

Nordisk Miljörättslig Tidskrift



Nordic Environmental Law Journal

2021:2

www.nordiskmiljoratt.se

Nordisk Miljörättslig Tidskrift/Nordic Environmental Law Journal 2021:2

ISSN: 2000-4273

Redaktör och ansvarig utgivare/Editor and publisher: Charlotta Zetterberg

Webpage <http://nordiskmiljoratt.se/about-the-journal.html> (which also includes writing instructions).

Content

Charlotta Zetterberg; **Introduction** ... 5

Anna Christiernsson; **Är naturreservat ett effektivt instrument för att bevara och återställa ekologiskt funktionella landskap?** ... 7

Silver Jakobson; **Dams on Natura Rivers in Estonia: Collision of the Interests of Cultural Heritage and Biodiversity Protection** ... 31

Introduction

Charlotta Zetterberg

This issue of Nordic Environmental Law Journal (27th issue) includes two articles. The starting point for both of them are declining biodiversity and requirements of protected areas.

The first article, written by Anna Christiernsson, is titled “Är naturreservat ett effektivt instrument för att bevara och återställa ekologiskt funktionella landskap?” (“Is nature reserve an effective instrument for preserving and restoring ecologically functional landscapes?”). It deals with how well law ensures consideration to spatial linkages across landscape when protecting and management biodiversity on land and in the sea through nature reserves and to some extent Natura 2000 sites. Analyzing the nature reserves in more detail is well chosen as they represent over 80% of protected nature in Sweden. In order to strengthen landscape ecology relationships when deciding on the establishment of nature reserves and decisions on dispensations, several measures are proposed. One is to develop and improve guidance to the authorities.

In the second article, “Dams on Natura Rivers in Estonia: Collision of the Interests of Cultural Heritage and Biodiversity Protection”, authored by Silver Jacobson, the most recent case law of Estonia judiciary regarding dams on Natura 2000 sites is in focus. The author assesses whether the case law is in line with the EU’s legislation, EC’s guidelines and the case law of the CJEU. One conclusion is that improper national case-law might be one of the root causes to the objectives of the Habitat Directive not being met and that some of the species and habitat types continue to decline or remain endangered.

Är naturreservat ett effektivt instrument för att bevara och återställa ekologiskt funktionella landskap?

Anna Christiernsson*

Abstract

Protected areas are often considered an important instrument to achieve biodiversity targets. Nevertheless, despite having protected rather large areas of land and water, biodiversity continues to decline, both in Sweden, EU and globally. One explanation is that protected areas are too small and too isolated from each other to ensure ecological processes across the landscape, cross administrative borders. Another explanation is that protected areas often lack effective regulations and thus, to a great extent, could be characterized as so called "paper parks", as a consequence of *inter alia* the right to compensation to property owners when ongoing land-use, in the affected part of the property, is substantially impaired. Another explanation could be that the law is not applied in compliance with the intent of the legislator. Since the adoption of the Environmental Code, the knowledge and awareness of the land and the sea as highly interconnected system, with complex patterns both in space and in time, and the need to ensure these spatial linkages across the landscape to ensure biodiversity and ecosystem integrity, has increased rapidly.

Increased knowledge and spatial awareness are however insufficient. Knowledge of patterns and processes, at different scales in time and space, and their ecological consequences, must also be taken into account in decisions-making affecting biodiversity on land and in the sea. Where legality is a fundamental legal principle, the design of the legal system, and the laws that constitute it, can be assumed to play a decisive role in steering decision-making, and to achieve biodiversity obligations. Against this backdrop, this article will discuss if and how well the law ensures consideration to spatial linkages across the landscape when protecting land and water areas through nature reserves; the dominant type of area protection on land and in territorial waters in Sweden today. The assessments include both the norms as such and its application, in five counties, and has been conducted by applying both an internal and external environmental law methodological approach, as well as a case-study and semi-structured interviews.

1. Inledning

Skydd av områden lyfts ofta fram som ett potentiellt effektivt instrument för att bevara och skydda den biologiska mångfalden, både på land och i hav. En form av områdesskydd i den svenska lagstiftningen är *naturreservat* som har kunnat inrättas sedan 1964, då naturvårdslagen trädde ikraft. I och med antagandet av miljöbalken kom grunderna för inrättandet av naturreservat att utvidgas och det blev också möjligt

* Biträdande lektor och docent i miljö rätt vid Juridiska Institutionen, Stockholms universitet. Artikeln är ett resultat av forskning som bedrivits inom Baltic Sea Fellows-nätverket vid Stockholms universitet samt inom de tvärvetenskapliga forskningsprojekteten *Naturdispens* och *IMAGINE* som finansierats av Naturvårdsverket. Jag vill särskilt tacka Sofia Wikström vid Östersjöcentrum samt anonym granskare för värdefulla kommentarer på manuset.

att inrätta naturreservat i syfte att bevara biologisk mångfald i bred bemärkelse. Naturreservaten utgör idag en betydande andel av den totala skyddade land- respektive territorialhavsytan.² Naturreservaten utgör därmed ett viktigt bidrag till uppfyllandet av både de *kvantitativa* och *kvalitativa* målen om skyddad natur som Sverige åtagit sig inom ramen för internationella samarbeten och också slagit fast genom miljöbalkens portalparagraf samt riksdagens miljö kvalitetsmål.

Samtidigt som en relativt stor yta har skyddats, fortsätter emellertid förlusten av den biologiska mångfalden i Sverige. Motsvarande trend kan också ses inom EU och på en global nivå.³ Forskning visar att vi nu befinner oss i den sjätte stora massutrotningen.⁴ Förutom att arter och deras livsmiljöer försvinner i en allt snabbare takt, visar studier att också allt fler vanligt förekommande arter minskar i omfattning och att förlusten av den biologiska mångfalden hotar upprätthållandet av de ekosystemtjänster som människan, och andra arter, är beroende av för sin överlevnad. I såväl utvärderingar av områdesskydd i Sverige och i EU som av forskning framkommer också att skyddade områden inte säkerställer ekologiskt funktionella landskap

som upprätthåller viktiga landskapsekologiska samband, såsom arters spridning inom sina utbredningsområden.⁵ Detta anges bland annat bero på att de skyddade områdena är för små, att de ligger för långt ifrån varandra, att skadliga verksamheter fortsätter att bedrivas inom skyddade områden samt att kumulativa effekter sällan beaktas.⁶

Mot bakgrund av detta, den utveckling som skett sedan miljöbalkens ikraftträdande med nya miljöpolitiska målsättningar och den ökade kunskapen om behoven av att förvalta den biologiska mångfalden med ett landskapsperspektiv, finns anledning att ställa frågan om rättens förmåga att styra mot tillvaratagandet och beaktandet av landskapsekologiska förhållanden vid skydd av områden. Denna artikel avser behandla denna fråga, men avgränsat till naturreservat. Artikeln behandlar därmed lagstiftningens förmåga att säkerställa att beslut gällande naturreservat fattas på lämplig skala och med hänsyn till kumulativa effekter, så att arters spridning

² Naturreservaten utgjorde 84 procent av den skyddade ytan i Sverige i slutet av 2020. 80 procent av naturreservaten utgjordes av landområden (naturreservat kan inte inrättas i den Exklusiva Ekonomiska Zonen, EEZ). Det fanns då 5241 naturreservat med en sammanlagd areal på över fem miljoner hektar, varav 4 miljoner utgjordes av landyta. Se vidare SCB (2020). *Skyddade natur 2020-12-31 MI 41 2020A01*, s. 21–22 samt 25–26.

³ Se bland annat IPBES (2019). *Global assessment report on biodiversity and ecosystem service of the Intergovernmental Science Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Service*, IPBES Secretariat, Germany.

⁴ Se t.ex. Ceballos et al. (2017). Biological annihilation via the ongoing sixth mass extinction signaled by vertebrate population losses and declines. *PNAS*. <https://www.pnas.org/cgi/doi/10.1073/pnas.1704949114> (2019-01-15) samt Barnosky et al. (2011). Has the Earth's sixth mass extinction already arrived? *Nature* 471, s. 51–57.

⁵ Kommissionen anser också att Sverige inte lever upp till sina skyldigheter enligt artikel 3(2) och 4(1) i Art- och habitatdirektivet (se vidare avsnitt 4.2). Redan 2014 skickades en skrivelse till Sverige om bristerna i nätverket och under 2020 skickade Kommissionen en formell underrättelse om att Sverige inte vidtagit tillräckligt med åtgärder för att motverka bristerna och därmed inte uppfyllt sina skyldigheter.

⁶ Se t.ex. Kommissionen (2020). *EU:s strategi för biologisk mångfald*. KOM(2020) 380 final, Naturvårdsverket (2021). *Miljömålen. Årlig uppföljning av Sveriges nationella miljömål 2021 – Med fokus på statliga insatser*. Rapport 6968, s. 500, Havs- och vattenmyndigheten (2016). *Fördjupad analys av befintligt nätverk av marina skyddade områden*. Havs- och vattenmyndighetens rapport 2016, Berkström et al. (2019). *Ekologisk konnektivitet i svenska kust- och havsområden. En kunskapssammanställning*. Aqua report 2019:15. SLU, Venter et al. (2017). Bias in protected-area location and its effects on long-term aspirations of biodiversity conventions. *Conservation Biology* 32, s. 127–134, Jones et al. (2018). One-third of global protected land is under intense human pressure. *Science* 360, s. 788–791 samt Dureuil et al. (2018). Elevated trawling inside protected areas undermines conservation outcomes in a global fishing hot spot. *Science*.

och andra flöden och processer i landskapet tillvaratas och den samlade påverkan hålls inom hållbara gränser. En viktig del av detta är egendomsskyddets och ersättningsrättens utformning. Detta behandlas dock inte inom ramen för denna artikel.⁷

Analyserna har genomförts genom att tillämpa ett såväl *internt* som *externt* perspektiv på rätten och har utgått från vissa antaganden om rätten och naturen och förhållandet däremellan.⁸ Det externa angreppssättet har varit ett viktigt komplement till de interna analyserna av rätten som styrmedel med utgångspunkt i rättsvetenskaplig teori om ideala rättsliga konstruktioner och system för att nå övergripande miljömål och har möjliggjorts genom gränsöverskridande samarbete och kontinuerlig dialog med forskare i ekologi och biologi. Analyserna har omfattat såväl normerna som sådana som rätts-tillämpningen i fem län. I det senare fallet har reservatstillstånd och -dispenser granskats samt semistrukturerade intervjuer med tjänstemän på länsstyrelser genomförts.⁹

Artikeln inleds med en kortfattad beskrivning av vissa rättsekologiska utgångspunkter för analysen. Därefter beskrivs landskapsekologiska målsättningar, den reservatsrättsliga regleringen samt resultaten av granskningen av reservatsdispenser och -tillstånd. Avslutningsvis diskuteras rättens förmåga att beakta och tillvarata landskapsekologiska förhållanden och kumulativa effekter vid skydd av områden som naturreservat liksom möjliga vägar framåt. Slutsatserna bör, trots avgränsningen till naturreservat, i viss utsträckning vara av mer generellt intresse.

⁷ Se istället t.ex. Forsberg (2018). Landskapsplanering för naturvård och virkesproduktion – särskilt med koppling till ersättningsrätten, *Nordisk Miljörättslig Tidskrift* 2018:1.

⁸ Se avsnitt 2.

⁹ Se vidare om metod, urval och avgränsningar m.m. för tillämpningsstudien i Zetterberg et al. (2021). *Dispens från förbud att skada naturen*. Naturvårdsverkets rapport 7010.

2. Några rättsekologiska utgångspunkter

Med *landskapsekologiska förhållanden* avses i denna artikel de ekologiska processer och flöden, av såväl organismer, näringsämnen som annan materia, i landskapet i både tid och rum. Sådana processer och flöden kan ske över flera rumsliga och temporala skalor och på olika, men interagerande, hierarkiska nivåer. Med *landskapsekologisk hänsyn*, eller *landskapsperspektiv*, avses här vidare en rättslig styrning som strävar efter en *skalenslighet*, d.v.s. en överensstämmelse, mellan ekologiska och rättsliga skalor, som innebär att dessa processer och flöden, och därmed förutsättningarna för den biologiska mångfalden och ekologisk balans, upprätthålls eller återställs.¹⁰ Val av skala kan antas bero på såväl objektiva faktorer, d.v.s. den ekologiska realiteten, som subjektiva faktorer, d.v.s. uppfattningen av den ekologiska realiteten, som till exempel kan antas påverkas av möjligheter att inhämta information.¹¹ Begreppet *landskap* syftar till att tydliggöra behovet av att beakta helheten och sammanhangen, också på större geografiska skalor, oberoende av administrativa gränser.¹² Ett landskapsperspektiv utesluter dock inte hänsyn till lokala och mer avgränsade skalor, varken i rum eller tid.

Landskapsekologisk hänsyn innebär bland annat att livsmiljöers skyddsvärde behöver bedömas med hänsyn till arters spridningsbiologi

¹⁰ Se t.ex. Cumming et al. (2006), Social Mismatches in Social-Ecological Systems: Causes, Consequences, and Solutions. *Ecology and Society* 11(1):14, Langlet (2018). Scale, space and delimitation in marine legal governance – Perspectives from the Baltic Sea. *Marine Policy* 98, s. 278–285 samt Hilty et al. (2020). *Guidelines for conserving connectivity through ecological networks and corridors. Best Practice Protected Area Guidelines Series No. 30*. Gland, Schweiz: IUCN, samt där angivna referenser till vetenskapliga arbeten.

¹¹ Cumming et al. (2006) samt Langlet (2018).

¹² I begreppet ingår även havsskapet. Se även Michanek et al. (2019). *Landskapsplanering av skog – för biologisk mångfald och ett varierat skogsbruk*. Naturvårdsverkets rapport 6909.

och arters behov av att nyttja olika livsmiljöer på olika rumsliga och temporala skalor.¹³ Det är således otillräckligt att bedöma livsmiljöers skyddsvärde enbart med utgångspunkt i sällsynthet eller mångfald på en viss plats. För att undvika långsiktig utarmning måste nämligen arter kunna sprida sig mellan alla de livsmiljöer de är beroende av.¹⁴ Livsmiljöerna måste därför ligga på ett sådant avstånd att arterna kan ta sig mellan dem. Ibland kan dessa finnas på stort avstånd från varandra. Vissa kustlevande fåglar kan till exempel vara beroende av födosöksområden långt ut i utsjön. Tillgången till livsmiljöer och spridningskorridorer¹⁵ även utanför skyddade områden kan många gånger vara avgörande för arternas möjligheter till spridning i landskapet och därmed deras långsiktiga bevarande. Även om spridningshinder är ett större problem på land samt mellan land och hav, förekommer sådana även i havet.¹⁶ I havet kan bland annat bottenstruktur och djupförhållanden, vattentemperaturer, salt- och syrehalt samt ström- och vågförhållanden påverka arters möjligheter att ta sig mellan livsmiljöerna, liksom livsmiljöernas kvalitet.¹⁷

Nära sammankopplat med skalor är *kumulativa effekter*, d.v.s. de samlade effekterna av olika

¹³ Enligt Havs- och vattenmyndigheten (2020). *MOSAIC – Verktyg för ekosystembaserad förvaltning av marina naturvärden*. Rapport 2020:13, kan en sådan bedömning göras med tre olika typer av metoder; *känd värdefull plats* för konnektivitet, *spridningsanalys* och *verifiering/undersökning av konnektivitet i fält*.

¹⁴ Goda spridningsförutsättningar (konnektivitet) är emellertid inte alltid enbart av godo. Det kan även innebära att till exempel föroreningar eller invasiva arter lättare kan sprida sig i landskapet.

¹⁵ Ett exempel är vattendrag som utgör viktiga spridningskorridorer för vandringsfisk.

¹⁶ Nyström Sandman et al. (2020). *Grön infrastruktur i havet – landskapsperspektiv i förvaltningen av Sveriges marina områden*. Naturvårdsverkets rapport 6930.

¹⁷ I Östersjön ökar till exempel andelen arter med marint ursprung i sydlig riktning. En annan viktig förklarande faktor för utbredningen av arter är djup. De flesta marina arter lever bara inom ett begränsat djupintervall.

verksamheter och åtgärder över tid (historiskt, idag och i framtiden). Hänsyn till kumulativa effekter utgör en förutsättning för att mänsklig påverkan hålls *inom* de gränser som utgör förutsättningarna för landskapets flöden och processer. Hänsyn till kumulativa effekter innebär att bedömningen av handlingens tillåtlighet måste inkludera inte bara den aktuella handlingens konsekvenser för landskapets processer och flöden, utan också konsekvenser av annan tidigare, pågående och planerad påverkan. I detta ingår såväl *direkta* som *indirekta* liksom *interna* som *externa* effekter. Med *interna* effekter avses här sådana effekter som uppstår till följd av samma typ av verksamhet eller åtgärd som den som är föremål för prövning i det aktuella fallet, även sådan som vidtas av annan än den sökande. Med *externa* effekter avses sådana som uppstår till följd av annan typ av verksamhet eller åtgärd än den som är föremål för prövning i det aktuella fallet, även sådan som vidtas av annan än den sökande. Hänsyn till kumulativa effekter kan därför innebära ett behov av att vid en ansökan om dispens för anläggandet av en ny brygga ta hänsyn till antalet befintliga bryggor, omfattningen av tidigare och kommande muddringar, skador och störningar från sjöfart, utsläpp av förorenande ämnen i vattnet o.s.v. Vilka effekter som är relevanta att beakta beror på vad som utgör lämplig skala i tid och rum.

Hänsyn till kumulativa effekter innebär att en typ av åtgärd kan vara tillätlig inom ett visst område, men inte inom ett annat. Det kan också betyda att en viss typ av åtgärd kan vara tillätlig upp till en viss gräns, men inte längre. En sådan tillämpning kan inte anses strida mot likabehandlingsprincipen då förutsättningarna ser olika ut i de olika fallen och det rättsligt relevanta är handlingens *konsekvenser* på landskapets processer och flöden, inte handlingens omfattning i sig (t.ex. bryggstorlek), i kombination med annan påverkan och det aktuella miljötillståndet,

som kan variera och förändras till följd av "naturliga" processer.¹⁸

3. Landskapsekologiska målsättningar

Den ökade kunskapen om behovet av att förvalta naturen med ett landskapsperspektiv har lett till att nya mål för förvaltningen av den biologiska mångfalden har antagits av såväl det internationella samfundet som EU och Sverige. Fram till 2020 gällde de s.k. *Aichimålen* som antogs av parterna till *1992 års konvention om biologisk mångfald*¹⁹ i Nagoya 2010.²⁰ Av Aichimål 11 framgick dels att minst 17 procent av landytan (inklusive insjöar) samt 10 procent av kust- och havsområdena skulle skyddas senast 2020, dels att de skyddade områdena tillsammans skulle bilda ett nätverk som är *ekologiskt representativt och väl förbundet i det vidare landskapet, inklusive havsmiljön*.²¹ För den marina miljön antogs vidare internationella och regionala mål om att etablera sammanhängande och representativa

nätverk av skyddade områden redan i början av 2000-talet.²²

Som en respons på målmisslyckandet antog EU under 2020 en ny biodiversitetsstrategi.²³ Av denna framgår att minst 30 procent av land- och havsytan inom EU ska skyddas samt att minst 10 procent av den ytan ska ges ett *strikt skydd*. En definition av vad som avses med strikt skydd ska tas fram av Kommissionen, tillsammans med EEA, men så har ännu inte skett. Enligt Kommissionen behövs åtgärder för att säkerställa att nätverket blir sammanhängande, att spridningskorridorer säkerställs, genetisk förlust till följd av isolering av populationer förhindras och ekosystemtjänster bibehålls.²⁴

Kvalitativa mål om sammanhängande nätverk finns också som en del av det nationella miljökvalitetsmålsystemet. Av preciseringen till miljökvalitetsmålet *Ett rikt växt- och djurliv* följer att det ska finnas en "... fungerande grön infrastruktur, som upprätthålls genom en kombination av skydd, återställande och hållbart nyttjande inom sektorer, så att fragmentering av populationer och livsmiljöer inte sker och den biologiska mångfalden i landskapet bevaras". Ett av etappmålen för biologisk mångfald anger vidare att "[b]evarandet ska ske med ekologiskt representativa och väl förbundna system där reservat, andra effektiva områdesbaserade skyddsåtgärder eller miljöanpassat brukande ingår. Systemen ska vara väl integrerade i omgivande landskap ...". Vidare ska de ekologiska sambanden stärkas "... så att skyddade och på andra sätt bevarade områden och biotoper är väl

¹⁸ Det kan dock diskuteras om det bör finnas ett kollektivt ansvar för skador för en näring samt i så fall hur ett system för att hantera detta kan utformas. I Michanek et al. (2019) diskuteras hur ett avgifts-/fondsyttem kan utformas för att möjliggöra en utjämning mellan aktörer inom skogsnäringen, så att den som på grund av lagliga krav tvingas ta stor hänsyn kan få kompensation.

¹⁹ Konventionen har antagits nationellt genom SÖ 1993:77 (prop. 1992/93:227, *Godkännande av konventionen om biologisk mångfald*), samt godkänts av EU genom *Rådets beslut 93/626/EEG*, EGT L 309, 12.12.1992, s. 1.

²⁰ *COP 10 beslut X/2*. Målen implementerades inom EU genom EU:s strategi för biologisk mångfald samt nationellt genom det svenska miljökvalitetsmålsystemet. Se vidare KOM/2011/0244 slutlig, *Kommissionens meddelande om Vår livförsäkring, vårt naturkapital – en strategi för biologisk mångfald i EU fram till 2020*, prop. 2013/14:141, *En svensk strategi för biologisk mångfald och ekosystemtjänster* samt SOU 2014:50, *Med miljömålen i fokus – Hållbar användning av mark och vatten*.

²¹ Se även *CBD Programme of Work on Protected Areas* (2004) som syftar till att öka medvetenheten om bland annat behovet av att säkerställa konnektivitet mellan skyddade områden.

²² Se *Plan of implementation of the World Summit on Sustainable Development*, p. 32 (Johannesburg, 4th Sept. 2002) och *Declaration of the Joint Ministerial Meeting of the Helsinki and OSPAR Commission. First Joint Meeting of the Helsinki and Oskar Commission (JMM)*, Bremen, 25–26 June 2003.

²³ Kommissionen (2020).

²⁴ Skyddet kan utgöra en del av Natura 2000-nätverket eller det nationella skyddssystemet.

förbundna och integrerade i landskapet, inklusive den marina miljön, genom att den gröna infrastrukturen har utvecklats och förstärkts". Av miljö kvalitetsmålet *Levande sjöar och vattendrag* framgår att landskapets ekologiska och vattenhushållande funktion ska bevaras. Av preciseringarna framgår vidare att sjöar och vattendrag ska ha "... strukturer och vattenflöden som ger möjlighet till livsmiljöer och spridningsvägar för vilda växt- och djurarter som en del i en grön infrastruktur". Preciseringsen till miljö kvalitetsmålet *Hav i balans samt levande kust och skärgård* anger att grunda kustnära miljöer ska erbjuda "... livsmiljöer och spridningsvägar för växt- och djurarter som en del i en grön infrastruktur".

Det finns med andra ord en politisk vilja att skydda och förvalta den biologiska mångfalden med ett landskapsperspektiv och upprätta sammanhängande nätverk av skyddade områden med spridningsbiologiska förutsättningar för djur- och växtarter, på såväl land som i hav och däremellan, på alla förvaltningsnivåer. Målformuleringar är emellertid inte tillräckligt från ett styrningsperspektiv. Med utgångspunkt i legalitetsprincipen kan den rättsliga regleringen antas ha en avgörande betydelse för möjligheterna att nå målen.

4. Den reservatsrättsliga regleringen

4.1 Bakgrund

Genom antagandet av miljöbalken skapades ett mer holistiskt och samordnat regelverk för skyddet av den biologiska mångfalden, på gen-, art- och ekosystemnivå,²⁵ och värdefulla naturmiljöer.²⁶ En viktig del av detta var utformningen

²⁵ Biologisk mångfald omfattar variationsrikedom bland levande organismer av alla ursprung. Detta innefattar såväl landbaserad som marina och andra akvatiska ekosystem och de ekologiska komplex där dessa organismer ingår. Se prop. 1997/98:45, *Miljöbalk*, del 2, s. 9 och 71.

²⁶ Miljöbalken ska tillämpas så att den biologiska mångfalden bevaras och värdefulla natur- och kulturmiljöer skyddas och vårdas enligt 1 kap. 1 § 2 st. p. 3. Miljö kvali-

av de allmänna hänsynsreglerna och de grundläggande och materiella miljökrav dessa ger uttryck för. Det var inte bara nya och förstärkta aktsamhetskrav som infördes; tillämpningsområdet för de tidigare gällande aktsamhetsreglerna vidgades och de blev också generellt tillämpliga för alla verksamheter och åtgärder, som inte är försumbara i det enskilda fallet. De tidigare gällande kravreglerna skulle nu tolkas mot en annan utgångspunkt; miljöbalkens mål om en hållbar utveckling, med ökad vikt åt miljöhänsynen som följd. En brist, som uppmärksammades redan under lagstiftningsarbetet, samt i senare utredningar, var dock att det inte infördes något uttryckligt materiellt aktsamhetskrav i 2 kap. miljöbalken kopplat till bevarandet av biologisk mångfald.²⁷ Reglerna har också kritiserats för att vara alltför allmänt utformade och därmed riskera att ge upphov till tillämpningssvårigheter.²⁸ De utredningar som Miljöbalkskommittén senare genomförde, men också andra studier, har visat att de allmänna hänsynsreglerna i viss utsträckning haft begränsat genomslag i rätts-tillämpningen.²⁹ Bristande genomslag av de

tetsmålen kan ge vägledning, se prop. 1997/98:45, *Miljöbalk*, del 1, s. 167 samt del 2, s. 8.

²⁷ Denna kritik lyftes fram av Juridiska fakulteten vid Uppsala universitet som uttryckte att det utgör "ett kedjebrott i systemet" när aktsamhetsreglerna saknar en klar och tydlig koppling till de olika delmålen i 1 kap. 1 § (se prop. 1997/98:45, *Miljöbalk*, del 1, s. 202). Införandet av en ny hänsynsregel till skydd för den biologiska mångfalden har också föreslagits, men aldrig införts.

²⁸ Enligt miljöbalksutredningen fanns stora oklarheter i hur de allmänna hänsynsreglerna skulle tillämpas och vilka kravnivåer som kunde ställas. Se vidare SOU 2004:37, *Miljöbalkens sanktionssystem och hänsynsregler*, s. 323 ff. samt SOU 2002:50, *Miljöbalken under utveckling, ett principbetänkande*, s. 41–71.

²⁹ Bland annat visade en granskning av såväl domstols- som myndighets- och kommunpraxis att de materiella krav som ställdes efter miljöbalkens ikraftträdande, vid beslut med stöd av 9, 11, 24 och 32 kap. MB, inte skiljde sig nämnvärt från vilka krav som ställts före balkens ikraftträdande. Det fanns vissa skillnader när det gällde kemikalieanvändning och säkerhetsfrågor, men skillnaden mellan kommunerna var större. I en annan

allmänna hänsynsreglerna har också bedömts utgöra en orsak till att det nationella miljökvalitetsmålet *Ett rikt djur- och växtliv* inte nås.³⁰

4.2 Inrättandet av naturreservat

En annan viktig del av den ökade helhetssynen var att grunderna för inrättandet av naturreservat kom att utvidgas till att omfatta bevarandet av biologisk mångfald, på gen-, art- och ekosystemnivå.³¹ I förarbetena betonades att biologisk mångfald blivit ett centralt begrepp i miljöarbetet och att det fanns ett behov av ett mer holistiskt synsätt i förvaltningen av miljön, som borde avspeglas i kriterierna för inrättandet av naturreservat.³² På så sätt kom instrumentet också att tydligt kopplas till miljöbalkens mål om bevarandet av biologisk mångfald. För att instrumentet skulle fungera ändamålsenligt ansågs vidare att ett reservat skulle kunna omfatta en större yta än den som är i omedelbart behov av skydd (buffert- eller skyddszon). Därutöver hänvisades till de uttalanden som gjorts i kommentarer till naturvårdslagen om möjligheten att genom reservatsföreskrifter ange restriktioner för mark- och vattenanvändning också ut-

studie, inom det s.k. Miljöbalksprojektet som bedrivits av Naturvårdsverket, framkom att Mark- och miljödomstolarna sällan hänvisar till och motiverar besluten med stöd av de allmänna hänsynsreglerna. I en senare studie framkom att kommuner i anmälningsärenden ofta hänvisar till miljöbalkens hänsynsregler i beslutet, men inte lika ofta i beslutsmotiveringarna. Se SOU 2004:37, SOU 2002:50, samt Nilsson (2018). *Hänsynsreglerna i tillsynen. Analys av hur myndigheter tillämpar och motiverar beslut gällande nyetableringar av miljöfarlig verksamhet utifrån hänsynsreglerna i MB 2 kap.* Naturvårdsverkets rapport 6828).

³⁰ Naturvårdsverket (2015). *Styr med sikte på miljömålen. Naturvårdsverket fördjupade utvärdering av miljömålen 2015*. Rapport 6666.

³¹ 7 kap. 4 § 1 st. MB.

³² Miljöbalksutredningen hade förslagit skydd av djur- och växtlivet och inte bevarandet av den biologiska mångfalden som ett syfte, vilket ansågs vara för snävt med hänsyn till utvecklingen på området. Se prop. 1997/98:45, *Miljöbalk*, del 2, s. 71.

anför området.³³ Detta kan antas vara viktigt i situationer där omgivande marker har låga naturvärden och därmed inte bör omfattas av reservatet, inte ens som buffert- eller skyddszon, samtidigt som verksamheter eller åtgärder inom området kan innebära risk för störning eller skada på det skyddade områdets naturvärden. Det är dock oklart om detta tillämpas i praktiken och också hur långt utanför reservatet föreskrifterna kan sträcka sig. Det framkommer inte heller uttryckligen av lagtexten att reservatsföreskrifter får avse aktiviteter utanför reservatsområdet. En annan viktig utgångspunkt, inte minst med hänsyn till att många livsmiljöer redan har försvunnit, är att områden kan skyddas som reservat, om de genom effektiv skötsel *kan förväntas få höga naturvärden i framtiden*.³⁴ Naturreservat kan också inrättas med syfte att bevara och återställa naturmiljöer och livsmiljöer för skyddsvärda arter som omfattas av EU:s naturskyddsdirektiv och därmed bidra till det sammanhängande nätverket av särskilda bevarande- och skyddsområden.³⁵

Det är den som vill inrätta ett naturreservat, d.v.s. länsstyrelsen eller kommunen,³⁶ som måste visa att reservatet tillgodoser ett starkt allmänintresse, som också väger tyngre än motstående

³³ Dikning som kan skada en mosse inom naturreservatet kan utgöra ett sådant exempel enligt prop. 1997/98:45, *Miljöbalk*, del 2, s. 74. Se även Jonzon et al. (1988). *Naturvårdslagen*, s. 78.

³⁴ När ett reservat bildas ska en skötselplan upprättas för områdets långsiktiga vård enligt 3 § förordning om områdesskydd enligt miljöbalken m.m.

³⁵ 7 kap. 4 § 2 st. MB. Därutöver kan reservat bildas för att vårda och bevara värdefulla naturmiljöer, tillgodose behov av områden för friluftslivet. Kombinerade syften är möjliga. Se prop. 1997/98:45, *Miljöbalk*, del 2, s. 71–72.

³⁶ Det var först genom införandet av miljöbalken som kommunerna fick möjlighet att förklara ett område som naturreservat. Naturvård ansågs numera även vara en kommunal angelägenhet.

enskilda intressen.³⁷ Bedömningsutrymmet för myndigheterna och kommunerna att avgöra när förutsättningarna för inrättande av reservat är uppfyllda är, med hänsyn till bestämmelsens utformning, uttalandena i förarbeten, miljöbalkens breda målsättning samt utvecklingen på området sedan miljöbalken trädde ikraft, stort.³⁸ Vid avvägningar mellan enskilda och allmänna intressen bör beaktas att miljöintresset har fått en ökad vikt av lagstiftaren i och med miljöbalkens antagande samt kodifieringen av målet om en hållbar utveckling. Huruvida proportionalitet föreligger eller inte påverkas också av rättsliga och faktiska möjligheter att ersätta den enskilde vid inskränkningar i pågående markanvändning. Det är länsstyrelsen som har ansvaret för att säkerställa att de områden som är värdefullast i ett nationellt perspektiv skyddas, medan kommunernas arbete ska inriktas mot de områden som har störst betydelse lokalt.³⁹ Det betonas dock i förarbeten att länsstyrelser och kommuner har en skyldighet att löpande samråda om beslutsordningen. Vilka skäl som legat till grund för bildandet ska alltid framgå av beslutet.⁴⁰ Det räcker inte med att upprepa de skäl som finns i lagtexten; skälen måste utvecklas ytterligare.⁴¹

I reservatsbeslutet ska också anges de inskränkningar som behövs för att uppnå syftet med reservatet, t.ex. i rätten att använda mark- och vattenområden, och de intrång i området

som markägare är skyldig att tåla.⁴² Föreskrifterna i sig behöver också utformas tydligt och precist. Skötselplaner och liknande dokument har inte någon direkt rättsverkan gentemot enskilda, men de kan utgöra viktig tolkningsvägledning vid prövningar av tillstånd och dispenser. Det är således av vikt att även dessa är tydliga. Det bör främja skyddets måleffektivitet då ändamålsprövningen underlättas.

Syftet med naturreservat är att skapa ett *långsiktigt och definitivt* skydd. Endast om det finns "synnerliga skäl" får därför kommunen eller länsstyrelsen helt eller delvis upphäva ett beslut om att inrätta ett naturreservat eller föreskrifter.⁴³ Synnerliga skäl föreligger enligt förarbetena till exempel om en väsentlig ändring skett av området eller om en detaljplan eller områdesbestämmelser väsentligt ändrat förutsättningarna för områdesskyddet.⁴⁴ Länsstyrelsen, eller kommunen, får också besluta om nya skäl eller ytterligare inskränkningar för befintliga reservat om det senare visar sig finnas behov av det.⁴⁵ Det finns dock inget krav på att beslut, föreskrifter och skötselplaner ska ses över och uppdateras kontinuerligt med hänsyn till miljömässiga eller samhällsliga förändringar, t.ex. vad gäller mark- och vattenanvändning, eller ny kunskap. Kravet på att reservatsbeslut ska ange de inskränkningar i rätten att använda mark- och vattenområden som behövs för att uppnå syftet kan också vara svårt att genomföra i praktiken då markägare kan ha rätt till ersättning när den pågående markanvändningen avsevärt försvåras inom berörd del av fastigheten och statsfinansiella resurser är begränsade.

³⁷ Prop. 1997/98:45, *Miljöbalk*, del 2, s. 71. Av 2 kap. 15 § 1 st. RF framgår att inskränkningar i rätten att använda mark m.m. endast får ske för att tillgodose *angelägna allmänna intressen*.

³⁸ Jämför t.ex. HFD 595-13 med *RA 1996 ref. 40*.

³⁹ Prop. 1997/98:45, *Miljöbalk*, del 2, s. 71.

⁴⁰ 7 kap. 5 § 1 st. MB.

⁴¹ Se prop. 1997/98:45, *Miljöbalk*, del 2, s. 73. Huvudregeln om att beslut ska motiveras har också utvidgats i och med den nya förvaltningslagens ikraftträdande. Se 32 § förvaltningslag (2017:900) samt prop. 2016/17:180, *En modern och rättssäker förvaltning – ny förvaltningslag*, s. 186 ff.

⁴² 7 kap. 5, 6 och 30 §§ MB samt prop. 1997/98:45, *Miljöbalk*, del 1, s. 313. I varje beslut ska det även finnas tydlig information om hur och till vilken instans beslutet får överklagas.

⁴³ 7 kap. 7 § 1 st. MB.

⁴⁴ Prop. 1997/98:45, *Miljöbalk*, del 2, s. 75.

⁴⁵ 7 kap. 5 § 3 st. MB.

När länsstyrelser eller kommuner fattar beslut om inrättande av naturreservat ska de motivera hur beslut om att bilda reservat bidrar till en från allmän synpunkt lämplig användning av mark- och vattenresurser.⁴⁶ Bildande, eller ändring, av naturreservat får inte heller strida mot en detaljplan eller områdesbestämmelser enligt plan- och bygglagen. Små avvikelser får göras, om syftet med planen eller bestämmelserna inte motverkas.⁴⁷ Att ställa krav på förenlighet med övergripande planer och riktlinjer för mark- och vattenhushållningen kan vara ett viktigt angreppssätt för att säkerställa ekologiskt funktionella landskap, också över större geografiska skalor. Hushållningsbestämmelserna är dock vagt styrande och saknar kriterier för landskapsekologiska samband och utgångspunkter. Detsamma gäller den rättsliga reglering för havsplaneringen samt den kommunala planeringen, som främst får ses som en bebyggelse- och exploateringsinriktad planering. Det starka planmonopolet i kombination med den svaga styrningen i 3–4 kap. MB, särskilt med beaktandet av länsstyrelsens begränsade möjligheter att överpröva kommunala planbeslut, kan innebära att den kommunala planeringen till och med motverkar ett effektivt skydd av landskapets ekologi.⁴⁸ Att kustvattnet, d.v.s. vattnet inom en nautisk mil från baslinjen, inte omfattas av den nationella havsplaneringen får vidare ses som en brist, givet att kustområden ofta hyser livsmiljöer av avgörande betydelse för ekologiska processer och flöden i landskapet. Möjligheterna att överpröva kommunala planer (detaljplaner och områdesbestämmelser) är därför begränsade till de statliga ingripande-grunderna inom dessa områden.⁴⁹ Av särskild

betydelse i detta sammanhang är länsstyrelsens skyldighet att upphäva detaljplaner i strid med miljö kvalitetsnormen god ekologisk status eller strandskyddsreglerna (när strandskyddet upphävs genom detaljplanen).⁵⁰ Att planer överprövas och upphävs är dock ovanligt.⁵¹ Länsstyrelsens tillsynsansvar över ingripande-grunderna och deltagande i planprocessen får dock ses som en förstärkande mekanism för tillgodoseendet av dessa intressen.

EU-rättens krav på skydd av arter och livsmiljöer av gemenskapsintresse, som följer av Art- och habitatdirektivet⁵² och Fågeldirektivet,⁵³ bidrar i vissa avseenden med ett mer långtgående landskapsekologiskt perspektiv vid skyddet av den biologiska mångfalden, som också kan få betydelse för reservatsbildning. Av direktiven följer krav på att inrätta *särskilda bevarandeområden* (SBO) för de arter och livsmiljöer som pekats ut i bilaga 1 och bilaga 2 till Art- och habitatdirektivet⁵⁴ och *särskilda skyddsområdena* (SSO) för de fågelarter som listats i bilaga 1 till Fågeldirektivet. Områdesskyddet är således begränsat till sådana arter och livsmiljöer som bedömts vara skyddsvärda⁵⁵ av EU-lagstiftaren, vid tidpunk-

⁵⁰ Nyström Sandman et al. (2020), s. 36.

⁵¹ Enligt Boverket överprövades endast 37 av 1393 detaljplanerna under 2020. Det vanligast skälet var risk för människors hälsa och säkerhet eller risk för olyckor, översvämningar och erosion (26). 20 planer upphävdes. Se vidare URL: <https://www.boverket.se/sv/PBL-kunskapsbanken/Allmant-om-PBL/uppfoljning/Statistik/statistik-detaljplaner/overprovade-detaljplaner/> (2021-12-08).

⁵² Rådets direktiv 92/43/EEG av den 21 maj 1992 om bevarande av livsmiljöer samt vilda djur och växter. OJ L 206, 22.7.1992, p. 7–50. I det följande "Art- och habitatdirektivet".

⁵³ Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/147/EG av den 30 november 2009 om bevarande av vilda fåglar. OJ L 20, 26.1.2010, p. 7–25. I det följande "Fågeldirektivet".

⁵⁴ Det är livsmiljöerna för de arter som listas i bilaga 2 samt livsmiljöerna som sådana som listas i bilaga 1 som ska skyddas.

⁵⁵ Direktiven har fokus på arter och livsmiljöer som är hotade, sårbara, sällsynta, endemiska, har litet utbred-

⁴⁶ 5 § förordning (1998:896) om hushållning med mark- och vattenområden.

⁴⁷ 7 kap. 8 § MB.

⁴⁸ Nyström Sandman et al. (2020), s. 36–37.

⁴⁹ 11 kap. 10–11 §§ PBL.

ten för listning.⁵⁶ Liknande åtgärder ska dock även vidtas för regelbundet förekommande flyttfåglar, som inte anges i bilaga 1.⁵⁷ Fågeldirektivet omfattar även *alla* vilda fåglar som förekommer naturligt inom medlemsstaternas territorier och ställer krav som också omfattar andra arter än de som listas och utgör flyttfåglar.⁵⁸

Urvalet av områden ska ske enligt de kriterier som anges i direktiven.⁵⁹ Samma kriterier gäller för både terrestra och marina miljöer. Urvalet ska enbart baseras på *biologiska*, och inte ekonomiska, kriterier och vetenskaplig kunskap.⁶⁰ Hänsyn till ekonomiska intressen kan därmed endast tas i senare led, vid prövning av undantag enligt gällande undantagskriterier.⁶¹ När det gäller *särskilda skyddsområden* ska de mest lämpade områdena för bevarandet av

ningsområde eller som är särskilt känsliga mot förändringar i livsmiljön eller kräver särskild uppmärksamhet på grund av t.ex. den speciella karaktären hos deras livsmiljö. Art- och habitatdirektivet, som också är tillämpligt i medlemsstaternas Exklusiva Ekonomiska Zoner (EEZ), se C-6/04, *Kommissionen mot Storbritannien och Nordirland*, listar flera marina arter och livsmiljöer i bilaga 1 och 2. Däremot listas få marina arter i bilaga 4.

⁵⁶ Det är ovanligt att bilagorna revideras. Se t.ex. Christiernsson (2019). Is the Swedish Brown Bear Management in Compliance with EU Biodiversity Law? *Journal for European Environmental and Planning Law* 16(3), s. 237–261.

⁵⁷ Artikel 4(2), Fågeldirektivet.

⁵⁸ Se nedan.

⁵⁹ Se artikel 4(1) och 4(2), Fågeldirektivet samt artikel 4 samt bilaga 3, Art- och habitatdirektivet.

⁶⁰ I fråga om Fågeldirektivet handlar det således om ornitologiska kriterier. Det framgår av EU-domstolens praxis, se t.ex. C-355/90, *Kommissionen mot Spanien* (Santona), p. 18 och 26–27, C-44/95, *Regina mot Secretary of State for the Environment, ex parte: Royal Society for the Protection of Birds – Begäran om förhandsavgörande: House of Lords – Förenade kungariket* (Lappel Banks), p. 26–27 och 40–42, C-371/98, *First Corporate Shipping*, p. 16, 22 och 24 samt C-71/99, *Kommissionen mot Tyskland*, p. 27.

⁶¹ Artikel 6(4) 1 och 2 st. samt artikel 16, Art- och habitatdirektivet samt artikel 9, Fågeldirektivet. För en analys av artikel 16, särskilt 16(1)(e), se Christiernsson (2019) samt Epstein et al. (2019). When is it legal to hunt strictly protected species in the European Union? *Conservation Science and Practice* 1:3e18.

arterna, för överlevnad och fortplantning, med hänsyn till arternas behov av skydd inom hela direktivets tillämpningsområde, prioriteras.⁶² Hänsyn ska bland annat tas till utbredningsgrad lokalt samt behov av särskilda hänsynskrav till följd av livsmiljöns karaktär.⁶³ För flyttfåglar ska hänsyn tas till häcknings-, ruggnings- och övervintringsområden samt rastplatser och särskild vikt ska läggas vid skyddet av våtmarker, i synnerhet sådana av internationell betydelse.⁶⁴ EU-domstolen har godtagit den förteckning av viktiga områden som upprättas av *BirdLife International* som ett bedömningsunderlag. Det är upp till medlemsstaten att ta fram annat vetenskapligt underlag om den vill avvika från förteckningen.⁶⁵

När det gäller *särskilda bevarandeområden* sker urvalet i en flerstegsprocess med huvudansvaret på medlemsstaterna, men i samråd med Kommissionen.⁶⁶ I den första etappen ska medlemsstater välja ut områden som gör det möjligt att bidra till det övergripande målet om att bibehålla eller återställa arter och livsmiljöer i en gynnsam bevarandestatus i deras naturliga utbredningsområde.⁶⁷ EU-domstolen har klargjort att Kommissionen måste få tillgång till en *uttömmande* inventering på nationell nivå av områden av ekologiskt relevans för nätverkets sammanhängande funktion, och att det därmed endast är kriterierna i bilaga 3 (etapp 1) som ska beaktas, baserat på vetenskaplig kunskap.⁶⁸ Här

⁶² Artikel 4(1), Fågeldirektivet.

⁶³ Hänsyn ska även tas till hotgrad, känslighet för förändringar i miljön och populationsstorlek.

⁶⁴ Artikel 4(2), Fågeldirektivet.

⁶⁵ Se t.ex. C-418/04, *Kommissionen mot Spanien*, p. 52 samt C-235/04, *Kommissionen mot Irland*, p. 26.

⁶⁶ Se vidare om detta samt när i urvalsprocessen ett område omfattas av skyddet i Michanek och Zetterberg (2021), *Den svenska miljörätten*, s. 249.

⁶⁷ Artikel 2(2), 3(1) och 4(1) samt bilaga 3 (etapp 1), Art- och habitatdirektivet.

⁶⁸ C-371/98, *First Corporate Shipping*, p. 22 och C-71/99, *Kommissionen mot Tyskland*, p. 27.

framgår bland annat att områden ska väljas med hänsyn till livsmiljöns representativitet och områdets betydelse för bevarandet av livsmiljön på global nivå.⁶⁹ I nästa etapp ska Kommissionen, i samförstånd med medlemsstaterna, välja ut områden av gemenskapsintresse. Ett av de kriterier som ska beaktas är områdets geografiska läge i förhållande till flyttningvägar för arter som listas i bilaga 2 samt om området ingår i ett sammanhängande ekosystem som sträcker sig över nationsgränser.⁷⁰ Därefter ska medlemsstaterna, inom sex år, utse områden av gemenskapsintresse till särskilda bevarandeområden.⁷¹ Områden som har störst betydelse för en gynnsam bevarandestatus bibehålls eller återställs och för nätverkets sammanhängande funktion och är mest utsatta för störst risk ska prioriteras.⁷² Direktivet lämnar stort utrymme för medlemsstater att bestämma hur detta ska gå till, men utpekandet måste kopplas till ett rättsligt skydd.⁷³

När ett område har pekats ut som ett särskilt skydds- eller bevarandeområde ska medlemsstater bland annat vidta alla lämpliga åtgärder för att undvika förorening och försämring av livsmiljöer samt störningar som påverkar de skyddade fåglarna, samt förhindra försämring av livsmiljöerna och habitaterna för arterna samt störningar av de arter för vilka områdena har ut-

⁶⁹ När det gäller djurarter som har *stor utbredning*, ska de fysiska eller biologiska faktorer som är avgörande för arternas liv och fortplantning inom hela utbredningsområdet vara avgörande. När det gäller arter som lever *i vatten* och som har *stor utbredning*, ska områden föreslås endast om de är klart avgränsade. Artikel 4(1), Art- och habitatdirektivet.

⁷⁰ Ett annat kriterium är områdets totala ekologiska betydelse för de berörda biogeografiska regionerna eller för hela det område som avses i artikel 2, både vad gäller den karakteristiska eller unika aspekten hos elementen i området och det sätt på vilket elementen hänger samman. Se bilaga 3 (etapp 2), Art- och habitatdirektivet.

⁷¹ Artikel 4(1), Art- och habitatdirektivet.

⁷² Artikel 4(4), Art- och habitatdirektivet.

⁷³ Se t.ex. C-355/90, *Kommissionen mot Spanien* (Santoña), p. 28–32.

setts, i den mån störningarna har betydelse för att uppnå syftet med skyddet.⁷⁴ En lämplig åtgärd kan vara att inrätta ett naturreservat med precisa och skraddarsydda detaljföreskrifter med restriktioner eller förbud mot verksamheter och åtgärder som riskerar att försämra livsmiljöerna eller arternas habitat. Medlemsstaterna ska även *utanför* de särskilda skyddsområden "sträva efter" att undvika förorening och försämring av livsmiljöer för fågelarter som omfattas av bilaga 1.⁷⁵ Enligt Fågeldirektivet gäller även ett generellt krav på skydd, bevarande och återställande av tillräckligt varierande och stora livsmiljöer, också *utanför* skyddade områden.⁷⁶ Kravet omfattar därtill *alla* vilda fågelarter som förekommer naturligt inom medlemsstaternas europeiska territorier. De särskilda skydds- och bevarandeområdena ska vidare tillsammans bilda ett *sammanhängande* europeiskt ekologiskt nätverk (det s.k. Natura 2000-nätverket) genom att "bibehålla och i förekommande fall utveckla vissa element i naturen som är av avgörande betydelse för vilda djur och växter". Varje medlemsstat ska bidra i en utsträckning som står i proportion till omfattning på dess territorium av de listade arterna och livsmiljöerna. Det saknas dock skarpa rättsliga krav enligt Art- och habitatdirektivet på att vidta åtgärder *utanför* skyddade områden och för att säkerställa att Natura 2000 blir ekologiskt sammanhängande. Medlemsstaterna ska nämligen endast "sträva efter" att göra Natura 2000 mer ekologiskt sammanhängande

⁷⁴ Artikel 4(4), Fågeldirektivet samt artikel 6(2), Art- och habitatdirektivet. Art- och habitatdirektivets regler (artikel 6(2)–6(4)) gäller också för de områden som pekats ut enligt Fågeldirektivet enligt artikel 7, Art- och habitatdirektivet. När ett område inte har, men borde ha, pekats ut enligt Fågeldirektivet gäller dock fågeldirektivets regler, enligt C-374/98, *Kommissionen mot Frankrike* (Basses Corbières), p. 47. Detta får betydelse eftersom Art- och habitatdirektivets undantagsbestämmelser då inte kan tillämpas.

⁷⁵ Artikel 4(4), Fågeldirektivet.

⁷⁶ Artikel 3, Fågeldirektivet.

och endast i de fall medlemsstaten "anser det nödvändigt".⁷⁷

Krav på skydd av vissa livsmiljöer, som utgör viktiga habitat för skyddade arter, följer också av direktivens artskyddsbestämmelser. Dessa krav gäller oberoende av kraven på inrättandet av särskilda skydds- och bevarandeområden och gäller därmed också *utanför* skyddade områden.⁷⁸ För Art- och habitatdirektivet gäller krav på inrättandet av ett strikt skyddssystem som också omfattar djurarternas parnings- och rastplatser.⁷⁹ Förbudet gäller även för oavsiktliga handlingar. Avsaknaden av krav på "avsikt" visar att lagstiftaren velat ge dessa typer av habitat, som enligt Kommissionen är avgörande för djurs livscykel och utgör livsviktiga delar av en arts hela livsmiljö, ett förstärkt skydd mot alla mänskliga handlingar som skadar eller förstör dem.⁸⁰ Det finns ingen legaldefinition och vad som utgör en parnings- eller rastplats måste bedömas från fall till fall, inte minst med hänsyn till de många olika typer av djurarter, med olika behov, som omfattas av skyddet. Enligt Kommissionen kan dock parningsplatser bland annat omfatta områden för parning, uppfödning samt ev. tillhörande strukturer som behövs för att försvara reviret, men också födosöksområden som behövs för att göra fort-

plantningen framgångsrik.⁸¹ Rastplatser anses omfatta områden som behövs för bland annat temperaturreglering, sömn, vila, återhämtning och övervintring.⁸² EU-domstolen har vidare funnit att även stadsplanering och förändrade odlingsmönster på mer omfattande områden omfattas av förbuden mot att skada och förstöra parnings- och rastplatser.⁸³ Medlemsstaterna ska även förbjuda avsiktliga handlingar som *stör arterna*, särskilt under arternas parnings-, uppfödning-, övervintrings- och flyttningsperioder.⁸⁴ Det räcker dock med en medvetenhet och en acceptans av riskerna för skada eller störning för att handlingen ska ses som avsiktligt.⁸⁵ Medlemsstaterna måste anta ett heltäckande och effektivt regelverk och genomföra konkreta och specifika skyddsåtgärder som gör det möjligt att säkerställa att förbuden respekteras.⁸⁶ Skyddet gäller på individnivå och oavsett hur stort antal exemplar av arten som finns på platsen samt för arter som har en gynnsam bevarandestatus och även om åtgärden inte riskerar att försämra artens bevarandestatus.⁸⁷ Syftet med direktivet är nämligen både att återställa och *bibehålla* den gynnsamma bevarandestatusen. Det är först vid prövning av undantag som hänsyn kan tas till

⁷⁷ Artikel 3(3), Art- och habitatdirektivet. Bestämmelsen hänvisar till artikel 10 som i sin tur anger att medlemsstater inom politiken för markanvändning och utveckling ska "... i den mån de anser nödvändigt, sträva efter att främja skötsel och förvaltning av de element i naturen som är av avgörande betydelse för vilda djur och växter", däribland element "som, till följd av sin linjära eller kontinuerliga struktur" (t.ex. floder) eller sin förbindelsefunktion (t.ex. dammar) är "väsentliga för vilda arters flyttning, spridning och genetiska utbyte".

⁷⁸ Det handlar således om två parallella skyddssystem.

⁷⁹ Artikel 12(1)(d), Art- och habitatdirektivet.

⁸⁰ C-98/03, *Kommissionen mot Tyskland*, p. 55 samt Kommissionen (2021). *Vägledning om strikt skydd för djurarter av gemenskapsintresse enligt habitatdirektivet*. C(7301)final, s. 34. Se även Kommissionen (2021), s. 32.

⁸¹ Kommissionen (2021), s. 34–35.

⁸² Kommissionen (2021), s. 35.

⁸³ Målet gällde den europeiska hamstern i Alsace i Frankrike som minskat till följd av ökad bebyggelse och förändrade landsbruksmetoder. Kokott uttryckte i sitt förslag till avgörande att parnings- och rastplatser inte bara avser djurens bon, utan även *omgivande livsmiljöer*, p. 36–40. Se vidare C-383/09, *Kommissionen mot Frankrike*, särskilt p. 37 och 40.

⁸⁴ Artikel 12(1)(b), Art- och habitatdirektivet.

⁸⁵ Se om EU-domstolens extensiva tolkning av avsiktsbegreppet i Christiernsson (2019).

⁸⁶ Christiernsson (2019).

⁸⁷ C-441/17, *Kommissionen mot Polen* (Puszczza Białowieska), p. 252 samt C-473/19 och C-474/19, *Föreningen Skydda skogen m.fl. mot Länsstyrelsen i Västra Götaland m.fl.*, p. 83–86.

artens bevarandestatus.⁸⁸ Skyddet omfattar dock endast arter som listats i bilaga 4(a).⁸⁹

Fågeldirektivet har delvis en annan rättslig konstruktion. Först och främst omfattar Fågeldirektivets artskyddsbestämmelser *samtliga* vilda fågelarter som förekommer naturligt i medlemsstaterna, även sådana som inte listats i bilaga 1, är hotade eller har avvikande trend.⁹⁰ Medlemsstater ska därför bland annat införa förbud mot att *avsiktligt förstöra eller skada bon* och ägg eller bortföra bon för alla vilda fåglar som förekommer naturligt i medlemsstaterna.⁹¹ Även Fågeldirektivet anger förbud mot att *avsiktligt störa* fåglarna, särskilt under deras häcknings- och uppfödningstid.⁹² Detta gäller dock endast i den mån störningen har betydelse för att uppnå syftet med direktivet.⁹³ Skyddet enligt Fågeldirektivet innebär samma krav på effektiva åtgärder som Art- och habitatdirektivet och skyddet ska vara obegränsat i tid.⁹⁴ Domstolen har också uttryckt att skyddet enligt Fågeldirektivet⁹⁵ även omfattar arternas häcknings- och rastplatser för de arter som omfattas av direktivet, trots att det-

ta inte anges uttryckligen i lagtexten.⁹⁶ Som beskrivits ovan anger direktivet även ett generellt krav på skydd av livsmiljöer för samtliga vilda fågelarter som förekommer naturligt i medlemsstaterna, också utanför skyddade områden.⁹⁷ Eftersom alla vilda fågelarter omfattas, även sådana som är vanligt förekommande, och begreppet avsiktligt ska tolkas extensivt, kan förbuden därför aktualiseras i många olika sammanhang, också inom ramen för pågående markanvändningar, samtidigt som möjligheterna till undantag är begränsade och ska tillämpas restriktivt enligt praxis.⁹⁸ Det är därför rimligt att tillämpligheten avgränsas till sådana områden som är av särskild betydelse för arternas bevarande, på alla relevanta skalor inom direktivets tillämpningsområde.

I Kommissionens vägledning, gällande strikt skydd av djurarter enligt Art- och habitatdirektivet, anges att förebyggande åtgärder, inom ramen för ett formellt tillstånds- eller planeringssystem, som säkerställer parnings- och rastplatser *kontinuerliga ekologiska funktion* (KEF), kan innebära att förbuden mot att skada parnings- och rastplatser inte aktualiseras.⁹⁹ Områdets funktion måste förbli fullständigt intakt, eller förbättrad, vad gäller såväl kvantitet som kvalitet, och det måste råda en hög grad av säkerhet vad gäller detta.¹⁰⁰ Domstolen har dock inte uttryckligt tagit ställning till denna tolkning när det gäller Fågeldirektivet. Medan

⁸⁸ Se vidare om artikel 16 i Christiernsson (2019) och Epstein et al. (2019).

⁸⁹ Särskilda regler gäller för växtarter (artikel 13). Dessa listas i bilaga 4(b).

⁹⁰ C-473/19 och C-474/19, *Föreningen Skydda skogen m.fl. mot Länsstyrelsen i Västra Götaland m.fl.*, p. 45 samt C-441/17, *Kommissionen mot Polen (Puszcza Białowieska)*, p. 27.

⁹¹ Artikel 5(d), Fågeldirektivet.

⁹² Artikel 5(b), Fågeldirektivet.

⁹³ Denna begränsning är inte införd i den svenska bestämmelsen som implementerar båda skyddssystemen i en och samma bestämmelse (4 § artskyddsförordningen) som motsvarar Art- och habitatdirektivets bestämmelse (4 § p. 2 artskyddsförordningen). Att det är möjligt att anta mer långtgående åtgärder bekräftades av EU-domstolen i C-473/19 och C-474/19, *Föreningen Skydda skogen m.fl. mot Länsstyrelsen i Västra Götaland m.fl.*, p. 47.

⁹⁴ C-441/17, *Kommissionen mot Polen (Puszcza Białowieska)*, p. 252 samt C-252/85, *Kommissionen mot Frankrike*, p. 9.

⁹⁵ Närmare bestämt artikel 5(b) och 5(d), Fågeldirektivet.

⁹⁶ C-441/17, *Kommissionen mot Polen (Puszcza Białowieska)*, p. 252. Den svenska bestämmelsen motsvarar som sagt Art- och habitatdirektivets bestämmelse och anger därmed ett uttryckligt förbud mot att skada och förstöra fortplantningsområden och viloplats (4 § p. 4 artskyddsförordningen). Se även MÖD 2017-12-20 i mål M 10104-17 som tillämpat bestämmelserna i enlighet med EU-domstolens praxis.

⁹⁷ Artikel 3 och 4(4), Fågeldirektivet.

⁹⁸ Se vidare avsnitt 4.3.

⁹⁹ Kommissionen (2021), s. 40–41.

¹⁰⁰ Detta följer av försiktighetsprincipen, enligt Kommissionen (2021), s. 40.

EU-domstolen har klargjort att skyddet enligt Art- och habitatdirektivet gäller även om den gynnsamma bevarandestatusen inte riskerar att försämrans, och oavsett antalet exemplar inom området, är rättsläget därför oklart när det gäller Fågeldirektivet. En viktig skillnad är just att Fågeldirektivet omfattar alla arter medan Art- och habitatdirektivet endast omfattar listade arter.

EU-domstolen har öppnat upp för tillämpning av förebyggande strategier för att efterleva artskyddet i Art- och habitatdirektivet. EU-domstolen uttrycker nämligen att det ankommer på prövningsmyndigheten att pröva huruvida handlingarna "... grundar sig på en förebyggande strategi som tar i beaktande behovet att bevara de berörda arterna och huruvida åtgärderna planerats och kommer att utföras på ett sätt som inte åsidosätter förbuden med hänsyn till ekonomiska, sociala och kulturella behov och till regionala och lokala särdrag ...".¹⁰¹ Med ett sådant angreppssätt blir det upp till prövningsmyndigheten att kontrollera att en förebyggande strategi finns och att, med utgångspunkt i vetenskapligt kunskapsunderlag, bedöma om verksamheten kan genomföras utan skada eller förstörelse. Det är emellertid den som vill vidta en åtgärd eller bedriva en verksamhet som har bevisbördan och ska ta fram underlagen som behövs i det aktuella fallet.¹⁰²

4.3 Dispens- och tillståndsprövningar

Naturreservatsföreskrifter kan innebära att en åtgärd eller verksamhet endast får utföras efter beviljandet av tillstånd eller dispens.¹⁰³ I förarbetena framhålls att tillstånd och dispenser som huvudregel inte bör beviljas eftersom syftet med inrättandet av ett naturreservat är att skapa

ett definitivt skydd.¹⁰⁴ Prövningen ska således vara *restriktiv*. Det följer även av den rättsliga konstruktionen, med ett förbud som utgångspunkt, samt praxis.¹⁰⁵ Särskilt höga krav på restriktivitet följer också av att det ifråga om reservat handlar om föreskrifter om förbud, eller tillståndskrav, som har skräddarsyttts för det aktuella området och dess specifika naturvärden.¹⁰⁶ Eftersom kravet på tillstånd för en viss åtgärd inte innebär ett absolut förbud ska dock förutsättningarna för att få tillstånd vara lättare att uppfylla än förutsättningarna för dispens, där det även krävs "särskilda skäl".¹⁰⁷ Till skillnad från strandskyddet har lagstiftaren när det gäller dispenser från naturreservat inte klargjort i lagtext vad som utgör särskilda skäl för dispens. Inte heller förarbeten ger vägledning. I praxis har bland annat en "osedvanligt besvärande myggförekomst" och att komma tillrätta med problemet ansetts utgöra ett angeläget allmänt intresse som motiverade dispens från ett förbud mot att använda bekämpningsmedel inom ett naturreservat.¹⁰⁸ Även enskilda intressen kan utgöra särskilda skäl. Detta följer av att hänsyn ska tas till enskilda intressen.¹⁰⁹ Hänsynen till enskilda, eller allmänna, intressen, får dock inte leda till att reservatets syfte äventyras.¹¹⁰ Avgörande

¹⁰⁴ Prop. 1997/98:45, *Miljöbalk*, del 2, s. 75.

¹⁰⁵ Prop. 1997/98:45, *Miljöbalk*, del 2, s. 75 och 88.

¹⁰⁶ Det handlar således om individualiserade förbud och inte generella förbud som följer direkt av lag (jämför t.ex. strandskydd, det generella biotopskyddet eller förbud mot dumpning). Se Zetterberg et al. (2021), s. 62.

¹⁰⁷ 7 kap. 7 § MB. Se vidare prop. 1997/98:45, *Miljöbalk*, del 2, s. 76 samt MÖD 2009:38 och MÖD, mål nr M 4323-17 (2018-03-20) om förhållandet mellan tillstånd och dispens. I de fall tillstånd nekats, kan dispens sökas.

¹⁰⁸ Se MÖD 2009:1. I MÖD 2018-03-28, mål 4613-17, bedömde domstolen att det inte fanns särskilda skäl för att uppföra en stuga inom Vindelfjällens naturreservat. MÖD bedömde också, till skillnad från Mark- och miljödomstolen (MMD), att stugan var dispenspliktig, då den med hänsyn till storlek och användning inte kunde anses omfattas av rennäringsrätten enligt rennäringslagen.

¹⁰⁹ 7 kap. 25 § MB.

¹¹⁰ 7 kap. 26 § MB.

¹⁰¹ C-473/19 och C-474/19, *Föreningen Skydda skogen m.fl. mot Länsstyrelsen i Västra Götaland m.fl.*, p. 75–77 samt 85.

¹⁰² 2 kap. 1 § MB. Se vidare avsnitt 4.3 nedan.

¹⁰³ 7 kap. 5 och 7 §§ MB.

för bedömning blir därför de skäl som angivits i beslutet om att inrätta ett naturreservat.

En förutsättning för dispens, eller tillstånd, är att de allmänna hänsynsreglerna följs, så länge det inte handlar om en åtgärd som är försumbar ur miljösynpunkt.¹¹¹ De allmänna hänsynsreglerna innebär bland annat att den lokalisering, där ändamålet kan nås, som medför minst skada på miljön ska väljas, att de skydds- och försiktighetsmått som behövs för att förebygga, hindra eller motverka risk för skador på miljön ska vidtas samt att den som ska vidta en åtgärd eller bedriva en verksamhet ska skaffa sig nödvändig kunskap.¹¹² Kunskapskravet innebär att den enskilde ska ta fram den kunskap som behövs med hänsyn till verksamhetens eller åtgärdens omfattning och art. Kunskapsunderlaget ska göra det möjligt att bedöma huruvida dispensen eller tillståndet riskerar att motverka syftet med reservatet. Kunskapsunderlaget ska därför göra det möjligt att bedöma hur verksamheten eller åtgärden, direkt men också indirekt och i kombination med andra verksamheter, påverkar naturvärdena inom reservatet. Kravet gäller dock även utanför skyddade områden och det måste således även vara möjligt att bedöma eventuella effekter av verksamheten utanför reservatet, på alla relevanta rumsliga och temporala skalor.

När det gäller lokaliseringsbedömningen bör den i första hand innebära en prövning av om åtgärden eller verksamheten överhuvudtaget behöver bedrivas inom reservatet. Särskilda skäl för dispens bör därför saknas om det är möjligt att genomföra åtgärden eller verksamhe-

ten, och uppnå ändamålet, utanför området.¹¹³ En viss lokalisering inom ett reservat kan också hindras om ändamålet med verksamheten eller åtgärden kan uppnås med mindre skada och intrång i miljön genom att välja en annan lokalisering. Självständigt från kravet på bästa plats ur miljösynpunkt gäller också att platsen ska vara lämplig.¹¹⁴ En lokalisering inom ett reservat kan således hindras, även om det saknas alternativa platser inom eller utanför området. Kraven gäller vidare oberoende av om ett område är skyddat eller inte, vilket kan innebära att även lokaliseringar utanför skyddade områden kan hindras.

De allmänna hänsynsreglerna gäller alltså parallellt med de särskild dispenskraven, men kan antas få störst betydelse när klara och precisa föreskrifter saknas.¹¹⁵ Bedömningen av förutsättningarna för dispens, föreskrivandet av villkor och rimlighetsavvägning enligt 2 kap. 7 § miljöbalken ska hållas isär. Dispensgrunderna måste alltid vara uppfyllda och kraven kan inte sänkas med hänsyn till en rimlighetsavvägning enligt 2 kap. miljöbalken.¹¹⁶ De skydds- och för-

¹¹³ Jämför t.ex. mark- och miljödomstolens resonemang i MMD, mål nr M 2926-17, gällande dragning av elledningar.

¹¹⁴ Detta är inte tydligt av lagtexten, men framgår av förarbeten och praxis. Se prop. 1997/98:45, *Miljöbalk*, del 2, s. 19 samt t.ex. MÖD 2010:29. Se vidare Michanek och Zetterberg (2021). *Den svenska miljöretten*, s. 133–138.

¹¹⁵ Jämför MÖD:s resonemang om dispensprövning gällande dumpning samt artskyddsförordningens relation till 2 kap. MB i MÖD 2015-05-05 i mål M 1260-14, MÖD 2016-05-24 i mål M 837-16 samt MÖD 2013:13 och MÖD 2014:48.

¹¹⁶ Jämför MÖD:s resonemang om att 2 kap. 7 § MB inte ska tillämpas vid prövningar av dispenser från förbud mot dumpning då dispens enligt 15 kap. 29 § MB endast får meddelas om det kan ske utan olägenhet för människa och miljö, i MÖD 2015-05-05, mål M 1260-14 samt i MÖD 2016-05-24, mål M 837-16. För en analys av hur miljödomstolarna bedömer kriteriet *utan olägenhet för människa och miljö*, se Bruce et al. (2021). Inconsistencies in How Environmental Risk Is Evaluated in Sweden for Dumping Dredged Sediment at Sea. *Frontiers in Marine Science* 8.

¹¹¹ Att 2 kap. MB ska beaktas vid dispensprövningar enligt 7 kap. MB framgår av 2 kap. 1 § MB. Se även prop. 1997/98:45, *Miljöbalk*, del 2, s. 76.

¹¹² Krav med stöd av 2 kap. MB med hänsyn till reservatets skyddsvärden kan också ställas på verksamheter som sker och åtgärder som vidtas utanför ett reservat. Se t.ex. MÖD 2016:32 där bullervillkor föreskrevs med hänsyn till ett närliggande naturreservat.

siktighetsåtgärder som krävs för att den fastställda skyddsnivån ska uppnås ska således betraktas som rimliga. Mer långtgående krav än så kan emellertid inte ses som rimliga, med hänsyn till miljönyttan i det enskilda fallet, så länge inte stoppregeln i 2 kap. 9 § miljöbalken eller andra mer långtgående miljökrav är tillämpliga.¹¹⁷ Det följer också av proportionalitetsprincipen att en inskränkning inte får gå längre än vad som krävs för att syftet ska tillgodoses, men också att inskränkningen ska vara ändamålsenlig.¹¹⁸ När två olika skydds- eller försiktighetsåtgärder kan uppnå samma skyddsnivå, ska således den minst ingripande åtgärden för den enskilda (t.ex. minst kostsamma) föreskrivas.

En dispens eller ett tillstånd får inte strida mot andra rättsregler.¹¹⁹ Det innebär att dispens ska nekas om verksamheten eller åtgärden riskerar att äventyra eller försämra den ekologiska vattenstatusen på ett otillåtligt sätt och förutsättningar för undantag saknas. En tillståndsprövning enligt 9 eller 11 kapitlet miljöbalken kan också bli aktuell.¹²⁰ För lokaliseringssprövningen har också hushållningsbestämmelserna betydelse ifråga om *ändrad* markanvändning. Dispens eller tillståndsplikten enligt reservatsföreskrifter bör inte i sig innebära att det är frågan om *ändrad* markanvändning.¹²¹ I den utsträckning det behövs, enligt tillsynsmyndighetens bedömning, är den sökande skyldig att upprätta en miljökonsekvensbeskrivning.¹²²

¹¹⁷ Se mer om förhållandet mellan dispensprövningar enligt 7 kap. MB och 2 kap. 9 § MB samt exempel i Zetterberg et al. (2021), s. 12–14.

¹¹⁸ 7 kap. 25 § MB.

¹¹⁹ Prop. 1997/98:45, *Miljöbalk*, del 2, s. 76.

¹²⁰ Därutöver kan t.ex. förbud eller krav på tillstånd för markavvattnings m.m. gälla.

¹²¹ Jämför NJA 2015 s. 323.

¹²² 23 § förordning (1998:1252) om områdesskydd enligt miljöbalken. Se även prop. 1997/98:45, *Miljöbalk*, del 2, s. 76.

När ett Natura 2000-område riskerar att påverkas kan krav på Natura 2000-tillstånd och miljöbedömning aktualiseras.¹²³ Tillståndsplikten utlöses så snart det på grundval av objektiva kriterier *inte kan uteslutas* att nämnda plan eller projekt kan ha betydande påverkan på det berörda området.¹²⁴ Detta följer enligt domstolen av försiktighetsprincipen och syftar till att säkerställa förebyggande av skador och störningar på det skyddade området från planer och projekt. Det är vidare konsekvenserna för målsättningen att bevara området i sin helhet som ska bedömas. Det saknar betydelse om verksamheten vidtas inom eller utanför. Därtill ska kumulativa och indirekta effekter beaktas. När det har slagits fast att tillstånd krävs, ska myndigheten bedöma om tillstånd kan ges. Så får inte ske innan myndigheten *har försäkrat sig om* att det berörda områdets integritet *inte* kommer att skadas.¹²⁵ Bedömningen ska göras utifrån bästa tillgängliga vetenskapliga underlag om förutsättningarna för området samt hur den aktuella planen eller projektet, ensamt eller i kombination med andra planer eller projekt, påverkar möjligheterna att nå bevarandemålen för området.¹²⁶ Om rimligt tvivel, ur ett vetenskapligt perspektiv, kvarstår, får tillstånd inte meddelas.

¹²³ I praktiken är många naturreservat också utpekade som Natura 2000-områden.

¹²⁴ Bestämmelsen gäller som beskrivits i avsnitt 4.2 både för särskilda skydds- och bevarandeområden. Se C-127/02, *Landelijke Vereniging tot Behoud van de Waddenzee m.fl. mot Staatssecretaris van Landbouw Natuurbeheer en Visserij*, p. 41–45 samt C-180/96, *Förenade Kungariket mot kommissionen*, p. 50, 105 och 107. För en analys av artikel 6(3) i Art- och habitatdirektivet, se Christiernsson et al. (2015). Marine Natura 2000 and Fishery – The Case of Sweden. *Journal for European Environmental and Planning Law* 12(1), s. 22–49.

¹²⁵ Se t.ex. C-258/11, *Sweetman m.fl.*, p. 31. För en rättsvetenskaplig analys av begreppet *integritet*, se Rees et al. (2013). A legal and ecological perspective of "site integrity" to inform policy development and management of Special Areas of Conservation in Europe. *Marine Pollution Bulletin* 72(1).

¹²⁶ Se t.ex. C-409/09, *Kommissionen mot Spanien*, p. 99.

Om ett Natura 2000-tillstånd inte kan beviljas kan inte heller dispens eller tillstånd enligt reservatsbestämmelserna bifallas, så länge inte förutsättningar för undantag enligt 7 kap. 29 § miljöbalken föreligger. Utrymmet för undantag är begränsat, men om tillstånd kan lämnas trots skada, ska alla nödvändiga kompensationsåtgärder, som säkerställer att Natura 2000-nätverket *totalt sett förblir sammanhängande*, vidtas. Utgångspunkten är med andra ord att nätverket av skyddade områden ska vara sammanhängande och ska så förbli. Det saknas en definition av vad som avses med *sammanhängande*, men med utgångspunkt i direktivets målsättning bör åtgärder för att stärka spridningskorridorer eller andra ekologiska samband i landskapet, som behövs för att upprätthålla eller återställa utpekade arters och livsmiljöers gynnsamma bevarandestatus, inrymmas. Givet det begränsade utrymmet för undantag blir det dock i praktiken betydligt viktigare vilka krav på försiktighets- och skyddsåtgärder myndigheter ställer, för att säkerställa tillståndsplikt alternativt förbud mot att lämna tillstånd inte aktualiseras, samt hur dessa bedömningar går till. Oberoende av en eventuell tillståndsplikt, gäller dock, som beskrivits ovan, en generell skyldighet att vidta lämpliga åtgärder för att förhindra försämring av livsmiljöerna och arternas habitat samt störning av de arter för vilka områdena har utsetts, om sådana störningar har betydelse för uppfyllandet av direktivets mål.¹²⁷

När det gäller arter som omfattas av Fågeldirektivets eller Art- och habitatdirektivets artskyddsbestämmelser måste prövningsmy-

digheten även bedöma om åtgärden eller verksamheten kommer i konflikt med dessa regler.¹²⁸ Om förbuden aktualiseras måste förutsättningarna för artskyddsdispens föreligga för att dispens eller tillstånd enligt naturreservatsföreskrifterna ska kunna meddelas. Detta innebär att den gynnsamma bevarandestatusen ska upprätthållas, eller inte försämrats, på alla relevanta nivåer, däribland lokal, regional, nationell eller biogeografisk nivå. Därtill ska andra lämpliga lösningar saknas samt något av de särskilda skälen vara uppfyllda. Bestämmelsen ska tillämpas restriktivt.¹²⁹

När förutsättningar för reservatsdispens, eller upphävande, föreligger, ska myndigheten fastställa skäliga kompensationsåtgärder.¹³⁰ Kravet gäller oberoende av om området är skyddat som Natura 2000-område.¹³¹ Vad som får anses skäligt avgörs av hur allvarligt intrånget i naturvärdena är. Enligt Mark- och miljööverdomstolen ska alla relevanta miljömässiga konsekvenser av verksamheten ingå i bedömningen; inte enbart påverkan av det som prövas.¹³² Däremot ska inte påverkan från annan verksamhet ingå enligt domstolen. Kompensationsåtgärder ska inte beaktas i prövningen av dispens; det handlar således om åtgärder utöver de skydds- och försiktighetsåtgärder som krävs för att dispens ska kunna meddelas.¹³³ Kompensationen

¹²⁸ Se avsnitt 4.2.

¹²⁹ Christiernsson (2019) samt Epstein et al. (2019).

¹³⁰ 7 kap. 7 § 4 st. MB. Se även prop. 1997/98:45, *Miljöbalk*, del 2, s. 77. Det obligatoriska kravet på kompensation omfattar inte tillstånd. Här får istället den fakultativa regeln i 16 kap. 9 § MB tillämpas om krav på kompensationsåtgärder ska ställas.

¹³¹ Krav på kompensation för Natura 2000-områden gäller enligt artikel 6(4) Art- och habitatdirektivet och 7 kap. 29 § p. 3 MB.

¹³² MÖD 2015-12-04 i mål M 11838-14, med hänvisning till MÖD 2007:50 och MÖD 2010:9.

¹³³ Se MÖD, mål M 10492-16, 2017-06-12. Se även Naturvårdsverket (2016). *Ekologisk kompensation – En vägledning om kompensation vid förlust av naturvärden*. Handbok 2016:1.

¹²⁷ Artikel 6(2) och 6(3) avser att uppnå samma skyddsnivå och syftar till att utgöra ett heltäckande och sammanhängande skyddssystem. Se t.ex. C-127/02, *Landelijke Vereniging tot Behoud van de Waddenzee m.fl. mot Staatssecretaris van Landbouw Natuurbeheer en Visserij* samt C-258/11, *Sweetman. m.fl.*, p. 32 samt Christiernsson et al. (2015).

ska vidare ske genom *faktiska* åtgärder för miljö, och inte genom ekonomisk ersättning, men får ske även *utanför* det skyddade området. Kompensationsåtgärder kan därför vidtas för att stärka landskapsekologiska samband, men det saknas explicita krav på att kompensationsåtgärder ska utformas för detta syfte. I Naturvårdsverkets handbok anges även att kompensationsåtgärder i första hand ska vidtas *inom* det berörda området.¹³⁴ Endast när det inte är möjligt ska kompensation prioriteras i områden med liknande naturvärden i regionen och kompensationsåtgärder inom områden med väsentligen andra bevarandevärden eller med lägre värden ska som huvudregel inte accepteras enligt myndigheten.

En viktig skillnad mellan bildandet av naturreservat och prövningar av dispenser och tillstånd är bevisbördans placering. Det är den som ansöker om dispens eller tillstånd som ska visa att de rättsliga förutsättningarna för dispens eller tillstånd är uppfyllda.¹³⁵ Vid *bildande* av ett naturreservat, är det som sagt länsstyrelsen eller kommunen som ska visa att allmänintresset väger tyngre än motstående enskilda intressen. Krav på proportionalitet gäller dock även vid prövningar av dispenser och tillstånd. Huruvida proportionalitet föreligger eller inte påverkas också av rättsliga och faktiska möjligheter att ersätta den enskilde vid inskränkningar i pågående markanvändning som når över toleransnivån när dispens nekas.¹³⁶

När myndigheten fattar beslut om dispens eller tillstånd ska beslutet motiveras utifrån sakliga och objektiva grunder. Detta gäller också gynnande beslut, så länge det inte är uppenbart obehövt.¹³⁷ Med det senare avses att det vid en objektiv bedömning framstår som självklart att någon motivering inte behövs.¹³⁸ Beslutsmotiveringen ska vara klagörande och ange och redovisa dels det författningsmässiga stödet, dels de omständigheter som varit avgörande för utgången.¹³⁹ Av förarbetena framgår att kravet varierar med ärendets vikt och komplexitet samt att en utgångspunkt ska vara att beslutsmotiveringen ska vara lättbegriplig för den enskilde.¹⁴⁰ Att motiveringsskyldigheten inte begränsas till beslut som går någon part emot får anses särskilt viktigt när det handlar om reservatsbeslut.¹⁴¹ Väl motiverade beslut om reservatsdispenser och -tillstånd kan nämligen antas vara till nytta för också andra intressenter än sådana som faller innanför den snäva kretsen av "berörda". Det gäller bland annat de myndigheter som har till uppgift att tillvarata allmänna intressen. Även miljöorganisationer får antas vara gynnade av väl motiverade beslut vid överväganden om beslut ska överklagas eller inte. En långtgående motiveringsskyldighet kan också antas främja mer fullständiga beslutsunderlag, mer omsorgsfull och saklig ärendehantering samt en totalt sett mer effektiv ärendehandläggning, genom

¹³⁴ Naturvårdsverket (2016), s. 66.

¹³⁵ Se t.ex. MÖD 2016-12-12, mål M 6995-16.

¹³⁶ Se t.ex. MÖD 2017:1 där mark- och miljööverdomstolen menade att en proportionalitetsbedömning ska göras inom ramen för dispenserprövningen, eftersom det saknades ersättningsregler. Domstolen fann att om tillämpningen av förbudet skulle innebära att den pågående markanvändningen inom berörd del av fastigheten avsevärt försvåras skulle dispens ges, trots att grunderna för dispens inte var uppfyllda.

¹³⁷ 32 § FL.

¹³⁸ Prop. 2016/17:180, *En modern och rättssäker förvaltning – ny förvaltningslag*, s. 192.

¹³⁹ 32 § FL samt prop. 2016/17:180, *En modern och rättssäker förvaltning – ny förvaltningslag*, s. 194.

¹⁴⁰ Prop. 2016/17:180, *En modern och rättssäker förvaltning – ny förvaltningslag*, s. 194–195.

¹⁴¹ Detta kan utgöra ett skäl för undantag men är inte ensamt avgörande. För en analys av rättsliga och praktiska förändringar av de nya reglerna, se Persson (2018). Obehövt kommunikation och beslutsmotivering. *Förvaltningsrättslig tidskrift* 2018:3.

minskat behov av rättelse av beslut samt ett effektivare omprövningsförfarande.¹⁴²

5. Landskapsekologisk hänsyn i myndighetspraxis

Ett stort antal beslut om reservatsdispenser och tillstånd beslutas årligen i Sverige. Enbart i de fem län¹⁴³ som granskats i denna studie har minst 1783 beslut om reservatsdispenser och -tillstånd fattats under tiden 2012–2020 av länsstyrelsen som första instans.¹⁴⁴ De flesta av dessa beslut har inte överklagats.¹⁴⁵ Hur länsstyrelserna i landet tillämpar reglerna är således av avgörande betydelse för skyddet av naturreservat i landet och i vilken grad hänsyn tas till landskapsekologiska samband och kumulativa effekter. I denna studie har 235 beslut (avslag och bifall), som sammantaget omfattar 146 dispenser och 77 tillstånd, granskats.¹⁴⁶ Trots att prövningen ska vara restriktiv, och de granskade besluten endast omfattar exploateringsåtgärder,¹⁴⁷ är beviljandegraden i urvalet cirka 90 procent.¹⁴⁸ Beslut som möjligen avstyrts i förväg har inte kun-

nat fångas upp eftersom granskningen endast omfattar slutliga beslut.¹⁴⁹

Vanligt förekommande skäl för ansökan om dispens eller tillstånd är, med viss variation mellan länen; myggförekomst, elförsörjning, fiberanläggningar, trafiksäkerhet, utveckling och förbättring av jordbruksdrift, dricksvattenförsörjning, avloppshantering och friluftsliv. Det finns emellertid få utförliga och explicita resonemang om *särskilda skäl* och intresseavvägningar i de granskade besluten. Bifall motiveras vanligen med att åtgärdens påverkan på reservatets naturvärden är begränsad och att åtgärden därmed inte är oförenlig med reservatets syfte. Det är oftast frågan om mycket standardiserade och schablonmässiga konstateranden utan en tydlig beskrivning av vilka kunskapsunderlag som har använts. Avslagsbesluten är dock något mer väl-motiverade.

Det är svårt att utläsa av besluten om och hur de allmänna hänsynsreglerna har tillämpats, både vad gäller betydelsen för utfallet och utformningen av villkor. Ibland finns en allmän information om att de allmänna hänsynsreglerna gäller. I andra fall anges att beslutet måste vara förenligt med miljöbalken eller att beslutet är förenligt med 2 kap. miljöbalken. I ett fåtal beslut finns en upplysning om att den sökande är skyldig att efterleva 2 kap. 2 och 3 §§ miljöbalken. Granskningen bekräftar därmed tidigare studier om de allmänna hänsynsreglernas bristande genomslag och kan vara en förklaring till att målsättningar om biologisk mångfald inte nås.¹⁵⁰ Samtidigt anger en majoritet av respondenterna (82 %) i en genomförd enkätundersökning som

¹⁴² Se om motiv till utvidgningen i prop. 2016/17:180, *En modern och rättssäker förvaltning – ny förvaltningslag*, s. 192.

¹⁴³ Urvalet av län har gjorts med hänsyn till geografisk spridning och omfattar Stockholms län, Norrbottens län, Västra Götalands län, Skånes län samt Gävleborgs län.

¹⁴⁴ Uppgifterna kommer från länsstyrelserna men omfattar inte alla år i ett av länen. Det totala antalet är således större. Se vidare i Zetterberg et al. (2021), s. 17–19.

¹⁴⁵ Zetterberg et al. (2021), s. 20.

¹⁴⁶ Granskningen omfattar därmed cirka 13 % av det totala antalet beslut under den aktuella tidsperioden. Att antalet dispenser och tillstånd är större än antalet beslut beror på att ett beslut kan omfatta flera dispenser och tillstånd. Se Zetterberg et al. (2021), s. 18–19.

¹⁴⁷ Beslut gällande skötsel och förvaltning av området, vetenskapliga undersökningar, restaureringsåtgärder samt tillfälliga friluftaktiviteter (t.ex. orienteringstävlingar) har uteslutits.

¹⁴⁸ Beviljandegraden i urvalet är i princip densamma (90 %) som den totala andelen beviljade beslut i de fem länen (93 %) enligt de uppgifter som lämnats från länsstyrelserna. Att beviljandegraden är lägre i urvalet är förväntat givet att endast exploateringsåtgärder omfattas. Se vidare Zetterberg et al. (2021), s. 18–20.

¹⁴⁹ Se vidare om vad som framkommit gällande eventuell avstyrning i de intervjuer som genomförts i Zetterberg et al. (2021), s. 61–62.

¹⁵⁰ Motsvarande brister visar också de granskningar som genomförts av beslut om strandskyddsdispenser, biotopsskyddsdispenser och artskyddsdispenser. Se Zetterberg et al. (2021).

skickats till alla län i landet att de allmänna hänsynsreglerna tillämpas i beslut om dispenser gällande bland annat naturreservat. Det får anses problematiskt både utifrån ett rättssäkerhets- och ett talerättsperspektiv att en tillämpning av materiella miljökrav inte framgår av besluten.

Motsvarande gäller för hushållningsbestämmelserna.¹⁵¹ När Natura 2000-områden berörs anges oftast på ett schablonmässigt sätt, utan närmare redogörelse, med några få undantag, att åtgärden inte innebär någon risk för betydande påverkan och att Natura 2000-tillstånd därför inte behövs.¹⁵² Få beslut hänvisar till miljö kvalitetsnormer, det handlar då om verksamhet som också prövas enligt 11 kapitlet miljöbalken, och det framgår inte hur bedömningen har genomförts.¹⁵³ Ytterst få beslut ställer upp krav på kompensation.¹⁵⁴ Detsamma gäller miljökonsekvensbeskrivningar. Det handlar i alla dessa fall om beslut som berör Natura 2000-områden, då miljöbedömning alltid ska göras.

Det är även svårt att utläsa av besluten vilket beslutsunderlag som använts, på vilken skala påverkan bedömts samt huruvida kumulativa effekter har beaktats eller inte. Det är ofta oklart om bedömningarna görs utifrån dokumentation om de lokala förhållandena på den aktuella platsen eller utifrån generella underlag om sådana typer av naturmiljöer. Ordalydelsen i besluten tyder på att det framför allt är det enskilda intrånget, direkta och främst lokala effekter samt förhållandet på plats som bedöms. Samtidigt är platsbesök relativt ovanligt och endast i några få fall framkommer att vetenskapliga underlag

om den aktuella platsen har använts.¹⁵⁵ I ett fåtal beslut framkommer att naturmiljöns förekomst i ett nationellt perspektiv samt påverkan på näringsväven och områdets funktion som lekplats bedömts. I ett beslut avslås en ansökan om utökning av en brygga med hänsyn även till indirekta effekter av bryggan, såsom ökad och förändrad båttrafik i området och dess negativa påverkan på marina djur och växtarter. I ett län anges tydligt hänsynen till kumulativa effekter i två avslagsbeslut. Ett av besluten handlade om byggande av bostadshus inom reservat, inom ett område som inte tidigare var bebyggt. Avslaget motiverades med att beviljandet av dispenser innebär att ytterligare dispenser av likabehandlingsskäl måste beviljas i framtiden och att det kan leda till stor påverkan på lång sikt. Detta synsätt kan ifrågasättas eftersom beaktandet av olika ekologiska förutsättningar inte kan anses stå i strid med likabehandlingsprincipen och därtill inte överensstämmer med de rättsliga kraven.¹⁵⁶ I vissa beslut nämns kumulativa effekter endast när det är frågan om ett Natura 2000 område, men det handlar då endast om en citering av 7 kap. 28 b § miljöbalken, och det framgår inte hur kumulativa effekter har beaktats. I några fall kan antas att kumulativa effekter har beaktats, även om det inte framgår helt tydligt. Detta gäller ett beslut om framförandet av motordrivet fordon i ett naturreservat, som också är skyddat som ett Natura 2000-område, samt ett beslut om myggbekämpning, där effekten av återkommande användning av bekämpningsmedel ansågs osäker. Det handlar vidare i

¹⁵¹ Zetterberg et al. (2021), s. 22.

¹⁵² Zetterberg et al. (2021), s. 22.

¹⁵³ Zetterberg et al. (2021), s. 22–23.

¹⁵⁴ Det framkommer även av utredningar och rapporter att det sällan ställs krav på kompensation med stöd av denna bestämmelse. Se t.ex. SOU (2017:34), *Ekologisk kompensation – Åtgärder för att motverka nettoförluster av biologisk mångfald och ekosystemtjänster, samtidigt som behovet av markexploatering tillgodoses*, s. 115.

¹⁵⁵ Bl.a. hänvisar ett län i flera beslut till områdets betydelse som lekplats enligt Balance-modeller (<https://www.balance-eu.org/>) och/eller det aktuella områdets bottenförhållande enligt klassificeringssystemet European Nature Information System (EUNIS) (<https://eunis.eea.europa.eu/>). I ett avslagsbeslut i ett annat län hänvisas även till Göteborgs Universitets uttalanden om det aktuella naturreservatets värden för studier av istiden.

¹⁵⁶ Se avsnitt 2.

båda fallen om *interna* kumulativa effekter, d.v.s. effekter från samma typ av verksamhet eller åtgärd, dock även sådan som inte orsakas av den sökande.

Av intervjuer med handläggare framkommer en inte helt samstämmig bild. En uppfattning är att det är den specifika platsen och den lokala eller regionala nivån som beaktas, men att en bedömning på nationell nivå kan aktualiseras om det finns risk för påverkan på en fridlyst art, ett biotopskyddat område eller ett Natura 2000-område, och att det är svårare att få dispens om åtgärden medför skada på nationell nivå. En annan ståndpunkt är att ekologiska skalor och samband samt kumulativa effekter beaktas; vilket dock inte stöds av de granskade beslutens utformning och innehåll. Vidare uttrycks att kumulativa effekter bör beaktas i större utsträckning, men att det är svårt i praktiken.

6. Diskussion

Av de analyser som genomförts framkommer att det i stor utsträckning saknas uttryckliga krav på att beakta landskapsekologiska förhållanden vid såväl inrättandet av naturreservat som vid prövningar av reservatsdispenser och -tillstånd. Även om sådan hänsyn är rättsligt möjlig, saknas tydlig styrning i den nationella reservatsregleringen. De nationella hushållningsbestämmelserna i 3–4 kap. miljöbalken, liksom de kommunala planeringsreglerna i plan- och bygglagen, är också vagt styrande i detta avseende. Mer långtgående hänsyn till landskapsekologiska förhållanden kan dock följa av EU-rätten. Detta följer inte minst av det övergripande kravet på att upprätthålla eller återställa en gynnsam bevarandestatus hos arterna och livsmiljöerna, inom hela deras utbredningsområde, även när detta sträcker sig över större geografiska områden och administrativa gränser. Kraven enligt direktiven kan bland annat innebära att Sverige måste samarbeta med stater vid delade popula-

tioner, att buffertzoner måste inkluderas, att avstånden mellan skyddade områden inte får vara för stort, att viktiga fortplantnings- och rastplatser inom hela arternas utbredningsområde måste skyddas o.s.v. Skyldigheten att vidta åtgärder *utanför* skyddade områden enligt Art- och habitatdirektivet för att säkerställa att nätverket av skyddade områden blir sammanhängande är dock så vagt formulerat att det snarare får ses som ett bemyndigande till medlemsstaterna att vidta landskapsfrämjande åtgärder snarare än en skarp rättslig skyldighet. Samtidigt är de långtgående kraven som gäller enligt artskyddsbestämmelserna begränsade till de arter som listas i bilaga 4. Skarpare skyldigheter vad gäller åtgärder utanför skyddade områden gäller dock enligt Fågeldirektivet, som också omfattar alla vilda fågelarter som förekommer naturligt i landet. Rättsläget är dock oklart när det gäller räckvidden av kraven på skydd av häcknings- och rastplatser enligt Fågeldirektivet.

Granskningen av reservatsdispenser och -tillstånd i de fem länen visar att de rättsliga bristerna också får genomslag i rättstillämpningen på myndighetsnivå, där en majoritet av de slutgiltiga besluten fattas. Besluten är dock Ordalydelsen i besluten tyder dock i regel så schablonmässigt formulerade att det är svårt att dra några säkra slutsatser om vad som har bedömts och hur. Ordalydelsen i besluten tyder på att det främst är förhållandet på plats och den lokala och direkta påverkan som bedömts. Att hänsyn till kumulativa effekter motiveras med stöd av likabehandlingsprincipen talar vidare för att det är *handlingen* i sig, snarare än handlingens effekter, som är i fokus för prövningarna; ett synsätt och tillämpning som står i strid med de rättsliga kraven. Detta kan vara en förklaring till den höga beviljandegraden, då varje åtgärd eller verksamhet i sig kan ha en begränsad påverkan. Det framgår inte heller av besluten vilken roll de allmänna hänsynsreglerna har haft. Att det

saknas författningsstöd, i vart fall preciserade, samt klaggörande redovisningar av de omständigheter som varit avgörande för beslutet får anses problematiskt, inte minst från ett rättssäkerhetsperspektiv. Tydliga och transparanta beslut får dock anses vara till nytta också för andra enskilda än de direkt berörda, myndigheter som företräder allmänna intressen samt miljöorganisationer, men också för ärendehantering och prövningsordningen i stort liksom forskning och annan utvärdering och uppföljning av rättstillämpningen.

För att stärka landskapsekologiska samband vid beslut om inrättande av naturreservat och beslut om reservatsdispenser och -tillstånd, kan flera åtgärder vidtas. För det första finns ett grundläggande behov av att främja att rättstillämpningen blir mer enhetlig med lagstiftarens intentioner samt att säkerställa att myndigheter fullgör sin motiveringsskyldighet. För det andra måste säkerställas att de allmänna hänsynsreglerna tillämpas fullt ut, att kumulativa effekter beaktas samt att prövningar sker på lämplig skala. En viktig väg framåt kan vara att utveckla och förbättra vägledningarna till myndigheterna. I detta bör bland annat ingå att klargöra förhållandet mellan de allmänna hänsynsreglerna, dispenskraven, kompensationskraven, rimlighetsavvägningen i 2 kap. 7 § miljöbalken och proportionalitetsbedömningen enligt 7 kap. 25 § miljöbalken.¹⁵⁷ Därtill bör också vägledning gällande kompensationsinstrumentets roll för att främja landskapsekologiska förhållanden och samband utvecklas. För att säkerställa hänsynen till kumulativa effekter vid reservatstillstånd och -dispenser kan vidare ett uttryckligt krav på sådan hänsyn införas (jämför 7 kap. 28 b § miljöbalken). Det kan dock även i detta fall framför allt antas finnas ett behov av tydligare vägledning. Detta stöds inte minst av avsaknaden av sådana

bedömningar i besluten även i de fall uttryckliga rättsliga krav finns (7 kap. 28 b § miljöbalken). Det kan också framhåvas att beaktandet av kumulativa effekter redan är ett krav, då dispenser inte får motverka syftet med reservatet, och en sådan bedömning inte låter sig göras utan hänsyn till tidigare, pågående och framtida påverkan. Att krav på kompensationsåtgärder sällan ställs vid reservatsdispenser, trots ett uttryckligt rättsligt krav, tyder också på att förbättrad vägledning är en viktigare åtgärd.

En väg framåt är utformningen av en rättsligt reglerad strategisk och förebyggande landskapsplanering för mark- och vattenanvändning.¹⁵⁸ En sådan planering bör omfatta såväl land som hav, inklusive kustvatten, och säkerställer överensstämmelse mellan ekologiska och administrativa skalor.¹⁵⁹ När planering sker på flera olika administrativa nivåer är det viktigt med rättsliga mekanismer som säkerställer att planeringen på lägre nivåer är förenliga med högre nivåer.¹⁶⁰ Tillvaratagandet av ekologiska processer och flöden på lämplig skala i tid och rum måste vidare överordnas andra konkurrerande målsättningar. Krav på samråd och samarbeten mellan olika administrativa enheter och nivåer i planeringsprocessen kan också bidra till en mer ändamålsenlig utformning. Genomförandet av en sådan planering förutsätter således en mer genomgripande reform av de befintliga

¹⁵⁸ Se om landskapsplanering i skog i Forsberg (2018) samt Michanek et al. (2018). *Landscape Planning – Paving the Way for Effective Conservation of Forest Biodiversity and a Diverse Forestry? Forests* 2018(9) samt Forsberg (2012), *Skogen som livsmiljö*. Akademisk doktorsavhandling. Se även Zetterberg et al. (2021), s. 65. Se även om planering för biologisk mångfald i relation till jakt- och viltförvaltning i Christiernsson (2011). *Rättens förhållande till komplexa och dynamiska ekosystem*. Akademisk doktorsavhandling, s. 87–94.

¹⁵⁹ Se om bristerna i den befintliga regleringen för planering av havsområden samt den regionala planeringen för grön infrastruktur i Nyström Sandman (2020), s. 37–38.

¹⁶⁰ Christiernsson (2011), s. 87–94.

¹⁵⁷ Se vidare Zetterberg et al. (2021), s. 64–65.

hushållnings- och planeringsreglerna i 3–4 kap. miljöbalken och plan- och bygglagen.

Om väl utformad kan en strategisk och förebyggande landskapsplanering utgöra en viktig brygga mellan miljöbalkens mål om bevarandet av biologisk mångfald, samt flera av riksdagens miljö kvalitetsmål, och handlingsregler. En väl utformad landskapsplanering kan till exempel antas främja att naturreservat inrättas på rätt plats i landskapet och att prövningar sker på lämplig nivå och med utgångspunkt i den sam-

lade påverkan, så att den hålls *inom* hållbara gränser. En planering som på ett tidigt stadium hanterar intressekonflikter och fördelar det fysiska rummet i hav och på land, mellan olika konkurrerande intressen, kan också antas bidra till ökad förutsebarhet för enskilda. Den kan också, om lämpligt utformad, vara ett proaktivt instrument för att minska konflikter, inte minst sådana som kan uppstå till följd av EU-rättens långtgående krav på skydd av arter och deras fortplantningsområden och viloplats. ¹⁶¹

¹⁶¹ Se om EU-domstolens samt Kommissionens uttalanden om förebyggande strategier i avsnitt 4.2. Se vidare Michanek (2019). Species and Habitats Protection in U.S. Forest Planning. *Nordisk Miljörättslig Tidskrift* 2019:1, s. 83–103, om den rättsligt styrda planeringen av federala skogar i USA, som i väsentlig grad anses ha inneburit minskade konflikter genom att de strikta reglerna i *Endangered Species Act* inte aktualiserats.

Dams on Natura Rivers in Estonia: Collision of the Interests of Cultural Heritage and Biodiversity Protection

*Silver Jakobson**

Abstract

Combating climate change and biodiversity loss, the European Commission (EC) has come up with the biodiversity strategy for 2030 – a crux of European Green Deal. This strategy sets a target to increase protected areas in the European Union (EU) to 30% both of land and sea and aims to launch a EU's nature restoration plan to restore degraded ecosystems at land and sea.

At the same time and despite the strict interpretation of the Habitats Directive by the EC and the Court of Justice of the European Union (CJEU), Member States still struggle to enforce proper implementation of the Habitats Directive. As a result, the objectives of the Habitats and Birds Directives are not achieved, and biodiversity loss is not stopped while biodiversity protection still faces strong opposition among different interest groups. Also, Estonia seems to be failing in protecting biodiversity as the EC initiated an infringement procedure against Estonia on 9th of June 2021 regarding logging activities in Natura 2000 (N2000) sites and the implementation of the Habitats Directive and the SEA Directive.

Numerous disputes regarding the dams on rivers that are N2000 sites are also emerging

in Estonia. As a total of more than 1 000 dams have been counted on Estonian rivers and about 40 percent of them have a significant impact on the state of fish, fauna, and flora, this paper aims to assess whether the case law of Estonia judiciary regarding the dams on the N2000 rivers is in line with the EU's legislation, the EC's guidelines, and the case law of the CJEU.

This paper discusses the fundamentals of Article 6(3) of the Habitats Directive and Natura assessment procedures with the focus on the most recent case-law in Estonia. This study also highlights the essential conflict between biodiversity and cultural heritage protection in light of the recent Estonian case-law and discusses some of the cases where the obligation to carry out appropriate Natura assessment and the use of Article 6(4) of the Habitats Directive are avoided.

1. Introduction

Article 11 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU)¹ stipulates that environmental protection requirements must be integrated into the definition and implementation of the EU policies and activities to promote sustainable development. The pillars of the EU's legislation on nature conservation and biodiversity are

* Silver Jakobson works as an Audit Manager in the field of Security, Infrastructure and Major Investments at the National Audit Office of Estonia and holds a MA degree in Law and a MSc degree in Land Use Planning and Management. For correspondence: <silver.jakobson@gmail.com>.

¹ Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union – OJ C 326, 26/10/2012, pp. 1–390.

Council Directive 2009/147/EC² on the conservation of wild birds (Birds Directive) and Council Directive 92/43/EEC³ on the conservation of natural habitats and of wild fauna and flora (HD). Under these two directives, the N2000 network that stretches over the EU and covers more than 18% of land and 8% sea is established under the Article 3 of the HD whereby core breeding and resting sites for rare and threatened species and rare natural habitat types are protected. Despite this, the EU has failed to protect biodiversity in the existing N2000 areas. The EC has ascertained in 2016 and in 2020 that the general objectives of the HD and Birds Directive are not met and some of the species and habitat types continue to decline or remain endangered.⁴ Considering the focus of this paper, it is important to underline that many species associated with freshwater habitats are declining to a worrying extent⁵

² Directive 2009/147/EC of the European Parliament and of the Council of 30 November 2009 on the conservation of wild birds – OJ L 20, 26.1.2010, pp. 7–25.

³ Council Directive 92/43/EEC of 21 May 1992 on the conservation of natural habitats and of wild fauna and flora - OJ L 206, 22.7.1992, pp. 7–50.

⁴ European Commission 16.12.2016 SWD(2016) 472 final “Fitness Check of the EU Nature Legislation” (Birds and Habitats Directives), pp. 72–73, 87. Accessible: https://ec.europa.eu/environment/nature/legislation/fitness_check/docs/nature_fitness_check.pdf (10.12.2021); European Commission 20.05.2015 COM(2015) 219 final, Report from the Commission to the Council and the European Parliament, The State of Nature in the EU, Report on the status of and trends for habitat types and species covered by the Birds and Habitats Directives for the 2007–2012 period as required under Article 17 of the Habitats Directive and Article 12 of the Birds Directive, p. 19. Accessible: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015DC0219&from=EN> (10.12.2021); European Commission 15.10.2020 COM(2020) 635 final, Report from the Commission to the European Parliament, the Council and The European Economic and Social Committee, The state of nature in the European Union “Report on the status and trends in 2013–2018 of species and habitat types protected by the Birds and Habitats Directives” pp. 19–20. Accessible: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0635&rid=1> (10.12.2021).

⁵ European Commission COM(2015), p. 8.

and around 30% of fish species received a ‘bad status’ assessment in 2020⁶ while being most affected by the pressures relating to modifications of the water regime.⁷

Combating climate change and biodiversity loss, the EC has come up with the biodiversity strategy for 2030⁸ – a crux of European Green Deal.⁹ This strategy sets a target to increase protected areas in the EU to 30% both of land and sea but also aims to launch a EU’s nature restoration plan to restore degraded ecosystems at land and sea. The EC has issued numerous guidelines on management of N2000 sites.¹⁰ In addition, the EC has issued a notice on managing N2000 sites under the provisions of Article 6 of the HD in 2018¹¹ and the relevant extensive EU case law¹² is also publicly available. Despite extensive guidance, the EU still struggles to enforce proper implementation of Article 6 of the HD and biodiversity protection still faces strong opposition among different interest groups. Thus far the EC seems to be focusing on clarifying the framework of the enforcement of the HD rather than on the enforcement of the HD itself.

⁶ European Commission COM(2020), p. 7.

⁷ *Idid*, p. 11.

⁸ European Commission. Biodiversity strategy for 2030, 2021. Accessible: https://ec.europa.eu/environment/strategy/biodiversity-strategy-2030_en (10.12.2021).

⁹ European Commission. A European Green Deal, 2021. Accessible: https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal_en (10.12.2021).

¹⁰ European Commission, Management of Natura 2000 sites, Article 6 – Sector Specific Guidance. Accessible: https://ec.europa.eu/environment/nature/natura2000/management/guidance_en.htm (10.12.2021).

¹¹ European Commission 21.11.2018 notice C(2018) 7621 “Managing Natura 2000 sites The provisions of Article 6 of the ‘Habitats’ Directive 92/43/EEC”. Accessible: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/3/2018/EN/C-2018-7621-F1-EN-MAIN-PART-1.PDF> (10.12.2021).

¹² European Commission’ booklet. Article 6 of the Habitats Directive: Rulings of the European Court of Justice, Jun 2014. pp. 1–80. Accessible: https://ec.europa.eu/environment/nature/info/pubs/docs/others/ECJ_rulings%20Art_%206%20-%20Final%20Sept%202014-2.pdf (10.12.2021).

Numerous authors have demonstrated that the formation of the N2000 lead to conflicts all over Europe¹³, it reflects the interests of the loudest stakeholders in some of the Member States¹⁴ and of environmental non-governmental organizations in most of the EU countries.¹⁵ Thus, in general, with some exceptions, the N2000 network was to a large extent established following the ecological criteria set forth in the HD¹⁶, the rules and instructions of the EC and the CJEU case law.¹⁷ Therefore, formation of N2000 network did not initially carry the spirit of balancing the economic, social, cultural, and ecological concerns, despite the HD's objective according to Article 2(3) was to establish a network of

protected areas which do not exclude human factor.

According to Schoukens and Cliquet, the current opposition stems from the understanding that the HD poses constraints to sustainable development – an increasing number of politicians but also businesspeople argue that the conservation objectives and rules are too rigid which ultimately lead to disproportionate costs.¹⁸ Therefore, it is not a surprise that strict application of the precautionary principle by the CJEU which leaves little room for leverage at the permit level might lead to further inappropriate implementation of the HD on national level as Schoukens and Bastmeijer have underlined.¹⁹

Thus far, around 20 percent of all environmental cases and more than 80 rulings by the CJEU²⁰ are related to the HD and most of the cases involve infringements of proper implementation of the EU legislation (Article 258 of the TFEU). The major issue seems to be the failure to carry out proper Natura assessment pursuant to Article 6(3) of the HD.

2. Appropriate Natura Assessment

The Environmental Impact Assessment (EIA) Directive²¹ sets the standard of the EIA in general and applies to a wide range of public and

¹³ Paavola, J. Protected Areas Governance and Justice: Theory and the European Union's Habitats Directive, *Environmental Sciences*, 1(1), 2004, p. 71. Accessible: <https://doi.org/10.1076/evms.1.1.59.23763> (10.12.2021); Alphandéry, P., Fortier, A. Can a Territorial Policy be Based on Science Alone? The System for Creating the Natura 2000 Network in France. *Sociologia Ruralis*, 41(3), July 2001, pp. 324–326. Blackwell Publishers. Accessible: https://www.researchgate.net/publication/229531699_Can_a_Territorial_Policy_be_Based_on_Science_Alone_The_System_for_Creating_the_Natura_2000_Network_in_France (10.12.2021).

¹⁴ Hiedanpää, J. European-wide conservation versus local well-being: the reception of the Natura 2000 Reserve Network in Karvia, SW-Finland. *Landscape and Urban Planning*, 61(2–4), Nov 2002, pp. 113, 116–117, 119. Accessible: [https://doi.org/10.1016/S0169-2046\(02\)00106-8](https://doi.org/10.1016/S0169-2046(02)00106-8) (10.12.2021); Schoukens, H., Cliquet, A. Judicial Training on EU Environmental Law. Trier, 27–28 May 2019, p. 31 and there cited national case law. Accessible: https://www.ejtn.eu/PageFiles/17863/Habitat%20Directive_Presentation.pdf (10.12.2021).

¹⁵ Paavola, J. *Op. cit.*, p. 71 and there cited authors.

¹⁶ Jakobson, S. Natura 2000 derogation procedure Under the Habitats Directive: Options for Improvement. Master's thesis, pp. 20–21, University of Tartu, School of Law, Department of Public Law, 2021 Tallinn. Accessible: <http://hdl.handle.net/10062/72604> (10.12.2021).

¹⁷ CJEU 11.07.1996 C-44/95, *Regina v Secretary of State for the Environment*, judgement, ECLI:EU:C:1996:297; CJEU 13.12.2007 C-418/04, *Commission v Ireland*, para 39 and there cited cases, 141, ECLI:EU:C:2007:780; CJEU 07.11.2000 C-371/98, *First Corporate Shipping*, para 23, 25, ECLI:EU:C:2000:600.

¹⁸ Schoukens, H., Cliquet, A. Biodiversity offsetting and restoration under the European Union Habitats Directive: balancing between no net loss and deathbed conservation? *Ecology and Society*, 21(4):10, 2016, Conclusions and Outlook. Accessible: <http://dx.doi.org/10.5751/ES-08456-210410> (10.12.2021).

¹⁹ Schoukens, H., Bastmeijer, K., Species Protection in the European Union: How Strict is Strict? (February 3, 2014). This chapter has been published in: Born C-H., Cliquet A., Schoukens H., Misonne D. & Van Hoorick G., (eds.), *The Habitats Directive in its EU Environmental Law Context: European Nature's Best Hope?*, pp. 8, 12, Routledge, Abingdon, Oxford 2014, Accessible at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2390383> (10.12.2021).

²⁰ Schoukens, H., Cliquet, A. (2019). p. 6.

²¹ Consolidated text: Directive 2011/92/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011

private projects (which are defined in Annexes I and II thereof).²² The Article 2(1) combined with Annex III note 3 of the EIA Directive and Article 6(3) of the HD have somewhat similar meaning – the aim is to assess the environmental impacts of specific project *ex ante*. Nevertheless, it is pointed out that general regulation regarding EIA and Natura assessment differ significantly due to the obligation to initiate impact assessments, the extent of assessments, the minimum standard of the assessments, the legislative consequences of the assessments, but also due to the relevant case law.²³

In Estonia, the procedures for assessing environmental impact, including Natura assessment, are governed by the Environmental Impact Assessment and Environmental Management System Act (EIA Act).²⁴

As to the extent of assessment, Article 3 of the EIA Directive has broader meaning than Article 6(3) of the HD as the latter sets narrow focus and concentrates on assessing the impacts of project's implications for the N2000 site in view of the site's conservation objectives. The general methodology of a step-by-step Natura assessment under the Article 6(3) of the HD is covered in all sector-specific guidelines issued by the EC with the emphasis that the scope of Natura as-

on the assessment of the effects of certain public and private projects on the environment (codification) (Text with EEA relevance) – OJ L 26, 28.1.2012, pp. 1–21.

²² European Commission. Environmental Impact Assessment – EIA. Overview – legal context. Accessible: <https://ec.europa.eu/environment/eia/eia-legalcontext.htm> (10.12.2021).

²³ Relve, K., Vahtrus, S. Environmental Impact Assessment is Lost in the Woods – *Juridica* 2019/V, pp. 325, 327 and there cited case-law and authors. Accessible: https://www.juridica.ee/article.php?uri=2019_5_kesk-konnam_jude_hindamine_omadega_metsas&lang=en (10.12.2021).

²⁴ Environmental Impact Assessment and Environmental Management System Act – RT I, 10.07.2020, 46. Accessible: <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/502112021007/consolide> (10.12.2021).

assessment is much narrower than an assessment under the EIA Directive or under the Strategic Environmental Assessment Directive (SEA) Directive.²⁵ Regarding the minimum standard, the regulation of the general EIA is much more specific while Natura assessment requirements are minimal.²⁶ In case C-243/15 *Lesoochranárske zoskupenie VLK*, the CJEU held though that the Article 6(3) of the HD in conjunction with Article 6(1)(b) of the Aarhus Convention²⁷ sets the standard to competent national authorities not only to obtain the opinion of the general public but also assure the rights of an environmental organization to challenge decisions regarding appropriate assessments.²⁸

Regarding the legislative consequences of the assessments, Article 6(4) of the HD sets strict benchmark for derogations. The derogation procedure under the HD is not necessary only if it is certain that project will not adversely affect the integrity of the site – according to the best scientific knowledge in the field²⁹ – and the opinion of the publicity is obtained.³⁰ Furthermore, the CJEU has held in many cases that an assessment cannot constitute as appropriate where reliable and updated data is lacking³¹; also, all cumula-

²⁵ Directive 2001/42/EC of the European Parliament and of the Council of 27 June 2001 on the assessment of the effects of certain plans and programmes on the environment – OJ L 197, 21.7.2001, pp. 30–37.

²⁶ *Ibid*, sec. 29.

²⁷ United Nation's Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters. Aarhus, Denmark, 25 June 1998. Accessible: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=XX-VII-13&chapter=27&clang=_en (10.12.2021).

²⁸ CJEU 08.11.2016 C-243/15, *Lesoochranárske zoskupenie VLK*, para 45–61, ECLI:EU:C:2016:838.

²⁹ C-127/02, *Waddenzee*, para 61.

³⁰ Article 6(3) of the Habitats Directive.

³¹ E.g., CJEU 11.09.2011 C-43/10, *Nomarchiaki Aftodi-oikisi Aitoloakarnanias and Others v Ipourgos Perivallontos, Chorotaxias kai Dimosion ergon and Others*, para 115, ECLI:EU:C:2012:560; CJEU 24.11.2011 C-404/09, *Commission v Spain*, para 103–105, ECLI:EU:C:2011:768.

tive effects which result from the combination of a plan or a project with other plans or projects must be considered in view of the site's conservation objectives as the CJEU held in case C-127/02, *Waddenzee*.³² The EIA Directive nor the EIA Act require to demonstrate best scientific knowledge in an EIA nor specify in which circumstances the acceptance of a project is precluded. The EIA Directive does not lay down the substantive rules either in relation to the balancing of the environmental effects with other factors or prohibit the completion of projects which are liable to have negative effects on the environment.³³

Regarding the initiation of an EIA, the CJEU has clarified in case C-127/02, *Waddenzee*, that to initiate a Natura assessment, the effects of a plan or a project need not be certain, but that the risk of significant effects has been identified and on basis of objective data, one cannot rule out this risk.³⁴ The CJEU has also held in case C-418/04, *Commission v Ireland*, that EIA and Natura assessment have different legal consequences, as assessments carried out pursuant to the EIA Directive or the SEA Directive cannot replace the procedure provided for in Articles 6(3) and 6(4) of the HD.³⁵

Furthermore, the CJEU has explained in case C-258/11, *Sweetman and Others*, that the provisions of Article 6 of the HD must be construed as a coherent whole in the light of the conservation objectives pursued by the directive and to maintain the integrity of a site as a natural habitat, the site needs to be preserved at a favorable conservation status. It follows that this ensures the lasting preservation of the constitutive char-

acteristics of the site concerned and the competent national authorities cannot authorize interventions where there is a risk of lasting harm to the ecological characteristics of sites that host priority natural habitat types.³⁶

It can be drawn that as a rule the appropriate assessment of N2000 site – being much narrower than general EIA – should be carried out according to Article 6(3) of the HD. The appropriate assessment concentrates only on the N2000 site affected and on its conservation objectives in relation to the intended plan or a project. As a rule, appropriate Natura assessment must be carried out within development of a plan or a project. In case C-127/02, *Waddenzee*, the CJEU held that also activities which have been carried out periodically for several years but for which a license is granted annually for a limited period, each license should be considered, at the time of each application, as a distinct plan or project within the meaning of the HD.³⁷ Therefore, competent authorities have narrow margin of discretion due to precautionary principle in deciding whether to carry out an appropriate assessment.³⁸

The improper implementation of Article 6(3) of the HD seems to be symptomatic in the EU. The EC issued an evaluation study³⁹ in 2013 to investigate how appropriate assessment is used in Member States. The study revealed that there were more than 70 different appropriate assessment approaches in practical use by either

³² CJEU 07.09.2004 C-127/02, *Waddenzee*, para 53, ECLI:EU:C:2004:482.

³³ CJEU 14.03.2013 C-420/11, *Leth*, para 46, ECLI:EU:C:2013:166.

³⁴ C-127/02, *Waddenzee*, para 41–45.

³⁵ CJEU 13.12.2007 C-418/04, *Commission v Ireland*, para 231, ECLI:EU:C:2007:780.

³⁶ CJEU 11.04.2013 C-258/11, *Sweetman and Others v An Bord Pleanála*, para 32 and there cited cases, para 39 and there cited cases, para 42 and there cited cases, ECLI:EU:C:2013:220.

³⁷ C-127/02, *Waddenzee*, para 28.

³⁸ *Ibid*, para 59, 67.

³⁹ Sundseth, K., Roth, P. Study on Evaluating and Improving the Article 6.3 Permit Procedure for Natura 2000 Sites. European Commission, 2013. Accessible: http://ec.europa.eu/environment/nature/natura2000/management/docs/AA_final_analysis.pdf (10.12.2021).

national or regional legislation across the EU and some countries seem to try to fit everything under Article 6(3) of the HD to avoid having to use Article 6(4)⁴⁰ of the HD. In addition, the 2017 report of the European Court of Auditors highlighted that substantial deficit exist in the Member States such as France, Germany, Spain, Poland, and Romania of adequately assessing projects that have impact on N2000 sites.⁴¹

3. Natura Assessment – Case Law in Estonia

In Estonia, major flaws in protecting biodiversity seem to exist as the EC initiated an infringement procedure against Estonia on 9th of June 2021. The EC is calling on Estonia to bring its national legislation in line with the HD and the SEA Directive regarding logging activities in N2000 sites.⁴² The infringement procedure cannot come by no means as a surprise as Relve and Vahtrus concluded already in 2019 that Estonian domestic law contradicts Article 6(3) of the HD regarding Natura assessment and logging in N2000 sites.⁴³ However, the flaws regarding following Article 6(3) of the HD in Estonian domestic legislation as well as following the EC guidelines and the case law of the CJEU seem to not stop here.

3.1 Hellenurme Dam

As a total of more than 1 000 dams have been counted on Estonian rivers and about 40 percent of them have a significant impact on the state

of fish, fauna, and flora⁴⁴; a large proportion of Estonian dams have significant effect on N2000 sites as well. Matters become complicated when a dam that restricts fulfilment of the HD goals has the cultural heritage importance.

The collision between the environmental and heritage interests emerge most often in the process of the water permit application. On one hand, the Estonian Heritage Conservation Act⁴⁵ prohibits to endanger, damage or destroy a monument or structure located on a heritage conservation area. On the other, the Estonian Water Act⁴⁶ stipulates that the fish passage both up- as well as downstream shall be ensured by the owner or possessor of a dam on the dam built on a water body that has been approved as a spawning area or habitat of salmon, brown trout, salmon trout or grayling or on a stretch thereof based on subsection 51(2) of the Nature Conservation Act.⁴⁷ The construction of the fish passages, however, often have the effect on the cultural monument or structure and therefore a solution must be sought through consideration⁴⁸ and if necessary, through the Natura derogation process in accordance with the Article 6(4) of the HD. Thus, when the dam is under the heritage protection and is located on the river which is a N2000 site, the impact of the proposed activity must be assessed in view of the cultural herit-

⁴⁰ *Ibid.*, pp. 17, 63.

⁴¹ European Court of Auditors. Special Report No 1: More efforts needed to implement the Natura 2000 network to its full potential, 2017, pp. 9, 20, 45. Accessible: https://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/SR17_1/SR_NATURA_2000_EN.pdf (10.12.2021).

⁴² European Commission, June infringements package: key decisions, 9th June 2021, Brussels. Accessible: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/EN/INF_21_2743 (10.12.2021).

⁴³ Relve, K., Vahtrus, S. *Op. cit.*, pp. 332–333.

⁴⁴ Varov, K. Finding a Balance Between Environmental and Heritage Interests in the Water Permit Application Process, p. 39, Master's thesis, University of Tartu, School of Law, Department of Public Law, 2021 Tallinn. Accessible: <http://hdl.handle.net/10062/72933> (10.12.2021).

⁴⁵ Heritage Conservation Act, sec. 33, subsec. 1 – RT I, 10.12.2020, 22. Accessible: <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/513122020003/consolide> (10.12.2021).

⁴⁶ Water Act, subsec. 174 (3) – RT I, 21.09.2021, 6. Accessible: <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/506102021002/consolide> (10.12.2021).

⁴⁷ Nature Conservation Act – RT I, 16.06.2021, 3. Accessible: <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/530062021001/consolide> (10.12.2021).

⁴⁸ Varov, K. *Op. cit.*, pp. 60–61.

age⁴⁹ but also in view of the environmental aspects, including the Natura assessment⁵⁰ according to the Article 6(3) of the HD.

In case 3-17-1739/80⁵¹, *Hellenurme dam*, the dispute over the special use of water permit of the powerplant and a watermill on the Hellenurme dam was held. The owner of a watermill, that operates since 2002 as a museum and is under the heritage protection⁵², requested a special use of water permit from the Estonian Environmental Board (EEB). The dam is on Elva River which is a N2000 site since 08.01.2006⁵³ for the protection of the habitat type listed in Annex I to the HD: rivers and streams (3260) and for the protection of the habitats *Cobitis taenia* and *Unio crassus* whose conservation status is poor in Boreal region.⁵⁴ The Elva River should be, once included in the list of sites of Community importance, be managed under the provisions set out in Article 6 of the HD. In addition, *Hellenurme dam* also falls under the protection of spawning area.⁵⁵ The EEB requested the project promoter to carry out full EIA, including Natura assessment, but the owner of the powerplant and a watermill filed a claim to court contesting the scope and the extent of the EIA arguing that the dam is under heritage protection and the National Heri-

tage Board has repeatedly found that fish passage cannot be built. The owner of a watermill argued that the obligation to carry out EIA and Natura assessment should be lifted as the former Water Act⁵⁶ which was in force until 30.09.2019 enabled an exception – according to subsection 17(4¹). The former Water Act stipulated that the EEB may, considering a good reason, exempt the owner of the dam from performance an obligation to ensure fish passage. The Supreme Court of Estonia held in this case that the promoter of a project must be released from the obligation of carrying out a full EIA and Natura assessment. The Court explained that the EEB cannot include the requirement of assessing the impact of water impoundment to N2000 site as the water has been already impounded prior to the formation of the N2000 site.

The Supreme Court of Estonia argued that as the power plant's turbine dates back to the 1950s and was put back into operation in 2005; the working mill equipment dates back to 1932–1933 and the dam together with the dam lake already existed in 19th century and the whole complex is under heritage protection together with the manor ensemble, this activity – water impoundment – on the Elva River constitutes as continuing activity in which case Article 6 of the HD does not apply. The Court did not consider it to be necessary to ask a preliminary ruling from the CJEU. The ruling was based of the existing CJEU case law⁵⁷ and concluded that carrying out and financing an EIA (and Natura assessment)

⁴⁹ EIA Act subsec. 3¹ (2).

⁵⁰ EIA Act sec. 29.

⁵¹ Judgement No 3-17-1739/80 of the Supreme Court Administrative Law Chamber, ECLI:EE:RK:2021:3.17.1739.354. Accessible: <https://www.riigiteataja.ee/kohtulahendid/detailid.html?id=284174319> (10.12.2021).

⁵² 12.08.1999 Directive No 16 of the Minister of Culture “Kultuurimälestiseks tunnistamine”, para 79 – RTL 1999, 122, 1665. Accessible: <https://www.riigiteataja.ee/akt/91744> (10.12.2021).

⁵³ 15.12.2005 Regulation No 311 of the Government of the Republic of Estonia “Hoiualade kaitse alla võtmine Valga maakonnas” – RT I 2006, 2, 4. Accessible: <https://www.riigiteataja.ee/akt/108122016003> (10.12.2021).

⁵⁴ Accessible: <https://eunis.eea.europa.eu/species/361> (10.12.2021).

⁵⁵ The Nature Protection Act subsec. 51(2).

⁵⁶ Water Act – RT I, 22.02.2019, 32. Accessible: <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/526022019001/consolide> (10.12.2021).

⁵⁷ Incl. CJEU 29.07.2019 C-411/17, *Inter-Environnement Wallonie ASBL ja Bond Beter Leefmilieu Vlaanderen ASBL v Conseil des ministres*, para 127–128, ECLI:EU:C:2019:622; CJEU 14.01.2010 C-226/08, *Stadt Papenburg v Bundesrepublik Deutschland*, para 47–51, ECLI:EU:C:2010:10; C-209/04, *Commission v Austria*, para 56 and there cited cases; C-418/04, *Commission v Ireland*, para 154, 245.

should be the responsibility of the administrative body (the EEB). In addition, the Court explained that heritage protection interests can, in principle, overpower environmental protection objectives and a competent authority may allow exception according to Article 6(4) of the HD.⁵⁸

By this ruling, the Supreme Court of Estonia seems to have departed from the strict interpretation of the Natura assessment, whereas it should always be observed separately from EIA. In 2014, the EIA Directive was amended due to the very purpose of elaborating on the relations of the EIA Directive, the HD, and the Birds Directive and to specify and scrutinize the screening and appropriate assessment procedures.⁵⁹

The ruling in case *Hellenurme dam* contradicts with the principle of obligation to compensate, i.e., incurring the costs related to environmental use and environmental disturbances must be borne by the environmental user. The Environmental Liability Act of Estonia clearly stipulates those costs related to the prevention or remedying of environmental damage will be borne by the person who caused damage and these costs include the costs of identifying, preventing, and remedying environmental damage and a threat of damage, including the costs of assessing alternative measures.⁶⁰ It also seems peculiar that when it is ultimately established that a project falls within the concept of “plan” or “project” within the meaning of Article 6(3) of the HD, the question of who is obliged to incur costs of the appropriate assessment could be raised at all. Furthermore, the ruling in case of *Hellenurme dam* seems to be quite an opposite of

what the CJEU held in case C-258/11, *Sweetman and Others*, where the CJEU explained that Article 6 of the HD must be construed as a coherent whole in the light of the conservation objectives pursued by the directive and in order to maintain the integrity of a N2000 site, the competent national authorities cannot authorize interventions where there is a risk of lasting harm to the ecological characteristics of sites that host priority natural habitat types.

Möckel explains that the term “project” in Article 1(2) a) of the EIA Directive and the term in Article 6(3) of the HD includes all human interventions in nature and the landscape regardless of whether interventions are subject to an authorization procedure based on national law.⁶¹ It follows that as the term “project” is based on the impact-related understanding and the CJEU places high demands on general exemptions for specific project types and plans, no statutory national exemptions can be construed.⁶²

The main argument of the Supreme Court of Estonia seems to rely on the 2010 case C-226/08, *Stadt Papenburg*, where the CJEU held that ongoing maintenance works in respect of the navigable channels of estuaries can be regarded as constituting a single operation which were already authorized under national law before the expiry of the time-limit for transposing the HD.⁶³ The Court also referred to the 2006 case C-209/04, *Commission v Austria*, where the CJEU had previously held that a construction of a carriageway for which building permit was given prior to the

⁵⁸ Judgement No 3-17-1739/80, para 14, 17, 25, 32–34.

⁵⁹ European Commission. Informal consolidated version of the EIA Directive. Accessible: https://ec.europa.eu/environment/eia/pdf/EIA_Directive_informal.pdf (10.12.2021).

⁶⁰ Environmental Liability Act, sec. 25, sec. 26 subsec. 1. – RT I, 30.10.2020, 8. Accessible: <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/507122020002/consolide> (10.12.2021).

⁶¹ Möckel, S. (2017) The terms “project” and “plan” in the Natura 2000 appropriate assessment. In: Möckel S (Ed.) Natura 2000 appropriate assessment and derogation procedure – legal requirements in the light of European and German case-law. Nature Conservation 23: 31–56, p. 53. <https://doi.org/10.3897/natureconservation.23.13601> (10.12.2021).

⁶² *Ibid*, pp. 47–48, 53.

⁶³ C-226/08, *Stadt Papenburg*, para 47–51, the judgement.

expiry of the time-limit for transposition of the HD is not subject to appropriate assessment.

The CJEU explained in case C-209/04, *Commission v Austria*, that the expiry of the time-limit for transposition of the HD as a formal criterion is the only one which accords with the principle of legal certainty and preserves a directive's effectiveness. The Court argued however that the HD was primarily designed to cover large-scale projects which often require a long time to complete as the relevant procedures were already complex at national level, and it would have been too cumbersome and time-consuming to meet the new criteria of the appropriate assessment under the HD.⁶⁴

It is doubtful thought, that maintenance works of channels and construction of carriageway can hardly be compared to a dam on a N2000 river in view of the public importance. The analogy of the case *Hellenurme dam* with the case C-209/04 seems artificial as the planning of a road project of national importance, including conducting an EIA and obtaining a building permit and acceptances of numerous municipalities, is with no doubt much more cumbersome and time-consuming than carrying out EIA and Natura assessment of a dam on a small river. Nevertheless, the cases C-226/08, *Stadt Papenburg* and C-209/04, *Commission v Austria* seem to undermine the logic of Article 6(3) of the HD and the approach taken by the EC in the latest guidelines regarding Natura assessment.

As to the ongoing activity, in the case C-127/02, *Waddenzee* the CJEU held that periodically given permits fall under the requirements of the HD in regard to Natura assessment. The CJEU has also ruled in case C-72/95, *Aannemersbedrijf P.K.*, that the projects that include modifications to activities such as relocation, reinforcement or widening of the dyke, replace-

ment of a dyke by constructing a new dyke in situ, whether or not the new dyke is stronger or wider than the old one, or a combination of such works, these works constitute a project whereby the EIA must be carried out in order to assess projects' impact on the environment and should therefore be made subject to an assessment with regard to its effects.⁶⁵ In the same case, the CJEU held that when the Member State establishes the criteria or thresholds that particular projects are exempted in advance from the requirement of an EIA, exceeds the limits of discretion of a Member State, unless projects excluded could, when viewed as a whole, be regarded as not being likely to have significant effects on the environment.

In a case C-538/09, *Commission v Kingdom of Belgium*, the CJEU held that Article 6(3) of the HD does not authorize a Member State to enact national legislation in a way that it allows the EIA obligation for a development plan to benefit from a general waiver, i.e., because of the low costs or the particular type of work. The Court added that systematically exempting works and development programs and projects, which are subject to a declaratory scheme from the procedure for assessing their implications for a site, a Member State fails to fulfil its obligations under Article 6(3) of the HD.⁶⁶

Nevertheless, the Supreme Court of Estonia concluded in case *Hellenurme dam* that by analogy with the CJEU cases, the EEB should consider a dam on the Elva River as a single operation for which the building permit was given prior to the expiry of the time-limit for transposition of the HD and if the purpose and nature of water use

⁶⁵ CJEU 24.10.1996 C-72/95, *Aannemersbedrijf P.K. Kraaijeveld BV e.a. v Gedeputeerde Staten van Zuid-Holland*, para 42, 54, 55 and there cited cases and the judgement, ECLI:EU:C:1996:404.

⁶⁶ CJEU 26.05.2011 C-538/09, *Commission v Kingdom of Belgium*, para 43 and there cited cases, ECLI:EU:C:2011:349.

⁶⁴ C-209/04, *Commission v Austria*, para 57, 62.

remains the same (no extra impact to N2000 site is imposed compared to the time N2000 site was established) an appropriate assessment is not necessary to assess the implication of a dam to river water regime.⁶⁷ Despite the Court emphasized that the position taken in this case may not be transferable to other temporary permits and activities permitted by them⁶⁸, the ruling nevertheless seems to pave the way for unsound Natura assessment on Estonian rivers.

The EU legislation and case law of the CJEU demonstrates that only in very rare circumstances it is possible to make an exemption of carrying out appropriate environmental impact (and Natura) assessment. Article 2(4) of the EIA Directive excludes projects from the requirement to conduct an EIA if a Member State can demonstrate that the alleged risk to security of the electricity supply is reasonably probable and that that project is sufficiently urgent.⁶⁹

In a case C-256/98, *Commission v France*, the CJEU held that in the context of the HD, no project could be excluded of proper environmental assessment by the argument of its low cost (by implying its irrelevant impact) or its purpose, as this would exceed the discretion of a Member State. In addition, the CJEU pointed out that the EIA must be carried out with consideration of the site's conservation objectives according to Article 6(3) of the HD, which requires the assessment to determine the environmental impact of development plan in the light of the site's particular conservation objectives.⁷⁰

⁶⁷ Judgement No 3-17-1739/80 of the Supreme Court Administrative Law Chamber, para 18, 19.; C-226/08, *Stadt Papenburg*, para 47–51 and the judgement; C-209/04, *Commission v Austria*, para 56.

⁶⁸ Judgement No 3-17-1739/80 of the Supreme Court Administrative Law Chamber, para 19.3.

⁶⁹ C-411/17, *Inter-Environnement Wallonie ASBL et al*, para 102.

⁷⁰ CJEU 06.04.2000 C-256/98, *Commission v France*, para 39 and 40, ECLI:EU:C:2000:192.

Peculiar is that the Supreme Court of Estonia specially emphasizes that the position taken in case of *Hellenurme dam* where a project was deemed to be an ongoing operation as regards to special circumstances may not be transferable to other permits and activities and in general, periodic permits should be considered as permits for new activities.⁷¹ This emphasis seems to refer to the *Linnamäe Dam* case (observed in the next chapter). In addition, if the case *Hellenurme Dam* was so special, a preliminary ruling from the CJEU according to Article 267 of the TFEU should have been asked to confirm the approach taken in interpreting EU legislation.

It seems evident that in case of *Hellenurme dam* the Supreme Court of Estonia considered the interests of private enterprise and cultural considerations to outweigh the objectives of the HD. However, this exceeds the competence of the Supreme Court of Estonia as the preliminary ruling of the CJEU was not requested, and the approach taken seems to contradict not only the principle according to which a promoter of a plan or a project must always incur the costs of using the public resource – the environment – but also the EU legislation, the case-law of the CJEU and the most recent guidance materials issued by the EC. The obligation under the Article 6(3) of the HD clearly directs Member States to scrutinize environmental use to minimize adverse impacts on it and to promote sustainable development and this objective is most effectively achieved in case the costs of meeting the requirements of the preserving obligation, including of those that are related to environmental use and environmental disturbances, are put on the user of the environment. To add, a subsidy granted by a public authority for measures taken to compensate for damage to a N2000 site can be considered also as

⁷¹ Judgement No 3-17-1739/80 of the Supreme Court Administrative Law Chamber, para 19.3.

a state aid, should it be granted to an undertaking established in N2000 site, designated before or after the establishment of the undertaking.⁷² Referring to the aforementioned 2013 study by the EC, the case of *Hellenurme dam* seems to be another example of a project with adverse impact on N2000 site that escapes through a “loop-hole” as it is not considered to be necessary to be included in the EIA.⁷³

To conclude, the ruling of the Supreme Court of Estonia in case *Hellenurme dam* paves the way for improper Natura assessment and derogation procedure in Estonia and undermines the principle according to which the promoter of a project should always incur the costs of developing and executing a plan or a project.

3.2 Linnamäe Dam

In Northern Estonia, another historical dam restricts fulfilling of objectives of the HD. In this case, a private enterprise applied a new special use of water permit for electricity production on the Jägala River and the EEB has been struggling for years to process a special use of water permit as the dam itself (built in 1922–1924, renovated in 2002) was taken under heritage protection as an immovable monument⁷⁴ by 21.12.2016 directive⁷⁵ of the Minister of Culture. The Jägala River is also a N2000 site since 10.07.2005 for the protection of the habitat type listed in Annex I to the HD: rivers and streams (3260) and common

species listed in Annex II: *Cottus gobio*, *Lampetra fluviatilis* and *Salmo salar*.⁷⁶ Therefore, the Jägala River should, once included in the list of sites of Community importance, be managed under the provisions set out in Article 6 of the HD. Nevertheless, the entrepreneur claims that the conditions regarding water regime have not changed compared to the time N2000 site was established referring to an ongoing activity and the analogy of the case *Hellenurme Dam*.

The Harju County Court as the first instance court ruled on 27.07.2020 in a case 3-19-1697/78, *Linnamäe dam*, that the EEB must issue a proper administrative act regarding special use of water permit.⁷⁷ However, this case took an interesting turn as most of the dam lake which is located upstream the Jägala River was taken under protection as the protective zone of the heritage by 18.12.2020 directive⁷⁸ of the Minister of Culture. As a result, the EEB cannot oblige the owner of the dam to demolish this immovable monument nor lower the water level of dam lake, on one hand, but on the other, the Ministry of Culture has not initiated a proper derogation procedure under Article 6(4) of the HD in which the opinion of the EC should be obtained but seems to be consent with the *status quo*. The non-profit environment association “Jägala Kalateed” has challenged the 2020 directive of the Minister of Culture in court because the heritage protection of the dam lake restricts building fish passage. The protection of the lake dam lake to as large

⁷² Van Hoorick, G. Compensatory Measures in European Nature Conservation Law. *Utrecht Law Review*, 10(2), May 2014, p. 169. Accessible: <http://doi.org/10.18352/ulr.276> (10.12.2021).

⁷³ Sundseth, K., Roth, P. *Op. cit.*, pp. 55–56.

⁷⁴ National Registry of Cultural Monument. Registry no 30418 “Linnamäe hüdroelektrijaama pais”. <https://register.muinas.ee/public.php?menuID=monument&action=view&id=30418&lang=en> (10.12.2021).

⁷⁵ 21.12.2016 Directive No 180 of the Minister of Culture “Linnamäe hüdroelektrijaama paisu kultuurimälestiseks tunnistamine” – RT III, 23.12.2016, 1. Accessible: <https://www.riigiteataja.ee/akt/323122016001> (10.12.2021).

⁷⁶ 16.06.2005 Regulation No 144 of the Government of the Republic of Estonia “Hoiualade kaitse alla võtmine Harju maakonnas” – RT I 2005, 38, 300. Accessible: <https://www.riigiteataja.ee/akt/103092019007?leiaKehtiv> (10.12.2021).

⁷⁷ Judgement No 3-19-1697/78 of the Harju County Court, the judgement, ECLI:EE:TLHK:2020:3.19.1697.14357.

⁷⁸ 18.12.2020 Directive No 190 of the Minister of Culture “Asulakohtade ja muistsete põllujäänuste kultuurimälestiseks tunnistamine ning ühise kaitsevööndi kehtestamine” – RT III, 22.12.2020, 1. Accessible: <https://www.riigiteataja.ee/akt/322122020001> (10.12.2021).

extent as this (over 24 hectares)⁷⁹ does not carry a good faith regarding balancing the environmental and cultural interest as it exempts the option of building a fish passage with reasonable costs.

3.3 Kunda Dam

The Tartu Administrative Court, on the other hand, held on 20.01.2015 in a case 3-14-51675 that the EEB had every right to require the EIA, including Natura assessment, while processing special use of water permit involving a hydroelectric power station dam on the Kunda River, which is not under heritage protection. The ruling has remained in force as it was not appealed.

The Kunda River is a N2000 site since 01.10.2004⁸⁰ for the protection of the habitat type listed in Annex I to the HD: rivers and streams (3260) and common species listed in Annex II (*Cottus gobio*), the protection of the habitats *Cobitis taenia*, *Salmo salar* and *Unio crassus*. Therefore, the Kunda River is, once included in the list of sites of Community importance, managed under the provisions set out in Article 6 of the HD.

The Court held that if the proposed activity may jeopardize the conservation objectives of the Natura site and an EIA, including Natura assessment, must be initiated. The Court held that in preliminary EIA, *inter alia*, the following considerations should be considered: reduction of the habitat area of the habitat type or species targeted by the site; increasing fragmentation; impact on the integrity of a site; increased disturbance; reduction in the number or population density of species; changes in water regime

or water quality; duration of the effect; habitat resilience; cumulative effects, other existing or planned projects in the region. Furthermore, the Court held that the need for an EIA must be considered in each application for a permit for the special use of water, not only when altering the activity.⁸¹

In the light of the cases *Hellenurme dam*, *Linnamäe dam* and *Kunda dam* in the Estonian case-law, the courts seem to be of the opinion that when the purpose of the special use of water permit is to generate hydroelectricity, an EIA and if relevant, also an appropriate assessment must be carried out by the promoter of the project, but when the dam is operating for heritage purposes (e.g. museum) only, an EIA and if relevant, also an appropriate assessment should be carried out by the State (despite the operator of the dam being a private enterprise). However, Article 6(3) of the HD does not distinguish projects as the term “project” is based on the impact-related understanding and should include all human interventions in nature. As to the consideration, domestic heritage protection interests seem to overpower EU’s biodiversity protection goals in Estonia. Furthermore, Estonian domestic legislation, as well as general principles applied both in EU and Estonian legislation and the EC guidance materials place the obligation of incurring the costs of meeting the requirements of the preserving obligation, including those that are related to environmental use and environmental disturbances, on the environmental user.⁸²

⁷⁹ Annex III of the 18.12.2020 Directive No 190 of the Minister of Culture of the common protection zone Accessible: <https://www.riigiteataja.ee/akt/112032019031> (10.12.2021).

⁸⁰ 15.09.2005 Regulation No 237 of the Government of the Republic of Estonia “Hoiualade kaitse alla võtmine Lääne-Viru maakonnas” – RT I 2005, 51, 404. Accessible: <https://www.riigiteataja.ee/akt/112032019031> (10.12.2021).

⁸¹ Judgement No 3-14-51675/16 of the Tartu Administrative Court, para 12, 22, ECLI:EE:TRHK:2015:3.14.51675.2479. Accessible: <https://www.riigiteataja.ee/kohtulahendid/detailid.html?id=151730856> (10.12.2021).

⁸² EC notice (2018), p. 70.; The Constitution of the Republic of Estonia, sec. 53 – RT I, 15.05.2015, 2. Accessible: <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/530122020003/consolide> (10.12.2021); Kask, O., Triipan, M. The Executive Issue: The Constitution of the Republic of Estonia, sec. 53 comment. para 14 – Ü. Madise, *et al.* Tar-

In addition, the CJEU case law clearly indicates that Natura assessment according to Article 6(3) of the HD should always consider the site's particular conservation objectives. The author of this paper fully agrees with the approach taken in a case *Kunda dam* by the Tartu Administrative Court. Nevertheless, the Supreme Court of Estonia has different approach on Natura assessment. Therefore, the question remains whether biodiversity protection goals on Estonian rivers can be achieved.

4. Natura Derogation

On paper, the derogation procedure under Article 6(4) of the HD should balance the public interests and allow execution of a plan or a project for imperative reasons of overriding public interest if despite a negative assessment of the implications for the N2000 site no other alternative solution exists. Article 6(4) of the HD stipulates that the compensatory measures should be submitted to the EC before they are implemented and before the realization of the plan or project concerned, but after its authorization. Even in cases where the prior opinion of the EC is not mandatory, the planned compensatory measures must always be communicated to the EC who analyses the balance between ecological values and imperative reasons and the appropriateness of compensatory measures.

In 2017 study Möckel highlighted that the EC and the CJEU have little opportunity to enter the individual requirements for a derogating authorization in Germany and the German case law has been favoring developments, especially governmental infrastructural projects, and has therefore weakened the concepts of N2000 and appropriate assessment by allowing derogat-

ing authorizations too easily.⁸³ The same study underlined that, developing governmental infrastructural projects that ignore conservation objectives of the HD, the EC guidelines and the CJEU case law has become a norm in Germany.⁸⁴ In the light of the cases of *Hellenurme dam* and *Linnamäe dam*, the same risk is already realizing also in Estonia.

Inconsistency and rare application of derogation procedures are confirmed both in academic literature but also by the EC on basis of its own statistics.⁸⁵ According to the EC practice up until now, there have been officially only 25 cases where the EC has allowed exceptions under Article 6(4)⁸⁶ of the HD. It should be noted that it takes long time for the EC to issue its opinion: the average duration of obtaining the opinion of the EC is approximately one year; in the *River Danube* case, the opinion was issued almost 2 years after the request. During the time Article 6(4) is being processed, the intended project is put on hold. It becomes obvious why the Member States have incentives to search for alternative and faster ways of processing EIA and Natura assessment, including ones that try to fit everything under Article 6(3) of the HD to avoid having to use Article 6(4). To add, it is also possible that the infringement of the HD takes place during derogation procedure. Therefore, the derogation procedure as it is, could hardly

tu: Iuridicum 2020. Accessible: <https://pohiseadus.ee/> (10.12.2021); Environmental Liability Act, sec. 25, sec. 26 subsec. 1, 9. Accessible: <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/507122020002/consolide> (10.12.2021).

⁸³ Möckel, S. The European ecological network "Natura 2000" and its derogation procedure to ensure compatibility with competing public interests. *Nature Conservation*, 23, 2017, p. 113. Accessible: <https://doi.org/10.3897/natureconservation.23.13603> (10.12.2021).

⁸⁴ Möckel, S. The European ecological network "Natura 2000", p. 113.

⁸⁵ *Ibid*, p. 89; Sundseth, K., Roth, P. *Op. cit.*, p. 63.

⁸⁶ European Commission Opinions relevant to Article 6 (4) of the Habitats Directive. Accessible: https://ec.europa.eu/environment/nature/natura2000/management/opinion_en.htm (10.12.2021).

fulfil its initial purpose and remains utmost inefficient.⁸⁷

5. Conclusion

Considering the EC guidance material and the CJEU case law, it becomes evident that the meaning of a project or a plan must be interpreted broadly. At the same time, appropriate assessment under Article 6 of the HD must be interpreted narrowly, as the focus should be determining the impacts on specific site in relation with specific conservation objectives. This means that competent authorities can give assent to the plan or a project only after having made sure that it will not adversely affect the integrity of the site. The concept of narrow approach also seems to apply for foregoing projects because previously given consents cease to have their legal effect and these projects must be assessed fully in the light of the criteria established in Article 6 of the HD. Furthermore, the obligation under Article 6(3) of the HD directs Member States to scrutinize environmental use to minimize adverse impacts on it and to promote sustainable development. This objective is most effectively achieved in case the costs of meeting the requirements of the preserving obligation, including of those that are related to environmental use and environmental disturbances, are put on the user of the environment.

Estonian case law seems to leave more room for the discretionary right of competent authorities and steers them to take other public inter-

ests such as cultural heritage into account when managing the N2000 sites. In the case of *Hellenurme dam*, the Supreme Court of Estonia seem to have valued cultural heritage interests higher than the EU's biodiversity protection interests and went too far when excluding "an ongoing activity" (historical dam on river that is a N2000 site) from the obligation of the Natura assessment – the proponent of a project could not be released of such obligation according to the EU and domestic legislation in force and according to extensive CJEU case law which has been very strict in that matter. In addition, in the case of *Hellenurme dam*, the Supreme Court of Estonia lifted the obligation to compensate, i.e., incurring the costs related to environmental use and environmental disturbances, of the enterprise which owned the dam on the river in N2000 site.

In conclusion, improper national case-law might be one of the root causes, why the general objectives of the HD are not met and some of the species and habitat types continue to decline or remain endangered. Even one improper interpretation of Article 6 of the HD, especially if it is confirmed by the Supreme Court of a Member State, could have immense impact. In conclusion, it is not premature to argue, that unless EC finds a way how to enforce and scrutinize proper implementation of the HD, the new initiatives of the EC in combating biodiversity loss, such as biodiversity strategy for 2030 and European Green Deal, are at great risk of failing.

⁸⁷ Jakobson, S., *Op. cit.*, p. 72.