiga pusselbitar för att skapa ekologiskt funktionella nätverk.

⁵⁷ Här kan t.ex. jämföras med den senaste uppföljningen av EU:s art- och habitatdirektiv som anger att 15 av 16 listade skogstyper har dålig eller otillräcklig bevarandestatus, vilket även gäller för 20 av de 32 listade skoglevande arterna, se Naturvårdsverket (2018 a), s. 245. För att kunna nå såväl internationella som nationella mål och åtaganden liksom ett ekologiskt hållbart skogsbruk behöver ekologiska parametrar forma basen för resursuttaget.

⁵⁸ Om aspekter av att öka virkesåldern i landskapet, se Forsberg och Larsson (2015), s. 41 ff. Se även prop. 1992/93:226 s. 82 som adresserar behovet av att höja virkesåldern.

⁵⁹ Inom projektet "Landscape Planning for Biodiversity and Diverse Forestry" kommer strukturerna för ett sådant fondsystem att studeras närmare. Se även kort om kompletterande styrmedel nedan.

⁶⁰ Se närmare 2:15 RF (1974:152), art. 1 tilläggsprotokoll 1 EKMR respektive art. 17 EU-stadgan.

⁶¹ Egendomsskyddet i EKMR är förhållandevis svagt formulerad där parterna till konventionen har ett brett utrymme att formulera undantag från skyddet i syfte att skydda motstående intressen såsom miljö och hälsa, se vidare Cameron (2018), s. 148 f. Se även Kobylarz (2018).

stundtals kraftigt omdebatterad där enskilda och allmänna intressen många gånger står mot varandra.⁶² Äganderätten ger ett skydd mot att det allmänna exproprierar fastigheter eller inskränker möjligheten att använda marken, om inte sådana ingrepp behövs för att tillgodose angelägna allmänna intressen.⁶³ Att genomföra statens miljöskydds- och naturvårdspolitik anses vara ett sådant angeläget allmänt intresse.⁶⁴

Ur naturvårdssynpunkt kan äganderätten sägas vara en fördelningsregel mellan det allmänna och den enskilde markägaren vad gäller kostnadsansvaret för att bevara biologisk mångfald.⁶⁵ I vissa situationer kan markägaren helt tvingas avstå sin egendom för att bevara värdefulla naturområden.⁶⁶ I dessa fall har markägaren rätt till ersättning.⁶⁷ I andra fall kan inskränkningar i rätten att använda marken vara tillräcklig för att skydda naturvärdena, s.k. rådighetsinskränkningar. För dessa fall gäller att markägaren har rätt till ersättning om "*pågående markanvändning inom berörd del av fastigheten avsevärt försvåras*".⁶⁸ Motsatsvis har markägaren själv ett ekonomiskt ansvar för den naturvårdshänsyn som ryms under intrångstaket.

Av ovan framgår att markägaren i viss utsträckning har ersättningsrätt när ingrepp sker i "rätten" att bruka sin mark. En fråga som inffinner sig är om den rätten, som utgångspunkt,

är oinskränkt eller om det även finns grundläggande skyldigheter kopplade till hur, och i vilken omfattning, marken får brukas och som inte grundar rätt till ersättning.

En första åtskillnad mellan rådighetsinskränkningar som är ersättningsgilla och de som inte är det framgår direkt av lagtexten. Av 2 kap. 15 § 3 st. RF framgår att inskränkningar som meddelas av "*hälsoskydds-, miljöskydds- eller säkerhetsskäl*" inte omfattas av den grundlagsskyddade rätten till ersättning.⁶⁹ Att ersätta markägaren för att inte förorena sin omgivning skulle strida mot den internationellt erkända principen om att förorenaren betalar. Inskränkningar av *naturvårdsskäl* däremot faller under huvudregeln i 2 st. och är ersättningsgrundande. Det är uppenbart att det finns en gräskala mellan de två typerna av rådighetsinskränkningar, särskilt vad gäller skillnaden mellan miljöskydds- och naturvårdsskäl.⁷⁰ Är det av naturvårdsskäl som kantzoner mot vatten bör lämnas eller av miljöskyddsskäl för att undvika omgivningspåverkan nedströms till följd av näringsläckage? I takt med ökad kunskap om betydelsen av biologisk mångfald för resilienta ekosystem och klimatreglering minskar skillnaderna liksom motiven bakom att särskilja hälsoskydds- miljöskydds- och säkerhetsskäl från skäl att bevara naturen.⁷¹

En andra begränsning i rätten till ersättning ligger i rekvisitet "*pågående*" markanvänd-

⁶² Bull och Sterzel (2015), s. 83 och Cameron (2018), s. 148 f.

⁶³ 2:15 1 st. RF. Här kan noteras att det i motsvarande bestämmelser i EKMR och EU-stadgan inte ställs krav på att det allmänna intresset måste vara *angeläget*.

⁶⁴ Se Holmberg m.fl. (2016).

⁶⁵ När det här och i det följande hänvisas till "markägaren" används det synonymt med fastighetsägaren och den som har nyttjanderätt till fastigheten.

⁶⁶ 2:15 1 st. RF. Detta kan ske som en konsekvens av att områdesskydd bildas. Om t.ex. naturreservatsföreskrifter blir så långtgående att synnerlig olägenhet uppstår vid pågående markanvändning har markägaren rätt att få sin fastighet inlöst, se 7:5, 7:6 MB, 31:4 och 31:8 MB.

⁶⁷ 2:15 2 st. RF.

⁶⁸ 2:15 2 st. RF.

⁶⁹ Om en sådan ersättning ändå anses påkallad kan riksdagen ange grunderna för detta i vanlig lag.

⁷⁰ Se t.ex. Bengtsson (2018), s. 110 f. och Michanek (1995), s. 155–184, som lyfter fram att det saknas vattentäta skott mellan de två typerna. Jfr MÖD 2017:7 där domstolen synes likställa AF med inskränkningar av miljöskyddsskäl och inte naturvårdsskäl, vilket jag menar i grunden är felaktigt och urholkar markägarens grundlagsskyddade rätt till ersättning. En skillnad som brukar anföras mellan de två typerna är att miljöskyddsregler syftar till att skydda *omgivningen* mot skadlig påverkan medan naturvårdsregler syftar till att skydda värden *inom* ett område, se vidare Forsberg (2012), avsnitt 4.5.6.2.

⁷¹ Se Michanek (2016), s. 397, som menar att distinktionen är föråldrad och heller inte internationellt allmängiltig.

ning. Av ordalydelsen följer motsatsvis att *ändrad* markanvändning inte är ersättningsgill.⁷² Inte heller är markägaren berättigad ersättning vid ingripanden mot *olaglig* markanvändning.⁷³ Vid första påseendet synes detta vara en naturlig utgångspunkt, men sambanden mellan artskyddsförordningen och äganderätten gör bilden mer komplex, något som jag återkommer till nedan. Vad som i övrigt kan utläsas av rekvisitet är inte helt givet då begreppet har getts ett flexibelt innehåll. Av förarbetena framgår att den närmare betydelsen kan komma att ändras i takt med utvecklingen av nya driftsmetoder och samhällsutvecklingen i stort. Vad som utgör en naturlig rationalisering av markanvändningen måste bedömas:

”från fall till fall och med utgångspunkt i vad som vid varje tidpunkt framstår som en naturlig fortsättning av den pågående markanvändningen. Härvid är att beakta bl.a. samhällets syn på lämpliga bruks- och rationaliseringsmetoder sådan denna kommer till uttryck i bl.a. den jord- och skogsbrukspolitiska lagstiftningen eller på annat sätt.”⁷⁴

Så, hur kommer samhällets syn på lämpliga bruksmetoder till uttryck idag? Som en första notering kan nämnas de förväntningar som ställdes på skogsbruket redan i samband med avregleringen 1993 när miljömålet stärktes och jämfördes med produktionsmålet. Miljömålet skulle nås genom ökade reservatsavsättningar

och en skärpt tillämpning av naturvårdshänsynen.⁷⁵ Som ett led i det senare behövde skogssektorns ansvar för naturmiljövården utvecklas och stärkas liksom formerna för skogsbruket ses över.⁷⁶ Enligt förarbetena borde artbevarande ses som en angelägenhet för skogsbruket och inte som en separat naturvårdsfråga. I sammanhanget erinrades om 1991 års miljöpolitiska beslut enligt vilket förvaltande av naturen och den biologiska mångfalden skulle ses som ett naturligt inslag i verksamheten och som i princip inte skulle förutsätta statliga medel.⁷⁷ Som en motprestation till de lättnader som avregleringen stod för, bl.a. minskade skatter och slopade avgifter, ansågs att skogsbruket i stort skulle vara självfinansierat, såvida inte omfattande intrång av naturvårdsskäl var påkallat.⁷⁸

När miljöbalken senare infördes hänvisades till riksdagens tidigare uttalanden om att ”ansvaret för att bevara biologisk mångfald inte får bli en fråga om statens ekonomiska resurser i form av inlösen och intrångsersättning”, varför det parallellt med principen om att förorenaren betalar borde införas en princip enligt vilken ”förvaltande av naturen och den biologiska mångfalden utgör ett naturligt inslag i verksamheter utan att statliga bidrag erhålles härför”.⁷⁹ Här kan skönjas ett uttryck för tanken att det finns vissa grundläggande skyldigheter i samband med naturresursuttag som inte är ersättningsberättigade. Även om en uttrycklig ”user pays principle” inte infördes i miljöbalken antogs långtgående

⁷² Se t.ex. de aktuella ärendena om huruvida avverking av fjällnära skog, som tidigare aldrig avverkats, ska betraktas som pågående eller ändrad markanvändning, SKS (2018-04-24), Frågor och svar – markanvändning fjällnära skog. Se även Kammarkollegiets svaromål (2017-03-17) dnr 5.2-9433-16 i MD M 2866-16 och MÖD M 7903-15.

⁷³ Prop. 1997/98:45 del 1 s.551 och Lagrådets yttrande, prop. 1997/98:45 del 2 s.514.

⁷⁴ Prop. 1972:111 bil. 2 s.334.

⁷⁵ Prop. 1992/93:226 s. 82.

⁷⁶ Det antogs vara en självklarhet att skogsbruket som varje annan sektor i samhället tar sitt ansvar för miljön, prop. 1992/93: 226 s. 40 f. Se även 1991-års miljöpolitiska beslut där den generella principen om sektorsansvaret för naturmiljön lades fast.

⁷⁷ Prop. 1992/93:226 s. 44.

⁷⁸ Prop. 1992/93:226 s. 38 ff.

⁷⁹ Prop. 1997/98:45 del 1 s.549 f. och JoU 1990/91:30 s. 255 f. Jfr prop. 1992/93:226, s. 43 f. Se vidare Forsberg (2012), s. 134.

hänsynsregler som gäller för alla verksamheter, inklusive skogsbruket.⁸⁰ Exempelvis ska de begränsningar iakttas och de försiktighetsmått vidtas som behövs för att förebygga, hindra eller motverka skada eller olägenhet för miljön.⁸¹ Här omfattas t.ex. utarmningen av värdefulla naturmiljöer och misshushållning med naturresurser.⁸² De krav som följer av de allmänna hänsynsreglerna i 2 kap. MB är inte ersättningsberättigade och gäller i den utsträckning det inte kan anses orimligt.⁸³

I fråga om den hänsyn som ska visas biologisk mångfald har Mark- och miljööverdomstolen (MÖD) uttalat att artskyddsförordningen ska ses som en precisering av kraven i 2 kap. MB.⁸⁴ Inte heller artskyddsförordningen är kopplad till ersättningsrätt. Till skillnad mot 2 kap. MB finns dock inte någon borte gräns för hur långtgående hänsyn som kan krävas i skogsbruket med stöd av artskyddsförordningen. I praktiken har det visat sig att kraven stundtals har blivit mycket omfattande.

Räckvidden av artskyddsförordningen har nyligen uppmärksammats i flera domar om skydd av såväl nationellt som EU-rättsligt skyddade arter.⁸⁵ I den s.k. bombmurkledomen ifrågasattes om artskyddsförordningens omfattande förbud, utan kopplad ersättningsrätt, är

förenlig med regeringsformens rätt till ersättning och EKMR:s krav på proportionalitet vid ingripanden från det allmänna.⁸⁶ MÖD fann att så inte var fallet. I målet skulle den aktuella slutavverkningen komma att påverka bombmurklans gynnsamma bevarandestatus, något som artskyddsförordningen förbjöd.⁸⁷ Trots avsaknad av författningsstöd fann MÖD att en proportionalitetsavvägning måste göras inom ramen för dispensförfarandet. Om förbudet medför att pågående markanvändning avsevärt försvåras, ska dispens (i strid med ordalydelsen) ges och åtgärden bedömas som tillåten.⁸⁸ Detta resonemang plockades emellertid inte upp av mark- och miljödomstolen i Växjö senare samma år i ett ärende om den EU-rättsligt skyddade tjädern.⁸⁹ Tvärtom menade MMD att det inte finns anledning att i strid med AF:s ordalydelse tillåta en avverkning med hänvisning till proportionalitetsresonemang eftersom markägaren, vid nekad dispens, är oförhindrad att väcka talan om ersättning mot staten.⁹⁰

Något som inte berörs i domarna är dock vad som inryms i begreppet "pågående mark-

⁸⁰ Se 2 kap. MB och prop. 1997/98:45 del 1 s. 549 ff.

⁸¹ Se 2:3 MB.

⁸² Se prop. 1997/98:45 del 2 s. 15, Bengtsson m.fl. (2018), kommentar till 2:3 MB och Michanek och Zetterberg (2017), s. 114. Här får 1:1 MB betydelse som tolkningsdata för hur miljöbalken ska tolkas och tillämpas, se t.ex. MÖD 2006:53. Enligt 1:1 2 st. p. 3 ska miljöbalken bl.a. tillämpas så att den biologiska mångfalden bevaras.

⁸³ Se 2:7 MB. Även enligt skogsvårdslagen finns krav på markanvändningen som inte ligger till grund för ersättningsberäkningar, såsom förbuden mot hyggesplöjning och avverkning på skogliga impediment större än 0,1 ha, se 6 a § och 13 a § SVL.

⁸⁴ MÖD 2013:13.

⁸⁵ Med EU-rättsligt skyddade arter menar jag här de arter som skyddas i AF till följd av implementeringen av EU:s två naturvårdsdirektiv.

⁸⁶ MÖD 2017:7.

⁸⁷ Bombmurklan tillhör de nationellt fridlysta arterna och är skyddad genom 8 § AF. Med andra ord härstammar skyddet inte från EU-rätten.

⁸⁸ MÖD menade, med hänvisning till 2:15 RF och EKMR, att lagstiftaren inte kan ha avsett att AF ska ges en mer långtgående tillämpning utan kopplad ersättningsrätt, se MÖD 2017:7. Genom manövern förefaller MÖD sänka AF:s kravnivå till den hänsyn som kan krävas enligt 30 § SVL, vilken uttryckligen inte får vara så långtgående att pågående markanvändning avsevärt försvåras. Att utsträcka en sådan tillämpning av artskyddsförbuden till att även gälla EU-rättsligt skyddade arter, vilket MMD i Östersund synes hävda i fallen med lavskrika, MMD Östersund (2017-10-06) M 1853-16, M 1854-16, M 1855-16, M 1859-16 och M 2210-16, vore i strid med EU-rätten.

⁸⁹ Mark- och miljödomstolen i Växjö (2017-10-17) M 5370-16. Fallet rörde påverkan av tjäder till följd av slutavverkning.

⁹⁰ Om utrymmet att grunda ersättningstalan analogt eller direkt med stöd av 2:15 RF, se Bengtsson (2018).

användning". I linje med förarbetsuttalandena ovan, om att ett avsevärt försvårande av pågående markanvändning aldrig kan bli aktuellt "så länge det allmännas beslut enbart går ut på att fastighetsägaren skall följa en hänsynsregel",⁹¹ finns det en logik bakom att artskyddsreglerna inte är kopplade till ersättningsrätt, eftersom markanvändning i strid mot dessa är olaglig.⁹² Att frågan inte berörs av MÖD kan tyckas bristfälligt, inte minst då domstolen tidigare uttalat att artskyddsförordningen ska ses som en precisering av de icke ersättningsberättigade hänsynsreglerna i 2 kap. MB.⁹³

En aspekt som emellertid berörs av MÖD är att de två naturvårdsbenen – områdesskydd och artskydd – idag haltar.⁹⁴ Utgångspunkten är att dessa två instrument ska komplettera varandra. Det är varken lämpligt eller möjligt att inrätta alla områden med höga naturvärden som formellt skyddade områden, samtidigt som hänsyn även behöver tas till skyddsvärda arter utanför dessa områden. Att naturreservatsbildning och artskydd i praktiken kan komma att etablera ett liknande skydd för arterna men att bara det förstnämnda naturvårdsinstrumentet genererar rätt till ersättning är dock inte en rimlig eller rättssäker ordning. Enligt MÖD är detta ett argument för att AF inte kan ges en sådan långtgående innebörd som ordalydelsen anger (med mindre än att ersättningsrätt kopplas till bestämmelserna),⁹⁵ men det bör också kunna tas

till intäkt för det omvända – att det vid ersättningsberäkningar i samband med reservatsbildningar bör avräknas den hänsyn som motsvarar den lagstadgade miniminivån.⁹⁶

Var gränsen för ersättningsrätten går idag är inte tydligt, vilket det ökande antalet ärenden som når domstolarna visar.⁹⁷ Utifrån tillgängliga rättskällor kan argumenteras både för att artskyddshänsyn bör generera rätt till ersättning eller det motsatta – att artskyddet anger lägsta nivån för laglig markanvändning och därför inte är ersättningsgrundande. Om äganderätten ges ett starkare innehåll, där även följsamhet mot artskyddsreglerna ersätts, är det rimligt att anta att den ökade belastningen av allmänna medel för naturvård riskerar att försämra förutsättningarna att nå miljömålen, inte minst då ersättning utgår till 125 % av virkesvärdet.⁹⁸ Här kommer ställning inte att tas till vilken tolkning som bör vinna företräde, men det börjar bli läge för lagstiftaren att göra så – att förtydliga ansvarsfördelningen mellan det allmänna och skogssektorn vad gäller kostnaden för att bevara biologisk mångfald.⁹⁹ Den aviserade översynen av regelverket är därför välkommen.¹⁰⁰ Oaktat var man landar i den frågan finns det anledning att

naturvårdsanslag och den formella strategin för skydd av skog, och genomförandet av ett effektivt artskydd är något oklart.

⁹⁶ Denna sida av myntet berörs dock inte av MÖD. Jfr i sammanhanget Riksrevisionen (2018), s. 37, där det framgår att det ur ett kostnadseffektivitetsperspektiv "även är viktigt att säkerställa att intrångsersättning inte utgår för områden som skulle ha skyddats i alla fall, exempelvis genom frivilliga avsättningar."

⁹⁷ Se t.ex. tidigare nämnda rättsfall om bombmurkla, lavskrika och tjäder.

⁹⁸ För en rättspolitisk diskussion i frågan, se Michanek (2016), s. 396 f. och Bengtsson (2018), s. 113 ff. I sammanhanget kan ifrågasättas hur 125 %-regeln står sig i förhållande till EU:s statsstödsregler.

⁹⁹ För samma slutsats, se Riksrevisionen (2018), s. 6.

¹⁰⁰ <https://www.regeringen.se/pressmeddelanden/2018/05/regeringen-ser-over-artskyddet/> (2018-07-24). Det är dock inte första gången en sådan översyn utlovas.

⁹¹ Prop. 1997/98: 45 del 1 s. 551.

⁹² Jfr 29:2 b § MB och Forsberg (2012), s. 138 ff.

⁹³ Se MÖD 2013:13.

⁹⁴ Områdesskydden, t.ex. naturreservat och biotopskyddsområden, regleras genom 7 kap. MB och artskyddet främst genom 8 kap. MB och SVL (för skogsbrukets del) men även genom jaktlagstiftningen. Under EU:s naturvårdsdirektiv kommer åtskillnaden mellan dessa naturvårdsinstrument till uttryck genom å ena sidan Natura 2000-regleringen och å andra sidan den strikta artskyddsregimen.

⁹⁵ MÖD 2017:7. Hur MÖD ser på förhållandet mellan bildande av områdesskydd, som idag styrs av begränsade

se över hur naturvårdsinsatser mer optimalt kan fördelas över landskapet liksom med vilka styrmedel detta bör ske.¹⁰¹

4. Landskapsplanering, genomförandet och rätten till ersättning

4.1 Mål och perspektiv

Som framgått ovan är landskapsplaneringens huvudsakliga funktion att tillse att en tillräcklig mängd livsmiljö av god kvalitet finns fördelad i skogslandskapet på ett sådant sätt att ekologiskt funktionella nätverk skapas och internationella och nationella mål och åtaganden nås.¹⁰² Med landskapsplanering kan även ytor för andra intressen än naturvård identifieras, såsom utrymme för att bedriva ett mer intensivt skogsbruk. För att planeringen ska kunna få en mer praktisk funktion behövs verktyg för att genomföra och, särskilt mot bakgrund av EU-rätten, genomdriva den.

Hur ett system för landskapsplanering vid förvaltning av skog lämpligen skulle kunna designas för att nå uppsatta mål påverkas givetvis av en rad faktorer. Tillgänglig kunskap om ekologiska och produktionsmässiga förhållanden, administrativa liksom företags- och privatekonomiska kostnader, legitimitetsaspekter, antagandeprocessens längd och omfattning är bara några exempel. En faktor som kommer att vara styrande för systemets effektivitet och genomförbarhet är planens rättsliga status. Vilken rättslig status planen ges påverkar om och när en eventuell rätt till ersättning för markägaren triggas. Fokus för denna artikel ligger främst vid denna aspekt – hur implementeringen av en landskapsansats påverkar markägarens rätt till ersättning, eller motsatsvis hur dagens reglering av ersättnings-

rätten påverkar utformningen av en landskapsansats vid förvaltning av skog.¹⁰³

I det följande kommer diskussionen att baseras på några tänkbara scenarier över hur en landskapsplanering skulle kunna utformas. Med hänsyn till formatet kommer dock endast en grov skiss att kunna tecknas.¹⁰⁴ Innan de olika scenarierna diskuteras ska några gemensamma utgångspunkter beröras.

4.2 Några gemensamma utgångspunkter

I EU-kommissionens vägledning om artskydd under art- och habitatdirektivet adresseras några gemensamma utgångspunkter för sådana åtgärder, t.ex. planeringsinstrument, som syftar till att vägleda skogsbruket så att konflikter med artskyddsförbud kan föregripas.¹⁰⁵ Enligt kommissionen bör dessa åtgärder kunna skapa flexibilitet i det att skyddet inte behöver avse alla individer, men åtgärderna ska samtidigt *säkerställa* att full hänsyn tas till den berörda artens/populationens skyddsbehov. Åtgärderna behöver därtill åtföljas av "ett rättsligt ramverk för strikt skydd som säkerställer tillräckliga ingrepp från den reglerande myndigheten om åtgärderna inte tillämpas".¹⁰⁶ Motsatsvis kan åtgärderna ge enskilda skydd mot t.ex. åtal för artskyddsbrott om den förebyggande åtgärdsmodellen tillämpas.

En annan gemensam utgångspunkt vid förvaltning av naturresurser är att naturen är i ständig förändring. Ett system som syftar till att förvalta naturens resurser måste kunna hantera

¹⁰¹ Jfr EU:s strategi för biologisk mångfald i EU fram till 2020, KOM(2011)244, s. 9 f.

¹⁰² Jfr t.ex. preciseringarna av miljökvalitetsmålet "Levande skogar", Ds 2012:23 s. 87 ff. och art. 1 e och i AHD om gynnsam bevarandestatus för livsmiljöer och arter.

¹⁰³ En aspekt som inte utvecklas närmare här är hur ett rättsligt system med landskapsplanering kan docka mot frivilliga certifieringssystem. Noteras kan dock att certifiering enbart kan komplettera men aldrig ersätta rättslig implementering av EU:s artskyddsregler, se EU-kommissionen (2007), s. 31.

¹⁰⁴ Relevanta frågeställningarna kommer att utvecklas vidare inom ramen för projektet "Landscape Planning for Biodiversity and Diverse Forestry", se not 13.

¹⁰⁵ Se EU-kommissionen (2007), s. 32.

¹⁰⁶ EU-kommissionen (2007), s. 32.

dessa förändringar.¹⁰⁷ En angränsande aspekt är att det sannolikt aldrig kommer att finnas tillräcklig kunskap om landskapets värden eller hur dessa påverkas av olika störningar. För att skapa utrymme för ett mer dynamiskt och adaptivt förvaltningssystem, bör planerna uppdateras och omprövas efter en viss tidsperiod.¹⁰⁸ I ett sådant system behöver dock även intresset av att skapa förutsebarhet och trygghet i systemet för enskilda markägare vägas in, liksom hänsyn tas till att det skogliga ekosystemet definieras av långa omloppstider.

Behovet av att väga in olika tidsdimensioner vid förvaltningen av skog uppmärksammades redan vid avregleringen 1994. I förarbetena framhölls att det i vissa fall kan vara tillräckligt att överhålla avverkningsmogen skog en viss tid i syfte att driva upp andelen gammal skog i landskapet.¹⁰⁹ I dylika situationer föreslogs att tidsbegränsade skydd, t.ex. civilrättsliga avtal mellan markägaren och staten, tillämpas istället för mer kostsamma och statiska naturreservat. I förarbetena bedömdes en sådan lösning kunna ske utan några kostnader för staten då detta, vad gällde de större markägarna, borde kunna åstadkommas inom ramen för frivilliga insatser.¹¹⁰

En slutsats som kan dras av ovan är att en förebyggande landskapsmodell inte uteslutan- de kan bygga på frivilliga insatser utan behöver docka mot det rättsliga systemet. Det är emellertid inte givet att en landskapsplan måste ges

en direkt bindande verkan mot enskilda för att korrekt hantera det EU-rättsliga artskyddet inom ramen för modellen.¹¹¹ Ett planverktyg kan rikta sig till olika adressater, t.ex. bara mot berörda myndigheter eller direkt mot enskilda, och den rättsliga statusen kan variera. Här kan jämföras med den kommunala översiktsplanen som är obligatorisk, riktar sig mot myndigheter och kommun men saknar rättsligt bindande verkan.¹¹² Eftersom översiktsplanen saknar rättsverkan mot enskilda har dessa inte rätt att överklaga planen (utom genom kommunalbesvär) och har heller inte rätt till ersättning till följd av planens innehåll.¹¹³ I det följande kommer för- och nackdelar med olika modeller för genomförandet av landskapsplanering i skogen att belysas, särskilt med koppling till markägarens rätt till ersättning.

4.3. Enskiktad landskapsplanering

Med "enskiktad" landskapsplanering menas här att det bara finns en nivå av planering utan underliggande planer på lägre skalnivå kopplade till landskapsplanen. Här kan jämföras med de exempel på landskapsansatser som redan finns i den svenska naturvårdsförvaltningen. Länsstyrelsernas arbete med att ta fram regionala handlingsplaner är kanske det främsta exemplet.¹¹⁴

¹¹¹ Med bindande verkan menas här att den enskildes rättsställning direkt påverkas av planen, såsom möjligheten att bruka sin fastighet. Att något är rättsligt bindande medför i regel någon form av sanktion vid överträdelser, se Bull och Sterzel (2015), s. 181 f.

¹¹² Se 3:1–3 §§ plan- och bygglagen (2010:900) och Michanek och Zetterberg (2017), s. 492. Här kan också jämföras med hushållningsbestämmelserna i 3 kap. MB som riktar sig till och är bindande för myndigheter men inte enskilda. Med detta inte sagt att reglerna inte kan ha en indirekt verkan mot enskilda.

¹¹³ Se Michanek och Zetterberg (2017), s. 492.

¹¹⁴ Information om arbetet finns bl.a. på Naturvårdsverkets hemsida:
<http://www.naturvardsverket.se/Miljoarbete-i-samhallet/Miljoarbete-i-Sverige/Uppdelat-efter-omrade/Gron-infrastruktur/Sa-bidrar-regionala-handlingsplaner/>

¹⁰⁷ Detta är en av grunderna för ekosystemansatsen. Se Malawiprincip 9, COP 5 decision V/6.

¹⁰⁸ Jfr här ramvattendirektivets adaptiva planeringssystem om 6-åriga cykler, se Michanek och Zetterberg (2017), s. 186 f.

¹⁰⁹ Se prop. 1992/93:226 s. 81 f och s. 38. Jfr i sammanhanget arbetssättet Nya Komet, se t.ex. Naturvårdsverket/SKS (2017). Se även Bengtsson m.fl. (2003), om att upprätthålla det ekologiska minnet i landskapet samt Forsberg och Larsson (2015), s. 41 ff. om att höja virkesåldern.

¹¹⁰ Förslaget byggde på Domän AB:s remissvar till utredningen, se prop. 1992/93:226 s. 81 f.

Syftet med dessa planer är att ta fram ett fördjupat kunskaps- och planeringsunderlag. Dels samlas kunskap om befintliga naturvärden och ekosystemtjänster, dels ges förslag på åtgärder. Då planerna saknar rättsverkan kan föreslagna naturvårdsinsatser bara genomföras på frivillig basis i samverkan med landskapets aktörer.

En enskiktad landskapsplan *utan rättsligt bindande verkan* kan likväl tillmätas rättsligt värde som kunskapsunderlag vid t.ex. processen med att identifiera skyddsvärda områden lämpliga att prioritera för områdesskydd.¹¹⁵ På samma sätt kan planen användas som kunskapsunderlag för att avgöra om en avverkningsanmälan bör tas upp till samråd enligt 12:6 MB för att prövas mot artskyddsreglerna. Också vid denna prövning kan kunskapen som genererats via planen vara värdefull för att fastställa om avverkningen är förenlig med artskyddet eller om den behöver anpassas eller alternativt förbjudas.

Så länge inga tvingande åtgärder kopplas till landskapsplanen påverkas inte heller markägarna ur ett äganderättsligt perspektiv, varför heller inte någon ersättningsrätt aktualiseras. Ett tillkortakommande med en landskapsplanering som saknar operativa verktyg för att driva igenom planen är emellertid att den inte möter kraven enligt EU-rätten,¹¹⁶ och därmed inte heller bidrar till lösningen av det ovan beskrivna problemet med att först till kvarn först får mala. Så länge det finns en tillräcklig mängd livsmiljö i landskapet för att upprätthålla ekologisk funktionalitet aktualiseras inte artskyddsreglerna och myndigheten kan heller inte, med mindre än att områdesskydd inrättas,¹¹⁷ hindra den markägare

som vill avverka ett bestånd trots att det i planen pekas ut som ett av de mer värdefulla.¹¹⁸ Myndigheterna tvingas alltså att agera ad hoc på markägarnas avverkningsanmälningar.

Om vi istället tittar på implikationerna av en enskiktad landskapsplan *med rättsligt bindande verkan* mot markägare kan genast konstateras att planen ur rättssäkerhetssynpunkt behöver vara tillräckligt tydlig och precis för att markägaren ska veta hur planen ska efterlevas. För att ge en landskapsplan direkt rättsligt bindande verkan mot enskilda behövs detaljkunskaper om landskapets värden, från beståndsnivå till landskapsnivå, för att kunna ge tydliga anvisningar om hur enskilda bestånd ska förvaltas. En sådan design bygger närmast på idén att det bara finns en optimal väg att gå, vilket sannolikt inte är fallet i många landskap.¹¹⁹

Att det redan av planen följer restriktioner om hur en markägare får bruka sin fastighet kan innebära att planen direkt vid ikraftträdandet trigger ersättningsrätt för markägaren,¹²⁰ om planen medför att pågående markanvändning avsevärt försvåras, liksom en rätt att överklaga beslutet. Ett sådant system skulle med andra ord omedelbart kunna aktualisera ett flertal ersättningsanspråk mot staten,¹²¹ något som inte bara i stunden skulle bli kostsamt utan även administrativt svårhanterligt.

vägledande strategi för när formellt skydd av skog bör tillgripas.

¹¹⁸ Se även ovan under avsnitt 4.2 om betydelsen av myndigheternas möjlighet att kontrollera och säkerställa ett effektivt genomslag av det EU-rättsliga artskyddet.

¹¹⁹ Man kan dock även tänka sig att det i en dialogprocess identifieras den mest lämpliga strategin för genomförandeperioden och därefter antar planen med bindande verkan.

¹²⁰ En landskapsplan med en direkt rättsligt bindande verkan mot markägare skulle närmast kunna liknas vid normgivning. Se Bull och Sterzel (2015), s. 181, om gränsdragningen mellan normativa beslut och förvaltningsbeslut.

¹²¹ Se nedan under "Kompletterande styrmedel" om en fondlösning för att skapa ett mer självfinansierat system.

(åtkomst 24 juni 2018.) Ett annat exempel är åtgärdsprogram för hotade arter och naturtyper.

¹¹⁵ Se Naturvårdsverket/SKS (2005), om nationell strategi för formellt skydd av skog.

¹¹⁶ Jfr ovan under avsnitt 4.2.

¹¹⁷ Utrymmet att tillämpa reglerna om områdesskydd är dock kraftigt begränsat av budgeterade naturvårdsanslag. Jfr även Naturvårdsverket/SKS (2005), som är en

Ett alternativ skulle kunna vara att knyta ersättningsrätten till när en markägare avverkningsanmäler och nekas rätt att avverka med hänvisning till planen. Situationen kan jämföras med regleringen av fjällnära skog,¹²² där sådana områden ges ett starkare skydd genom krav på tillståndsplikt, men där det först i enskilda fall avgörs om det finns utrymme för en avverkning eller ej. Om ett sådant utrymme saknas finns en kopplad rätt till ersättning. En konsekvens av att det redan av planen följer att ett visst bestånd ligger i ett område där naturvärden behöver bevaras eller restaureras, är dock att markägarna lockas att avverkningsanmäla i syfte att trigga ersättningsrätt, inte minst då ersättning utgår till 125 % av virkesvärdet.¹²³

Det finns övervägande skäl som talar för att en landskapsplan inte bör ges en direkt bindande verkan gentemot markägarna utan snarare ses som ett strategiskt verktyg och underlag för att inom olika regioner identifiera behovet av att bevara, restaurera och sammankoppla funktionella skogsmiljöer. För att effektivt kunna driva igenom landskapsplanen (och det EU-rättsliga artskyddet) behövs dock verktyg för att styra mot uppsatta mål eller styra bort åtgärder i strid mot planen.¹²⁴

4.4. Hierarkisk landskapsplanering

Oavsett vilken rättslig status som ges en landskapsplan finns det ur genomförandesynpunkt ett behov av att koppla planeringen till respektive fastighet och markägare. Lösningen kan då vara att planeringen sker på olika hierarkiska nivåer, där landskapsplanen kan fungera som ett strategiskt verktyg och fastighetsanknutna

skogsbruksplaner som mer operativa.¹²⁵ Ett sådant system bygger på att kravet på skogsbruksplaner eller motsvarande återinförs.¹²⁶ Även i ett sådant system kan olika tänkbara lösningar för genomförandet aktualiseras.

Som ovan med enskiktade landskapsplaner kan en variant vara att inom ramen för en hierarkisk landskapsplanering ge den övergripande landskapsplanen *rättsligt bindande verkan*. Även om det knyts operativa skogsbruksplaner till en sådan landskapsplan, för att mer på detaljnivå reglera olika tänkbara målklasser för bevarande och skötsel,¹²⁷ gör sig dock samma aspekter gällande som ovan vid en för markägaren bindande landskapsplan, t.ex. vad gäller förutsättningarna att hitta *en* optimal lösning för landskapet liksom när ersättningsrätten triggas.

En annan variant är istället en övergripande landskapsplan *utan rättsligt bindande verkan*, till vilken operativa skogsbruksplaner knyts i syfte att genomföra den övergripande landskapsstrategin. I en sådan modell finns sannolikt större utrymme för dialogprocess om hur den enskilde markägaren kan bidra till strategin.

När den övergripande landskapsplanen inte är direktverkande mot markägaren infinner sig frågan om när en eventuell rätt till ersättning triggas för den markägare som förväntas ta ett mer långtgående ansvar för naturvärden. Inträder tidpunkten när det närmare innehållet i skogsbruksplanen bestäms? När och hur be-

¹²⁵ Även naturvårdsbiologisk forskning visar på behovet av att planera och förvalta landskapet ur olika rumsliga skalor för att nå mål om att bevara biologisk mångfald, se Angelstam (1997), s. 142 f. och Angelstam m.fl. (2010), s. 14 ff.

¹²⁶ Jfr EU:s bevarandestrategi och Angelstam m.fl. (2010), s. 14, om vikten av skogsbruksplaner för att identifiera naturvärden.

¹²⁷ Här kan man tänka sig att det till dagens målklasser PG (Produktion/Generell hänsyn), PF (Produktion/Förstärkt hänsyn), NS (Naturvård/Skötsel), NO (Naturvård/Orörd) tillförs en produktionsklass med utrymme för ett mer intensivt skogsbruk.

¹²² Se 15, 18 och 19 §§ SVL.

¹²³ Bengtsson (2018), s. 113 ff. Det kan också argumenteras för att en sådan plan i praktiken har en bindande verkan mot enskilda som ger rätt att överklaga planen.

¹²⁴ Jfr ovan under avsnitt 4.2.

stäms i så fall det? Här kan man tänka sig olika lösningar, t.ex. att:

- A. Ett generellt krav införs på att anta en med landskapsplanen förenlig skogsbruksplan till ett visst datum. Genomdrivande frågor: Hur, av vem och när kontrolleras att skogsbruksplanen är förenlig med den aktuella landskapsplanen? Ska skogsbruksplanen antas formellt? Först vid ett mer konkret myndighetsbeslut som mer specifikt anger hur den enskilda fastigheten ska förvaltas, triggas frågan om en eventuell ersättningsrätt. Risken med en sådan modell är att rätten till ersättning realiserar vid ett och samma tillfälle för samtliga berörda markägare.
- B. Krav på att det vid en avverkningsanmälan bifogas en uppdaterad skogsbruksplan. Om avverkningen och planen inte är förenlig med landskapsplanen kan avverkningen nekas/anpassas. Först i samband med ett sådant myndighetsbeslut triggas en eventuell rätt till ersättning. Genomdrivande problem: I vissa fall kan redan en röjning vara oförenlig med artskyddsreglerna och kräver därför samråd enligt 12:6 MB. Även i dessa situationer är det därför viktigt att markägaren anmäler åtgärden (likt idag) och bifogar en skogsbruksplan.

En aspekt i sammanhanget är att landskapsplaner i praktiken kan resultera i att vissa skogsbestånd *helt* behöver avsättas för naturvårdsändamål men där utrymmet för formellt områdesskydd saknas. En sådan klassificering av större områden kan innebära att markägaren har rätt till ersättning, men att ersättningsrätten inte triggas direkt om landskapsplanen inte är bindande. Ersättningsfrågan kan då tänkas lösas ut först när ansvariga myndigheter administrativt och budgetmässigt har utrymme att bilda ett formellt områdesskydd eller när markägaren

tvungar fram ett beslut om nekad avverkning (genom att avverkningsanmäla trots eller p.g.a. vetenskapen om att en avverkning skulle strida mot landskapsplanen). Som ett komplement kan man tänka sig att markägaren ges en frivillig möjlighet att få sin skogsbruksplan godkänd för att lättare kunna planera förvaltningen av sitt skogsinnehav.

4.5. Kompletterande styrmedel

En landskapsmodell där vissa markägare ges lättnader i förhållande till dagens skogsbruk och andra markägare får ta ett större ansvar för att bevara biologisk mångfald ger obalans i kostnadsfördelningen av naturvårdsinsatser.¹²⁸ De markägare som ges lättnader, eller t.o.m. ges utrymme att bruka marken mer intensivt, sparar in på kostnader/avsättningar för miljöhänsyn. Om en del av denna vinst avsätts till ett fondsystem kan medlen fördelas till de markägare som enligt modellen åtar sig ett större ansvar för att åstadkomma ekologiskt funktionella nätverk.¹²⁹ Systemet skulle mot denna bakgrund till viss del kunna bli självförsörjande, vid sidan av de traditionella områdesskydden som även framledes bedöms utgöra ett centralt inslag i bevarandestrategin. Här kan jämföras med den fondlösning som föreslås på vattensidan, där vattenkraftsbranschen föreslås ta ett större sektorsansvar genom att fullt ut finansiera kostnaderna

¹²⁸ En aspekt i sammanhanget är hur krav på ändrad skötselmetod ska värderas. Att en markägare genom landskapsplanen tvingas ersätta trakthyggesbruket med ett hyggesfritt skogsbruk behöver inte på sikt innebära en produktionsförlust, även om markägaren idag är förhindrad att ta ut hela virkesvärdet.

¹²⁹ Som nämnts kommer strukturerna för ett dylikt fondsystem att studeras närmare inom ramen för projektet "Landscape Planning for Biodiversity and Diverse Forestry", se t.ex. Zabel m.fl. (2018). Man kan även tänka sig möjligheten att införa ett skatterättsligt naturvårdsavdrag för de markägare som tar förstärkt hänsyn.

för anpassningen till EU-rättens krav på vattenverksamheter.¹³⁰

Ett fonderingssystem med internalisering av kostnader för biologisk mångfald ligger även i linje med EU:s bevarandestrategi, enligt vilken medlemsstaterna ska verka för en ökad användning av innovativa finansieringsmekanismer för att finansiera skötsel och återställande av skogs-ekosystem.¹³¹

5. Slutdiskussion

I den här artikeln har vissa rättsliga förutsättningar för och implikationer av landskapsplanering vid förvaltning av skog diskuterats. Mot bakgrund av den nuvarande statusen för biologisk mångfald i svenska skogar kan förutses att en ökad miljöhänsyn kommer att behöva tas. För att nå svenska miljömål och respektera internationella och EU-rättsliga åtaganden, argumenteras för att ett landskapsperspektiv vid förvaltningen av skog närmast är en förutsättning. Med en förebyggande landskapsmodell kan även vissa knutar lösas som det gällanderättsliga systemet brottas med idag. En ordning där skogsbruket fastnar i ett förbuds-dispenssystem enligt de strikta artskyddsreglerna kan undvikas liksom ad-hoc situationer där först till kvarn först får mala. Landskapsplanering kan även borge för mer kostnadseffektiva lösningar och ökad förutsebarhet, vilket i sin tur kan öka legitimiteten och rättssäkerheten i systemet. Genom modellen kan också lämpliga ytor för intensivodling av skog identifieras, något som kan bidra till att nå uppsatta klimatmål genom att icke förnyelsebar energi kan ersättas med biomassa.

Eftersom en effektiv implementering av EU:s artskydd förutsätter att skyddet kan kontrolleras och säkerställas, behöver en förebyg-

gande förvaltningsmodell docka mot det rättsliga systemet och ges någon form av rättslig verkan. Här förespråkas att systemet bör bygga på en hierarkisk planeringslösning med en övergripande, strategisk landskapsplan som genomförs på lägre rumslik nivå genom t.ex. operativa skogsbruksplaner.

En ekologisk landskapsmodell med styrande verkan medför sannolikt en obalans vad gäller kostnadsfördelningen mellan markägare i form av miljöhänsyn. Vissa kommer att få lättnader medan andra behöver ta ett förstärkt ansvar. Här kan ett alternativ vara att komplettera landskapsmodellen med ett självförsörjande fondsystem där kostnadsansvaret fördelas mer jämt mellan markägarna, eller enklare uttryckt – den som får avverka mer bidrar till den som får avverka mindre. Hur ett sådant fondsystem kopplar till den grundlagsskyddade rätten till ersättning behöver dock utredas närmare.¹³²

Idag är det oklart var gränsen går mellan sektorsansvaret och det allmännas kostnadsansvar för biologisk mångfald.¹³³ Det är även oklart hur den generösa ersättningen om 125 % av marknadsvärdet, som gäller när rätt till ersättning föreligger,¹³⁴ påverkar markägarnas incitament att åta sig vissa restriktioner i markanvändningen. Om utrymme för frivillighet skapas inom ramen för landskapsmodellen kan rättsligt tvingande åtgärder likväl verka mer lockande ur privatekonomiskt perspektiv, då det triggar en ersättningsrätt långt över marknads-

¹³² Frågan kommer att studeras vidare inom ramen för det ovan nämnda projektet "Landscape Planning for Biodiversity and Diverse Forestry", se not 13.

¹³³ En diskussion om olika nivåer av ansvar mellan skogssektorn och staten fördes i samband med avregleringen 1994, se prop. 1992/93:226 s. 41. Sedan dess har dock det miljöpolitiska rättsläget förändrats väsentligt, inte minst genom att riksdagen antagit 16 miljökvalitetsmål och att Sverige blivit medlemmar i EU och därmed har åtagit sig att ge ett effektivt genomslag åt naturvårdsdirektiven.

¹³⁴ Om tillämpningen av 125 % -regeln vid rådighetsinskränkningar, se Bengtsson (2018), s. 113 ff.

¹³⁰ Se prop. 2017/18:243 s. 74 f. och avsnitt 7.8.

¹³¹ Se EU:s strategi för biologisk mångfald i EU fram till 2020, KOM(2011)244, s. 10.

värdet.¹³⁵ 125 %-regeln kan således verka kontraproduktivt inom en styrmedelsmodell med höga inslag av frivillighet.

Slutligen ska uppmärksammas att fokus för denna artikel har legat vid skogsekosystemet, det vill säga hur miljömål kopplade till skoglig mångfald kan nås genom förebyggande landskapsplanering. Avverkning och andra skogsbruksåtgärder kan dock även ha negativa effekter på det omgivande landskapet, såsom på vattenmiljöer och därmed på natur- och miljöskyddsvärden nedströms. För en mer holistisk modell för förvaltningen av landskapets värden behöver bevarande och brukande integreras över och mellan ekosystem och sektorer. Landskapsplanering för förvaltning av skog kan således bara utgöra en del, men likväl viktig pusselbit, av ett ekologiskt hållbart resursutnyttjande.

Referenser

- Angelstam, P., Jonsson, B-G., Törnblom, J., Andersson, K., Axelsson, R., Roberge, J-M. (2010), Landskapsansats för bevarande av skoglig biologisk mångfald – en uppföljning av 1997 års regionala bristanalys, om behovet av samverkan mellan aktörer, Skogsstyrelsen rapport 4/2010
- Angelstam, P. (1997), Analysis as a Tool for the Scientific Management of Biodiversity, Ecological Bulletins, no. 146, s. 140–170
- Bengtsson, B. (2018), Om bombmurklor och egendomsskydd, i; Bäcklund, A., Eka, A., Rolén, T., Säfwe, D., (red), Vänbok till Fredrik Wersäll, Iustus förlag, s. 105–115
- Bengtsson, B., Bjällås, U., Rubenson, S., Strömberg, R. (2018), Miljöbalken – en kommentar, publicerad i Zeteo
- Bengtsson, J., Angelstam, P., Elmqvist, T., Emanuelsson, U., Folke, C., Ihse, M., Moberg, F., Nyström, M., (2003), Reserves, Resilience and Dynamic Landscapes, Ambio, vol. 32, nr. 6, s. 389–396
- Bull, T., Sterzel, F. (2015), Regeringsformen – en kommentar, 3 uppl., Studentlitteratur AB
- Cameron, I. (2018), An Introduction to the European Convention on Human Rights, uppl. 8, Iustus förlag
- EU-kommissionen (2007), Vägledning om strikt skydd för djurarter av intresse för gemenskapen i enlighet med rådets direktiv 92/43/EEG om bevarande av livsmiljöer, slutlig version februari 2007
- Forsberg, M. (2012), Skogen som livsmiljö – en rättsvetenskaplig studie om skyddet för biologisk mångfald, Uppsala universitet
- Forsberg, M., Larsson, A. (2015), En ny svensk skogsmodell – Förslag till rättsliga förstärkningar för att nå miljö- och skogspolitiska mål, Working paper series 2015:3, Uppsala universitet
- Holmberg, E., Stjernquist, N., Isberg, M., Eliason, M., Regner, G., Regeringsformen, (Zeteo 13 maj 2016), kommentar till 2 kap. 15 §
- Lindahl, H., Darpo, J., Vindkraft, fåglar och brister i höjden – Om artskyddet vid prövning av vindkraftverk, JP Miljönet, 8 oktober 2015
- Kiss, A., Shelton, D., (2004), International Environmental Law, uppl. 3, Transnational Publishers
- Kobylarz (2018), An Underrated Forum for Environmental Litigation, Forthcoming in the 5th European Environmental Law Forum's Book, tillgänglig 25 maj 2018
- Michanek, G., Zetterberg, C. (2017), Den svenska miljörätten, uppl. 4, Iustus förlag
- Michanek, G. (2016), Artskyddet, politiken och juridiken, i; Bertil Bengtsson 90 år, Jure förlag
- Michanek, G. (1995), Markägare med rätt att döda? Miljörättslig tidskrift 1995:2
- Michanek, M., Pettersson, M. (2010), Rättsliga förutsättningar för intensivodling av skog. Faktaunderlag till MINT-utredningen, Working Paper 2010:8, Uppsala universitet

¹³⁵ För en rättspolitisk diskussion om betydelsen av 125 %-regeln, se Bengtsson (2018), s. 114 f. och Michanek (2016), s. 396 f.

Naturvårdsverket (2018 a), Miljömålen. Årlig uppföljning av Sveriges nationella miljömål 2018 – Med fokus på statliga insatser, Rapport 6804

Naturvårdsverket (2018 b), Vägledning om hur regionala handlingsplaner för grön infrastruktur kan bidra till att ekosystemtjänster och behov av klimatanpassning tillgodoses vid fysisk planering

Naturvårdsverket/SKS (2017), Slutredovisning av regeringsuppdrag att årligen rapportera arbetet med att införa en kompletterande arbetsmetod för skydd av värdefull natur, ärendenr: NV-06416-14, SKS dnr 2014/2113

Naturvårdsverket (2017 a), Miljömålen, Årlig uppföljning av Sveriges nationella miljömål 2017, Rapport 6749

Naturvårdsverket (2017 b), Vägledning om regionala handlingsplaner för grön infrastruktur i prövning och planering

Naturvårdsverket/SKS (2016), Gemensamma riktlinjer för handläggningen av artskyddsärenden i skogsbruket, 21 juni 2016

Naturvårdsverket (2015), Riktlinjer för regionala handlingsplaner för grön infrastruktur, Rapport 0000

Naturvårdsverket (2010), Arbetssätt för biologisk mångfald och andra värden i ett landskapsperspektiv. En handledning, Rapport 6342

Naturvårdsverket (2007), Ekosystemansatsen – en väg mot bevarande och hållbart nyttjande av naturresurser, Rapport 5782

Naturvårdsverket/SKS (2005), Nationell strategi för formellt skydd av skog

Riksrevisionen (2018), Skyddet av värdefull skog, rapport RIR 2018:17

Sandström, J., Bjelke, U., Carlberg, T., Sundberg, S. (2015), Tillstånd och trender för arter och deras livsmiljöer – rödlistade arter i Sverige 2015, Artdatabanken Rapporterar 17, Artdatabanken, SLU, Uppsala

Saunders, D.A., Hobbs, R.J., Margules, C.R. (1991), Biological Consequences of Ecosystem Fragmentation: A Review, *Conservation Biology*, vol. 5, s. 18–32

Skogsstyrelsen (2009), Ny metod och nya definitioner i uppföljningen av frivilliga avsättningar, Meddelande 3/2009

Sterman, J. D., Siegle, L., Rooney-Varga, J. N. (2018), Does replacing coal with wood lower CO₂ emissions? Dynamic lifecycle analysis of wood bioenergy, *Environ. Res. Lett.*

Sveriges officiella statistik/SLU (2017), SKOGSDATA 2017, Aktuella uppgifter om de svenska skogarna från Riksskogstaxeringen Tema: Skogsmarkens kolförråd

Westling, A., ed. (2015), Rödlistade arter i Sverige 2015, Artdatabanken, Uppsala

Zabel, A., Bostedt, G., Ekvall, H. (2018), Policies for forest landscape management – A conceptual approach with an empirical application for Swedish conditions, *Forest Policy and Economics* 86:13–21