



SVEA HOVRÄTT
Mark- och miljööverdomstolen
Rotel 060304

DOM
2023-01-20
Stockholm

Mål nr
M 10703-21 och
M 10705-21

ÖVERKLAGADE AVGÖRANDE

Växjö tingsrätts, mark- och miljödomstolen, dom 2021-08-24 i mål nr M 3035-20, se bilaga A

Växjö tingsrätts, mark- och miljödomstolen, dom 2021-08-24 i mål nr M 4693-20, se bilaga B

PARTER

Klagande i mål nr M 10703-21 och M 10705-21

T.J.

Ombud: Advokat S.A.

Motpart i mål nr M 10703-21

Statens jordbruksverk

Motpart i mål nr M 10705-21

Naturvårdverket

SAKEN

Ansökan angående tillämpligheten av alternativt dispens från förbudet i 23 respektive 25 § artskyddsförordningen (2007:845) mot att förvara eller transportera levande fåglar respektive mot att förvara för försäljning eller bjuda ut till försäljning, sälja, köpa eller byta levande eller döda fåglar av arter som lever vilt inom Europeiska unionens europeiska territorium

MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLENS DOMSLUT

1. Mark- och miljööverdomstolen finner inte skäl att hämta in förhandsavgörande från EU-domstolen.

Dok.Id 1885599

Postadress
Box 2290
103 17 Stockholm

Besöksadress
Birger Jarls Torg 16

Telefon
08-561 670 00
08-561 675 50

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

Telefax

Expeditionstid
måndag – fredag
09:00–16:30

2. Mark- och miljööverdomstolen ändrar mark- och miljödomstolens dom i mål nr M 3035-20 och undanröjer Statens jordbruksverks beslut den 18 maj 2020 (dnr 4.10.18-01143/2019) samt förklarar att förbudet i 23 § första stycket 1 artskyddsförordningen (2007:845) inte ska tillämpas beträffande T.J.s nuvarande innehav av fågelarterna rödhöna (*Alectoris rufa*) och klipphöna (*Alectoris barbara*) och återförvisar ärendet till Statens jordbruksverk för fortsatt behandling vad gäller övriga fågelarter enligt ansökan.

 3. Mark- och miljööverdomstolen ändrar mark- och miljödomstolens dom i mål nr M 4693-20 och undanröjer punkten 3 i Naturvårdsverkets beslut den 28 augusti 2020 (ärendenr NV-03255-20) samt återförvisar ärendet till Naturvårdsverket för fortsatt behandling vad gäller de fågelarter enligt ansökan som omfattas av punkten 3 i beslutet. Punkterna 1 och 2 i Naturvårdsverkets beslut beträffande fågelarterna rödhöna (*Alectoris rufa*) och klipphöna (*Alectoris barbara*) står fast.
-

BAKGRUND

T.J. innehar ett antal fåglar av olika arter som hobby. Han har förklarat att fåglarna är fångenskapsuppfödda avkommor till fåglar som han lagligen åtkommit och fört in till Sverige fram till 1990-talet.

T.J. har ansökt om dispens *dels* hos Statens jordbruksverk (Jordbruks-verket) från förbudet i 23 § första stycket 1 artskyddsförordningen (2007:845), AF, att förvara och transportera fåglar, *dels* hos Naturvårdsverket från förbudet i 25 § första stycket 1 AF att förvara för försäljning, bjuda ut till försäljning, sälja, köpa eller byta fåglar.

Jordbruksverket har avslagit ansökan med motiveringen att T.J. inte håller de sökta fåglarna för naturvårds-, forsknings- eller utbildningsändamål, och att förutsättningar för dispens enligt 32 § AF därmed inte är uppfyllda.

Naturvårdsverket har funnit att förbudet i 25 § AF inte är tillämpligt på T.J.s innehav av rödhöna och klipphöna, varför någon dispens från den bestämmelsen inte behövs för dessa arter. Detta gäller dock inte nya individer av rödhöna och klipphöna som eventuellt förvärfvas efter att beslutet vunnit laga kraft. Naturvårds-verket har avslagit ansökan avseende övriga arter.

Mark- och miljödomstolen har avslagit T.J.s överklaganden av Jordbruksverkets och Naturvårdsverkets beslut.

De arter som dispensansökningarna nu omfattar framgår av bilaga C.

Fågelarterna skyddas i vilt tillstånd genom fågeldirektivet¹ och några arter är skyddade i vilt tillstånd genom reglering av viss handel enligt CITES-förordningen².

T.J.

¹ Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/147/EG av den 30 november 2009 om bevarande av vilda fåglar.

² Rådets förordning (EG) nr 338/97 av den 9 december 1996 om skyddet av arter av vilda djur och växter genom kontroll av handeln med dem.

har tillstånd enligt 26 § AF att yrkesmässigt eller annars i förvärvssyfte be-driva handel med levande fåglar och ägg med embryon av arter som lever vilt inom EU:s europeiska territorium samt levande djur och växter av arter som tagits upp i bilaga A eller B till CITES-förordningen (se Växjö tingsrätts, mark- och miljödomstolen, dom den 19 december 2019 i mål nr M 5998-18).

Av utredningen framgår att vissa av fågelarterna är inhemska arter eller förekommer i viss omfattning i vilt tillstånd i Sverige, medan andra är migrerande eller inte förekommer alls i Sverige.

YRKANDEN I MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLEN

T.J. har i första hand yrkat att Mark- och miljööverdomstolen ska för-klara att förbuden enligt 23 och 25 § AF inte är tillämpliga på hans innehav och att dispens enligt 32 § AF inte behövs. I andra hand har han yrkat att Mark- och miljööverdomstolen ska bifalla hans ansökningar om dispens från förbuden i 23 och 25 § AF vad gäller såväl befintligt bestånd som avkommor av de fångenskapsuppfödda fåglar som han innehar, och som tillhör de arter som anges i bilaga C.

För det fall Mark- och miljööverdomstolen skulle överväga att avslå överklagandet, har T.J. yrkat att förhandsavgörande ska inhämtas från EU-domstolen avseende en tolkning av artiklarna 34–36 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF).

Jordbruksverket har motsatt sig ändring av mark- och miljödomstolens dom.

Naturvårdsverket har motsatt sig ändring av mark- och miljödomstolens dom. Om Mark- och miljööverdomstolen skulle anse att det finns skäl att åsidosätta tillämpningen av förbudet i 25 § AF i något avseende (utöver för innehavet av rödhöna och klipphöna), har Naturvårdsverket anfört att en bedömning av om förbudet ska gälla måste göras art för art i förhållande till de arter som omfattas av ansökan, samt att en förutsättning för ett åsidosättande av förbudet är att exemplarens lagliga bakgrund först kontrolleras.

UTVECKLING AV TALAN I MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLEN

T.J. har anfört bland annat följande.

Som grund för förstahandsyrkandet anser han att förbuden i 23 och 25 § AF strider mot unionsrätten och därmed inte får tillämpas på fångenskapsuppfödda exemplar av europeiska fåglar och att dispens, vid denna slutsats, egentligen inte behövs. Som grund för andrahandsyrkandet anser han att möjligheten till dispens enligt 32 § AF i vart fall måste tillämpas i överensstämmelse med unionsrätten. Eftersom nationella begränsningar av den fria rörligheten för varor, enligt artiklarna 34–36 FEUF, endast får förekomma om de är motiverade av vissa skäl och är proportionerliga, måste skäl för dispens föreligga när förbud utgör begränsningar som är oproportionerliga för sina angivna ändamål. Eftersom förbuden i 23 och 25 § AF inte är proportionerliga när det gäller fångenskapsuppfödda fåglar, ska han beviljas dispens för samtliga åtgärder som omfattas av ansökningarna. Detta följer av EU-domstolens fasta praxis hänförlig till bestämmelserna om fri förlighet för varor. För det fall Mark- och miljööverdomstolen inte har uppfattat ifrågavarande praxis på detta sätt behöver förhandsavgörande inhämtas från EU-domstolen.

När det gäller Naturvårdsverkets inställning att bedömningen måste ske art för art har han framhållit följande. Han har under handläggningen hos Naturvårdsverket påtalat och intygat att fågelexemplaren är fångenskapsuppfödda och har gett in efterfrågat underlag avseende förvärv och import av flera fågelarter. Ytterligare historiska importdokument finns, men har inte tidigare efterfrågats. Eftersom han under flera års tid har haft fåglarna som en privat samling (det vill säga inte i kommersiellt syfte) finns emellertid inte detaljerad löpande dokumentation om fågelbeståndets utveckling. Naturvårdsverket har varken efterfrågat ytterligare underlag eller prövat fåglarnas ursprung när det gäller flertalet av de nu aktuella arterna. Han ifrågasätter mot den bakgrunden att Naturvårdsverket gör en invändning om fåglarnas ursprung först i sista instans. Om fåglarnas ursprung behöver prövas, bör detta lämpligen göras av Naturvårdsverket som första instans.

Jordbruksverket har anfört bland annat följande.

Förbudet i 23 § AF finns för att skydda den biologiska mångfalden och skydda levande fågelarter. Bestämmelsen är central för att motverka illegal handel med levande vilda fåglar och deras ägg. Därför träffar förbudet i 23 § AF även fåglar som är uppfödda i fångenskap om de tillhör arter som lever vilt inom EU. Undantaget avseende förvaring av fåglar som tagits från naturen på ett lagligt sätt före den 1 januari 1999 omfattar bara den enskilda individen, inte dess avkomma. Artikel 6.2 i fågeldirektivet gäller den verksamhet som regleras bland annat genom 25 § AF, men inte 23 § AF. Inte heller CITES-förordningen och dess närmare föreskrifter i kommissionens tillämpningsförrättning³ är direkt kopplade till 23 § AF.

Naturvårdsverket har anfört bland annat följande.

Som framgår av Naturvårdsverkets beslut kan det nationella förbudet inte tillämpas för rödhöna och klipphöna då dessa arter är upptagna i bilaga III A till fågeldirektivet; enligt artikel 6.2 i fågeldirektivet får medlemsstaterna inte förbjuda försäljning, transport för försäljning, förvaring för försäljning och salubjudande av de fågelarter som räknas upp i bilaga III A. I övrigt ger fågeldirektivet utrymme för nationella bestämmelser med högre skyddsnivå och det svenska förbudet i 25 § AF går som utgångspunkt inte längre än vad som är nödvändigt för att uppnå de lagligt grundade och eftersträfvade målen med skyddsbestämmelsen.

Systemet med att en fågelart som tidigare inte haft ett skyddsintresse kan få ett sådant genom en uppdatering av EU Bird List har möjliggjorts redan genom fågeldirektivet. I den svenska lagstiftningen avspeglas detta bland annat i 25 § AF.

Eftersom Sverige länge har haft förbud mot förvaring av vilda fågelarter saknas regler för märkning av fångenskapsuppfödda fåglar i form av ringmärkning eller andra möjligheter till kontroll i spårbarhetssyfte. För det fall domstolen skulle anse att gällande

³ Kommissionens förordning (EG) nr 865/2006 av den 4 maj 2006 om närmare föreskrifter för tillämpningen av rådets förordning (EG) nr 338/97 om skyddet av arter av vilda djur och växter genom kontroll av handeln med dem.

regler inte omfattar fångenskapsuppfödda fåglar, innebär detta att tillsyn inte kommer att kunna utföras. Det medför att vilda fåglar i större utsträckning kan komma att fångas in och förvaras under förevändning att de är fångenskapsuppfödda. Om uppfödning och handel av europeiska fågelarter ska tillåtas i större utsträckning måste troligen regler om krav på märkning och ursprungsdokumentation införas snarast för att säkra möjligheten till tillsyn. Det möter svårigheter att genomföra ett lagstiftningsprojekt så snabbt, särskilt då dessa specifika frågor inte ledde till konkreta förslag i Artskyddsutredningens betänkande (SOU 2021:51).

Om Mark- och miljööverdomstolen finner att lagstiftningen är oproportionerlig, är Naturvårdsverkets inställning att detta i så stor utsträckning som möjligt bör lösas av lagstiftaren, inte av domstol. I andra hand anser Naturvårdsverket att prövningen av lagstiftningens förenlighet med unionsrätten bör göras art för art, där en eventuell brist leder till att bestämmelsen inte tillämpas i den utsträckning som är nödvändig för att målet ska kunna avgöras i överensstämmelse med unionsrätten.

Fågelexemplarens lagliga bakgrund behöver kontrolleras. Om T.J. inte har möjlighet att visa laglig bakgrund för fåglarna, finns inte heller skäl för att med stöd av unionsrätten åsidosätta det svenska förbudet avseende dessa.

MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLENS DOMSKÄL

Rättsliga utgångspunkter

Artskyddsförordningen (2007:845)

Enligt 23 § första stycket 1 AF är det förbjudet att förvara eller transportera levande fåglar och fågelägg med embryo av arter som lever vilt inom EU:s europeiska territorium. Förbudet gäller fåglarnas alla levnadsstadiet. Undantag från förbudet gäller enligt 28 § AF i sex angivna fall, varav inget är aktuellt här.

Enligt 25 § första stycket 1 AF är det förbjudet att förvara för försäljning eller bjuda ut till försäljning, sälja, köpa eller byta levande eller döda fåglar av arter som lever vilt

inom EU:s europeiska territorium. Undantag från förbudet gäller enligt 30 § AF i nio angivna fall, varav inget är aktuellt här.

Av 32 § AF framgår att Jordbruksverket respektive Naturvårdsverket får meddela föreskrifter om undantag och i det enskilda fallet besluta om dispens från 23 respektive 25 § AF. När det gäller vissa arter ska Naturvårdsverket först samråda med kommissionen.

Föreskrifter om undantag eller beslut om dispens enligt 32 § AF får meddelas endast för naturvårds-, forsknings- eller undervisningsändamål, om det inte finns någon annan tillfredsställande lösning och om hanteringen inte kommer att påverka artens eller andra vilt levande arters överlevnad i områden där dessa naturligt förekommer.

Enligt 32 § AF ska vidare Jordbruksverket och Naturvårdsverket vid behov samråda med varandra.

Den unionsrättsliga regleringen

Den svenska artskyddsförordningens regler om förvaring, handel och transport av djur syftar bland annat till att genomföra de krav som följer av fågeldirektivet⁴ och art- och habitatdirektivet⁵, samt till att komplettera CITES-förordningen⁶ (med dess tillhörande tillämpningsförordning⁷ och genomförandeförordning⁸). CITES-förordningen har antagits med syftet att skydda arter av vilda djur och växter och säkerställa deras bevarande genom kontroll av handeln med dem (artikel 1). CITES-förordningen

⁴ Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/147/EG av den 30 november 2009 om bevarande av vilda fåglar.

⁵ Rådets direktiv 92/43/EEG av den 21 maj 1992 om bevarande av livsmiljöer samt vilda djur och växter.

⁶ Rådets förordning (EG) nr 338/97 av den 9 december 1996 om skyddet av arter av vilda djur och växter genom kontroll av handeln med dem.

⁷ Kommissionens förordning (EG) nr 865/2006 av den 4 maj 2006 om närmare föreskrifter för tillämpningen av rådets förordning (EG) nr 338/97 om skyddet av arter av vilda djur och växter genom kontroll av handeln med dem.

⁸ Kommissionens genomförandeförordning (EU) nr 2019/1587 av den 24 september 2019 om förbud mot införsel till unionen av exemplar av vissa arter av vilda djur och växter i enlighet med rådets förordning (EG) nr 338/97 om skyddet av vilda växter genom kontroll av handeln med dem.

genomför CITES-konventionen⁹, som EU är part till. När det gäller förvaring och transport av arter anknyter artskyddsförordningens regler även till bestämmelser om djurskydd, smittskydd och jaktregler.

Fågeldirektivet syftar till att skydda alla de arter av vilda fåglar som förekommer naturligt inom medlemsstaternas europeiska territorium (artikel 1). Till stöd för bedömningen av vilka arter som förekommer naturligt inom medlemsstaternas europeiska territorium, och som därmed omfattas av fågeldirektivets skydd enligt artikel 1, tar kommissionen fram EU Bird List. EU Bird List är en förteckning över de fågelarter som förekommer vilt inom EU:s europeiska territorium. Listan utgör underlag för genomförande av fågeldirektivet och uppdateras vid behov allteftersom artförekomster inom EU:s europeiska territorium ändras. Den senaste versionen av EU Bird List uppdaterades 2018.

Av fågeldirektivet följer att medlemsstaterna ska vidta nödvändiga åtgärder, bland annat förbjuda förvaring av fåglar av arter som inte får jagas eller fångas samt förbjuda försäljning, transport och förvaring för försäljning, med vissa undantag (artiklarna 5 och 6). Enligt artiklarna 1 och 5 i fågeldirektivet, och EU-domstolens därtill knutna praxis, är medlemsstaterna skyldiga att anta ett system för skydd av samtliga fågelarter som naturligt förekommer inom medlemsstaternas europeiska territorium, oavsett om fågelarterna är hotade eller om en specifik fågelart tillhör det nationella beståndet (se bland annat EU-domstolens mål 247/85 kommissionen mot Belgien, EU:C:1987:339 punkterna 14 och 22 och mål 252/85 kommissionen mot Frankrike, EU:C:1988:202 punkten 15). Fågeldirektivets skydd är vidare uppbyggt kring begreppet art. Det begreppet omfattar alla dess underavdelningar såsom underarter (raser). Direktivet är därför också tillämpligt på raser av fåglar som endast förekommer naturligt utanför medlemsstaternas europeiska territorium då arten de tillhör eller andra raser av samma art förekommer naturligt i vilt tillstånd inom detta territorium (se EU-domstolens mål C-202/94 Godefridus van der Feesten, EU:C:1996:39 punkterna 10–12 och 18).

⁹ Konventionen den 3 mars 1973 om internationell handel med utrotningshotade arter av vilda djur och växter (SÖ 1974:41).

Fågeldirektivets syfte är emellertid att skydda vilda fåglar och det omfattar inte fångenskapsuppfödda fåglar. EU-domstolen har framhållit att eftersom fågeldirektivet är ett minimidirektiv (se artikel 14) och det inte rör sig om ett område som är fullt ut harmoniserat, får medlemsstaterna införa strängare skyddsåtgärder än de som föreskrivits i direktivet. Sådana nationella regler måste dock också – som alltid – vara förenliga med unionsrätten i övrigt, här främst principen om fri rörlighet för varor enligt artiklarna 34–36 FEUF. (Se EU-domstolens mål C-149/94 Didier Vergy, EU:C:1996:37 punkten 14.)

Artikel 6 i fågeldirektivet anger undantag från kraven att meddela förbud för lagligt åtkomna exemplar av vilda fåglar, dels tvingande för vissa arter (artikel 6.2 och bilaga III A), dels fakultativa för vissa arter (artikel 6.3 och bilaga III B).

Inom EU gäller principen om fri rörlighet för varor mellan medlemsstaterna. Enligt artiklarna 34 och 35 FEUF är därmed kvantitativa import- och exportrestriktioner eller åtgärder med motsvarande verkan som utgångspunkt förbjudna. Av artikel 36 FEUF följer dock att artiklarna 34 och 35 FEUF inte hindrar medlemsstaterna från att upprätthålla nationella förbud mot eller restriktioner för import, export eller transitering som grundas på hänsyn till bland annat intresset att skydda människors och djurs hälsa och liv, under förutsättning att de nationella reglerna inte utgör ett medel för godtycklig diskriminering eller innefattar en förtäckt begränsning av handeln mellan medlemsstaterna. De nationella bestämmelserna måste också, för att inte komma i konflikt med fördraget, vara lämpliga för att uppnå det åsyftade ändamålet och får inte gå längre än nödvändigt för att uppnå målet. Annorlunda uttryckt ska därmed de nationella restriktionerna bedömda i relation till den valda skyddsnivån vara proportionerliga.

Till skydd för biologisk mångfald har EU-domstolen bland annat ansett det förenligt med artiklarna 34–36 FEUF att en medlemsstat, i syfte att skydda en specifik utrotningshotad art av bin med recessiva gener, upprätthåller ett förbud mot att hålla bin av andra raser på en ö (se EU-domstolens mål C-67/97 Ditlev Bluhme, EU:C:1998:584).

I fråga om fåglar har EU-domstolen framhållit att det inte är förenligt med unionsrätten att en medlemsstat upprätthåller strängare nationella skyddsåtgärder i form av importrestriktioner för fågelarter som inte förekommer inom den medlemsstatens territorium, men som finns i en annan medlemsstat där den lagligen kan jagas i enlighet med villkoren i fågeldirektivet – och arten varken är flyttande eller hotad i direktivets mening (se EU-domstolens mål C-169/89 *Gourmetterie Van den Burg*, EU:C:1990:227 punkten 15).

Det förhållandet att en medlemsstat har infört bestämmelser som är mindre stränga än de som tillämpas i en annan medlemsstat innebär emellertid inte att de senare bestämmelserna är oproportionerliga och därmed oförenliga med unionsrätten. Att en medlemsstat har valt ett annat skyddssystem än det som har antagits i en annan medlemsstat påverkar alltså inte i sig bedömningen av om bestämmelserna på området är nödvändiga och proportionerliga. (Se EU-domstolens mål C-219/07 *Nationale Raad van Dierenkwerkers en Liefhebbers och Andibel*, EU:C:2008:353 punkten 31 med där angiven hänvisning till praxis.)

För att en strängare skyddslagstiftning ska omfattas av undantaget enligt artikel 36 FEUF, ska den vara nödvändig för att på ett effektivt sätt kunna uppnå det eftersträvade ändamålet; skyddet ska inte kunna uppnås på ett lika effektivt sätt genom åtgärder med mindre begränsande verkan på handeln inom unionen (se EU-domstolens mål C-510/99 *Xavier Tridon*, EU:C:2001:559 punkten 53 med där angiven hänvisning till praxis och mål C-219/07 *Nationale Raad von Dierenkwekers en Liefhebbers och Andibel*, EU:C:2008:353 punkten 30).

Naturvårdsverkets vägledning angående artskyddsförordningen

I Naturvårdsverkets publikation *Vägledning om tillämpningen av 23 § och 25 § artskyddsförordningen när det gäller förvaring m.m. av levande fåglar* (Vägledning 2019) anges att förbuden i 23 och 25 § AF, såvitt avser fångenskapsuppfödda fåglar, grundas på skyddsintresset för biologisk mångfald, och att risk för den biologiska mångfalden kan uppstå av i huvudsak två skäl:

- Hybridisering med vilt levande exemplar kan skada de lokala populationernas sårarter (om fångenskapsuppfödda exemplar skulle rymma och para sig med vilda populationer).
- Vilt levande fåglar kan infångas och utges för att vara fångenskapsuppfödda exemplar (förtäckt illegal fångst och handel).

I vägledningen anger Naturvårdsverket också att EU Bird List ska användas som stöd för bedömning av vilka fågelarter som omfattas av förbudet.

I vägledningen anges vidare att 25 § AF endast är tillämplig vid förvaring som har en direkt koppling till försäljning, medan förbudet enligt 23 § AF är tillämpligt vid all förvaring.

Mark- och miljööverdomstolens bedömning

Förhandsavgörande från EU-domstolen

Som T.J. har anfört framgår det av EU-domstolens fasta praxis hur den fördragsfästa principen om fri rörlighet för varor ska tolkas. Den slutliga bedömningen av den specifika nationella regleringens förenlighet med denna princip ankommer inte på EU-domstolen utan på den nationella domstolen. Vilket utrymme som sekundär-rätten, här främst fågeldirektivet, ger för medlemsstaterna att föreskriva en högre skyddsnivå nationellt, är i de delar som har relevans för bedömningen i målen klarlagt genom bland annat de avgöranden som Mark- och miljööverdomstolen nyss har redogjort för. Det finns därmed inte skäl för Mark- och miljööverdomstolen att hämta in förhandsavgörande från EU-domstolen.

T.J.s innehav av arterna rödhöna och klipphöna

Fågelarterna rödhöna (*Alectoris rufa*) och klipphöna (*Alectoris barbara*) är listade i bilaga III A till fågeldirektivet. Det framgår av artikel 6.2 i fågeldirektivet att medlemsstaterna inte får förbjuda försäljning, transport för försäljning, förvaring för försäljning och salubjudande av de arter som anges i den bilagan. När handeln med en

viss vara har reglerats i sekundärrätten har medlemsstaterna inte möjlighet att med stöd av artikel 36 FEUF upprätthålla strängare nationella regler för den handeln.

Naturvårdsverket har mot den bakgrunden funnit hinder mot att tillämpa förbudet i 25 § AF på T.J.s innehav av just rödhöna och klipphöna. Jordbruksverket har å sin sida ansett att motsvarande resonemang inte kan föras vad gäller förbudet i 23 § AF eftersom den bestämmelsen inte omfattar motsvarande kommersiella aktiviteter som i 25 § AF. Mark- och miljööverdomstolen anser emellertid att fågeldirektivet inte ger utrymme att nationellt förbjuda transport och förvaring av fångenskapsuppfödda fåglar som innehas för hobby, när det är tillåtet att transportera och förvara samma fåglar för handel.

Naturvårdsverket har funnit det utrett att T.J.s innehav av rödhöna och klipphöna utgör lagligen åtkomna fångenskapsuppfödda individer. Det saknas anledning att göra någon annan bedömning vad gäller samma individer i ansökan hos Jordbruksverket.

Förbudet i 23 § första stycket 1 AF får således inte tillämpas på T.J.s nuvarande innehav av rödhöna och klipphöna.

T.J.s innehav av övriga fågelarter

Varken förbudet i 23 eller 25 § AF eller möjligheten till undantag respektive dispens från förbuden enligt 28, 30 och 32 § AF gör någon åtskillnad mellan vilt levande och fångenskapsuppfödda fåglar. Det innebär att artskyddsförordningen innefattar en striktare reglering än den som medlemsstaterna är skyldiga att upprätthålla enligt bland annat fågeldirektivet. Fågeldirektivet hindrar inte en medlemsstat från att tillämpa en sådan striktare reglering nationellt. De nationella bestämmelserna får emellertid inte heller komma i konflikt med unionsrätten i övrigt.

Av särskilt intresse är då frågan om artskyddsförordningens förbud avseende fångenskapsuppfödda fåglar är förenliga med principen om den fria rörligheten för varor inom unionen (artiklarna 34–36 FEUF).

Förbudet i 23 respektive 25 § AF kan verka avhållande för den som önskar föra in eller ut en fågel som uppfötts lagligen och är tillåten att inneha, förvara och transportera i en annan medlemsstat. Bestämmelserna får därför motsvarande verkan som en import- eller exportrestriktion.

Sådana handelshinder kan dock godtas om de grundas på intresset av att skydda djurs hälsa och liv enligt vad som anges i artikel 36 FEUF. Exempel på sådana godtagbara syften är att förhindra förtäckt fångst och handel med vilda fåglar liksom att skydda den biologiska mångfalden genom att minska risken för hybridisering (se EU-domstolens mål C-67/97 Ditlev Bluhme, EU:C:1998:584). Att förbuden i 23 och 25 § AF syftar till att skydda sådana godtagbara intressen – här skyddet för den biologiska mångfalden genom att motverka risken för hybridisering av de lokala populationernas sårarter och att motverka risken för illegal fångst och handel med vilda fåglar – står klart. Bestämmelserna är inte utformade på ett diskriminerande sätt.

För att artskyddsförordningens bestämmelser ska vara förenliga med den fria rörligheten för varor krävs därutöver att de är lämpliga för att uppnå det åsyftade ändamålet och inte går längre än nödvändigt för att uppnå målet. I detta fall finns inte några uttryckliga uttalanden från lagstiftarens sida i förarbeten eller motsvarande som gör det möjligt att på ett generellt plan bedöma lagstiftningens förenlighet med unionsrätten. Det följer av principerna om unionsrättens företräde och direkta effekt liksom principen om lojalt samarbete att den nationella rättstillämparen i en sådan situation inte kan avvakta ett initiativ från lagstiftarens sida. Det ankommer i stället på den nationella rättstillämparen – såväl domstolar som beslutsmyndigheter – att i det konkreta fallet ta ställning till om förbuden med hänsyn till unionsrättens krav kan upprätthållas i förhållande till den enskilde. Mark- och miljööverdomstolen understryker att även om förbuden i något avseende inte kan tillämpas, innebär inte det att regleringen i övrigt ska sättas åt sidan (se NJA 2013 s. 1162).

I detta fall måste bedömningen därmed göras art för art, med beaktande av samtliga de faktiska omständigheter som gäller för respektive art och för T.J.s innehav. Av särskild betydelse vid den konkreta bedömningen är förekomsten av och den specifika bevarandestatusen hos arten i Sverige liksom hur lätthybridiserad arten är.

Om arten inte förekommer i Sverige och T.J.s exemplar inte kan antas hybridisera med någon inhemsk art kan ett upprätthållande av förbudet komma i konflikt med unionsrätten. Omvänt kan unionsrätten knappast hindra att förbuden upprätthålls för arter som förekommer i Sverige och som har lätt för att hybridisera med andra arter. Detta kan till exempel gälla för flera av de and- respektive gåsararter som finns i T.J.s fågelinnehav. Även syftet att motverka förtäckt illegal fångst och handel kan motivera att förbuden upprätthålls men det förutsätter att en konkret sådan risk knuten till arten i fråga kan konstateras.

Den konkreta bedömningen art för art ska inte göras av Mark- och miljööverdomstolen som första och enda instans. För ett slutligt ställningstagande behöver underlaget också kompletteras med uppgifter som visar att T.J.s fåglar är uppfödda i fångenskap och lagligen anskaffade. Det ankommer på beslutsmyndigheten att utreda ärendet så som dess beskaffenhet kräver (23 § förvaltningslagen [2017:900]). Jordbruksverket respektive Naturvårdsverket behöver därför, med dessa utgångspunkter och med beaktande av nationell rätt i övrigt, pröva T.J.s ansökningar på nytt. Mark- och miljööverdomstolen konstaterar att det härvid ankommer på Jordbruksverket och Naturvårdsverket att samråda med varandra innan nya beslut fattas.

Sammanfattning

Förbudet i 23 § första stycket 1 AF ska, med hänsyn till bestämmelsen i artikel 6.2 i fågeldirektivet med dess hänvisning till bilaga III A, inte tillämpas på T.J.s nuvarande innehav av *rödhöna* och *klipphöna*.

Avseende *övriga arter* som omfattas av T.J.s ansökningar ska under-instansernas beslut undanröjas och målet återförvisas till Jordbruksverket respektive Naturvårdsverket för fortsatt behandling, varvid en bedömning ska göras art för art, med beaktande av samtliga faktiska omständigheter som gäller för respektive art och för T.J.s innehav.

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

I avgörandet har deltagit hovrättsråden Karin Wistrand, Petra Bergman, referent, och Li Brismo samt f.d. tekniska rådet Mikael Schultz.

Föredragande har varit Tina Varis.



VÄXJÖ TINGSRÄTT
Mark- och miljödomstolen

DOM
2021-08-24
meddelad i
Växjö

Mål nr M 3035-20

PARTER

Klagande T.J.

Ombud: Advokaten S.A.

Motpart

Jordbruksverket

ÖVERKLAGAT BESLUT

Jordbruksverkets beslut den 18 maj 2020 i ärende nr 4.10.18-01143/2019, se bilaga 1

SAKEN

Ansökan om dispens från 23 § artskyddsförordningens förbud mot transport och förvaring för fåglar av arter som lever vilt inom Europeiska unionens europeiska territorium

DOMSLUT

Mark- och miljödomstolen avslår överklagandet.

BAKGRUND

T.J. ansökte den 24 januari 2019 med komplettering den 27 mars 2020 hos Jordbruksverket om dispens från förbuden i 23 § första stycket 1 artskyddsförordningen (2007:845), AF, avseende att förvara och transportera fåglar av ett antal europeiska fågelarter. De arter som ansökan omfattar är följande:

1. Brudand	<i>Aix sponsa</i>
2. Klipphöna	<i>Alectoris barbara</i>
3. Berghöna/Chukar	<i>Alectoris chukar</i>
4. Rödhöna	<i>Alectoris rufa</i>
5. Stjärtand	<i>Anas acuta</i>
6. Skedand	<i>Anas clypeata</i>
7. Kricka	<i>Anas crecca</i>
8. Bläsand	<i>Anas penelope</i>
9. Amerikansk bläsand	<i>Anas penelope</i>
10. Äрта	<i>Anas querquedula</i>
11. Snatterand	<i>Anas strepera</i>
12. Bläsgås	<i>Anser albifrons flavirostris</i>
13. Grågås	<i>Anser anser</i>
14. Blå snögås	<i>Anser caerulescens</i>
15. Vit snögås	<i>Anser caerulescens</i>
16. Fjällgås	<i>Anser erythropus</i>
17. Ross snögås/Dvärgsnögås	<i>Anser rossii</i>
18. Mindre Bergand	<i>Aythya affinis</i>
19. Brunand	<i>Aythya ferina</i>
20. Vigg	<i>Aythya fuligula</i>
21. Bergand	<i>Aythya marila</i>
22. Vitögd dykand	<i>Aythya nyroca</i>
23. Prutgås	<i>Branta bernicla nigricans</i>
24. Kanadagås	<i>Branta canadensis</i>
25. Mörk kanadagås	<i>Branta canadensis occidentalis</i>
26. Dvärgkanadagås	<i>Branta hutchinsii minima</i>
27. Vitkindad gås	<i>Branta leucopsis</i>
28. Rödhalsad gås	<i>Branta ruficollis</i>
29. Knipa	<i>Bucephala clangula</i>
30. Islandsknipa	<i>Bucephala islandica</i>
31. Svart frankolin	<i>Francolinus francolinus</i>
32. Marmorand	<i>Marmaronetta angustirostris</i>
33. Vildkalkon	<i>Meleagris gallopavo</i>
34. Rödhuvad dykand	<i>Netta rufina</i>
35. Formosakricka	<i>Sibirionetta (tid. Anas) formosa</i>
36. Senegalduva	<i>Spilopelia (tid. Sterptopelia) Senegalensis</i>
37. Rostand	<i>Tadorna ferruginea</i>
38. Gravand	<i>Tadorna tadorna</i>

Jordbruksverket avslag den 18 maj 2020 hans ansökan om dispens med motiveringen att han inte håller fåglarna för naturvårds-, forsknings- eller utbildningsändamål och att förutsättningarna för dispens från förbudet mot transport och förvaring av fåglar därför inte är uppfyllda.

T.J. har nu överklagat Jordbruksverkets beslut till mark- och miljödomstolen.

YRKANDEN M.M.

T J har yrkat – såsom det får förstås – att mark- och miljödomstolen, med ändring av Jordbruksverkets beslut, i första hand ska förklara att dispens enligt 23 § AF inte behövs för de åtgärder som omfattas av ansökan och i andra hand bifalla hans ansökan om dispens.

För det fall mark- och miljödomstolen överväger att avslå hans överklagande bör domstolen först hänskjuta en eller flera tolkningsfrågor för vägledning om proportionalitetsprövning till EU-domstolen med stöd av art. 267 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF).

Som grund för *förstahandsyrkandet* har anförts att förbuden i 23 § AF strider mot unionsrätten och därmed inte får tillämpas på fångenskapsuppfödda exemplar av europeiska fåglar och att, vid denna slutsats, dispens inte behövs.

Som grund för *andrahandsyrkandet* har anförts att, om förbuden nu ska anses gälla hans fåglar, möjligheten till dispens enligt 32 § AF måste tillämpas i överensstämmelse med unionsrätten. Eftersom det enligt art. 34-36 FEUF får förekomma begränsningar av den fria rörligheten endast om det är motiverat av vissa skäl och är proportionerligt, måste det utgöra skäl för dispens när förbud utgör begränsningar som är oproportionerliga för sina angivna ändamål (jfr MÖD 2017:7, där AF kompletterades med en ytterligare dispensgrund för att överensstämma med 2 kap. 15 § regeringsformen). Eftersom förbuden i 23 § inte är proportionerliga när

det gäller fångenskapsuppfödda fåglar så ska han beviljas dispens för samtliga åtgärder som omfattas av ansökan.

T.J. har utvecklat grunderna för överklagandet i huvudsak enligt följande.

1. INLEDNING

Han har ett stort personligt fågelintresse och har arbetat med fåglar sedan 1960-talet. Fram till 1990-talet importerade han såväl europeiska som utomeuropeiska prydnadsfåglar inom ramen för verksamhet med handel, import och karantän, allt med erforderliga tillstånd och dokumentation. Genom denna verksamhet byggde han upp en samling bestående av ett flertal olika arter för sällskap och hobby.

Fågelbeståndet inkluderar bl.a. änder och gäss av både europiska och utomeuropeiska arter. Samtliga, förutom två krontranor, är fångenskapsuppfödda avkommor till fåglar som han importerat.

Vissa av fåglarna på gården omfattas av Europaparlamentets och Rådets direktiv 2009/147/EG om bevarande av vilda fåglar (fågeldirektivet). Detta p.g.a. att fågelarterna anses förekomma i vilt tillstånd inom Europeiska unionens europeiska territorium och finns uppförda på List of birds of the European Union (EU Bird List). Därutöver är några utomeuropeiska arter och några europeiska arter på gården skyddade genom reglering av handel med exemplar enligt Rådets förordning (EG) 338/97 av den 9 december 1996 om skyddet av arter av vilda djur och växter genom kontroll av handel med dem. Förordningen och de arter som omfattas av dem benämns nedan som CITES-förordningen respektive CITES-arter.

Länsstyrelsen har förmedlat sin uppfattning att hela hans innehav av europeiska fåglar träffas av förbudet i 23 § AF. I beslut av den 7 februari 2018 förelade länsstyrelsen honom att avliva samtliga fåglar. Föreläggandet överklagades och upphävdes genom Mark- och miljödomstolen i Växjös dom i mål M 1373-18.

Djurhållningen och näringsverksamheten är, även på annan grund, tillståndspliktig och föremål för länsstyrelsens tillsyn. Han innehar tillstånd enligt bl.a. 16 § djurskyddslagen för djurhållning och enligt 26 § AF för handel med fåglar – inkluderande europeiska och utomeuropeiska fågelarter och CITES-arter. Frågan om förbuden i 23 § AF är tillämpliga på hans samling av fångenskapsuppfödda fåglar prövades inte när dessa tillstånd meddelades.

Myndigheternas uppfattning är att han, oaktat att han har tillstånd för fågelhållning och att både de europeiska och utomeuropeiska sköts korrekt och har det bra (vilket inte har ifrågasatts av någon instans), inte får behålla de europeiska fåglarna om han inte beviljas dispens från förbuden i 23 § AF. Han har därför, för att få klarhet om rättsläget och för att få nödvändiga dispenser om nu förbuden ska tillämpas som myndigheterna angett ansökt om dispens enligt 32 § AF hos Jordbruksverket avseende 38 arter.

2. OMFATTNINGEN AV SÖKT DISPENS

Ansökan om dispens avser hans nuvarande fågelinnehav på Almnäs gård, inklusive avkommor till fåglarna i hans nuvarande bestånd. Det nuvarande beståndet består av avkommor till exemplar som han importerat lagligt fram till 1990-talet. Beståndet omfattar ett antal fågelpar som fortsätter att producera nya avkommor.

3. RÄTTSLIGA UTGÅNGSPUNKTER

23 § artskyddsförordningen

I fråga om en fågelart är europeisk är av betydelse dels att arten rent faktiskt anses förekomma i vilt tillstånd i en eller flera EU-medlemsstater, dels att arten rättslig omfattas av art. 1 i fågeldirektivet. Motsvarande begrepp i svensk rätt är fåglar som ”lever vilt inom Europeiska unionens europeiska territorium”, vilket är ett rekvisit för förbuden i 23 § AF. Förbuden går dock längre än nödvändigt och i vissa avseende längre än EU-rätten tillåter.

Vägledning om förbuden

Naturvårdsverket har publicerat *Vägledning om tillämpningen av 23 § och 25 § artskyddsförordningen när det gäller förvaring m.m. av levande fåglar* (Vägledning 2019). Denna anger för första gången att EU Bird List ska användas som stöd för bedömningar av huruvida fågelarter förekommer naturligt i vilt tillstånd i Europa. Den bekräftar även att förbuden i 23 § och 25 § AF tillkommit för att uppfylla Sveriges internationella åtaganden, men att den går längre än vad unionsrätten kräver. Det anges även att eftersom fångenskapsuppfödda fåglar inte omfattas av fågeldirektivet så grundas förbuden i 23 § och 25 § AF, såvitt gäller fångenskapsuppfödda fåglar, helt på skyddsintresset för biologisk mångfald.

Enligt Vägledning 2019 kan fågelhållning medföra risk för den biologiska mångfalden av följande två skäl:

- 1) Hybridisering med vilt levande exemplar kan skada de lokala populationernas särarter (om fångenskapsuppfödda exemplar skulle rymma och blanda sig med vilda populationer), och
- 2) Vilt levande fåglar kan infångas och utges för att vara fångenskapsuppfödda exemplar (d.v.s. förtäckt illegal fångst och handel).

När det gäller förhållandet mellan 23 § och 25 § AF skulle 23 §, enligt Naturvårdsverket, kunna tillämpas på förvaring av fåglar oavsett sammanhang och syfte. Detta torde alltså innebära att det finns en dubbelreglering avseende förbud mot förvaring i samband med försäljning. I den mån undantag från 25 § AF är tillämpliga anges att förbuden enligt 23 § likväl gäller och att dispens krävs.

Fågeldirektivet

Bestämmelsen i 23 § första stycket 1 AF avser att genomföra fågeldirektivets krav i svensk rätt. Direktivet riktar sig till medlemsstaterna och dess bestämmelser är inte tillämpliga i Sverige per se. Bestämmelser i direktivet kan emellertid få direkt effekt, indirekt effekt eller annars påverka tolkning av svensk författning i enlighet med grundsatser i unionsrätten och nationell rätt.

Direktivets syfte och tillämpningsområde

Fågeldirektivets syfte är enligt art. 1 att bevara ”fågelarter som naturligt förekommer inom medlemsstaternas europeiska territorium”. Vidare framgår av direktivets rubrik och dess preambel att skyddssyftet närmare bestämt avser ”vilda fåglar”. Medlemsstaterna har gemensamt sammanställt EU Bird List över fågelarter som anses förekommande inom EU:s europeiska territorium. Genom praxis från EU-domstolen har det klargjorts att direktivets tillämpningsområde enligt art. 1, liksom dess skyddssyfte, endast omfattar vilt levande exemplar av fågelarter som förekommer i vilt tillstånd inom EU:s europeiska territorium. Således är fågeldirektivet, dess skyddssyfte och krav på medlemsstaterna inte till någon del tillämpligt på fångenskapsuppfödda exemplar av fåglar.

Direktivets krav på meddelande av förbud m.m.

Fågeldirektivet preciserar åtgärder som ska vidtas i samtliga respektive i vissa stater.

Enligt art. 5 ska samtliga medlemsstater förbjuda bl.a. att

- a) fånga eller döda fåglar som omfattas av art. 1,
- b) förstöra eller skada bon och ägg eller bortföra bon, samt
- d) förvara fåglar av arter som inte får jagas eller fångas p.g.a. art. 5 (a).

Vidare ska medlemsstaterna enligt art. 6 förbjuda försäljning och vissa åtgärder för handel med fåglar som omfattas av art. 1. I art. 6.2 föreskrivs dock att sådana förbud inte får omfatta exemplar av arter som förekommer i bilaga III A till direktivet, om dessa har förvärvats lagligt. Enligt art. 6.3 får medlemsstaterna avstå från att förbjuda åtgärderna för exemplar av arter som förekommer i bilaga III B till direktivet. Dessa undantag gäller alltså, enligt vad som sagts ovan om direktivets tillämpningsområde, endast för vilt levande exemplar som lagligt förvärvats, t.ex. efter att ha fångats vid jakt. Fångenskapsuppfödda exemplar omfattas varken av undantagen eller av huvudregeln om förbud i art. 6.1.

I övrigt tillåter fågeldirektivet enligt art. 14 att medlemsländerna får införa strängare nationella skyddsåtgärder, d.v.s. direktivet är ett s.k. minimidirektiv.

EU-domstolen har uttalat att art. 14 utgör fullständig reglering av medlemsstaternas behörighet och att strängare skyddsåtgärder endast får antas om de är i enlighet med direktivets syften. Vidare följer av praxis att strängare skyddsåtgärder inte är grundade i direktivets skyddssyften och därmed inte under några omständigheter kan rymmas inom behörigheten enligt art. 14 när det åberopade skyddssyftet avser arter som inte är 1) bofasta i den berörda medlemsstatens territorium, 2) hotade eller 3) migrerande.

CITES-arter och CITES-förordningen

Vissa av arterna som dispensansökan avser förekommer både på EU Bird List och i bilagor till CITES-förordningen om skyddet av arter av vilda djur och växter genom kontroll av handeln med dem. Grunden för denna förordning är den s.k. CITES-konventionen (SÖ 1974:41). Enligt förordningens art. 1 är dess syfte att skydda arter av vida djur och växter och säkerställa deras bevarande genom kontroll av handeln med dem”. Förordningen avser även att uppfylla EU-medlemsstaternas åtaganden enligt CITES-konventionen. Reglerna i förordningen kompletteras av bestämmelser i *Kommissionens förordning 865/2006 av den 4 maj 2006 om närmare föreskrifter för tillämpningen av rådets förordning 338/97* (förordning 865/2006).

Båda EU-förordningarna är direkt tillämpliga i Sverige och överordnade AF i normhierarkin. Förordningarna gäller enbart handel och åtgärder i samband därmed och enbart hotade arter som preciseras i någon av bilagorna till CITES-förordningen. Skyddsnivån för varje art är behovsanpassad, d.v.s. efter hur utsatt arten är). Avseende handel och förvaring är huvuddragen i regleringen följande.

Enligt art. 8.1 i förordningen (EG) 338/97 är det som utgångspunkt förbjudet att köpa, erbjuda sig att köpa, för kommersiella ändamål förvärva, för försäljning

inneha, saluföra eller för försäljning transportera exemplar av en i bilaga A till förordningen angiven art. Generella undantag från förbuden gäller enligt art. 8.3 i förordningen, och enligt art. 61.1 i förordningen 865/2006, för arter som anges i bilaga X till förordningen 865/2006. Vidare kan enligt art. 8.3 i CITES-förordningen och art. 48 och 60 i förordning 865/2006 undantag beviljas i enskilda fall för bl.a. fångenskapsuppfödda fåglar.

Enligt art. 8.5 i CITES-förordningen gäller förbuden i art. 8.1 som utgångspunkt även för arter i Bilaga B till förordningen, dock med generellt undantag för exemplar som förvärvats i enlighet med gällande lagstiftning. Arter som anges i Bilaga C och Bilaga D är endast föremål för kontroll vid import och export. Handeln i övrigt är inte reglerad, eftersom det inte bedömts nödvändigt för att ge en tillräcklig skyddsnivå för dessa arter. Enligt art. 8.2 i CITES-förordningen kan medlemsstaterna förbjuda innehav när det gäller exemplar av arterna i bilaga A (d.v.s. utöver förordningens förbud mot innehav för försäljning enligt art. 8.1). det finns ingen motsvarande bestämmelse gällande exemplar av arterna i övriga bilagor. I preambeln till CITES-förordningen, skäl nr 3, framhålls att förordningen inte är avsedd att hindra antagande av strängare åtgärder i enlighet med fördraget.

Handelshinder och proportionalitetsprövning

Förbud mot import- och exportrestriktioner

Den svenska artskyddsförordningen har medvetet getts en utformning som ger mer omfattande förbud än vad Sveriges internationella åtaganden kräver, och delvis längre än vad EU-rätten tillåter. När det – som i aktuellt fall – är fråga om fångenskapsuppfödda fåglar kommer tyngdpunkten i bedömningen av förbuden därmed att gälla frågeställningar om handelshinder.

Enligt art. 34-36 i FEUF är hinder mot den fria rörligheten (exempelvis rent nationella restriktioner mot hantering av vissa varor) som huvudregel förbjudna. Undantag från förbuden mot import- och exportrestriktioner, d.v.s. möjlighet för medlemsstater att begränsa rörligheten med nationella regler, gäller enligt art. 36 FEUF endast om begränsningen grundas på hänsyn till allmän moral, allmän

ordning eller allmän säkerhet eller intresset av att skydda människors och djurs liv och hälsa, att bevara växter, att skydda nationella skatter av konstnärligt, historiskt eller arkeologiskt värde eller att skydda industriell och kommersiell äganderätt. Oavsett syfte får inga nationella åtgärder vidtas som är diskriminerande eller innebär förtäckt begränsning av handeln mellan medlemsstaterna. Medlemsstaternas åtgärder måste vidare vara ändamålsenliga och i proportion till ändamålet.

I den mån harmonisering skett genom EU-rättsakter får medlemsstaterna inte anta avvikande regleringar enbart p.g.a. art. 36 FEUF. Bestämmelser i den svenska artskyddsförordningen som förbjuder åtgärder (innehav, transport och handel) som är tillåtna i andra medlemsstater utgör även hinder mot rörligheten mellan medlemsstater. Denna bedömning påverkas inte av att det rör sig om totalförbud som gäller svenska aktörer likväl som utländska.

J. motsätter sig inte att artskydd bedöms som ett i och för sig legitimt skyddsintresse som avses i art. 36 FEUF, eller att de nationella förbuden gäller oavsett ursprungsland eller medborgarskap och därmed inte diskriminerande på dessa grunder.

Kravet som återstår att pröva är om förbuden är proportionerliga. En korrekt proportionalitetprövning av ingrepp beskrivs ofta som en prövning avseende följande tre kriterier, varav vart och ett måste vara uppfyllt:

- (i) ingreppet ska ha ett legitimt syfte,
- (ii) ingreppet ska vara nödvändigt, d.v.s. ändamålsenligt för att främja det legitima syftet och mer effektivt än mindre ingripande alternativ, samt
- (iii) ingreppet ska vara proportionerligt i strikt mening, d.v.s. dess positiva effekter måste uppväga dess skadeverkningar.

I förevarande fall behöver man även bedöma graden av harmonisering av rättsläget, och därmed vilket utrymme som finns för nationella åtgärder.

Förbuden i 23 och 25 §§ AF har inte genomgått en fullödig proportionalitetsbedömning och är inte proportionerliga.

EU-domstolen om proportionerliga restriktioner för skydd av fåglar

EU-domstolen har uttalat att när det gäller skydd av fåglar utgör art. 14 i fågeldirektivet en fullständig reglering av de nationella myndigheternas befogenhet inom fågeldirektivets tillämpningsområde (d.v.s. vilt levande exemplar av vilda europeiska fåglar). Art. 14 i fågeldirektivet utgör således inte en direkt reglering av nationell behörighet för åtgärder som uteslutande rör fångenskapsuppfödda fåglar.

Varken fågeldirektivet eller förordningen (EG) 338/97 utgör en sådan fullständig harmonisering att nationella regler om hållande och handel med fångenskapsuppfödda fåglar är helt uteslutna. Båda instrumenten innebär dock en betydande harmonisering inom EU och de baseras på gemensamma överväganden om arters skyddsbehov som har relevans vid en proportionalitetsprövning enligt art. 36 i FEUF.

I mål C-169/89 *Gurmetterie van den Burg* gällde frågan tillämpning av ett nationellt förbud mot import och marknadsföring i Nederländerna på en vild fågel som dödats vid legal jakt i en annan medlemsstat (Storbritannien). Det nationella förbudet var ett totalförbud och således – i likhet med AF – inte diskriminerande i sig. Fågeldirektivet var aktuellt, eftersom det rörde sig om ett vilt exemplar. EU-domstolen fann att art. 14 i fågeldirektivet utgör en fullständig reglering av medlemsstaternas behörighet att meddela strängare nationella bestämmelser. Frågan var således om det nationella förbudet var inom ramen för art. 14, d.v.s. förenligt med direktivets skyddssyften. I domskälen anförde EU-domstolen bl.a. följande:

”(10) [När medlemsstatens behörighet definieras] är det lämpligt att hänföra sig till kriterierna som EG-lagstiftaren använd sig av i ärendet.

(11) För det första [...] ger direktiv 79/409 särskilt skydd åt migrerande arter, vilka, enligt tredje skälet i preambeln till direktivet, utgör ett gemensamt arv för gemenskapen. För det andra, som gäller de flesta utrotningshotade fåglar, anger direktivet att arter listade i Bilaga I ska vara föremål för särskilda bevarandeåtgärder [...].

(12) Det följer av syftena som fastställts i direktiv 79/409 för skydd av fåglar att medlemsstaterna är behöriga enligt art. 14 i direktivet, att införa striktare regler för att säkerställa att de förutnämnda arterna skyddas mer effektivt. I fråga om andra arter som omfattas av direktiv 79/409 är medlemsstaterna förpliktigade att införa de författningar som behövs för att följa direktivet, men de är inte behöriga att införa strängare regler, utom när det gäller arter som förekommer inom deras eget territorium.”

I mål C-149/94 *Didier Vergy* klargjorde EU-domstolen att medlemsstaternas skyldighet att skydda fåglar gäller vilda europeiska fågelarter oavsett om de förekommer i vilt tillstånd inom medlemsstatens eget territorium, samt att fågeldirektivet inte är tillämpligt på fångenskapsuppfödda fåglar. Domstolen och generaladvokaten anförde som motivering till sitt svar i denna del bl.a. följande:

[EU-domstolen, a. dom punkt 13:] "Som generaladvokaten har angivit i punkt 31 i sitt förslag till avgörande skulle ett sådant utvidgat skydd [som omfattar fångenskapsuppfödda exemplar] inte gagna bevarandet av den naturliga miljön såsom detta beskrivits i övervägandet direktivet. Inte heller skulle det gagna det långsiktiga skyddet och förvaltningen av de naturresurser som utgör en integrerad del av de europeiska folkens arv som nämns i åttonde övervägandet i samma direktiv."

[Generaladvokaten, förslag till avgörande i a. mål, punkt 31:1] "fågeldirektivet art. 1 ska inte tolkas så bokstavligt eller mekaniskt att varje enskild fågel - vild eller inte - därigenom skyddas, om bara några exemplar av samma art förekommer i vilt tillstånd. Ett sådant resultat skulle knappast tjäna behovet av ett "bevarande av livsmiljöer" (andra övervägandet i ingressen) eller "skydd och förvaltning av de naturresurser som utgör en integrerad del av de europeiska folkens arv". Det vore absurt om strävan att uppnå dessa önskvärda syften skulle föranleda att en sedan länge etablerad och nyttig handel med tama fåglar och prydnadsfåglar skulle tvingas upphöra..."

EU-domstolen fann alltså att fågeldirektivets dåvarande motsvarighet inte var tillämpligt på fångenskapsuppfödda fåglar och klargjorde i samband därmed att det inte skulle främja direktivets skyddsintressen att generellt förbjuda hållande och uppfödning av europeiska arter i fångenskap. Generaladvokaten anförde, och domstolen instämde i, att handel och hållande av tama fåglar och prydnadsfåglar är nyttig och väl förenlig med direktivets syften.

I målet hade den franska regeringen meddelat ett förbud mot bland annat transport, saluförande, marknadsföring, försäljning och köp av djurarter som omfattade den i målet aktuella fångenskapsuppfödda kanadagåsen. Den nationella domstolen hade inte ställt frågan om ett nationellt förbud mot uppfödning i fångenskap kunde anses som en proportionerlig åtgärd för skydd av miljön vid bedömning som handelshinder. Generaladvokaten behandlade dock även parternas argument som var inriktade på en sådan proportionalitetsbedömning. Den franska regeringen var – i likhet med artskyddsförordningen – inte diskriminerande mot utländska varor. Således var frågan om förbuden kunde anses befogade och i proportion till det åberopade skyddssyftet. Den franska regeringen hävdade bl.a. – i likhet med vad Naturvårdsverket anfört om förbuden i 23 och 25 §§ AF – att tillåtande av hållande och uppfödning i fångenskap skulle medföra risk för förtäckt olovlig jakt, avel och handel. Generaladvokaten framhöll att nationella förbud mot hållande och uppfödning i fångenskap bedöms göra mer skada än nytta för artskyddsintresset och att eliminering av all legal avel och handel snarare är ägnat att leda till olovlig handel än att motverka detta.

I mål C-100/08 *Kommissionen mot Belgien* prövades ytterligare ett fall av nationella restriktioner, i det fallet krav på märkning av fångenskapsuppfödda fåglar. En försvårande omständighet var att de nationella föreskrifterna var indirekt diskriminerande, eftersom kraven avsåg specifika typer av märkningar som var mer lättillgängliga för belgiska uppfödare än för uppfödare och handlare från andra medlemsstater. Den belgiska regeringen hävdade att kravet var nödvändigt, eftersom reglerad uppfödning utan dessa strikta krav skulle kunna användas som täckmantel för illegalt tagande av fåglar från naturen, samt att uppfödning och import medförde risk för hybridisering av förrymda fåglar med vilda exemplar, vilket skulle kunna skada det inhemska fågelbeståndets särart.

EU-domstolen godtog inte dessa argument och anförde bl.a. följande:

[1 punkt 91 f. redogörs för att skydd för djurhälsa och skydd för biologisk mångfald i och för sig utgör legitima intressen, samt för förbudet mot förtäckta handelshinder och kravet på proportionalitet vid nationella restriktioner.]

(96) Argumentationen baserad på skydd för den biologiska mångfalden måste avvisas från början, eftersom Belgien inte har kunnat klargöra vilken 'inhemsk population med karakteristiska egenskaper' som avses skyddas genom restriktionerna i den ifrågasatta lagstiftningen - som därtill blir tillämpliga på samma sätt på alla europeiska fåglar oavsett om de är inhemska i Belgien eller ej.

(97) Ett system [likt det som är föremål för kommissionens talan] är dessutom endast förenligt med gemenskapsrätten under vissa förutsättningar [...].

[Domen redogör för krav på icke-diskriminering och rätt till domstolsprövning.]

(100) Den behöriga myndigheten i en medlemsstat får avvisa en metod för märkning endast om den utgör en verklig risk avseende skyddet eller respekten för de intressen och krav som anges i punkt 91 och 92 i detta avgörande.

(101) Under alla omständigheter får den behöriga myndigheten avvisa en metod för märkning endast baserat på en omfattande undersökning av risken som den innebär för skyddet av legitima intressen och krav som anges i punkt 91 och 92 i detta avgörande [...]

(102) När det är omöjligt att, baserat på studier, med säkerhet bedöma huruvida det föreligger en risk eller hur stor risken är UJ dock att det förblir troligt att verklig skada för djurhälsa kommer att inträffa om risken förverkligas, kan försiktighetsprincipen rättfärdiga införande av restriktioner."

[Ytterligare argument specifika för det målet underkändes, domstolen fortsatte:]

"(106) j... Skyddet för biologisk mångfald som Belgien har åberopat förutsätter att det rör sig om en inhemsk population med karakteristiska egenskaper, en förutsättning som inte är uppfylld när det gäller arter som inte förekommer naturligt inom Belgiens territorium."

Utöver de ovannämnda målen har Naturvårdsverket i sitt beslut hänfört sig till mål C-67/97 Ditlev Bluhme till stöd för att artskydd är ett legitimt skyddssyfte och till mål C-219/07 *Nationale Raad van Dierenwekers*.

Följande noteras om dessa två mål.

Mål C-67/97 *Ditlev Bluhme* gällde förbud att på ön Läsö hålla andra bin än bin av brunt Läsöbi. I målet var det väl dokumenterat och ostridigt att det bruna Läsöbiet var hotat, att arten förekom på Läsö samt att korsning med gula bin är ett reellt hot mot det bruna Läsöbiet eftersom dess gener är recessiva. Efter proportionalitetsprövning av förbudet, som endast gällde hållande av bin av andra arter inom den ca 101 km² stora ön, fann EU-domstolen att förbudet var befogat och nödvändigt.

I mål C-219/07 *Nationale Raad von Dierenwekers* prövades nationell belgisk reglering som begränsade möjligheten att äga och handla med vissa djur till vissa verksamheter och enskilda handlare med särskilt tillstånd. Endast djur som prövats och inkluderats på en s.k. "positiv lista" fick ägas och handlas med av envar. EU-domstolen godtog användningen av en "positiv lista" i och för sig. Samtidigt framhöll domstolen att om systemet innebär restriktioner för innehav av arter som lagligen får innehas i andra medlemsstater måste hantering av listan uppfylla flera villkor för att uppfylla gemenskapsrätten. Bland dessa villkor kan nämnas att förteckningen ska upprättas och ändras grundat på objektiva kriterier, det ska finnas ett lätt tillgängligt förfarande som möjliggör för berörda enskilda att få prövat om nya arter ska föras upp på listan. Vid sådana prövningar får avslag ske endast om det efter grundlig utredning konstateras att innehav av exemplar av arten medför verklig risk för det legitima intresset som systemet avser att skydda. Med detta överlämnades prövningen av systemet till den nationella domstolen.

Det kan således konstateras att åtgärderna i båda målen *Ditlev Bluhme* och *Nationale Raad von Dierenwekers* var väsentligt mindre ingripande och även förefaller ha varit mer nyanserade och välgrundade än det nationella totalförbudet mot innehav av fåglar som är aktuellt i förevarande mål. Totalförbudet i 23 § AF är däremot mycket lik den reglering som underkändes av EU-domstolen i *Kommissionen mot Belgien*.

Handel med fångenskapsuppfödda fåglar inom EU

Klaganden vill här framhålla att Jordbruksverkets inställning att uppfödning i fångenskap hotar den biologiska mångfalden inte är befogad och inte heller representativ för ansvariga myndigheter i Europa. Samtliga arter som direkt berörs av beslutet är populära park-, prydnads- och sällskapsfåglar som är föremål för laglig uppfödning och handel i andra medlemsstater.

Danmark har uppfyllt sina åtaganden enligt fågeldirektivet bl.a. genom bestämmelser i *Bekendtgørelse om fredning af visse dyre- og plantearter og pleje af tilskadekommet vildt*. I 1 kap. 1 § preciseras Bekendtgørelsens tillämpningsområde enligt följande.

§ 1

Kungörelsen omfattar följande:

- 1) De fågelarter som naturligt i vilt tillstånd uppehåller sig inom medlemsstaternas territorium i Europa, där fördraget om den Europeiska unionen är tillämpligt

§ 2

Kungörelsen omfattar inte:

- 1) djur, som är uppfödda i lantbruket, jfr lag om djurhållning, eller
- 2) djur, som är uppfödda i fångenskap och som är avkomma till djur som förvärvats lagligt.

Förbuden i 2 kap. *Bekendtgørelsen* - avseende att bl.a. döda, skada, fånga, störa samt bedriva handel, transport och förvaring i enlighet med art. 6 fågeldirektivet - är således tillämpliga på vilda exemplar av arter som förekommer i vilt tillstånd i Europa men inte på fångenskapsuppfödda exemplar av samma arter. Laglig handel med fångenskapsuppfödda fåglar av europeiska arter förekommer i Danmark mellan företag, mellan privatpersoner samt mellan företag och privatpersoner.

Även i Tyskland förekommer laglig handel med fångenskapsuppfödda fåglar av europeiska arter, bl.a. vissa arter som ingår i T.J.s bestånd.

Laglig handel med fångenskapsuppfödda fåglar av europeiska arter förekom år 2019 även i Storbritannien. Storbritannien hade då uppfyllt sina åtaganden enligt fågeldirektivet bl.a. genom bestämmelser i *Wildlife and Countryside Act 1981*. I

lagen preciseras förbud mot bl.a. att döda, skada, fånga, störa samt bedriva handel, transport och förvaring av vilda fåglar i enlighet med art. 6 i fågeldirektivet. Förbuden gäller inte fångenskapsuppfödda exemplar.

4. JORDBRUKSVERKETS BESLUT

Jordbruksverket har avslagit dispensansökan med motiveringen att förutsättningarna i 32 § AF inte uppfyllda eftersom han inte håller fåglarna för naturvårds-, forsknings- eller utbildningsändamål. Jordbruksverket har inte redovisat sin syn på de EU-rättsliga frågeställningarna. Detta måste uppfattas som att Jordbruksverket anser att EU-rätten inte utgör något hinder mot tillämpning av 23 § AF, vilket är en felaktig inställning. Det är en allvarlig brist i beslutet att beslutsmotiveringen inte omfattar något ställningstagande till tydligt angivna och åberopade grunder för ansökan.

5. UTVECKLING AV GRUNDER

23 § artskyddsförordningen är inte tillämplig vid enbart innehav

Innan Vägledningen 2019 publicerades har expertmyndigheterna gett olika besked om huruvida förbuden i 23 § AF är tillämpliga vid förvaring utan samband med transport. Bestämmelsens ordalydelse ger inte tydligt besked och klagörande förarbeten saknas. J. har uppfattat att det rådde skilda uppfattningar mellan olika myndigheter om hur 23 § AF skulle tillämpas.

Det är tydligt att tillämpning av 23 § AF i rena innehavssituationer, dvs. oavsett om det finns något samband med transport, innebär en dubbelreglering med 25 § AF i fall som har samband med försäljning. Regleringstekniskt vore detta en ytterst egenartad och olämplig lösning, dels på grund av dubbelregleringen i sig, dels eftersom förbuden med respektive - olika - undantag i så fall framstår ologiskt konstruerade och svårgenomskådliga för enskilda som förväntas efterleva dem. Detta talar för att förbuden i 23 § AF inte ska tillämpas på innehav som saknar samband med transport.

Fågelhållningen på Almnäs gård förutsätter inte att exemplar av fåglar ska flyttas (transporteras). Det finns därför inte anledning att tillämpa förbudet i 23 § AF på T.J.s innehav av fåglarna.

Förbuden i 23 § artskyddsförordningen strider mot unionsrätten

Fågeldirektivet kräver inte att tamfåglar förbjuds

Som framgått ovan går förbuden mot fågelhållning i den svenska artskyddsförordningen långt utöver vad unionsrätten eller dess syften kräver. När det gäller fåglar som är uppfödda i fångenskap måste bestämmelsen i 23 § AF bedömas uteslutande som nationella restriktioner för handeln mellan medlemsstaterna eftersom fågeldirektivet inte är tillämpligt på dessa exemplar.

Trots att fågeldirektivet inte gäller för klagandens fångenskapsuppfödda fåglar är följande relevant att notera om fågeldirektivet och EU-domstolens praxis gällande art. 14.

För det första bör det vara en utgångspunkt vid proportionalitetsprövning av nationella åtgärder att det på gemenskapsnivå inte har bedömts ändamålsenligt och än mindre nödvändigt för skyddet av vilda fågelbestånd att förbjuda handel och uppfödning i fångenskap. Detta visar i sig att ett generellt och totalt förbud mot uppfödning och hållande i fångenskap, som gäller alla europeiska arter, inte heller är befogat, gynnsamt, ändamålsenligt och än mindre är nödvändigt för fågelskyddet eller skydd av miljön i övrigt.

För det andra har det genom fågeldirektivet preciserats vilka restriktioner som ansetts befogade och proportionerliga för att skydda vilda bestånd och vilda individer, vilka som utgångspunkt torde vara mer skyddsvärda och mer skyddsbehövande än fångenskapsuppfödda exemplar när det gäller åtgärder mot t.ex. jakt och handel. Det kan, i samtliga fall då det är tillåtet att jaga och fånga samt hålla och sälja vidare vilda exemplar av en europeisk art, uteslutas att förbud mot handel och uppfödning av samma art är att se som en befogad och proportionerlig åtgärd när syftet är skydd mot illegal jakt. Om förbud mot hållande m.m. av

fångenskapsuppfödda exemplar skulle godtas i dessa fall, måste behöriga myndigheter bisarrt nog inrikta sin tillsyn på att säkerställa att hållna fåglar är vilda exemplar som fångats (i motsats till fångenskapsuppfödda exemplar, till och med om de är avkommor till exemplar som fångats i laglig jakt). Vidare skulle enskilda som innehar exemplar som tagits lagligen från naturen komma i en ytterst märklig sits, då det inte skulle finnas något lagligt sätt att befatta sig med ägg eller avkommor till exemplaren även om de fångats lagligt.

Det nu sagda talar för att förbuden enligt 23 § AF inte är befogade och proportionerliga för någon art som enligt gemenskapsrätten får fångas och hållas lagligt om det rör sig om vilda exemplar. Vidare bör som minimum alla nödvändiga förutsättningar för strängare nationella åtgärder avseende vilda fåglar, vilka följer av EU-domstolens praxis, krävas för att nationella åtgärder avseende fångenskapsuppfödda fåglar ska anses som befogade eller proportionerliga.

Generella förbud strider mot fågeldirektivet

Art. 6.2 fågeldirektivet innebär att nationella förbud mot handel med vissa arter inte får förekomma. Trots detta omfattar förbuden i 23 och 25 §§ AF enligt sin ordalydelse alla fåglar som finns i vilt tillstånd inom Europeiska unionens europeiska territorium. Även om myndigheterna numera har inställningen att förbuden i 25 § AF inte ska tillämpas för berörda arter (i bilaga III A till direktivet), förefaller de även mena att förbuden enligt 23 § artskydds-förordningen alltjämt ska gälla.

Detta är uppenbarligen oförenligt med art. 6.2 fågeldirektivet eftersom förbud mot innehav gör legal handel praktiskt omöjlig (d.v.s. ett de facto-förbud). Vidare har EU-domstolen tydligt uttalat att 1) art. 14 fågeldirektivet utgör fullständig reglering av medlemsstaters behörighet att meddela restriktioner avseende vilda fåglar och att 2) den nationella behörigheten inte omfattar arter som inte är inhemska, hotade eller migrerande (*Gourmetterie Van den Burg*). Då förbuden i 23 § enligt sin ordalydelse omfattar alla fåglar som finns i vilt tillstånd

inom Europeiska unionens europeiska territorium, utan undantag, går förbuden längre än Sveriges nationella behörighet enligt art. 14 sträcker sig.

Förbuden är således även oförenliga med fågeldirektivet art 14.

Genomförandetiden för fågeldirektivet har gått ut sedan länge. Direktivet och EU-domstolens uttalanden är tillräckligt klara och entydiga för att få direkt effekt vid svensk lagtolkning och rättstillämpning. Nationella bestämmelser som går längre än Sveriges behörighet enligt art. 14 får därmed inte tillämpas.

Eftersom T.J.s fåglar är födda och uppfödda i fångenskap gäller nyss sagda unionsrätt och praxis inte hans fågelinnehav i omedelbar mening. Det vore emellertid bisarrt och varken befogat eller proportionerligt att tillämpa förbuden på enbart fångenskapsuppfödda exemplar av berörda arter.

Visare visar detta ytterligare att förbuden i 23 § AF inte utformats med vederbörlig hänsyn till relevant unionsrätt.

Förbuden i artskyddsförordningen är ologiska

Som nämnts ovan skulle 23 § AF enligt Vägledning 2019 vara tillämplig på all förvaring av fåglar, vilket innebär en i sig olämplig dubbelreglering avseende förbuden. En sådan dubbelreglering framstår som onödig och en minst sagt egenartad regleringsteknik om den varit avsedd när förordningen infördes. Med hänsyn till att undantagen från förbuden i 25 § AF noga utformats så att man undviker dubbelreglering med CITES-förordningen är det emellertid osannolikt att författningen samtidigt skulle antagits med en inbördes dubbelreglering i 23 § i förhållande till samma förordning, särskilt utan att det uppmärksammats och tydliggjorts. Det är också ytterst oklart vad en sådan dubbelreglering skulle kunna tjäna för syfte.

Det som kan konstateras är att sådan dubbelreglering gör rättsläget oklart och försvårar att förstå regleringens innehåll för de enskilda som förväntas rätta sig efter

den. Svårigheterna beror bl.a. på att 23 § AF förenats med undantagsregler som inte är symmetriska.

För det första ska noteras att CITES-arter i kategori A och B generellt undantas från förbuden enligt 25 § genom 30 § sjätte punkten AF. Dessa arter omfattas av förbud avseende kommersiella aktiviteter enligt de direkt tillämpliga förordningarna (EG) 338/97 och (EG) 865/2006.

Arter för vilka kommersiella aktiviteter är tillåtna enligt undantagsregler i förordningarna omfattas vidare av det gemensamma system med CITES-intyg och certifikat som i Sverige administreras av Jordbruksverket. Om förbuden i 23 § AF tillämpas i dessa fall blir undantaget i 30 § sjätte punkten meningslöst, liksom harmoniseringen av formerna för reglerad handel med skyddade arter i CITES-förordningen och möjligheten att erhålla CITES-intyg för fåglar från Jordbruksverket. Det finns ingen logik, rimlighet eller rättssäkerhet i en sådan ordning - som likväl blir följd av vad som anges i Vägledning 2019.

För det andra anges i Vägledning 2019 att art. 6.2 fågeldirektivet innebär att förbuden i 25 § AF inte kan tillämpas på arter i bilaga III A till direktivet, men att förbuden i 23 § AF fortsatt kan tillämpas. Det är uppenbart att Vägledning 2019 i detta hänseende innebär ett ofullständigt inrättande efter den entydiga regeln i art. 6.2 fågeldirektivet. Ett totalförbud mot innehav av fåglar oavsett sammanhang är inte förenligt med att, som direktivet kräver, tillåta handel med dem. Till och med vägledningen bidrar således ytterligare till osäkerhet om vad som gäller enligt 23 och 25 §§ AF, osymmetriska undantag och tillämpningsproblem i förhållande till unionsrätten. Detta bekräftas av hur artskyddsförordningen tillämpats i aktuellt fall, varvid Naturvårdsverket inte tillämpat 25 § AF samtidigt som Jordbruksverket har tillämpat 23 § AF och ansett att dispens aldrig kan beviljas för enskilda innehav (eller för handelsändamål som är legala enligt förutnämnda regler).

I dessa avseenden framstår förbuden i 23 § AF som oklar, rättsosäker och alltjämt i strid med unionsrätt även om Vägledning 2019 beaktas. I synnerhet vid de

extensiva tolkningar av förbuden som myndigheterna förordar. Det är tydligt att det finns ett fortsatt behov av att bringa förbuden i överensstämmelse med unionsrätt och grundläggande rättssäkerhetskrav, vilket förutsätter restriktiva tolkningar och i vissa delar att förbuden i enlighet med 11 kap. 14 § regeringsformen inte tillämpas.

Förbuden i 23 § artskyddsförordningen utgör handelshinder

Jordbruksverket har inte berört FEUF i sitt beslut. Det förutsätts likväl att det är ostridigt att förbuden enligt 23 § AF utgör handelshinder och därmed måste uppfylla kraven enligt art. 36 FEUF. Som sagts ovan görs det inte gällande att förbuden i 23 § AF skulle vara diskriminerande eller att förbudens angivna skyddssyfte inte skulle vara ett legitimt syfte. Frågan är om förbuden kan anses ändamålsenliga eller nödvändiga - eller om de ens är relevanta - för angivna skyddssyften, och om de i så fall även är proportionerliga.

Detta måste prövas från fall till fall (art till art) eftersom det förutsätter en konkret bedömning av artens skyddsbehov och åtgärdens effekt. Både utformningen av artskyddsförordningen och Vägledning 2019, liksom myndighetens bedömning i det aktuella fallet, är generella samt hänför sig i förekommande fall (i de fall det anges) till abstrakta skäl. Bedömningarna brister således i detta avseende.

Förbuden har inte proportionalitetsprövats

Även om de syften som förbuden i 23 § AF enligt Vägledning 2019 anges ha är legitima, kräver både art. 36 FEUF och EU-rättspraxis att förbuden måste ha en positiv effekt på syftena som står i rimlig proportion till ingrepp och skada.

Det har inte gått att finna någon dokumenterad proportionalitetsprövning eller konsekvensanalys av förbuden i 23 § artskyddsförordningen som, såsom de nu uttolkas av myndigheterna, innebär totalförbud mot innehav av fåglar av europeiska fågelarter, även fångenskapsuppfödda exemplar. Som bakgrund och "förarbeten" till förbuden anges fågeldirektivet och CITES-förordningen, vilka som framgått ovan inte kräver eller föreskriver något generellt förbud mot hållande och avel i fångenskap. Som anförts ovan följer gränser för ytterligare rent nationella ingrepp

av både författningstexterna och EU-domstolens praxis, även i de fall strängare nationella åtgärder är möjliga.

Om en korrekt bedömning av förutsättningarna för strängare regler enligt unionsrätten och en korrekt proportionalitetsprövning gjorts vid införandet, framstår det som uteslutet att 23 § AF skulle ha utformats på det sätt som skett, d.v.s. som totalförbud för alla europeiska arter oavsett konkret skyddsbehov och alla exemplar oavsett ursprung. Förutom de eventuella positiva effekter som regeringen kan ha hoppats uppnå, måste även noteras att förbudens effekt skulle vara att kriminalisera tidigare legal fågelhållning, samt tvinga fram en omläggning av handel och innehav av prydnadsfåglar så att enbart utomeuropeiska arter kan hållas i fångenskap i Sverige. Det skulle alltså ha behövt konstateras att dessa negativa effekter uppvägs av förbudens positiva effekter - för samtliga arter som förbuden omfattar.

En proportionalitetsprövning som skett är inte är generaliserbar

I ett fall har nationell domstol gjort en proportionalitetsprövning av förbuden enligt 23 § AF (Mark- och miljödomstolen i Växjö's dom den 16 mars 2010 i mål nr M 4214-09). Målet avsåg en ansökan om att få importera och hålla fåglar av arterna sånglärka, trädlärka, sydnäktergal, näktergal, blåhake, rödstjärt, trädgårdssångare, höksångare, svarthätta, steglits och domherre för ett konstprojekt.

Mark- och miljödomstolen fann att förbuden i 23 § AF "förefaller [sic!]... vara motiverat av artskydds- och naturvårdshänsyn." Domstolen anförde vidare följande.

"Det finns bland annat risk för att fångenskapsuppfödda fåglar rymmer, vilket skapar risk för hybridisering med vilt levande lokala exemplar. Detta kan komma att skada de lokala populationernas särarter och utarma den biologiska mångfalden. Vidare kan vilt levande fåglar komma att infångas och falskeligen rubriceras som fångenskapsuppfödda, vilket riskerar att skada artens fortlevnad.

[...] förbudet skulle bli mycket svårhanterligt om fångenskapsuppfödda fåglar från vissa länder eller områden inom EU generellt skulle undantas från förbudet. Förbudet skulle då bli betydligt mindre effektivt och de eftersträvade artskydds- och naturvårdsändamålen skulle bli svåra att uppnå. [...] inte ens de allra säkraste rutinerna

för ringmärkning [skulle] innebära att risken för hybridisering minskas i nämnvärd utsträckning."

Klagandens intresse gäller framförallt prydnadsfåglar och det är inte känt för honom om de problem som Jordbruksverket åberopade vid tidpunkten för mark- och miljödomstolens dom var speciella för skogsfåglar eller en annan grupp där vilda skogsfåglar ingår. Här finns dock anledning att notera följande.

För det första är märkning med ring eller chip en vedertagen metod som myndigheterna i allmänhet godtar när det gäller utomeuropeiska fåglar och andra djur. När det gäller CITES-arter finns ett gemensamt framtaget, internationellt system för reglerad handel som innefattar märkning med ring eller chip. Det förefaller inte finnas något sakskäl för att avel och handel med europeiska fågelarter under ett system som motsvarar vad som gäller för A-listade och B-listade CITES-arter, generellt skulle vara otillräckligt hinder mot illegal jakt på vanliga vilda fåglar i Europa.

För det andra kan noteras att Jordbruksverket i målet anförde att det "på senare tid" uppdragats att manipulering av ringmärkning förekommit i Europa. Den aktuella typen av problem är inte nödvändigtvis bestående - tvärtom får det förutsättas att system och metoder, samt behöriga myndigheters kontroll, utvecklats under de tio åren som gått sedan domen och förhoppningsvis bidragit till en lösning på eventuella problem som fanns då. När det gäller prydnadsfåglar finns vidare väl etablerad samt fungerande reglerad avel, uppfödning i fångenskap och handel i andra EU-medlemsstater. Klaganden känner inte till att manipulering av märkningar och förtäckt illegal jakt skulle ha varit, eller är, ett generellt problem för de arter han innehar. I synnerhet är detta ett uppenbart ohållbart argument för förbud mot innehav av arter som är föremål för legal jakt där de förekommer, såsom årta, kricka, bläsand, vigg m.fl.

För det tredje, om det mot förmodan finns kvarstående aktuella problem med manipulering av märkning och problemen inte omfattar hela EU, vore förbud mot

import från länder eller regioner med otillräckliga system för att motverka sådan manipulering uppenbarligen en tillräcklig åtgärd för fågelskyddet. Det framstår inte som ett oöverstigligt hinder mot ett sådant riktat förbud om det skulle vara svårare att administrera. Det är inte proportionerligt att förbjuda handel med länder och regioner som har väl reglerade och kontrollerade marknader för fångenskapsuppfödda fåglar enbart för att det svenska nationella regelverket ska bli lättare att administrera.

För det fjärde är det oklart vari den åberopade risken för hybridisering skulle bestå. Hänvisning görs till mål C-100/08 och EU-domstolens konstaterande i domen punkt 97, d.v.s. att Belgiens argument från skyddsintresset för den biologiska mångfalden ska avvisas, eftersom dels inga specifika fågelarter med erforderlig särart och konkret skyddsbehov pekats ut, dels förbudet var generellt. Även om det skulle föreligga ett verkligt och konkret behov av att skydda och bevara särarten hos lokala populationer av exempelvis skogsfågelarterna som berörts i mål M 4214-09, innebär det inte att risk för hybridisering med lokala populationer är en tillräcklig grund för generella totalförbud mot europeiska fåglar. Då prövningen avsett helt andra arter och förutsättningar än J.s innehav, har mål M 4214-09 ingen direkt relevans för bedömningen av fågelarterna på Almnäs gård.

Utvidgning utan proportionalitetsprövning eller förutsägbarhet

Förbuden i 23 § AF är utformade på ett sådant sätt att deras omfattning är flytande och bestäms av vilka fågelarter som har en förekomst i Europa, vilket i sin tur i stor utsträckning bedöms genom avstämning mot EU Bird List.

Som en konsekvens härav kan uppdatering av EU Bird List leda till att legala fågelinnehav blir kriminaliserade över natt genom att 23 § AF blir tillämpliga på nya arter. En sådan uppdatering av EU Bird List inträffade i augusti 2015 och medförde då att bl.a. klagandens innehav av arten brudand enligt myndigheternas tolkningar av 23 § AF blev olagligt över natt. Samtidigt försvann också alla legala möjligheter till avsättning för fåglarna.

Sådana utvidgningar av förbudens omfattning kan alltså ske och har skett utan förvarning, utan undantag (dispensmöjligheterna är som bekant närmast obefintliga enligt artskyddsförordningens ordalydelse) och utan ersättning till enskilda som därigenom tvingas avveckla befintliga fågelinnehav som förvärvats och innehavts lagligt fram till uppdateringen.

Eftersom EU Birds List inte är avsedd att rakt "översättas" till förbud som omfattar fångenskapsuppfödda fåglar, tar uppdatering av listan endast hänsyn till vilka nya fågelarter som har observeras i Europa. Det tas således inte i något led hänsyn till potentiellt omfattande skadeverkningar för berörda enskilda, när de svenska totalförbuden växer i omfattning. Utformningen av 23 § AF får alltså till följd att förbuden kan utvidgas när som helst utan någon som helst proportionalitetsprövning, utan förvarning och på grunder som det är omöjligt för berörda enskilda att förutse och överblicka, vilket skapar stor rättsosäkerhet även avseende fågelinnehav som i nuläget är legala.

Vägledning om förbuden utan proportionalitetsprövning

Efter mark- och miljödomstolens dom M 4214-09 har domskälen förts över till Vägledning 2019, som om resonemanget vore generellt tillämpligt på alla europeiska arter. Detta är inte heller uttryck för någon proportionalitetsprövning som uppfyller kraven som EU-domstolen ställt upp.

Vägledning 2019 preciserar inte någon konkret art eller population, inga faktaunderlag för att riskerna som den hänvisar till föreligger i verkligheten, inte någon specifik aktivitet i Sverige eller utomlands som orsakar risk för vilda fågelbestånd eller någon utländsk art eller population som eventuell risk för hybridisering med svenska bestånd är hänförlig till. Det finns överhuvudtaget ingen specifik eller konkret motivering till att förbuden i 23 § AF bedöms kunna gynna någon art i Sverige eller utomlands.

Med undantag för konstaterandet att förbuden inte kan tillämpas när de står i uppenbar och direkt strid med fågeldirektivet art. 6.2, görs heller ingen synbar

åtskillnad mellan fågelarter med olika stort skyddsbehov, olika utbredning eller olika harmoniseringsgrad i unionsrätten.

Sammantaget har förbuden i 23 § AF aldrig underkastats erforderlig proportionalitetsprövning, varken vid införandet, vid tillämpning (i ett enda fall för tio år sedan, som påtagligt skiljer sig från det förevarande), vid upprepad utvidgning av deras tillämpningsområde, eller vid vägledning om vad förbuden innebär. Det är tydligt att de generella förbuden i efterhand inte framstår som ändamålsenliga, nödvändiga eller proportionerliga vid proportionalitetsprövning.

Generella förbud är inte proportionerligt

De angivna skälen för förbuden i 23 § AF anges vara

- i) påstådd risk för ökat tryck på vilda populationer från illegal jakt, dels genom att legal avel och fågelhållning kan baseras på illegalt fångade exemplar, dels genom att legal avel kan används som "täckmantel" för illegalt fångande eller dödande av vilda exemplar, samt
- ii) påstådd risk för hybridisering mellan förrymda fångenskapsuppfödda exemplar och inhemska populationer.

Som noterats ovan finns det i förevarande fall ett i hög grad harmoniserat skydd inom EU för samtliga arter som berörs av den nationella regleringen. Den gemensamma regleringen bygger också på överväganden om skyddsbehov för vilda fåglar både generellt och per art.

När fågeldirektivet antogs har det inte antagits ett gemensamt förbud mot hållande och uppfödning av europeiska arter i fångenskap. Tvärtom har det baserat på arternas olika skyddsbehov fastställts att handel med vissa arter inte får förbjudas, handel med andra arter får tillåtas, jakt av vissa arter får förekomma och vissa arter ska få särskilt skyddade områden i de medlemsstater där de förekommer. Detta visar i sig att totalförbud mot fågelhållning inte behövs avseende alla vilda europeiska arter och fåglar, och ett nationellt förbud grundat på allmänt hållna resonemang med denna innebörd inte kan godtas. Utgångspunkten för hur

fågeldirektivets skyddssyften kan uppnås - vilket även gäller sådana legitima ändamål enligt art. 36 FEUF som sammanfaller med direktivets syfte - är tvärtom att ett generellt förbud mot hållande, handel och avel med fåglar i fångenskap inte kan anses nödvändigt bevarandet av naturligt förekommande vilda fågelpopulationer.

Redan i *Didier Vergy* framhöll generaladvokaten att förbud mot uppfödning i fångenskap, hållande och handel med prydnadsfåglar sannolikt inte minskar, och snarare riskerar att öka trycket på vilda fågelbestånd från illegal jakt genom att rycka undan tillgången till lagliga exemplar för att både tillgodose efterfrågan på t.ex. parkfåglar, samt att fångenskapsuppfödda exemplar potentiellt kan användas i bevarandearbetet om de vilda bestånden försvagas.

EU-domstolens praxis understryker vidare att strängare nationella krav inte kan anses förenliga med fågeldirektivets syften om de inte avser skydd av arter som är inhemska, hotade eller migrerande. Medlemsstater som inför rent nationella regler av hänsyn till art- och miljöskydd måste kunna precisera vilken eller vilka arter som avses skyddas och vilka risker som de nationella reglerna avses motverka. För flera arter som omfattas av artskyddsförordningen - och flera arter som är aktuella i detta mål - gäller ingen av dessa förutsättningar. Inom ramen för EU-domstolens praxis har medlemsstaters argument för att förbud mot uppfödning och hållande i fångenskap i allmänhet skulle vara till gagn för vilt levande arter och vilt levande populationer - inklusive argument som är mycket snarlika angivna skäl för artskyddsförordningen - regelmässigt förkastas när de inte haft en förankring i konkreta påvisbara risker för en angiven fågelart, fågelarter eller fågelpopulation. Av detta följer också att det knappast är möjligt att tillräckliga skäl för förbud kan föreligga för samtliga vilda europeiska fågelarter, vilket skulle vara en förutsättning för att komma fram till att generella förbud lika 23 § AF är befogade eller ändamålsenliga.

För vissa fågelarter har rättsläget harmoniserats ytterligare genom CITES-förordningen. Som noterats ovan är förordningen inte avsedd att vara ett absolut

hinder mot strängare nationella åtgärder. Det kan dock svårligen anses befogat att ensidigt införa ett de facto totalförbud mot att befatta sig med arterna utan någon som helst hänsyn till förutsättningarna för handel som aktivt tillåts och kontrolleras på gemenskapsnivå genom CITES-förordningen.

I *Nationale Raad van Dierenwekers* framgår vidare tydligt att även om restriktioner med ett i och för sig legitimt artskyddssyfte endast omfattar ett urval av arter - alltså en mer nyanserad och mindre ingripande reglering än totalförbuden i 23 § AF - gäller ytterligare krav för att regleringen ska kunna godtas. Bland annat krävs att urvalet sker på objektiva grunder och med vissa rättssäkerhetsgarantier för enskilda (såsom motivering och möjlighet till överprövning). Förbuden i artskyddsförordningen blir tillämpliga på alla europeiska fågelarter utan urskillning, utvidgas utan motivering och kan inte prövas varken i förhand eller rättsligt i efterhand.

Här ska även framhållas att de generella förbuden i 23 § AF, regleringstekniken samt de totalförbud och tillämpningsproblem som regleringen ger upphov till förefaller vara unika för Sverige och den svenska regleringen avseende vilda europeiska fåglar. Både fågeldirektivet och CITES-förordningen etablerar olika nivåer av skydd som anpassats efter arternas olika skyddsbehov. Som framgår ovan förekommer välfungerande legal uppfödning och handel i fångenskap avseende vissa fågelarter - däribland klagandens prydnadsfåglar - i ett flertal andra EU-medlemsstater inklusive till Sverige närliggande och jämförbara stater. Här kan även noteras att hållande och kontrollerad handel med vissa utomeuropeiska fågelarter och andra djur samt produkter av dessa, inklusive hotade CITES-arter, förekommer i Sverige. För att ett generellt och totalt förbud som 23 § AF ska anses proportionerligt måste det konstateras att reglerade former av innehav, uppfödning och handel inte räcker för att ge den skyddsnivå som berörda arter behöver, vilket i ljuset av det nyss sagda måste vara faktorer som är speciella och gäller just i Sverige, just för vilda europeiska fågelarter eftersom reglering är tillräckligt enligt unionslagstiftaren, våra grannländer och enligt den svenska regeringen för andra arter än europeiska fåglar. Det är tydligt att detta inte är uppfyllt.

I stället är det uppenbart och ofrånkomligt att den proportionalitetsprövning, om någon, som lett till de generella förbuden i den svenska artskyddsförordningen är bristfällig. Det följer direkt av art. 36 FEUF och tydliggörs ytterligare genom EU-domstolens praxis att den generella utgångspunkten, även när det gäller vilda europeiska fågelarter, är motsatsen till att förbud mot fångenskapsuppfödning kan införas med stöd av art. 36 FEUF. Att en ordentlig proportionalitetsprövning skulle kunna leda till införande av ett förbud som omfattar alla arter som är eller kan komma att betraktas som europeiska, med enbart obetydliga möjligheter till undantag och utan någon möjlighet till rättslig prövning av förbudens grunder och omfattning, förefaller uteslutet. De generella förbuden i 23 § AF är inte nödvändiga utan de är oproportionerliga, vilket förbisetts när förbuden infördes eftersom ingen ordentlig proportionalitetsprövning skett.

Förbudens angivna syften är inte generellt tillämpbara

Ansatsen från myndigheterna förefaller vara att om proportionalitetsprövning av förbuden i 23 § AF sker, görs den endast på en övergripande nivå. Detta angreppssätt är i grunden felaktigt.

Det är uteslutet att förbud som är både generella och mycket långtgående, har utsikter att uppfylla kraven enligt art. 36 FEUF på legitima, befogade ändamål och proportionalitet.

Av unionsrättskällorna framgår att nationella åtgärder ska ta omfattande hänsyn till olika arters olika skyddsbehov och förutsättningar, samt bygga på kunskapsunderlag om detta skyddsbehov och förutsättningar som möjliggör väl avvägda åtgärder. Därigenom är det oundvikligt att bedömningar, för att bli meningsfulla och uppfylla unionsrättens krav, måste ske varje art för sig eller som ett absolut minimum för en avgränsad grupp med väsentligen liknande förutsättningar, som berörs av samma verkliga risker.

Utveckling av proportionalitetsbedömningen art för art

Tillämpliga bestämmelser, utbredningsområde, skyddsbehov och hot samt förutsättningar i övrigt som ska beaktas vid proportionalitetsbedömningen skiljer sig åt mellan arterna.

Förbuden i 23 § AF är oproportionerliga avseende samtliga av arterna som omfattas av dispensansökan.

Arter med en större harmoniseringsgrad

Arter som inte får förbjudas: klipphöna (*alectoris barbara*) och rödhöna (*alectoris rufa*)

Enligt art. 6.2 jämförd med art. 6.1 fågeldirektivet får inte medlemsstaterna förbjuda försäljning, transport för försäljning, förvaring för försäljning och salubjudande av lagligen åtkomna exemplar av arter som förekommer i direktivets bilaga III A. Genomförandetiden för direktivet har passerats och regleringen i art. 6.2 är tillräckligt klar och entydig för att kunna ha effekt vid prövningar som den förevarande.

De nationella förbuden i 23 och 25 §§ AF omfattar arter i bilaga III A till fågeldirektivet i strid med art. 6.2 i direktivet. Eftersom förbuden i förordningsform strider mot överordnad författning, unionsrätt, får de enligt 11 kap. 14 § regeringsformen inte tillämpas.

Klagandens fåglar är förvisso fångenskapsuppfödda och faller därmed utanför tillämpningsområdet för art. 6.2 fågeldirektivet. På grund av regleringen i art. 6.2 fågeldirektivet kan ett nationellt förbud baserat på art. 36 FEUF endast avse fångenskapsuppfödda exemplar. Ett sådant förbud vore dock ologiskt och meningslöst.

Då ett förbud som endast omfattar fångenskapsuppfödda fåglar inte vore ändamålsenligt, nödvändigt eller proportionerligt för att skydda den vilda

populationen av arterna är förutsättningarna för en nationell åtgärd enligt art. 36 FEUF inte uppfyllda och förbuden får därmed inte tillämpas.

Utöver det ovan sagda kan det tilläggas att både klipphöna och rödhöna är livskraftiga arter som varken är inhemska i Sverige eller migrerande. Förutsättningar för en nationell åtgärd enligt art. 36 FEUF saknas således även av detta skäl.

CITES-kategori A och B: formosakricka/gulkindad kricka (*anas formosa*), rödhalsad gås (*branta ruficollis*), vitögd dykand (*aythya nyroca*) och årtå (*spatula querquedula*)

Medlemsstaterna ska enligt art. 6.1 fågeldirektivet förbjuda försäljning, transport för försäljning, förvaring för försäljning och salubjudande av levande eller döda exemplar av dessa arter. Detta krav gäller dock inte fångenskapsuppfödda exemplar.

Vidare utgör art. 8.1 i CITES-förordningen ett direkt tillämpligt, generellt förbud mot samma åtgärder, som utgångspunkt för alla exemplar av arterna. Undantag gäller enligt art. 61 förordning (EG) 865/2006 och dess bilaga X för reglerad handel och hållande av fångenskapsuppfödda exemplar, som alltså är tillåten.

Enligt 30 § sjätte punkten AF står förbudet i 25 § tillbaka för den nyssnämnda gemensamma regleringen i CITES-förordningen och förordning 865/2006. Det behövs således inte dispens från 25 §. Myndigheterna förefaller dock vara av uppfattningen att förbuden i 23 § AF gäller, varvid undantagen i 30 § AF och förordning 865/2006 blir meningslösa. Detta gör regleringen i artskyddsförordningen ologisk och svårtillgänglig samt skapar oklarhet om vad som rätteligen gäller för hantering av exemplar av arter som omfattas av CITES-förordningen. För att det ska finnas någon inbördes logik i artskyddsförordningen, och för att reglerad handel enligt CITES-förordningen ska vara möjlig som unionslagstiftaren avsett, kan inte förbudet i 23 § AF tillämpas på arterna i denna grupp.

Om mark- och miljödomstolen trots det nyss sagda väljer att pröva 23 § AF enligt art. 36 FEUF, går det likväl inte att bortse från att det finns en bedömning på gemenskapsnivå av de berörda arternas konkreta skyddsbehov, risker med att tillåta reglerad avel och handel m.m., som resulterat i att kommersiella aktiviteter med fångenskapsuppfödda exemplar är tillåten enligt direkt tillämplig unionsrätt. Harmoniseringen är så långtgående avseende dessa arter att utrymmet för rent nationella åtgärder enligt art. 36 FEUF torde vara ytterst begränsat. De generiska, abstrakta skäl som framförts i Vägledning 2019 - utan stöd i utredning avseende någon art inklusive arterna i denna grupp - uppfyller inte förutsättningarna i art. 36 FEUF.

Arternas förutsättningar varierar inom gruppen. Regleringen i CITES-förordningen visar att det oavsett artens omständigheter i vilt tillstånd inte finns någon nödvändig motsättning mellan att tillåta hållande och handel med lagligt åtkomna och/eller fångenskapsuppfödda exemplar å den ena sidan och skydd av vilda fåglar å den andra sidan, vilket även bekräftas av generaladvokatens uttalande i *Didier Vergy* om att kontrollerad uppfödning och handel är önskvärd och nyttig samt kan vara till fördel för bevarandet av vilda fåglar. Samtliga arter i denna grupp är populära park-, prydnads- och sällskapsfåglar och är som sådana föremål för omfattande avel och handel i övriga Europa. Det finns inte anledning att bedöma dessa aktiviteter just i Sverige som en större risk för bevarandearbetet än avel och handel i andra EU-medlemsstater, och förefaller långsökt att ett sådant förbud i Sverige skulle ha positiv effekt för arter som hålls, föds upp, transporteras, köps och säljs lagligt i övriga EU.

Mot denna bakgrund saknas förutsättningar för en nationell åtgärd enligt art. 36 FEUF för ett de facto totalförbud i Sverige mot befattning med exemplar som lagenligt (enligt bestämmelser som även är direkt tillämpliga i Sverige) släppts ut på marknaden i andra medlemsstater. Förbudet i 23 § AF strider därmed mot överordnad unionsrätt och ska inte tillämpas på arterna i denna grupp, se 11 kap. 14 § regeringsformen.

CITES-kategori C: amerikansk bläsand (*mareca americana*), bläsand (*anas penelope*), kricka (*anas crecca*), skedand (*anas clypeata*), stjärtand (*anas acuta*) och senegal-duva/palmduva (*spilopelia* (tid. *streptopelia*) *senegalensis*)

Medlemsstaterna ska enligt art. 6.1 fågeldirektivet förbjuda försäljning, transport för försäljning, förvaring för försäljning och salubjudande av levande eller döda exemplar av dessa arter, dock gäller kravet inte fångenskapsuppfödda exemplar. Enligt art. 6.3 fågeldirektivet får medlemsstaterna dock - även för vilda exemplar - välja att tillåta åtgärderna för samtliga arter i denna grupp. Samtliga av arterna får dessutom jagas i EU och i Sverige.

Arterna i denna grupp omfattas vidare av direkt tillämpliga bestämmelser i CITES-förordningen, dock med en skyddsklassning (kategori C) som inte omfattas av förbuden mot kommersiella aktiviteter i art. 8.

Vid prövning av förbuden i 23 § AF enligt art. 36 FEUF förefaller det minst sagt osannolikt att ett totalförbud mot levande eller fångenskapsuppfödda exemplar är nödvändigt för att skydda arterna när det samtidigt enligt gällande svensk rätt är tillåtet att jaga och döda vilda exemplar av samt att inneha, sälja och köpa de döda fåglarna.

Det finns vidare för samtliga arter i denna grupp harmoniserade regler som baseras på bedömningar av arternas skyddsbehov och risker med att tillåta handel m.m. som resulterat i att handel inom EU är tillåten enligt CITES-förordningen (endast export och import kontrolleras), samt att jakt på vilda exemplar är tillåten och handel med dem får tillåtas enligt fågeldirektivet. Således finns en i hög grad harmoniserad skyddsnivå som följer bedömningen att arternas situation inte är sådan att handel - eller ens jakt - behövt förbjudas.

Arterna i denna grupp har generellt god utbredning och populationsstorlek i livskraftiga vilda bestånd. Inbördes variation finns framförallt i arternas geografiska utbredning. Samtliga arter i denna grupp är även populära som park- och

prydnadsfåglar i Europa, och är föremål för omfattande avel och handel med fångenskapsuppfödda exemplar. EU-domstolen har bl.a. i *Kommissionen mot Belgien* framhållit att strängare nationella åtgärder enligt art. 14 fågeldirektivet måste baseras på att det finns verkliga risker som är arts specifika, konkreta och utredda. Det förefaller minst sagt långsökt att det skulle finnas ett sådant skyddsbehov att förbud mot att hålla och föda upp exemplar i fångenskap av en art behövs, samtidigt som vilda exemplar av arterna får jagas, fångas, dödas och säljas lagligt. Likaså är det osannolikt att förbud mot fågelhållning i Sverige behövs eller skulle ha någon effekt för bevarande av arterna som likväl hålls och föds upp i fångenskap, transporteras, köps och säljs lagligt i våra grannländer och övriga EU.

Mot denna bakgrund saknas förutsättningar för en nationell åtgärd enligt art. 36 FEUF för ett de facto totalförbud mot befattning med exemplar som lagenligt släppts ut på marknaden i andra medlemsstater, som dessutom får köpas och säljas även i Sverige enligt direkt tillämplig EU-rätt och även får hanteras enligt artskyddsförordningen om det är döda exemplar som fötts vilda.

Förbuden i 23 § AF är haltande, oproportionerliga, strider mot överordnad unionsrätt och ska inte tillämpas på arterna i denna grupp, se 11 kap. 14 § regeringsformen.

Arter i bilaga III B: bergand (aythya marila), brunand (aythya ferina), grågås (anser anser) och vigg (aythya fuigula)

Medlemsstaterna ska enligt art. 6.1 fågeldirektivet förbjuda försäljning, transport för försäljning, förvaring för försäljning och salubjudande av levande eller döda exemplar av dessa arter, dock gäller kravet inte fångenskapsuppfödda exemplar. Enligt art. 6.3 får medlemsstaterna dock - även för vilda exemplar - välja att tillåta åtgärderna för samtliga arter i denna grupp. Samtliga av arterna får dessutom jagas i EU och i Sverige.

Vid prövning av förbuden i 23 § AF enligt art. 36 FEUF förefaller det minst sagt osannolikt att ett totalförbud mot levande eller fångenskapsuppfödda exemplar är nödvändigt för att skydda arterna när det samtidigt enligt gällande svensk rätt är tillåtet att jaga och döda vilda exemplar av samt att inneha, sälja och köpa de döda fåglarna.

Det finns vidare för samtliga arter i denna grupp harmoniserade regler som baseras på bedömningar av arternas skyddsbehov och risker med att tillåta handel m.m. som resulterat i att jakt på vilda exemplar är tillåten och handel med dem får tillåtas enligt fågeldirektivet. Således följer den harmoniserade skyddsnivån bedömningen att arternas situation inte är sådan att handel - eller ens jakt - behövt förbjudas.

Arterna i denna grupp har generellt god utbredning och populationsstorlek i livskraftiga vilda bestånd globalt. Regionalt och nationellt har dock arternas situationer bedömts olika. För de arter vilkas situation är mer utsatt är aktuella hot i allmänhet kopplade till förlust eller minskning av livsmiljöer, på grund av ändrat klimat, ändrad markanvändning eller ökade störningar. Samtliga arter i denna grupp är även populära som park- och prydnadsfåglar i Europa, och är föremål för omfattande avel och handel med fångenskapsuppfödda exemplar i till. Sverige närliggande och jämförbara EU-medlemsstater.

EU-domstolen har bl.a. i *Kommissionen mot Belgien* framhållit att strängare nationella åtgärder enligt art. 14 fågeldirektivet måste baseras på att det finns verkliga risker som är artspecifika, konkreta och utredda. Det förefaller minst sagt långsökt att det skulle finnas ett sådant skyddsbehov att förbud mot att hålla och föda upp exemplar i fångenskap av en art behövs, samtidigt som vilda exemplar av arterna får jagas, fångas, dödas och säljas lagligt. Likaså är det osannolikt att förbud mot fågelhållning i Sverige behövs eller skulle ha någon effekt för bevarande av arterna som likväl hålls och föds upp i fångenskap, transporteras, köps och säljs lagligt i våra grannländer och övriga EU.

Mot denna bakgrund saknas förutsättningar för en nationell åtgärd enligt art. 36 FEUF för ett de facto totalförbud mot befattning med exemplar som lagenligt släppts ut på marknaden i andra medlemsstater, som dessutom får hanteras i Sverige om det är döda exemplar som fötts vilda. Förbuden i 23 § AF är haltande, oproportionerliga, strider mot överordnad unionsrätt och ska inte tillämpas på arterna i denna grupp, se 11 kap. 14 § regeringsformen.

Arter med något mindre harmoniseringsgrad

I denna grupp är arterna inte föremål för särskild EU-reglering om handel eller jakt utöver de generella förbuden enligt art. 6-7 fågeldirektivet. Utgångspunkten ska ändå vara att det skett en bedömning av skyddsbehov och hot på EU-nivå, som i detta fall resulterat i att förbud mot fångenskapsuppfödning inte ansetts nödvändigt.

Mot bakgrund vad EU-domstolen i *Gourmetterie van den Burg* framhållit om utrymmet för nationella åtgärder avseende vilda exemplar av vilda fåglar, närmare bestämt att nationella åtgärder kan vara befogade endast om *minst* en av förutsättningarna att arten är inhemsk, hotad eller migrerande är för handen, utgår underindelningen nedan från dessa aspekter.

Inhemska fåglar: amerikansk bläsand (mareca (tid. anas) americana) bläsgås (anser albifrons flavirostris), gravand (tadorna tadorna), kanadagås (branta canadensis), knipa (bucephala clangula), snatterand (mareca (tid. anas) strepera) och vitkindad gås (branta leucopsis)

Samtliga arter i denna grupp anses som inhemska i Sverige. Därmed *kan* det enligt vad EU-domstolen uttalat i *Gourmetterie van den Burg* potentiellt finnas ett legitimt nationellt intresse av skyddet för arterna. Detta innebär dock endast att det inte är uteslutet med nationella åtgärder.

Argument för nationella åtgärder som grundas på generell risk för ökat tryck från illegal jakt och/eller hybridisering med vilda inhemska fåglar - lika skälen som anförs i Naturvårdsverkets vägledning - förekommer i någon form och avfärdas i alla tre

fallen *Didier Vergy, Gourmetteria van den Borg* och *Kommissionen mot Belgien*. Av EU-domstolens dom i *Kommissionen mot Belgien* framgår att det inte är tillräcklig grund för nationella åtgärder med påståenden om risk. Det krävs precisering av vilken eller vilka arter som har behov av ytterligare skydd liksom utredda grunder för att risk eller hot verkligen föreligger. I *Kommissionen mot Belgien* och i *Nationale Raad von Dierenwekers* tydliggörs att även nationella åtgärder som är väsentligt mindre ingripande än totalförbudet i 23 § AF måste grundas på risker som är verkliga samt stöds av objektiva skäl och grundlig utredning. Av proportionalitetsprincipen följer att om detta är uppfyllt får likväl inte åtgärder vidtas som går längre än nödvändigt, vilket bl.a. innebär att åtgärder inte utan vidare får omfatta andra eller flera arter än de som behöver ytterligare skydd. I *Nationale Raad von Dierenwekers* bekräftade EU-domstolen att en medlemsstat kan införa annorlunda eller strängare regler än vad som gäller i andra medlemsstater för legitima skyddsintressen såsom djurhälsa (hänsyn till särskilda behov hos exemplar som hålls i fångenskap) och miljö (risker hänförliga till förrymda exemplar). Dock framhålls också att sådan nationell reglering endast är förenlig med unionsrätten om dessutom flera villkor är uppfyllda. Villkoren innebär sammanfattningsvis att den nationella åtgärden bl.a. måste grunda sig på objektiva och icke-diskriminerande kriterier när det gäller dess omfattning, samt att det ska finnas ett lättillgängligt förfarande för att begära att nya djur blir tillåtna att hålla som uppfyller grundläggande rättssäkerhetsgarantier.

Förbudet i 23 § AF bygger på generella, abstrakta resonemang som inte ens uppfyller de grundläggande kraven på precisering, verklig risk, objektiva skäl och stöd av utredning. När förbudet infördes var ingen av arterna i denna grupp ansedd som hotad, vilket talar för att det knappast fanns ett verkligt skyddsbehov till grund för förbudet som går utöver den gemensamt bestämda nivån. I Sverige omfattas gravand av den ovannämnda nytillkomna statusbedömningen av SLU, som dock dels tillkommit först 2020 och därmed uppenbarligen saknat betydelse för att förbudet infördes, dels grundas på omständigheter (förlorad/ändrad livsmiljö m.m.) som ett förbud mot hållande och uppfödning i fångenskap inte på något sätt är ägnat att förbättra. Det finns inget som visar att t.ex. illegal jakt på arterna är ett problem eller ens före-kommer i Sverige, än mindre att illegal jakt är en verklig risk för

arterna. Som generaladvokaten framhöll i *Didier Vergy* är det dessutom snarare till fördel för vilda bestånd (avseende bl.a. skyddet mot illegal jakt) att det bibehålls en legal uppfödning och handel med prydnadsfåglar, byggd på fångenskaps-uppfödda exemplar.

Samtliga arter i gruppen är vanliga parkfåglar med internationell utbredning och bakgrund. Arterna är migrerande och det sker därmed ett naturligt utbyte mellan vilda bestånd från exempelvis olika delar av Europa. Det är inte aktuellt att svenska populationer med en tydlig särprägel skulle "riskeras" genom exempelvis blandning med danska och tyska exemplar på konstgjord väg, genom att fåglar transporteras till Sverige inom ramen för legal handel och sprids i form av förrymda exemplar. Sammantaget ger ingenting av arternas historia eller faktiska aktuella omständigheter stöd för att det skulle finnas en verklig risk för den biologiska mångfalden genom hybridisering av fångenskapsuppfödda fåglar och inhemska bestånd.

Mot denna bakgrund saknas förutsättningar för en nationell åtgärd enligt art. 36 FEUF för ett de facto totalförbud mot befattning med exemplar som lagenligt släppts ut på marknaden i andra medlemsstater. Förbuden i 23 § AF saknar befogad grund, är oproportionerliga, strider mot överordnad unionsrätt och ska enligt 11 kap. 14 § regeringsformen inte tillämpas på arterna i denna grupp.

Migrerande fåglar: blå snögås och vit snögås (*anser caerulescens*), brudand (*aix sponsa*), dvärgkanadagås (*branta hutchinsii minima*), islandsknipa (*bucephala islandica*), mindre bergand (*aythya affinis*), mörk kanadagås (*branta canadensis occidentalis*), prutgås (*branta bemicla nigricans*), ross snögås/dvärgsnögås (*anser rossii*), rostand (*Vadorna ferringuea*), och rödhuvad dykand (*netta rufina*)

Samtliga arter i denna grupp anses inte som inhemska i Sverige och är inte hotade. Enligt vad EU-domstolen uttalat i *Gourmetteria van den Burg* finns potentiell grund för ett nationellt intresse av skydd för arterna enbart genom att arterna är

migrerande. Detta innebär dock endast att det inte är uteslutet med nationella åtgärder.

Då arterna i denna grupp inte är inhemska arter, förefaller argumentet om risk för hybridisering av fångenskapsuppfödda exemplar och vilda bestånd av samma arter som ovidkommande. Enligt vad myndigheterna anfört i mål M 4214-09 är risken för hybridisering mellan arter mindre, även med deras valda angreppssätt att bedöma risker generellt och abstrakt. Som EU-domstolen framhållit i *Kommissionen mot Belgien* är det vidare en grundläggande förutsättning för skyddsåtgärder mot hybridisering med inhemska arter att det kan preciseras vilken inhemsk population som berörs av risk. Detta är inte uppfyllt avseende arterna i gruppen (eller överhuvudtaget avseende förbuden enligt 23 § AF).

Vidare förefaller det minst sagt långsökt att hybridisering med fångenskapsuppfödda fåglar skulle utgöra en beaktansvärd risk för någon särprägel hos arter som är migrerande inom (och utom) Europa, vilket innebär en naturlig sammanblandning inom populationerna över stora områden.

Skydd mot illegal jakt framstår knappast som ett relevant behov för arter som, likt arterna i denna grupp, inte är bofasta, övervintrar, häckar eller observeras regelbundet i Sverige. I den mån risk för illegal jakt på vilda exemplar utgör grund för förbud mot arterna måste skyddsintresset gälla jakt som bedrivs utanför Sverige. Det framstår därvid som osannolikt att ett rent nationellt förbud utan samordning med grannländer eller övriga EU har förutsättningar att få någon positiv effekt (vara ändamålsenligt). För att uppfylla EU-domstolens krav enligt *Kommissionen mot Belgien* avseende verkligt och konkret skyddsbehov måste det även finnas problem med illegal jakt som behöver motverkas, i detta fall där arterna förekommer (inte i Sverige). Med hänsyn till att ingen av arterna är hotad, att skyddsbehovet på gemenskapsnivå ansett tillgodosett utan förbud mot fångenskapsuppfödda exemplar, att det inte finns konkreta uppgifter om pågående problem med illegal jakt där fåglarna förekommer samt att vissa av arterna dessutom får jagas legalt,

framstår även skyddsintresset mot illegal jakt som en otillräcklig - faktiskt irrelevant - grund för särskilt stränga nationella åtgärder i Sverige.

Hänvisning görs även till generaladvokatens uttalande i *Didier Vergy* att det snarare är till fördel för skyddet mot illegal jakt att det bibehålls en legal uppfödning och handel med prydnadsfåglar byggd på fångenskapsuppfödda exemplar.

Generaladvokaten anförde också att om ett förbud mot fångenskapsuppfödda fåglar skulle ha någon positiv effekt för vilda fåglar skulle det vara ett i bästa fall indirekt och kanske rentav teoretiskt skydd.

Sammantaget saknas förutsättningar för en nationell åtgärd enligt art. 36 FEUF för ett de facto totalförbud mot befattning med exemplar som lagenligt släppts ut på marknaden i andra medlemsstater.

Förbuden i 23 § AF saknar befogad grund, är oproportionerliga, strider mot överordnad unionsrätt och ska inte tillämpas på arterna i denna grupp, se 11 kap. 14 § regeringsformen.

Hotade fåglar: fjällgås (*anser erythropus*) och marmorand (*marmaronetta angustirostris*).

Fjällgås, men inte marmorand, är inhemsk i Sverige. Båda arterna är hotade i vilt tillstånd (status VU) och migrerande. Det finns således potentiell grund för ett nationellt intresse av att skydda arterna enligt kriterierna i *Kommissionen mot Belgien*. Båda arterna har därtill ett tydligt skyddsbehov.

Samtidigt är det noterbart att bakgrunden till att fjällgås och marmorand är hotade inte för någon av arterna inkluderar problem med illegal jakt på vilda exemplar för uppfödning och handel. Fjällgåsen har historiskt varit föremål för jakt som påverkat beståndet negativt. Arten har dock inte jagats i syfte att bedriva handel eller tillhandahålla parkfåglar (för detta finns väl etablerade fångenskapsuppfödda bestånd inom Europa, se vidare nedan). Nu aktuella bedömning är att fjällgåsen

påverkas negativt av andra samverkande faktorer, varav de mest betydelsefulla hoten är predation av rödräv och störningar av människor i dess livsmiljö (dvs. turism och fiske i norra Sverige). Marmorand finns naturligt i södra Europa och förekommer inte i vilt tillstånd, varken i eller nära Sverige. En betydelsefull faktor för att marmoranden är hotad är habitatförstörelse, avseende de tillfälliga våtmarker i södra Europa som är artens livsmiljö. För båda arterna pågår bevarandearbete, som bl.a. innefattar (de ändamålsenliga åtgärderna) att avsätta skyddade områden i enlighet med fågeldirektivet art. 4 och Bilaga I.

Även om båda arterna är hotade och det är påkallat att vidta ändamålsenliga åtgärder för att skydda och bevara de vilda populationerna, ändrar detta inte utgångspunkten att det inte finns någon inneboende motsättning mellan att skydda vilda populationer och att fåglar hålls och föds upp i fångenskap. En förutsättning för att förbud mot fångenskapsuppfödning ska vara en meningsfull bevarandeinsats är att det finns belägg för ett samband mellan hot mot den vilda populationen och åtgärden som förbjuds. När det gäller förbuden i artskyddsförordningen framstår dessa som en åtgärd helt utan relevans för de omständigheter som, enligt det ovan sagda, i verkligheten utgör problem för fjällgås och marmorand.

Kraven på utrett och verkligt konkret skyddsbehov som uppställts i *Kommissionen mot Belgien* kan inte anses uppfyllt enbart genom att det föreligger hot mot arterna som är helt orelaterade till de åtgärder som den nationella åtgärden hänför sig till.

Det finns inget stöd för att förbuden i 23 § AF skulle vara nödvändiga - eller ens nyttiga - för att skydda fjällgås och marmorand från illegal jakt. Marmorand förekommer inte ens i Sverige, så det tänkta "skyddet" skulle bestå av att jakt i södra Europa motverkas genom att omöjliggöra att dölja illegalt fångade exemplar i legal handel och avel. Detta framstår som ett rent hypotetiskt, för att inte säga långsökt, resonemang, som generaladvokaten påpekade om motsvarande argument i *Didier Vergy*. Hänvisning görs även till generaladvokatens uttalanden i samma mål om att legal uppfödning och handel med prydnadsfåglar, byggd på fångenskapsuppfödda bestånd, kan vara till fördel för arten genom att dels avlasta vilda bestånd från

illegal jakt (som alltså byts mot legal handel), dels utgöra en potentiell resurs för bevarandearbete (t.ex. genom utsättning för att stötta vilda bestånd). Ett konkret exempel härpå är att fjällgås från fångenskapsuppfödda bestånd har använts i bevarandearbetet för att stötta den vilda populationen.

Vid en objektiv bedömning finns alltså inte någon nödvändig motsättning mellan att skydda vilda exemplar och att tillåta uppfödning i fångenskap av fjällgås och marmorand i Sverige. Detta visas även av att båda arterna är föremål för legal, kontrollerad handel och är mycket populära park- och prydnadsfåglar bl.a. i våra närmaste EU-medlemsstater.

När det gäller skyddet för den biologiska mångfalden - det vill säga särarten hos inhemska arter - kan det noteras att Sverige inte har någon inhemsk population av marmorand, särpräglad eller ej. Detta skyddssyfte kan således bara aktualiseras i Sverige för fjällgås. Även om den nordiska populationen av fjällgås faktiskt anses ha en skyddsvärd särprägel, finns dock inga belägg för att den (populationens särprägel) hotas av sammanblandning med förrymda tamfåglar eller för att nu aktuella förbud är en ändamålsenlig, och än mindre en proportionerlig, åtgärd däremot.

Trots att det finns ett starkt legitimt intresse av att bevara arterna är alltså förutsättningarna för nationella åtgärder enligt art. 36 FEUF inte heller uppfyllda för ett de facto totalförbud mot fågelhållning avseende fjällgås och marmorand.

Förbuden i 23 § är inte behovsbaserade eller grundade i utredning, inte nödvändiga och inte proportionerliga, varvid det särskilt kan noteras att skyddssyftena som myndigheterna anfört till grund för förbuden är generella, abstrakta, utan koppling till aktuella hot som motverkas samt utformats så att förbuden träffar exemplar som lagenligt fötts upp i fångenskap och släppts ut på marknaden i andra medlemsstater.

Förbuden i 23 § AF är därmed grundlösa och oproportionerliga, strider därmed mot överordnad rätt även om det finns ett potentiellt legitimt skyddsintresse, och

förbuden får inte heller tillämpas på arterna i denna grupp, se 11 kap. 14 §
regeringsformen.

Övriga fåglar: berghöna (*alectoris chukar*), svart frankolin (*francolinus francolinus*)
och vildkalkon (*meleagris gallopavo*)

Arterna i denna undergrupp är varken inhemska eller migrerande eller hotade. Det finns således *ingen* anknytning till Sverige som potentiell grund för ett potentiellt nationellt intresse av åtgärder och inget förhöjt skyddsbehov eller särskilt skyddsintresse för det gemensamma europeiska arvet som migrerande fåglar utgör en del av. Som redovisats ovan föreligger därmed ingen nationell behörighet att besluta om strängare åtgärder för vilda fåglar enligt EU-domstolens praxis gällande art. 14 fågeldirektivet. Det är inte heller befogat att vidta åtgärder med stöd av art. 36 FEUF i fråga om arter som varken är inhemska, migrerande eller hotade, särskilt som de nationella åtgärderna därmed bara kan gälla fångenskapsuppfödda exemplar.

Förbuden i 23 § AF kan redan av detta skäl inte anses proportionerliga för att skydda arterna i denna grupp.

När det gäller anförda skyddssyften till grund för förbuden i 23 § AF kan följande noteras. Liksom för samtliga arter som har behandlats ovan har det endast framhållits generiska, teoretiska skäl för att införa nationella totalförbud mot fångenskapsuppfödning och fågelhållning, vilket förutom att det i sig är otillräckligt enligt EU-domstolens praxis även gör det svårt att bedöma om det för någon enskild art kan föreligga ett verkligt skyddsintresse som förbuden skulle kunna gagna. Eftersom arterna i denna grupp inte är inhemska föreligger uppenbarligen inget behov av att skydda dem mot illegal jakt i Sverige. Att arterna inte är hotade och skyddet av dem ansetts tillgodosett utan något förbud mot fångenskapsuppfödda exemplar i unionsrätten talar med styrka mot att de nationella förbuden gynnar arterna genom att möta ett verkligt skyddsbehov mot illegal jakt utanför Sverige. Det kan även noteras att nationella förbud som saknar motsvarighet där arterna

finns, torde utgöra ett rent teoretiskt skydd mot jakt utan några faktiska verkningar. Eftersom arterna i gruppen inte är inhemska är vidare risken för hybridisering med inhemska fåglar osannolik, och likaledes rent teoretisk. Sådana teoretiska och osannolika risker är uppenbart inte skäl för nationella förbud som inskränker handeln, vilket framgår tydligt av EU-domstolens praxis.

Förutsättningarna för en rent nationell åtgärd enligt art. 36 FEUF är även av dessa skäl inte uppfyllda.

Totalförbuden i 23 § AF strider således, även i denna del, mot överordnad unionsrätt och inte får tillämpas på arterna i denna grupp, se 11 kap. 14 § regeringsformen.

6. SLUTSATS

Förbuden i 23 § AF är alltför långtgående och strider mot unionsrätten på de grunder som anförts ovan.

I första hand ska med stöd av 11 kap. 14 § regeringsformen förbuden inte tillämpas på klagandens fångenskapsuppfödda fåglar. Därmed behövs inte dispens.

I andra hand – om mark- och miljödomstolen menar att förbuden kan tillämpas trots det som anförts ovan – yrkas att dispens ska beviljas enligt 32 § AF för samtliga arter som omfattas av ansökan. Detta även om omständigheterna kring klagandens innehav inte fullt ut motsvarar förutsättningarna enligt 32 § femte stycket AF, eftersom beviljande av dispenser är nödvändigt för att svensk rätt (d.v.s. artskyddsförordningen) ska överensstämma med unionsrätten.

I MÖD 2017:7 fann mark- och miljööverdomstolen att dispens från förbuden enligt 8 § AF kunde lämnas för den i målet aktuella situationen, nämligen skogsavverkning som en del av pågående markanvändning, utan att det fanns någon uttrycklig dispensgrund i artskyddsförordningen. Mark- och miljööverdomstolen anförde bl.a. följande:

Artskyddsförordningen utgör en reglering på regeringsnivå. Den saknar därigenom det underlag för tolkning som beredningskravet ifråga om lag normalt föranleder. Några egentliga förarbeten finns således inte. Förordningen måste tolkas mot bakgrund av bemyndigandet som den vilar på.

...övervägande skäl [talar för att] det inte varit lagstiftarens avsikt att fridlysningsbestämmelserna i artskyddsförordningen skulle kunna ges en tillämpning som innebär att pågående markanvändning inom berörd del av fastigheten avsevärt försvåras. Lagstiftarens utgångspunkt synes vara att regler om områdesskydd i första hand ska användas i en sådan situation.

Artskyddsförordningen ger enligt sin ordalydelse dock inget direkt utrymme eller anvisning för en sådan tillämpning. Någon dispensgrund med en sådan inriktning har inte heller föreskrivits. Det kan samtidigt konstateras att lagstiftningen inte heller ger någon tydlig lösning för hur den intresseavvägning som aktualiseras i detta mål ska göras...

Ändamålen bakom skyddsbestämmelserna i artskyddsförordningen talar i stället för att förbudet i 8 § artskyddsförordningen i och för sig ska anses tillämpligt i ett sådant fall och att dispens måste sökas. Tillämpningen i det enskilda fallet ska dock ske utifrån en proportionalitetsavvägning inom ramen för ett dispensförfarande.

Det sagda leder till att om prövande myndighet finner att förbudet i 8 § artskyddsförordningen i ett enskilt fall medför att rådigheten över marken inskränks på ett sådant sätt att pågående markanvändning inom berörd del av fastigheten avsevärt försvåras ska dispens medges från förbudet i denna bestämmelse. Åtgärden ska därmed bedömas som tillåten. En sådan ordning ger utrymme för att, på det sätt som lagstiftaren synes ha förutsatt, initiera frågan om skyddet för hotade växter i stället kan åstadkommas genom någon form av områdesskydd. Det ger också möjlighet att, vid behov, utforma en dispens på ett sådant sätt att fridlysningsbestämmelserna i möjligaste mån upprätthålls utan att rådigheten över marken inskränks i betydande grad. I och med att dispens måste sökas uppnås även kravet på förutsebarhet.

Bakgrunden i förevarande fall skiljer sig från MÖD 2017:7, som bl.a. tar upp en omfattande historik av större och mindre förändringar i utformningen av 8 § AF och resonemang i förarbeten till andra författningar.

Denna historik och dokumentering av den svenska lagstiftarens intentioner saknar direkt motsvarighet när det gäller förbuden i 23 § AF, vilka huvudsakligen avser att genomföra unionsrätt. I likhet med situationen i MÖD 2017:7 finns inga förarbeten

till bestämmelserna i sig, vilket medför att tolkningar av bestämmelserna får ta avstamp i andra källor såsom bemyndigandet och bakomliggande unionsrätt. Det måste därvid förutsättas att regeringen avsett att unionsrätten, inklusive art. 36 FEUF och proportionalitetsprincipen, ska respekteras. Unionsrätten ska under alla omständigheter respekteras, oavsett vad regeringens avsikter må ha varit. Dock är det uppenbart att förbuden i 23 § delvis går väsentligt längre än vad unionsrätten tillåter.

I den utsträckning som förbuden tillämpas på fångenskapsuppfödda fåglar, bör därför en dispensprövning ske där inte bara förutsättningarna enligt ordalydelsen av 30 § AF beaktas, utan även unionsrättens krav inklusive en proportionalitetsprövning i det enskilda fallet.

Eftersom tillämpning av förbuden i 23 § AF på klagandens fångenskapsuppfödda fåglar inte är proportionerligt, och strider mot unionsrätten på de grunder som anförts ovan, ska han dispens beviljas i enlighet med ansökan.

7. HANDLÄGGNINGSPRÅG M.M.

Möjlighet att inhämta förhandsbesked från EU-domstolen

För att bifalla överklagandet krävs att mark- och miljödomstolen tolkar bestämmelser i den svenska artskyddsförordningen. Beroende på hur förbuden och dispensmöjligheten tolkas, kan det även bli aktuellt att pröva om förbuden får tillämpas enligt 11 kap. 14 § regeringsformen. Detta är klart inom ramen för mark- och miljödomstolens behörighet.

Om mark- och miljödomstolen däremot skulle överväga att låta Jordbruksverkets beslut stå fast, är klagandens uppfattning att ett sådant avgörande måste grundas på en proportionalitetsbedömning som väsentligt avviker från EU-domstolens praxis. I så fall bör därför inte förevarande mål avgöras utan att mark- och miljödomstolen först hänskjutit en eller flera tolkningsfrågor för vägledning om proportionalitetsprövningen. Detta är en möjlighet som mark- och miljödomstolen har enligt 267 Fördraget om Europeiska unionen.

Jordbruksverket har motsatt sig en ändring av det överklagade beslutet och har som grund för sin inställning anfört i huvudsak följande.

Fåglar är inte vilken vara som helst som saluförs på EU:s inre marknad. Fågelarter som förekommer vilt inom medlemsstaternas territorium åtnjuter ett särskilt skydd inom EU-rätten liksom enligt internationell rätt.

Fågeldirektivet

Genom artskyddsförordningen infördes fågeldirektivet i vår nationella lagstiftning. Direktivet syftar till att bevara samtliga fågelarter som förekommer vilt inom medlemsstaternas territorium. Direktivet fastställer bland annat regler för exploatering av fåglar, ägg, bon och deras livsmiljöer.

Av artikel 5 i direktivet framgår att medlemsstaterna ska införa ett system för skydd av fågelarter som förekommer inom medlemsstaternas territorium. Vidare ska vissa saker förbjudas, däribland att förvara fåglar av sådana arter som inte får jagas eller fångas. Av artikel 6 framgår att medlemsstaterna bland annat ska förbjuda försäljning, förvaring för försäljning och salubjudande av levande fåglar.

Det bör även noteras att artikel 14 stadgar att medlemsstaterna får införa strängare skyddsåtgärder än de som föreskrivs i direktivet.

Av artikel 9 i direktivet framgår att medlemsstaterna får medge vissa undantag från förbuden i artikel 5 och 6, om det inte finns någon annan lämplig lösning. Det är alltså direktivet som uppställer de yttre ramarna för hur medlemsstaterna kan reglera möjligheten att medge undantag från förbuden i direktivet.

Artskyddsförordningen

Enligt 23 § AF är det förbjudet att förvara eller transportera levande fåglar och fågelägg med embryo av arter som lever vilt inom Europeiska unionens territorium.

Av 28 § framgår att förbudet i 23 § inte gäller om vare sig individen eller dess föräldrageneration levtt vilt, men att detta undantag inte gäller för fåglar. Därmed gäller förbudet inte bara sådana fåglar, som lever eller har levtt vilt, utan samtliga individer som tillhör en fågelart som lever vilt inom EU:s territorium.

Jordbruksverket har enligt 32 § samma förordning endast möjlighet att medge undantag från förbuden under förutsättning att:

1. ärendet gäller naturvårds-, forsknings- eller undervisningsändamål
2. om det inte finns någon annan tillfredställande lösning, och
3. om hanteringen inte kommer att påverka artens eller andra vilt levande arters överlevnad i områden där dessa naturligt förekommer.

Det innebär att det inte är möjligt att hålla arter av fåglar som lever vilt inom EU för sällskap eller hobby.

Som Naturvårdsverket redogör för i sin vägledning är förbuden mot förvaring en viktig reglering för att motverka illegal handel med levande vilda fåglar och deras ägg. Förbuden i 23 och 25 §§ är avsedda att hindra att levande vilda fåglar på ett okontrollerat sätt tas från naturen för att ingå i uppfödning och handel. Förbuden syftar till att skydda den biologiska mångfalden och att skydda levande fågelarter.

Utifrån vad som framkommit i nu aktuellt mål samt aktuell lagstiftning på området är det Jordbruksverkets uppfattning att det inte finns utrymme att medge undantag från förbudet i 23 § AF, varför överklagandet ska avslås.

T.J. har med anledning av Jordbruksverkets yttrande anfört i huvudsak följande.

I Jordbruksverkets yttrande påpekas inledningsvis att fåglar inte är en vara ”vilken som helst” på EU:s inre marknad. Fågelarter som förekommer vilt inom

medlemsstaternas territorium åtnjuter ett särskilt skydd.

Jordbruksverket redogör vidare för artiklarna 5, 6, 9 och 14 i EU:s vildfågeldirektiv, som enligt vad myndigheten anger "uppställer ...ramarna" för hur enskilda medlemsstater får reglera förbud och undantag. Detta är inte helt korrekt: vildfågeldirektivet är som sagts tidigare tillämpligt på europeiska fågelarter i vilt levande bestånd, och vilt levande individer, samt deras livsmiljöer. Vildfågeldirektivet är inte tillämpligt på fångenskapsuppfödda fåglar.

Vad gäller J.s fåglar är det alltså inte direktivet som avgör vad som får förbjudas eller tillåtas, utan regleringen om handelshinder bl.a. i artikel 36 FEUF. Regler som Jordbruksverket överhuvudtaget inte berört i sitt yttrande.

Det relevanta gemenskapsrättsliga regelverket om fångenskapsuppfödda fåglar utgörs av djurskyddsregler och CITES-förordningen. Här erinras om att han har importerat fåglarna i enlighet med vid importtillfället gällande regler och med erforderliga tillstånd m.m. från bl.a. Jordbruksverket, samt då som nu tar väl hand om fåglarna i enlighet med gällande djurskyddsregler.

Jordbruksverket anför att förbuden i den svenska artskyddsförordningen har som syfte att motverka att vilda fåglar "på ett okontrollerat sätt tas från naturen för att ingå i uppfödning och handel" (a. yttrande s. 2). Även J. har i överklagandet beskrivit utformningen av den svenska artskyddsförordningen, som alltså utgör en överimplementering av EU-rätten i detta avseende. Detta mål rör alltså förbudens rent nationella element, vilka också utgör handelshinder enligt artikel 36 FEUF. Jordbruksverket anför ingenting i yttrandet som ändrar eller ens bemöter vad han anført om att totalförbud mot hållande av fångenskapsuppfödda fåglar inte följer någon europeisk norm, att det inte är ändamålsenligt eller den minst ingripande åtgärden för att skydda vilda bestånd mot jakt, samt att generella argument om skydd av vilda bestånd inte utgör godtagbara skäl för ett sådant ingrepp som totalförbudet innebär. Som angetts tidigare finns inga redovisade bedömningar och inga belägg för att någon eller några av de nu aktuella fågelarterna just i Sverige har

en situation, ett skyddsbehov eller specifika svårigheter med att upptäcka och stoppa illegal jakt som ens påstås rättfärdiga ett förbud. Det finns således fortfarande inga belägg eller redovisade legitima skäl som motsvarar EU-domstolens krav för att förbjuda att inneha fåglar i en enskild medlemsstat.

Mot denna bakgrund kan 23 och 32 §§ artskyddsförordningen tillsammans, i Jordbruksverkets tolkningar och tillämpning, inte godtas – detta eftersom konsekvensen av Jordbruksverkets rättstillämpning blir ett långtgående och omotiverat hinder mot att inneha och handla med fåglar som fötts upp i fångenskap och/eller importerats, vilket inte är förenligt med EU-rätten.

DOMSKÄL

Prövningsram

Mark- och miljödomstolen har först att ta ställning till om 23 § AF ska tillämpas i målet. Om så befinns vara fallet ska domstolen pröva om det finns förutsättningar att meddela dispens från förbudet i 23 § AF med stöd av 32 § AF. Mark- och miljödomstolen har även att ta ställning till frågan om det finns behov av att inhämta ett förhandsavgörande från EU-domstolen.

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 23 § AF är det förbjudet att förvara eller transportera levande fåglar och fågelägg med embryo av arter som lever vilt inom Europeiska unionens europeiska territorium. Förbudet gäller alla levnadsstadier hos djuren.

Statens jordbruksverk får enligt 32 § AF i det enskilda fallet besluta om dispens från 23 § AF. Beslut om dispens får meddelas endast

1. för naturvårds- forsknings- eller undervisningsändamål,
2. om det inte finns någon annan tillfredsställande lösning, och
3. om hanteringen inte kommer att påverka artens eller andra vilt levande arters överlevnad i områden där dessa naturligt förekommer.

Artskyddsförordningen är en implementering av bl.a. Rådets direktiv 2009/147/EG (tidigare 1979/409/EEG) om bevarande av vilda fåglar (fågeldirektivet). Fågel-direktivet reglerar bevarandet av vilda fåglar inom den Europeiska unionen och fastställer en rad bestämmelser gällande bevarandet av vilda fåglar. Enligt art. 14 får medlemsstaterna införa strängare skyddsåtgärder än de som föreskrivs i direktivet.

Av art. 34 och 35 FEUF framgår att kvantitativa import- respektive export-restriktioner samt åtgärder med motsvarande verkan ska vara förbjudna mellan medlemsstaterna. Enligt art. 36 FEUF hindrar bestämmelserna i artiklarna 34 och 35 inte sådana förbud mot eller restriktioner för import, export eller transitering som grundas på hänsyn till allmän moral, allmän ordning eller allmän säkerhet eller intresset att skydda människors och djurs hälsa och liv, att bevara växter, att skydda nationella skatter av konstnärligt, historiskt eller arkeologiskt värde eller att skydda industriell och kommersiell äganderätt. Sådana förbud eller restriktioner får dock inte utgöra ett medel för godtycklig diskriminering eller innefatta en förtäckt begränsning av handeln mellan medlemsstaterna. Därtill gäller inom EU-rätten den s.k. proportionalitetsprincipen som en allmän rättsprincip. Principen återfinns i art. 5 punkten 4 i Fördraget om Europeiska unionen (FEU) och innebär bl.a. att ett handelshindrande förbud som tillämpas av en medlemsstat måste stå i proportion till den nytta som förbudet medför.

Finner en domstol att en förskrift står i strid med en bestämmelse i grundlag eller annan överordnad författning får föreskriften enligt 11 kap. 14 § regeringsformen inte tillämpas. Detsamma gäller om stadgad ordning i något väsentligt hänseende har åsidosatts vid föreskriftens tillkomst.

Om ett mål i en nationell domstol i en medlemsstat rör frågor angående tolkning av fördragen eller giltigheten och tolkningen av rättsakter som beslutas av unionens institutioner, organ eller byråer uppkommer får enligt art. 267 i FEUF den domstolen, om den anser att ett beslut i frågan är nödvändig för att döma i saken, begära att Europeiska unionens domstol meddelar ett förhandsavgörande.

Mark- och miljödomstolens bedömning

23 § artskyddsförordningen och EU-rätten

T.J. har gjort gällande att en tillämpning av förbudet i 23 § AF på innehav av fåglar som är uppfödda i fångenskap strider mot unionsrätten, särskilt med tanke på bestämmelserna om förbud mot kvantitativa import- och exportrestriktioner eller åtgärder med motsvarande verkan, och att bestämmelsen därför inte får tillämpas i aktuellt fall enligt 11 kap. 14 § regeringsformen.

Mark- och miljödomstolen konstaterar inledningsvis att syftet med fågeldirektivet – som alltså implementerats i svensk rätt genom bl.a. artskyddsförordningen – är att bevara samtliga fågelarter som naturligt förekommer inom EU:s medlemsländers europeiska territorium. I direktivets inledning anges att ett stort antal arter av vilda fåglar som förekommer naturligt inom medlemsstaternas europeiska territorium minskar i antal, i vissa fall mycket snabbt och att denna minskning utgör ett allvarligt hot mot bevarandet av den naturliga miljön, särskilt eftersom den medför att den biologiska jämvikten hotas. Vidare konstateras att de arter av vilda fåglar som förekommer naturligt inom medlemsstaterna europeiska territorium till största delen är flyttfågelarter och att sådana arter utgör ett för medlemsstaterna gemensamt arv. Ett effektivt skydd av fåglar är enligt direktivet ett typiskt gränsöverskridande miljöproblem som medlemsstaterna har ett gemensamt ansvar för.

Direktivet behandlar bevarande av samtliga fågelarter som naturligt förekommer inom medlemsstaternas europeiska territorium. Det omfattar skydd, skötsel, förvaltning, och kontroll av dessa arter och fastställer regler för exploatering av dem (art. 1). Medlemsstaterna ska, med beaktande även av ekonomiska krav och rekreationsbehov, vidta de åtgärder som är nödvändiga för att bibehålla populationen av dessa arter på en nivå som svarar särskilt mot ekologiska, vetenskapliga och kulturella behov, eller för att återupprätta populationer till denna nivå (art. 2). Fågeldirektivet är ett s.k. minimidirektiv, vilket innebär att medlemsländerna får införa strängare skyddsåtgärder än de som föreskrivs i direktivet (art. 14).

Det står alltså, som utgångspunkt, medlemsländerna fritt att vidta strängare åtgärder för att upprätthålla skyddet för vilda fåglar om staterna så önskar. EU-domstolen har vidare slagit fast att exemplar som avlats och fötts upp i fångenskap inte är del av det långsiktiga skydd och den förvaltning som utgör fågeldirektivets syfte och att gemenskapslagstiftaren inte har ingripit i handeln med exemplar av vilda fåglar som avlats och uppfötts i fångenskap (*Didier Vergy C-149/94 p. 12-14*). Detta innebär att det står medlemsländerna fritt att själva införa regler som rör fångenskapsfödda fåglar, förutsatt att detta görs i överensstämmelse med övriga gemenskapsrättsliga bestämmelser.

Sverige har i 23 § AF gått längre än vad fågeldirektivet kräver på så sätt att bestämmelsen enligt sin ordalydelse omfattar samtliga levande fåglar av arter som lever vilt inom EU:s territorium. Frågan blir om detta kan anses vara i överensstämmelse med övriga gemenskapsrättsliga bestämmelser, bl.a. förbudet mot kvantitativa restriktioner mellan medlemsstaterna i art. 34-35 FEUF. I dom den 16 januari 2008 i mål nr 709-06 har Kammarrätten i Jönköping konstaterat att bestämmelsen i 23 § AF får anses utgöra en sådan åtgärd som omfattas av förbudet i artikel 34 i FEUF och därmed utgöra en kvantitativ importrestriktion eller åtgärd med motsvarande verkan. Mark- och miljödomstolen finner i detta avseende inte någon anledning att göra någon annan bedömning i denna fråga än den kammarrätten gjort.

Förbudet mot sådana restriktioner som anges i art. 34 och 35 FEUF kan som ovan anförts frångås enligt art 36 FEUF om restriktionen i fråga grundas på exempelvis intresset att skydda människors och djurs hälsa och liv och inte utgör ett medel för godtycklig diskriminering eller innefattar en förtäckt begränsning av handeln mellan medlemsstaterna.

Ett utökat skydd för fåglar på så sätt att skyddet enligt fågeldirektivet omfattar individer tillhörande fågelarter som lever vilt inom Europeiska unionens territorium, även om de är uppfödda i fångenskap, är enligt mark- och miljödomstolens mening en sådan restriktion som grundas på intresset att skydda djurs hälsa och liv.

De i målet aktuella bestämmelserna i artskyddsförordningen kan heller inte anses vara mer ingripande mot den enskilde än vad som krävs för att syftet med bestämmelsen ska uppnås.

Förbuden i 23 § AF gör ingen skillnad mellan transporter från en annan medlemsstat till Sverige och transporter inom riket. Det innebär att bestämmelsen inte träffar en person boende i annan medlemsstat hårdare än en person som bor i Sverige. 23 § AF utgör därmed ingen förtäckt begränsning av den fria rörligheten mellan medlemsstaterna. Bestämmelsen ska således inte anses strida mot unionsrätten på så sätt att den är diskriminerande. Mot bakgrund av bl.a. möjligheten att meddela undantag från förbudet, och att det vid denna prövning ges tillfälle att ta hänsyn till förutsättningarna i det enskilda fallet, finner mark- och miljödomstolen inte heller att bestämmelsen går utöver vad som får anses vara motiverat av artskydds- och naturvårdshänsyn och bestämmelsens proportionalitet i förhållande till EU-rätten får anses vara säkerställd.

Mot bakgrund av det anförda bedömer mark- och miljödomstolen att förbudet i 23 § AF mot att förvara eller transportera levande fåglar m.m. inte strider mot unionsrätten och att 11 kap. 14 § regeringsformen därför inte utgör ett hinder mot att tillämpa 23 § AF i aktuellt fall.

23 § artskyddsförordningen och innehav

T.J. har vidare gjort gällande att 23 § AF inte är tillämplig vid endast innehav, d.v.s. vid förvaring utan samband med transport, eftersom bestämmelsens ordalydelse inte ger tydligt besked och klagörande förarbeten saknas.

Mark- och miljödomstolen konstaterar att samtliga fågelarter som ansökan om dispens avser lever vilt inom Europeiska unionens europeiska territorium. Förbudet mot att förvara levande fåglar förutsätter inte något samband med transport av desamma och T.J.s innehav träffas därför av förbudet i 23 § AF.

Förutsättningar för dispens

Enligt 32 § AF får Jordbruksverket i det enskilda fallet besluta om dispens från bl.a. 23 §. Beslut om dispens får meddelas endast för naturvårds-, forsknings- eller undervisningsändamål. Därtill får det inte finnas någon annan tillfredsställande lösning och hanteringen får inte komma att påverka artens eller andra vilt levande arters överlevnad i områden där dessa naturligt förekommer. Samtliga av dessa villkor måste var uppfyllda för att dispens ska kunna ges.

T.J. har inte anfört några naturvårds-, forsknings- eller undervisningsändamål som grund för sin ansökan om dispens. Redan på denna grund saknas därför förutsättningar för att meddela dispens enligt 32 § AF.

T.J. har gjort gällande att möjligheten till dispens måste tillämpas i överensstämmelse med unionsrätten och att han ska beviljas dispens eftersom förbuden i 23 § inte är proportionerliga när det gäller fångenskapsuppfödda fåglar.

Mark- och miljödomstolen bedömer enligt vad som anförts ovan att förbuden enligt 23 § AF får anses proportionerliga och att de inte heller i övrigt strider mot några EU-rättsliga bestämmelser. Det saknas således förutsättningar att meddela dispens även på denna grund.

Förhandsavgörande

T.J. har yrkat, för det fall mark- och miljödomstolen överväger att avslå hans överklagande, att en eller flera tolkningsfrågor för vägledning om proportionalitetsprövning ska hänskjutas till EU-domstolen med stöd av art. 267 i FEUF (förhandsavgörande). Mark- och miljödomstolen finner emellertid inte att det i målet har uppkommit sådana frågor som föranleder tvivel om tolkningen av unionsrätten och som gör det nödvändigt att hämta in ett förhandsavgörande från EU-domstolen för att döma i saken. Yrkandet härom ska därför avslås.

Sammanfattning

Sammanfattningsvis finner mark- och miljödomstolen att de fågelarter som T.J.s ansökan avser omfattas av förbudet i 23 § AF, att förbudet är förenligt med EU-rätten och dess förbud mot kvantitativa restriktioner och åtgärder med motsvarande verkan, att förbudet inte strider mot EU-rättens proportionalitetsprincip samt att det saknas förutsättningar att meddela dispens enligt 32 § AF. Vad T.J. anfört ändrar inte domstolens bedömning och överklagandet ska därför avslås.

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

Överklagande senast den 14 september 2021.

Marie Gerrevall

Viktor Forsell

I domstolens avgörande har rådmannen Marie Gerrevall, ordförande, och tekniska rådet Viktor Forsell deltagit. Föredragande har varit beredningsjuristen Lena Sjöberg.



Hur man överklagar

MMD-02

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

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

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

Så här gör du

1. Skriv mark- och miljödomstolens namn och målnummer.
2. Förklara varför du tycker att domen ska ändras. Tala om vilken ändring du vill ha och varför du tycker att Mark- och miljööverdomstolen ska ta upp ditt överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis du vill hänvisa till. Förklara vad du vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn samt aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå dig: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.

Om du har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skriv under överklagandet själv eller låt ditt ombud göra det.
6. Skicka eller lämna in överklagandet till mark- och miljödomstolen. Du hittar adressen i domen.

Vad händer sedan?

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

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

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

Prövningstillstånd i Mark- och miljööverdomstolen

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

Mark- och miljööverdomstolen ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

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

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

Vill du veta mer?

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

Mer information finns på www.domstol.se.



VÄXJÖ TINGSRÄTT
Mark- och miljödomstolen

DOM
2021-08-24
meddelad i
Växjö

Mål nr M 4693-20

PARTER

Klagande T.J.

Ombud: Advokat S.A.

Motpart

Naturvårdsverket

ÖVERKLAGAT BESLUT

Naturvårdsverkets beslut den 28 augusti 2020 i ärende nr NV-03255-20, se bilaga 1

SAKEN

Ansökan om dispens från förbudet i 25 § artskyddsförordningen avseende att förvara för försäljning, bjuda ut, sälja, köpa eller byta fåglar som förekommer i vilt tillstånd i Europa enligt EU Bird List.

DOMSLUT

Mark- och miljödomstolen avslår överklagandet.

BAKGRUND

T.J. ansökte hos Naturvårdsverket om dispens från förbuden i 25 § artskyddsförordningen (2007:845), AF, avseende att förvara för försäljning, bjuda ut till försäljning, sälja, köpa eller byta följande 35 fågelarter:

1. Brudand	<i>Aix sponsa</i>
2. Klipphöna	<i>Alectoris barbara</i>
3. Berghöna/Chukar	<i>Alectoris chukar</i>
4. Rödhöna	<i>Alectoris rufa</i>
5. Stjärtand	<i>Anas acuta</i>
6. Skedand	<i>Anas clypeata</i>
7. Kricka	<i>Anas crecca</i>
8. Bläsand	<i>Anas penelope</i>
9. Amerikansk bläsand	<i>Anas penelope</i>
10. Snattherand	<i>Anas strepera</i>
11. Bläsgås	<i>Anser albifrons flavirostris</i>
12. Grågås	<i>Anser anser</i>
13. Blå snögås	<i>Anser caerulescens</i>
14. Vit snögås	<i>Anser caerulescens</i>
15. Fjällgås	<i>Anser erythropus</i>
16. Ross snögås/Dvärgsnögås	<i>Anser rossii</i>
17. Mindre Bergand	<i>Aythya affinis</i>
18. Brunand	<i>Aythya ferina</i>
19. Vigg	<i>Aythya fuligula</i>
20. Bergand	<i>Aythya marila</i>
21. Prutgås	<i>Branta bernicla nigricans</i>
22. Kanadagås	<i>Branta canadensis</i>
23. Mörk kanadagås	<i>Branta canadensis occidentalis</i>
24. Dvärgkanadagås	<i>Branta hutchinsii minima</i>
25. Vitkindad gås	<i>Branta leucopsis</i>
26. Knipa	<i>Bucephala clangula</i>
27. Islandsknipa	<i>Bucephala islandica</i>
28. Svart frankolin	<i>Francolinus francolinus</i>
29. Marmorand	<i>Marmaronetta angustirostris</i>
30. Vildkalkon	<i>Meleagris gallopavo</i>
31. Rödhuwad dykand	<i>Netta rufina</i>
32. Formosakricka	<i>Sibirionetta (tid. Anas) formosa</i>
33. Senegalduva	<i>Spilopelia (tid. Sterptopelia) Senegalensis</i>
34. Rostand	<i>Tadorna ferruginea</i>
35. Gravand	<i>Tadorna tadorna</i>

Naturvårdsverket beslutade den 28 augusti 2020 att förbudet i 25 § AF inte är tillämpligt på T.J.s innehav av rödhöna och klipphöna och att någon dispens från aktuell bestämmelse inte behövs för dessa arter. Undantaget gäller dock inte för nya individer av rödhöna och klipphöna som T.J. förvärvar efter att beslutet vinner laga kraft. Ansökan om dispens avseende övriga arter avslogs.

T.J. har överklagat Naturvårdsverkets beslut till mark- och miljödomstolen.

YRKANDEN M.M.

T.J. har i första hand yrkat att mark- och miljödomstolen, med ändring av naturvårdsverkets beslut, förklarar att 25 § AF inte får tillämpas när det gäller fångenskapsuppfödda exemplar av europeiska fåglar och att dessa exemplar får förvaras, utbjudas, säljas, köpas och bytas utan dispens. Om förbuden anses gälla yrkas i andra hand att mark- och miljödomstolen ska meddela dispens enligt 32 § AF från förbuden i 25 § första stycket 1 AF avseende de arter som ansökan avser, med undantag av rödhöna och klipphöna som inte omfattas av förbudet.

För det fall mark- och miljödomstolen överväger att avslå hans överklagande bör domstolen först hänskjuta en eller flera tolkningsfrågor för vägledning om proportionalitetsprövning till EU-domstolen med stöd av art. 267 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF).

Som grund för förstahandsyrkandet har han gjort gällande att förbuden i 25 § AF strider mot unionsrätten och därför inte får tillämpas när det gäller fångenskapsuppfödda exemplar av europeiska fåglar och att exemplar av sådana får förvaras, bjudas ut, säljas, köpas och bytas utan hinder av 25 § första stycket 1 AF. Som grund för andrahandsyrkandet har han gjort gällande att, om förbuden ändå ska anses gälla, möjligheterna till dispens enligt 32 § AF måste tillämpas i överensstämmelse med

unionsrätten och eftersom det enligt art. 34-36 i FEUF får förekomma begränsningar av den fria rörligheten endast om det är motiverat av vissa skäl och är proportionerligt, måste det faktum att förbuden i 25 § AF är oproportionerliga utgöra ett skäl för dispens.

T.J. har utvecklat grunderna för sitt överklagande i huvudsak enligt följande.

1. INLEDNING

T.J. bedriver näringsverksamhet vid Almnäs gård i Räng i Vellinge kommun. Han har ett stort personligt fågelintresse och har arbetat med fåglar sedan 1960-talet. Han importerade fram till 1990-talet såväl europeiska som utomeuropeiska prydnadsfåglar inom ramen för verksamhet med handel, import och karantän, allt med erforderliga tillstånd och dokumentation. Genom denna verksamhet har han byggt upp en samling bestående av ett flertal olika arter av s.k. prydnadsfåglar för sällskap och hobby. Fågelbeståndet inkluderar bl.a. änder och gäss av både europeiska arter och utomeuropeiska arter, samtliga - utom två krontranor – är fångenskapsuppfödda avkommor till fåglar som har importerats av honom.

Vissa av fågelarterna på Almnäs gård omfattas av Europaparlamentets och Rådets direktiv 2009/147/EG av den 30 november 2009 om bevarande av vilda fåglar (fågeldirektivet). Detta följer av att fågelarterna anses förekomma i vilt tillstånd på Europeiska unionens europeiska territorium och finns uppförda på List of birds of the European Union (EU Bird List). Förekomst enligt EU Bird List kan baseras på att det finns en ursprunglig vild population i en eller flera medlemsstater eller en vild population som härstammar från importerade tamfåglar, att en migrerande art regelmässigt passerar eller gör uppehåll i en eller flera medlemsstater eller att arten observerats inom en eller flera medlemsstater ett tillräckligt antal gånger för att det ska anses konstituera förekomst. Listan omfattar tre kategorier, A, B och C, varav arter i kategorierna A och B anses omfattas av art. 1 fågeldirektivet. Därutöver är

några utomeuropeiska arter och några europeiska arter på gården skyddade genom reglering av handel med exemplar enligt Rådets förordning 338/97 av den 9 december 1996 om skyddet av arter av vilda djur och växter genom kontroll av handel med dem (nedan benämns arterna gemensamt "CITES-arter" och förordningen benämns "CITES-förordningen").

Länsstyrelsen har förmedlat sin uppfattning till J. att hela hans innehav av europeiska fåglar träffas av förbuden 25 §§ artskyddsförordningen. I beslut av den 27 februari 2018 förelade länsstyrelsen J. att avliva samtliga av fåglarna. Föreläggandet överklagades av J. och har sedermera upphävts genom dom av Mark- och miljödomstolen i Växjö i mål nr M 1373-18.

Djurhållningen och näringsverksamheten på Almnäs gård är, även på annan grund, tillståndspliktig och föremål för länsstyrelsens tillsyn. Det var i samband med tillsyn som frågan om förbuden 25 § AF uppkom. Han har tillstånd enligt 16 § djurskyddslagen för djurhållning samt tillstånd enligt 26 § AF för handel med fåglar - inkluderande europeiska och utomeuropeiska fågelarter och CITES-arter.

Frågan om förbuden 25 § AF får tillämpas på hans samling av fångenskapsuppfödda fåglar har inte prövats när nyssnämnda tillstånd meddelades.

Myndigheternas uppfattning är alltjämt att J. - oaktat att han har tillstånd för fågelhållning och att de europeiska fåglarna liksom de utomeuropeiska sköts korrekt och har det bra, vilket ingen instans har ifrågasatt - inte får behålla de europeiska fåglarna om han inte även beviljas dispenser från förbuden i 25 § AF.

J. har därför, för att få klarhet om rättsläget - och få nödvändiga dispenser om förbuden ska tillämpas som myndigheterna angett - ansökt om dispens enligt 32 § AF hos Naturvårdsverket.

2. OMFATTNINGEN AV SÖKT DISPENS

Ansökan om dispens avser hans nuvarande fågelinnehav på Almnäs gård, bestående av avkommor till exemplar som han importerat lagligt fram till 1990-talet.

Beståndet på gården omfattar ett antal fågelpar som fortsätter att producera nya avkommor.

Naturvårdsverket har i sitt beslut angett att förbuden enligt 25 § artskyddsförordningen inte får tillämpas på J.s fåglar av arterna rödhöna och klipphöna, samt därvid preciserat att detta beslut "endast omfattar exemplar som nu finns på gården". Vidare anger Naturvårdsverket i beslutsmotiveringen (s. 6) att "...Bedömningen gäller T.J.s nuvarande innehav av rödhöna och klipphöna. Om T.J. förvärvar nya exemplar av de aktuella arterna efter att detta beslut har vunnit laga kraft kan den bedömning som Naturvårdsverket nu gör inte gälla för de nya individerna. Om handel med sådana nyförvärvade individer kan tillåtas eller inte måste först avgöras i en ny prövning i det enskilda fallet."

J. delar helt Naturvårdsverkets tolkning av rättsläget avseende arterna rödhöna och klipphöna såtillvida att förbuden i 25 § AF inte får tillämpas på dessa arter, varvid dispens inte behövs. Det synes emellertid som om myndigheten är osäker på konsekvenserna härav, med tanke på den andra beslutspunkten och den - felaktiga - skrivningen ovan.

Givet slutsatsen att 25 § AF inte får tillämpas på rödhöna och klipphöna så föreligger ingen rättsgrund för att kräva ett myndighetsbeslut i varje enskilt fall för att detta ska gälla. J.s ståndpunkt vinner även stöd av Naturvårdsverkets egen vägledning som anger att förbuden inte ska tillämpas i de fall de strider mot unionsrätten, vilket förbuden gör för alla exemplar som förvärvats lagligt genom fångenskapsuppfödning, laglig jakt eller köp, byte etc. av lagligt åtkomna exemplar.

När det gäller rödhöna och klipphöna förefaller avgränsningen av Naturvårdsverkets beslutspunkt 1 oproblematisk då slutsatsen är att dispens inte behövs. Om mark- och miljödomstolen skulle komma fram till att förbuden i 25 §) AF är tillämpliga i J.s fall och dispenser behövs, ger dock Naturvårdsverkets beslut en anledning att förtydliga följande; ansökan omfattar dispens för nu befintligt fågelinnehav på Almnäs gård *inklusive* avkommor till fåglarna i hans nuvarande bestånd.

Som det får förstås anser tillsynsmyndigheterna att födselar rättsligt är att betrakta som "förvärv" av en ny individ - i vart fall förefaller detta vara länsstyrelsens inställning vid rapportering från näringsverksamheter. Det är ett villkor för J.s tillstånd enligt 26 § AF att han ska föra en förteckning över exemplaren i verksamheten, vilket innebär att fågelbeståndets utveckling kommer att dokumenteras och överses av länsstyrelsen. Det framstår inte som ändamålsenligt att dessutom avgränsa eventuella dispenser så att de enbart omfattar individer som finns vid beslutstidpunkten. Om dispensbeslut utformas på detta sätt, skulle nämligen innehavaren nödgas löpande ansöka om nya dispenser, i J.s fall varje gång det kläcks en fågelunge av någon europeisk art. Detta framstår som en helt omotiverad administrativ börda för både dispenshavare och beslutsmyndighet, som inte uppvägs av någon fördel för artskyddet.

3. RÄTTSLIGA UTGÅNGSPUNKTER

25 § artskyddsförordningen

I detta sammanhang är av betydelse att en fågelart är europeisk dels att arten rent faktiskt anses som förekommande i vilt tillstånd i en eller flera EU-medlemsstater, dels att arten rättsligt omfattas av EU:s vildfågeldirektiv art. 1. Motsvarande begrepp i svensk rätt är fåglar som "lever vilt inom Europeiska unionens europeiska territorium", vilket bl.a. är ett rekvisit för förbuden i 25 § AF. Dessa bestämmelser syftar till att genomföra Sveriges internationella åtaganden avseende artskydd, men

förbuden går längre än nödvändigt och i vissa avseenden längre än EU-rätten tillåter (vilket utvecklas vidare nedan).

Vägledning om förbuden

Den 14 januari 20 publicerade Naturvårdsverket *Vägledning om tillämpningen av 23 § och 25 § artskyddsförordningen när det gäller förvaring m.m. av levande fåglar* (Vägledning 2019). Vägledning 2019 anger för första gången att EU Bird List ska användas som stöd för bedömningar av huruvida fågelarter förekommer naturligt i vilt tillstånd i Europa. Vägledning 2019 bekräftar även att förbuden i 25 § AF tillkommit för att uppfylla Sveriges internationella åtaganden, men att de går längre än vad unionsrätten kräver. Det anges att eftersom fångenskapsuppfödda fåglar inte omfattas av fågeldirektivet grundas förbuden i 25 § AF, så vitt gäller fångenskapsuppfödda fåglar, helt på skyddsintresset för biologisk mångfald. Enligt Vägledning 2019 kan fågelhållning medföra risk för den biologiska mångfalden av följande två skäl:

- i) hybridisering med vilt levande exemplar kan skada de lokala populationernas särarter (om fångenskapsuppfödda exemplar skulle rymma och blanda sig med vilda populationer), och
- ii) vilt levande fåglar kan infångas och utges för att vara fångenskapsuppfödda exemplar (dvs. förtäckt illegal fångst och handel).

I Vägledning 2019 görs även hänvisning till dom den 16 mars 2010 av mark-och miljödomstolen i Växjö (mål nr M 4214-09), där förbuden proportionalitetsprövats mot nämnda skyddsskäl i relation till import av ett antal skogsfåglar för ett konstprojekt.

När det gäller förhållandet mellan 25 § AF skulle 23 §, enligt Naturvårdsverket, kunna tillämpas på förvaring av fåglar oavsett sammanhang och syfte. Detta torde alltså innebära att det finns en dubbelreglering avseende förbud mot förvaring i

samband med försäljning. I den mån undantag från 25 § AF är tillämpliga, anges att förbuden enligt 23 § likväl gäller och dispens krävs.

Fågeldirektivet

Bestämmelserna i 25 § 1 p. AF avser att genomföra fågeldirektivets krav i svensk rätt. Fågeldirektivet riktar sig till medlemsstaterna och dess bestämmelser är inte tillämpliga i Sverige per se. Bestämmelser i direktivet kan emellertid få direkt effekt, indirekt effekt eller annars påverka tolkning av svensk författning i enlighet med grundsatser i unionsrätten och nationell rätt.

Direktivets syfte och tillämpningsområde

Enligt fågeldirektivet art. 1 är direktivets syfte att bevara "fågelarter som naturligt förekommer inom medlemsstaternas europeiska territorium". Vidare framgår av fågeldirektivets rubrik och dess preambel, skäl nr. 3 och 4, att skyddssyftet närmare bestämt avser "vilda fåglar".

Medlemsstaterna har gemensamt sammanställt EU Bird List över fågelarter som anses förekommande inom Europeiska unionens europeiska territorium.

Genom praxis från EU-domstolen har det klargjorts att fågeldirektivets tillämpningsområde, liksom dess skyddssyfte, endast omfattar vilt levande exemplar av fågelarter som förekommer i vilt tillstånd inom EU:s europeiska. Således är vildfågeldirektivet, dess skyddssyfte och krav på medlemsstaterna inte till någon del tillämpligt på fångenskapsuppfödda exemplar av fåglar.

Direktivets krav på meddelande av förbud m.m.

Fågeldirektivet preciserar åtgärder som ska vidtas i samtliga, respektive i vissa, stater.

Enligt art. 5 fågeldirektivet ska samtliga medlemsstater förbjuda bl.a. att

- a) fånga eller döda fåglar som omfattas av art. 1,
- b) förstöra eller skada bon och ägg eller bortföra bon, samt
- d) förvara fåglar av arter som inte får jagas eller fångas p.g.a. art. 5 (a).

Vidare ska medlemsstaterna enligt art. 6 förbjuda försäljning och vissa åtgärder för handel med fåglar som omfattas av art. 1. I art. 6.2 föreskrivs dock att sådana förbud inte får omfatta exemplar av arter som förekommer i bilaga III A till fågeldirektivet, om dessa har förvärvats lagligt. Enligt art. 6.3. får medlemsstaterna avstå från att förbjuda åtgärderna för exemplar av arter som förekommer i bilaga III B till vildfågeldirektivet. Dessa undantag gäller alltså, enligt vad som sagts ovan om direktivets tillämpningsområde, endast för vilt levande exemplar som lagligt förvärvats, t.ex. efter att ha fångats vid jakt. Fångenskapsuppfödda exemplar omfattas varken av undantagen eller av huvudregeln om förbud i art. 6.1. I övrigt tillåter fågeldirektivet enligt art. 14 att medlemsstaterna får införa strängare skyddsåtgärder nationellt (direktivet är alltså ett s.k. minimidirektiv).

EU-domstolen har uttalat att art. 14 utgör fullständig reglering av medlemsstaternas behörighet och att strängare skyddsåtgärder endast får antas om de är i enlighet med direktivets syften. Vidare följer av EU-domstolens praxis att strängare skyddsåtgärder inte är grundade i fågeldirektivets skyddssyften och därmed under några omständigheter kan rymmas inom behörigheten enligt art. 14 när det åberopade skyddssyftet avser arter som inte är (1) bofasta i den berörda medlemsstatens territorium, (2) hotade eller (3) migrerande (se vidare punkten 3.4.2 nedan).

CITES-arter och CITES-förordningen

Vissa av arterna som dispensansökan förekommer både på EU Bird List och i bilagor till CITES-förordningen.

Grunden för CITES-förordningen är den internationella s.k. CITES-konventionen (Konvention för reglering av handeln med vissa utrotningshotade vilda djur och växter, SÖ 1974:41). Enligt art. 1 CITES-förordningen är förordningens syfte att "skydda arter av vilda djur och växter och säkerställa deras bevarande genom kontroll av handeln med dem". Förordningen avser även att uppfylla EU-medlemsstaternas åtaganden enligt CITES-konventionen.

Reglerna i CITES-förordningen kompletteras av bestämmelser i Kommissionens förordning 865/2006 av den 4 maj 2006 om närmare föreskrifter för tillämpningen av rådets förordning 338/97 ("förordning 865/2006").

Båda EU-förordningarna är direkt tillämplig rätt i Sverige och överordnade AF i normhierarkin. Förordningarna gäller enbart handel och åtgärder i samband därmed, och enbart hotade arter som preciseras i någon av bilagorna till CITES-förordningen.

Skyddsnivån för varje art är behovsanpassad (dvs. efter hur utsatt arten är). Avseende handel och förvaring är huvuddragen i regleringen följande. Enligt art. 8.1 i CITES-förordningen är det som utgångspunkt förbjudet att köpa, erbjuda sig att köpa, för kommersiella ändamål förvärva, för försäljning inneha, saluföra eller för försäljning transportera exemplar av en art angiven i bilaga A till förordningen. Generella undantag från förbuden gäller enligt art. 8.3 i CITES-förordningen och art. 61.1 förordning 865/2006 för arter som anges i bilaga X till förordning 865/2006. Vidare kan undantag beviljas i enskilda fall för bl.a. fångenskapsuppfödda fåglar, enligt art. 8.3 i CITES-förordningen och art. 48 och 60 i förordning 865/2006.

Enligt art. 8.5 i CITES-förordningen gäller förbuden i art. 8.1 som utgångspunkt även för arter i Bilaga B till förordningen, dock med generellt undantag för exemplar som förvärvats i enighet med gällande lagstiftning.

Arter som anges i Bilaga C och Bilaga D är endast föremål för kontroll vid import och export. Handeln i övrigt är inte reglerad eftersom det inte bedömts nödvändigt för att ge en tillräcklig skyddsnivå för dessa arter.

Enligt art. 8.2 i CITES-förordningen kan medlemsstaterna förbjuda innehav när det gäller exemplar av arterna i bilaga A (dvs. utöver förordningens förbud mot innehav för försäljning enligt art. 8.1). Det finns ingen motsvarande bestämmelse gällande exemplar av arterna i övriga bilagor. I preambeln till CITES-förordningen, skäl nr 3, framhålls att förordningen inte är avsedd att hindra antagande av strängare åtgärder "i enlighet med fördrager.

Handelshinder och proportionalitetsprövning

Förbud mot importrestriktioner och exportrestriktioner

Artskyddsförordningen har medvetet getts en utformning som ger mer omfattande förbud än vad Sveriges internationella åtaganden kräver och delvis längre än vad EU-rätten tillåter. När det - som i aktuellt fall - är fråga om fångenskapsuppfödda fåglar kommer tyngdpunkten i bedömningen av förbuden därmed att gälla frågeställningar om handelshinder.

Enligt art. 34-36 (tidigare art. 28-30) Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF) är sådana hinder mot den fria rörligheten (som t.ex. rent nationella restriktioner mot hantering av vissa varor) förbjudna som huvudregel. Undantag från förbuden mot importrestriktioner och exportrestriktioner, dvs. möjlighet för medlemsstater att begränsa rörligheten med rent nationella regler, gäller enligt art. 36 FEUF endast om begränsningen grundas på hänsyn till allmän moral, allmän ordning eller allmän säkerhet eller intresset att skydda människors

och djurs hälsa och liv, att bevara växter, att skydda nationella skatter av konstnärligt, historiskt eller arkeologiskt värde eller att skydda industriell och kommersiell äganderätt. Oavsett syfte får vidare inga nationella åtgärder vidtas som är diskriminerande eller innebär förtäckt begränsning av handeln mellan medlemsstaterna. Medlemsstaternas åtgärder måste vidare vara ändamålsenliga och i proportion till ändamålet.

I den mån harmonisering skett genom EU-rättsakter får medlemsstaterna inte anta avvikande regleringar enbart på grund av art. 36 FEUF. Bestämmelser i den svenska AF som förbjuder åtgärder (innehav, transport och handel) som är tillåtna i andra medlemsstater utgör även hinder mot rörligheten mellan medlemsstater. Denna bedömning påverkas inte av att det rör sig om totalförbud som gäller svenska aktörer likväl som utländska aktörer.

J. motsätter sig inte att artskydd bedöms som ett sådant i och för sig legitimt skyddsintresse som avses i art. 36 FEUF eller att de nationella förbuden gäller oavsett ursprungsland eller medborgarskap och därmed inte är diskriminerande på dessa grunder.

Kravet som återstår att pröva är om förbuden är proportionerliga. En korrekt proportionalitetsprövning av ingrepp beskrivs ofta som en prövning avseende följande tre kriterier, varav vart och ett måste vara uppfyllt:

- i) ingreppet ska ha ett legitimt syfte,
- ii) ingreppet ska vara nödvändigt, d.v.s. ändamålsenligt för att främja det legitima syftet och mer effektivt än mindre ingripande alternativ, samt
- iii) ingreppet ska vara proportionerligt i strikt mening, d.v.s. dess positiva effekter måste uppväga dess skadeverkningar.

I förevarande fall behöver man även bedöma graden av harmonisering av rättsläget, och därmed vilket utrymme som finns för nationella åtgärder. Förbuden i 25 § AF har inte genomgått en fullödig proportionalitetsprövning och är inte proportionerliga

EU-domstolen om proportionerliga restriktioner för skydd av fåglar

Som nämnts ovan har EU-domstolen uttalat att när det gäller skydd av fåglar utgör art. 14 fågeldirektivet en fullständig reglering av de nationella myndigheternas befogenhet inom fågeldirektivets tillämpningsområde (dvs. vilt levande exemplar av vilda europeiska fåglar). Art. 14 vildfågeldirektivet utgör således inte direkt reglering av nationell behörighet för åtgärder som uteslutande rör fångenskapsupp-födda fåglar.

Varken fågeldirektivet eller CITES-förordningen utgör en sådan fullständig harmonisering att nationella regler om hållande och handel med fångenskapsupp-födda fåglar är helt uteslutna. Båda instrumenten innebär dock en betydande harmonisering inom EU, samt baseras på gemensamma överväganden om arters skyddsbehov som har relevans vid en proportionalitetsprövning enligt art. 36 FEUF.

I mål C-169/89 *Gourmetterie Van den Burg* gällde frågan tillämpning av ett nationellt förbud mot import och marknadsföring i Nederländerna på en vild fågel som dödade vid legal jakt i en annan medlemsstat (Storbritannien). Det nationella förbudet var ett totalförbud och således - i likhet med art-skyddsförordningen - inte diskriminerande i sig. Fågeldirektivet var aktuellt eftersom det rörde sig om ett vilt exemplar. EU-domstolen fann att art. 14 fågeldirektivet utgör fullständig reglering av medlemsstaternas behörighet att meddela strängare nationella bestämmelser. Frågan var således om det nationella förbudet var inom ramen för art. 14, dvs. förenligt med fågeldirektivets skyddssyften. I domskälen anförde EU-domstolen bl.a. följande:

"(10) [När medlemsstatens behörighet definieras] är det lämpligt att hänföra sig till kriterierna som EG-lagstiftaren har använt sig av i ärendet.

(11) För det första [...] ger Direktiv 79/409 särskilt skydd åt migrerande arter vilka, enligt tredje skälet i preambeln till direktivet, utgör ett gemensamt arv för gemenskapen. För det andra, som gäller de flesta utrotningshotade fåglar, anger direktivet att arter listade i Bilaga I ska vara föremål för särskilda bevarandeåtgärder[...].

(12) Det följer av syftena som fastställts i Direktiv 79/409 för skydd av fåglar att medlemsstaterna är behöriga, enligt art. 14 i direktivet, att införa striktare regler för att säkerställa att de förutnämnda arterna skyddas mer effektivt. I fråga om andra arter som omfattas av direktiv 79/409 är medlemsstaterna förpliktigade att införa de författningar som behövs för att följa direktivet men de är inte behöriga att införa strängare regler, utom när det gäller arter som förekommer inom deras eget territorium."

I mål C-149/94 *Didier Vergy* klargjorde EU-domstolen att medlemsstaternas skyldighet att skydda fåglar gäller vilda europeiska fågelarter oavsett om de förekommer i vilt tillstånd inom medlemsstatens eget territorium, samt att fågeldirektivet inte är tillämpligt på fångenskapsuppfödda fåglar. Detta noterar även Naturvårdsverket i sitt beslut. Myndigheten försummar dock att beakta dels att medlemsstaternas skyldighet inte omfattar fångenskapsuppfödda fåglar, dels vad domstolen och generaladvokaten anförde som motivering till sitt svar i denna del - vilket bl.a. inkluderade följande konstateranden.

[EU-domstolen, a. dom punkt 13:] "Som generaladvokaten har angivit i punkt 31 i sitt förslag till avgörande skulle ett sådant utvidgat skydd [som omfattar fångenskapsuppfödda exemplar] inte gagna bevarandet av den naturliga miljön såsom detta beskrivits i övervägandet direktivet. Inte heller skulle det gagna det långsiktiga skyddet och förvaltningen av de naturresurser som utgör en integrerad del av de europeiska folkens arv som nämns i åttonde övervägandet i samma direktiv."

[Generaladvokaten, förslag till avgörande i a. mål, punkt 31:1 "fågeldirektivet art. 1 ska] inte tolkas så bokstavligt eller mekaniskt att varje enskild fågel - vild eller inte - därigenom skyddas, om bara några exemplar av samma art förekommer i vilt tillstånd. Ett sådant resultat skulle knappast tjäna behovet av ett "bevarande av livsmiljöer" (andra övervägandet i ingressen) eller "skydd och förvaltning av de naturresurser som utgör en integrerad del av de europeiska folkens arv". Det vore absurt om strävan att

uppnå dessa önskvärda syften skulle föranleda att en sedan länge etablerad och nyttig handel med tama fåglar och prydnadsfåglar skulle tvingas upphöra..."

EU-domstolen fann alltså att fågeldirektivets dåvarande motsvarighet inte var tillämpligt på fångenskapsuppfödda fåglar och klargjorde i samband därmed att det enligt domstolens mening inte skulle främja direktivets skyddsintressen att generellt förbjuda hållande och uppfödning av europeiska arter i fångenskap. Som syns i det citerade stycket ovan anförde generaladvokaten, och domstolen instämde i, att handel och hållande av tama fåglar och prydnadsfåglar är nyttig och väl förenlig med direktivets syften.

Bakgrunden i målet och parternas argumentation beskrivs mer utförligt i generaladvokatens förslag än i domen. Där framgår bl.a. att den franska regeringen hade meddelat ett förbud mot bland annat transport, saluförande, marknadsföring, försäljning och köp av djurarter som omfattade den i målet aktuella fångenskapsuppfödda kanadagåsen. Frågan om ett nationellt förbud mot uppfödning i fångenskap kunde anses som en proportionerlig åtgärd för skydd av miljön vid bedömning som handelshinder hade inte ställts av den nationella domstolen. Generaladvokaten behandlade dock även parternas argument som var inriktade på en sådan proportionalitetsbedömning. Den franska regleringen var - i likhet med artskyddsförordningen - inte diskriminerande mot utländska varor. Således var frågan, även i det fallet, om förbuden kunde anses befogade och i proportion till det åberopade skyddssyftet. Den franska regeringen hävdade bl.a. - i likhet med vad Naturvårdsverket anförde om förbuden i 25 § artskyddsförordningen - att tillåtande av hållande och uppfödning i fångenskap skulle medföra risk för förtäckt olovlig jakt, avel och handel. Generaladvokaten framhöll att nationella förbud mot hållande och uppfödning i fångenskap bedöms göra mer skada än nytta för artskyddsintresset och att eliminering av all legal avel och handel snarare är ägnat att leda till olovlig handel än att motverka detta.

I mål C-100/08 *Kommissionen mot Belgien* prövades ytterligare ett fall av nationella restriktioner, i det fallet krav på märkning av fångenskapsuppfödda fåglar. En försvårande omständighet var att de nationella föreskrifterna var indirekt diskriminerande, eftersom kraven avsåg specifika typer av märkningar som var mer lättillgängliga för belgiska uppfödare än för uppfödare och handlare från andra medlemsstater. Den belgiska regeringens mening hävdade - i likhet med vad Naturvårdsverket anför - att kravet var nödvändigt då reglerad uppfödning utan dessa strikta krav skulle kunna användas som täckmantel för illegalt tagande av fåglar från naturen, samt att uppfödning och import medförde risk för hybridisering av förrymda fåglar med vilda exemplar, vilket skulle kunna skada det inhemska fågelbeståndets särart. EU-domstolen godtog inte dessa argument, och uttalade bl.a. följande:

[1 punkt 91 f. redogörs för att skydd för djurhälsa och skydd för biologisk mångfald i och för sig utgör legitima intressen, samt för förbudet mot förtäckta handelshinder och kravet på proportionalitet vid nationella restriktioner.]

"(96) Argumentationen baserad på skydd för den biologiska mångfalden måste avvisas från början, eftersom Belgien inte har kunnat klargöra vilken 'inhemsk population med karakteristiska egenskaper' som avses skyddas genom restriktionerna i den ifrågasatta lagstiftningen - som därtill blir tillämpliga på samma sätt på alla europeiska fåglar oavsett om de är inhemska i Belgien eller ej.

(97) Ett system [likt det som är föremål för kommissionens talan] är dessutom endast förenligt med gemenskapsrätten under vissa förutsättningar [...]."

[Domen redogör för krav på icke-diskriminering och rätt till domstolsprövning.]

"(100) Den behöriga myndigheten i en medlemsstat får avvisa en metod för märkning endast om den utgör en verklig risk avseende skyddet eller respekten för de intressen och krav som anges i punkt 91 och 92 i detta avgörande.

(101) Under alla omständigheter får den behöriga myndigheten avvisa en metod för märkning endast baserat på en omfattande undersökning av risken som den innebär för

skyddet av legitima intressen och krav som anges i punkt 91 och 92 i detta avgörande [...]

(102) När det är omöjligt att, baserat på studier, med säkerhet bedöma huruvida det föreligger en risk eller hur stor risken är UJ dock att det förblir troligt att verklig skada för djurhälsa kommer att inträffa om risken förverkligas, kan försiktighetsprincipen rättfärdiga införande av restriktioner."

[Ytterligare argument specifika för det målet underkändes, domstolen fortsatte:]

"(106) j... Skyddet för biologisk mångfald som Belgien har åberopat förutsätter att det rör sig, om en inhemsk population med karakteristiska egenskaper, en förutsättning som inte är uppfylld när det gäller arter som inte förekommer naturligt inom Belgiens territorium."

Utöver de ovannämnda målen har Naturvårdsverket i sitt beslut hänfört sig till mål C-67/97 *Ditlev Bluhme* till stöd för att artskydd är ett legitimt skyddssyfte och till mål C-219/07 *Nationale Raad van Dierenwekers*.

Som nämnts ovan har J. inte ifrågasatt att miljöskydd och artskydd är legitima skyddsintressen. Dock kan följande noteras om de nämnda målen.

Mål C-67/97 *Ditlev Bluhme* gällde förbud att på ön Läsö hålla andra bin än bin av rasen brunt Läsöbi. I målet var det väl dokumenterat och ostridigt att det bruna Läsöbiet var hotat, att arten förekom på Läsö samt att korsning med gula bin är ett reellt hot mot det bruna Läsöbiet eftersom Läsöbiets gener är recessiva. Efter proportionalitetsprövning av förbudet, som endast gällde hållande av bin av andra arter inom den ca 101 km² stora ön, fann EU-domstolen att förbudet var befogat och nödvändigt.

I mål C-219/07 *Nationale Raad van Dierenwekers* prövades nationell belgisk reglering som begränsade möjligheten att äga och handla med vissa djur till vissa verksamheter och enskilda handlare med särskilt tillstånd. Endast djur som prövats och inkluderats på en s.k. "positiv lista" fick ägas och handlas med av envar. EU-domstolen godtog användningen av en "positiv lista" i och för sig. Samtidigt

framhöll EU-domstolen att om systemet innebär restriktioner för innehav av arter som lagligen får innehas i andra medlemsstater måste hantering av listan uppfylla flera villkor för att uppfylla gemenskapsrätten. Bland dessa villkor kan nämnas att förteckningen ska upprättas och ändras grundat på objektiva kriterier, det ska finnas ett lätt tillgängligt förfarande som möjliggör för berörda enskilda att få prövat om nya arter ska föras upp på listan. Vid sådana prövningar får avslag ske endast om det efter grundlig utredning konstateras att innehav av exemplar av arten medför verklig risk för det legitima intresset som systemet avser att skydda. Med detta överlämnades prövningen av systemet till den nationella domstolen.

Det kan således konstateras att åtgärderna i båda målen *Ditlev Bluhme* och *Nationale Raad von Dierenwekers* var väsentligt mindre ingripande och även förefaller ha varit mer nyanserade och välgrundade än det nationella totalförbudet mot innehav av fåglar som är aktuellt i förevarande mål. Totalförbuden i 25 § AF är däremot mycket lika regleringen som underkändes av EU-domstolen i *Kommissionen mot Belgien. Handel med fångenskapsuppfödda fåglar inom EU*. Jordbruksverkets och Naturvårdsverkets inställning att uppfödning i fångenskap hotar den biologiska mångfalden är inte är befogad och inte heller representativ för ansvariga myndigheter i Europa.

Handel med fångenskapsuppfödda fåglar inom EU

Samtliga arter som direkt berörs av beslutet är populära park-, prydnads- och sällskapsfåglar som är föremål för laglig uppfödning och handel i andra medlemsstater. Intresset för prydnadsfåglar samt uppfödningen i fångenskap och handeln med dessa arter är särskilt omfattande t.ex. i Nederländerna, Belgien, Tyskland, Danmark, Storbritannien och Italien.

Danmark har uppfyllt sina åtaganden enligt fågeldirektivet bl.a. genom bestämmelser i *Bekendtgørelse om fredning af visse dyre- og plantearter og pleje af*

tilskadekommet vildt. 1 1 kap. 1 § preciseras Bekendtgørelsens tillämpningsområde enligt följande.

§ 1 Kungörelsen omfattar följande:

- 1) De fågelarter som naturligt i vilt tillstånd uppehåller sig inom medlemsstaternas territorium i Europa, där fördraget om den Europeiska unionen är tillämpligt [...]

§ 2 Kungörelsen omfattar inte:

- 1) djur, som är uppfödda i lantbruket, jfr lag om djurhållning, eller
- 2) djur, som är uppfödda i fångenskap och som är avkomma till djur som förvärvats lagligt.

Förbuden i 2 kap. Bekendtgørelsen - avseende att bl.a. döda, skada, fånga, störa samt bedriva handel, transport och förvaring i enlighet med art. 6 fågeldirektivet - är således tillämpliga på vilda exemplar av arter som förekommer i vilt tillstånd i Europa men inte på fångenskapsuppfödda exemplar av samma arter.

Laglig handel med fångenskapsuppfödda fåglar av europeiska arter förekommer i Danmark mellan företag, mellan privatpersoner samt mellan företag och privatpersoner. Även i Tyskland förekommer laglig handel med fångenskapsuppfödda fåglar av europeiska arter.

Storbritannien hade per år 2019 uppfyllt sina åtaganden enligt vildfågeldirektivet bl.a. genom bestämmelser i *Wildlife and Countryside Act 1981*. I lagen preciseras förbud mot bl.a. att döda, skada, fånga, störa samt bedriva handel, transport och förvaring av vilda fåglar i enlighet med art. 6 vildfågeldirektivet. Förbuden gäller inte fångenskapsuppfödda exemplar. Laglig handel med fångenskapsuppfödda fåglar av europeiska arter förekom då även i Storbritannien.

4. NATURVÅRDSVERKETS BESLUT

Naturvårdsverket en motivering i sitt beslut som åtminstone på ett generellt plan behandlar förbudet i 25 § AF som handelshinder och frågeställningen om denna

nationella restriktion är befogad och proportionerlig. I enlighet med Vägledning 2019 anger Naturvårdsverket bl.a. följande.

"Det finns bland annat risk för att fångenskapsuppfödda fåglar rymmer, vilket skapar risk för hybridisering med vilt levande lokala exemplar. Detta kan komma att skada de lokala populationernas särarter och därför utarma den biologiska mångfalden. Vilt levande fåglar kan också komma att infångas och utges för att vara fångenskapsuppfödda, vilket riskerar att skada artens fortlevnad."

"Det finns inte [någon] grund för att beteckna den aktuella svenska lagstiftningen som diskriminerande. Åtminstone på ett generellt plan är därför 25 § artskydds-förordningen förenlig med fågeldirektivet och övrig EU-rätt. Naturvårdsverket bedömer att EU-rätten i aktuellt avseende har genomförts med beaktande av proportionalitetsprincipen."

Skälen som anförs av Naturvårdsverket är generella, abstrakta och identiska med skäl som underkänts i EU-domstolens som grund för generella restriktioner som 25 § AF är. Det är vidare ett i grunden felaktigt angreppssätt att göra en generell proportionalitetsbedömning och inte beakta situationen och skyddsbehov för de olika arter som förbuden tillämpas på.

Under rubriken "Fågeldirektivet bilaga 3 - Undantag från huvudregeln" anger Naturvårdsverket att unionslagstiftaren avsett att handel med arterna i bilaga 3 kan gynnas, och konstaterar därefter följande.

"För fågelarter som omfattas av bilaga 3 A till fågeldirektivet så är utrymmet Sverige att förbjuda handel enligt vår bedömning litet."

Det ska noteras att enligt art. 6.2 fågeldirektivet finns inget utrymme för ett generellt förbud mot handel med fåglarna i bilaga III A. Naturvårdsverket kommer dock under alla omständigheter till den riktiga slutsatsen att förbuden i 25 § AF inte ska tillämpas på J.s exemplar av rödhöna och klipphöna.

När det gäller bilaga III B till fågeldirektivet konstaterar Naturvårdsverket att för arterna i denna bilaga "sätter inte direktivet upp några skarpa hinder för medlemsstaterna att ha förbud mot handen. Vidare är arterna som J. sökt dispens för antingen förekommande i Sverige eller migrerade, vilket sägs innebära att "Sverige [kan] motivera ett förbud".

Här ska noteras att det enligt EU-domstolens praxis är en nödvändig förutsättning för att anta strängare nationella regler att ifrågavarande regler rör en art som är inhemsk, migrerande eller hotad. Om ingen av dessa förutsättningar är för handen, är strängare nationell reglering inte en befogad åtgärd. Dessa förutsättningar är vidare inte, som Naturvårdsverket tycks mena, i sig tillräckliga för att restriktioner ska vara proportionerliga utan att det dessutom föreligger ett påvisbart konkret skyddsbehov och en välgrundad förväntan om en positiv effekt som står i proportion till ingreppet. Även den generella proportionalitetsprövningen som Naturvårdsverket gjort avseende arter i bilaga III B till fågeldirektivet är således bristfällig.

För övriga arter konstaterar Naturvårdsverket endast ytterst summariskt att förbuden bedöms som befogade och proportionerliga utifrån abstrakta och generella resonemang.

5. UTVECKLING AV GRUNDER

Förbuden i 25 § artskyddsförordningen strider mot unionsrätten

Fågeldirektivet kräver inte att tamfåglar förbjuds

Som framgått ovan går förbuden mot fågelhållning i den svenska artskyddsförordningen långt utöver vad unionsrätten eller dess syften kräver.

När det gäller fåglar som är uppfödda i fångenskap måste bestämmelserna i 25 § AF bedömas uteslutande som nationella restriktioner för handeln mellan medlemsstaterna eftersom fågeldirektivet inte är tillämpligt på dessa exemplar.

Trots att fågeldirektivet inte gäller J.s fångenskapsuppfödda fåglar är följande relevant att notera om fågeldirektivet och EU-domstolens praxis gällande art. 14.

För det första bör det vara en utgångspunkt vid proportionalitetsprövning av nationella åtgärder att det på gemenskapsnivå inte har bedömts ändamålsenligt och än mindre nödvändigt för skyddet av vilda fågelbestånd att förbjuda handel och uppfödning i fångenskap. Detta visar i sig att ett generellt och totalt förbud mot uppfödning och hållande i fångenskap, som gäller alla europeiska arter, inte heller är befogat, gynnsamt, ändamålsenligt och än mindre är nödvändigt för fågelskyddet eller skydd av miljön i övrigt.

För det andra har det genom fågeldirektivet preciserats vilka restriktioner som ansetts befogade och proportionerliga för att skydda vilda bestånd och vilda individer, vilka som utgångspunkt torde vara mer skyddsvärda och mer skyddsbehövande än fångenskapsuppfödda exemplar när det gäller åtgärder mot t.ex. jakt och handel. Enligt J.s mening kan det i samtliga fall då det är tillåtet att jaga och fånga samt hålla och sälja vidare vilda exemplar av en europeisk art, uteslutas att förbud mot handel och uppfödning av samma art är att se som en befogad och proportionerlig åtgärd när syftet är skydd mot illegal jakt. Om förbud mot hållande m.m. av fångenskapsuppfödda exemplar skulle godtas i dessa fall, måste behöriga myndigheter bisarrt nog inrikta sin tillsyn på att säkerställa att hållna fåglar är vilda exemplar som fångats (i motsats till fångenskapsuppfödda exemplar, till och med om de är avkommor till exemplar som fångats i laglig jakt). Vidare skulle enskilda som innehar exemplar som tagits lagligen från naturen komma i en ytterst märklig sits, då det inte skulle finnas något lagligt sätt att befatta sig med ägg eller avkommor till exemplaren även om de fångats lagligt.

Det nu sagda talar för att förbuden enligt 25 § AF inte är befogade och proportionerliga för någon art som enligt gemenskapsrätten får fångas och hållas lagligt om det rör sig om vilda exemplar. Vidare bör som minimum alla nödvändiga förutsättningar för strängare nationella åtgärder avseende vilda fåglar, vilka följer av EU-domstolens praxis, krävas för att nationella åtgärder avseende fångenskaps-uppfödda fåglar ska anses som befogade eller proportionerliga.

Generella förbud strider mot fågeldirektivet

Art. 6.2 fågeldirektivet innebär att nationella förbud mot handel med vissa arter inte får förekomma. Trots detta omfattar förbuden i 25 § AF enligt sin ordalydelse alla fåglar som finns i vilt tillstånd inom Europeiska unionens europeiska territorium. Även om myndigheterna numera har inställningen att förbuden i 25 § AF inte ska tillämpas för berörda arter (i bilaga III A till direktivet), förefaller de även mena att förbuden enligt 23 § artskyddsförordningen alltjämt ska gälla. Detta är uppenbarligen oförenligt med art. 6.2 fågeldirektivet eftersom förbud mot innehav gör legal handel praktiskt omöjlig (de facto-förbud).

Vidare har EU-domstolen tydligt uttalat (1) att art. 14 fågeldirektivet utgör fullständig reglering av medlemsstaters behörighet att meddela restriktioner avseende vilda fåglar och (2) att den nationella behörigheten inte omfattar arter som inte är inhemska, hotade eller migrerande (*Gourmetterie Van den Burg*). Då förbuden i 25 § enligt sin ordalydelse omfattar alla fåglar som finns i vilt tillstånd inom Europeiska unionens europeiska territorium, utan undantag, går förbuden längre än Sveriges nationella behörighet enligt art. 14 sträcker sig. Förbuden är således även oförenliga med fågeldirektivet art. 14.

Genomförandetiden för fågeldirektivet har gått ut sedan länge. Direktivet och EU-domstolens nyss nämnda uttalanden är tillräckligt klara och entydiga för att få direkt effekt vid svensk lagtolkning och rättstillämpning. Nationella bestämmelser som går längre än Sveriges behörighet enligt art. 14 får därmed inte tillämpas.

Eftersom J.s fåglar är födda och uppfödda i fångenskap gäller nyss sagda unionsrätt och praxis inte hans fågelinnehav i omedelbar mening. Det vore emellertid bisartt och varken befogat eller proportionerligt att tillämpa förbuden på enbart fångenskapsuppfödda exemplar av berörda arter.

Visare visar detta ytterligare att förbuden i 25 § AF inte utformats med vederbörlig hänsyn till relevant unionsrätt.

Förbuden i artskyddsförordningen är ologiska

Enligt Vägledning 2019 skulle 23 § AF vara tillämplig på all förvaring av fåglar, vilket innebär en i sig olämplig dubbelreglering avseende förbuden. En sådan dubbelreglering framstår som onödig och en minst sagt egenartad regleringsteknik om den varit avsedd när förordningen infördes. Med hänsyn till att undantagen från förbuden i 25 § AF noga utformats så att man undviker dubbelreglering med CITES-förordningen är det emellertid osannolikt att författningen samtidigt skulle antagits med en inbördes dubbelreglering i 23 § i förhållande till samma förordning, särskilt utan att det uppmärksammats och tydliggjorts. Det är också ytterst oklart vad en sådan dubbelreglering skulle kunna tjäna för syfte.

Det som kan konstateras är att sådan dubbelreglering gör rättsläget oklart och försvårar att förstå regleringens innehåll för de enskilda som förväntas rätta sig efter den. Svårigheterna beror bl.a. på att 25 § artskyddsförordningen förenats med undantagsregler som inte är symmetriska.

För det första ska noteras att CITES-arter i kategori A och B generellt undantas från förbuden enligt 25 §, genom 30 § sjätte punkten AF. Dessa arter omfattas av förbud avseende kommersiella aktiviteter enligt de direkt tillämpliga CITES-förordningen och förordning 865/2006.

Arter för vilka kommersiella aktiviteter är tillåtna enligt undantagsregler i förordningarna omfattas vidare av det gemensamma system med CITES-intyg och certifikat som i Sverige administreras av Jordbruksverket. Om förbuden i 23 § AF tillämpas i dessa fall blir undantaget i 30 § sjätte punkten meningslöst, liksom harmoniseringen av formerna för reglerad handel med skyddade arter i CITES-förordningen och möjligheten att erhålla CITES-intyg för fåglar från Jordbruksverket. Det finns ingen logik, rimlighet eller rättssäkerhet i en sådan ordning - som likväl blir följderna av vad som anges i Vägledning 2019.

För det andra anges det i Vägledning 2019 att art. 6.2 fågeldirektivet innebär att förbuden i 25 § AF inte kan tillämpas på arter i bilaga III A till direktivet, men att förbuden i 23 § AF fortsatt kan tillämpas. Det är uppenbart att Vägledning 2019 i detta hänseende innebär ett ofullständigt inrättande efter den entydiga regeln i art. 6.2 vildfågeldirektivet. Ett totalförbud mot innehav av fåglar oavsett sammanhang är självklart inte förenligt med att som direktivet kräver tillåta handel med dem. Till och med vägledningen bidrar således ytterligare till osäkerhet om vad som gäller enligt 25 § AF, osymmetriska undantag och tillämpningsproblem i förhållande till unionsrätten. Detta bekräftas av hur artskyddsförordningen tillämpats i J.s fall, varvid Naturvårdsverket inte tillämpat 25 § AF samtidigt som Jordbruksverket har tillämpat 23 § AF och ansett att dispens - som sålunda skulle vara nödvändig för innehav som ska vara legala enligt 25 och 30 §§ AF samt unionsrätten - aldrig kan beviljas för enskilda innehav (eller för handelsändamål som är legala enligt förutnämnda regler).

I dessa avseenden framstår förbuden i 25 § AF som oklar, rättsosäker och alltjämt i strid med unionsrätt även om Vägledning 2019 beaktas - i synnerhet vid de extensiva tolkningar av förbuden som myndigheterna förordar. Det är tydligt att det finns ett fortsatt behov av att bringa förbuden i överensstämmelse med unionsrätt och grundläggande rättssäkerhetskrav, vilket förutsätter restriktiva tolkningar och i vissa delar att förbuden i enlighet med 11 kap. 14 § regeringsformen inte tillämpas.

Förbuden 25 § artskyddsförordningen utgör handelshinder

Det förutsätts att det är ostridigt att förbuden enligt 25 § AF utgör handelshinder och därmed måste uppfylla kraven enligt art. 36 FEUF. Det görs inte gällande att förbuden i 25 § AF skulle vara diskriminerande eller att förbudens angivna skyddssyfte inte skulle vara ett legitimt syfte. Frågan är om förbuden kan anses ändamålsenliga eller nödvändiga - eller om de ens är relevanta - för angivna skyddssyften, och om de i så fall även är proportionerliga. Detta måste prövas från fall till fall (art till art) eftersom det förutsätter en konkret bedömning av artens skyddsbehov och åtgärdens effekt. Både utformningen av artskyddsförordningen, Vägledning 2019 och myndigheternas bedömningar i J.s fall är generella samt hänför sig i förekommande fall (i de fall det anges några skäl) till abstrakta skäl. Bedömningarna brister således i detta avseende.

Förbuden har inte proportionalitetsprövats

Även om syftena som förbuden i 25 § AF enligt Vägledning 2019 anges ha är av ett legitimt slag, ligger det i kraven enligt art. 36 FEUF och EU-rättspraxis att förbuden måste ha en positiv effekt på syftena som står i rimlig proportion till ingrepp och skada.

Det har inte gått att finna någon dokumenterad proportionalitetsprövning eller konsekvensanalys av förbuden i 25 § AF som de nu uttolkas av myndigheterna, som totalförbud mot innehav av fåglar av europeiska fågelarter, även fångenskapsuppfödda exemplar. Som bakgrund och "förarbeten" till förbuden anges fågeldirektivet och CITES-förordningen, vilka som framgått ovan inte kräver eller föreskriver något generellt förbud mot hållande och avel i fångenskap. Gränser för ytterligare rent nationella ingrepp följer av både författningstexterna och EU-domstolens praxis, även i de fall strängare nationella åtgärder är möjliga.

Om en korrekt bedömning av förutsättningarna för strängare regler enligt unionsrätten, och en korrekt proportionalitetsprövning, gjorts vid införandet framstår det som uteslutet att 25 § AF skulle ha utformats på det sätt som skett, som totalförbud för alla europeiska arter oavsett konkret skyddsbehov och alla exemplar oavsett ursprung. Förutom de eventuella positiva effekter som regeringen kan ha hoppats uppnå, måste även noteras att förbudens effekt skulle vara att kriminalisera tidigare legal fågelhållning, samt tvinga fram en omläggning av handel och innehav av prydnadsfåglar så att enbart utomeuropeiska arter kan hållas i fångenskap i Sverige. Det skulle alltså ha behövt konstateras att dessa negativa effekter uppvägs av förbudens positiva effekter - för samtliga arter som förbuden omfattar.

En proportionalitetsprövning som skett är inte är generaliserbar. I ett fall har nationell domstol gjort en proportionalitetsprövning av förbuden enligt 23 § AF (mark- och miljödomstolen i Växjö, dom den 16 mars 2010 i mål nr M 4214-09). Målet avsåg en ansökan om att få importera och hålla fåglar av arterna sånglärka, trädlärka, sydnäktergal, näktergal, blåhake, rödstjärt, trädgårdssångare, höksångare, svarthätta, steglits och domherre för ett konstprojekt. Mark- och miljödomstolen fann att förbuden i 23 § AF "förefaller [sic!]... vara motiverat av artskydds- och naturvårdshänsyn". Domstolen anförde vidare följande. "Det finns bland annat risk för att fångenskapsuppfödda fåglar rymmer, vilket skapar risk för hybridisering med vilt levande lokala exemplar. Detta kan komma att skada de lokala populationernas sårarter och utarma den biologiska mångfalden. Vidare kan vilt levande fåglar komma att infångas och falskeligen rubriceras som fångenskapsuppfödda, vilket riskerar att skada artens fortlevnad.

[...] förbudet skulle bli mycket svårhanterligt om fångenskapsuppfödda fåglar från vissa länder eller områden inom EU generellt skulle undantas från förbudet. Förbudet skulle då bli betydligt mindre effektivt och de eftersträvade artskydds- och naturvårdsändamålen skulle bli svåra att uppnå. [...] inte ens de allra säkraste rutinerna för ringmärkning [skulle] innebära att risken för hybridisering minskas i nämnvärd utsträckning."

J.s intresse gäller framförallt prydnadsfåglar och det är inte känt för honom om de problem som Jordbruksverket åberopade vid tidpunkten för mark- och miljödomstolens dom var speciella för skogsfåglar eller en annan grupp där vilda skogsfåglar ingår. Här finns dock anledning att notera följande.

För det första är märkning med ring eller chip en vedertagen metod som myndigheterna i allmänhet godtar när det gäller utomeuropeiska fåglar och andra djur. När det gäller CITES-arter finns ett gemensamt framtaget, internationellt system för reglerad handel som innefattar märkning med ring eller chip. Det förefaller inte finnas något sakskäl för att avel och handel med europeiska fågelarter under ett system som motsvarar vad som gäller för A-listade och B-listade CITES-arter, generellt skulle vara otillräckligt hinder mot illegal jakt på vanliga vilda fåglar i Europa.

För det andra kan noteras att Jordbruksverket i mål 4214-09 anförde att det "på senare tid "uppdagats att manipulering av ringmärkning förekommit i Europa". Den aktuella typen av problem är inte nödvändigtvis bestående - tvärtom får det förutsättas att system och metoder, samt behöriga myndigheters kontroll, utvecklats under de tio åren som gått sedan domen och förhoppningsvis bidragit till en lösning på eventuella problem som fanns då. När det gäller prydnadsfåglar finns vidare väl etablerad samt fungerande reglerad avel, uppfödning i fångenskap och handel i andra EU-medlemsstater. J. känner inte till att manipulering av märkningar och förtäckt illegal jakt skulle ha varit, eller är, ett generellt problem för de arter han innehar. I synnerhet är detta ett uppenbart ohållbart argument för förbud mot innehav av arter som är föremål för legal jakt där de förekommer, såsom årta, kricka, bläsand, vigg m.fl.

För det tredje, om det mot förmodan finns kvarstående aktuella problem med manipulering av märkning och problemen inte omfattar hela EU, vore förbud mot import från länder eller regioner med otillräckliga system för att motverka sådan

manipulering uppenbarligen en tillräcklig åtgärd för fågelskyddet. Det framstår inte som ett oöverstigligt hinder mot ett sådant riktat förbud om det skulle vara svårare att administrera. Det är inte proportionerligt att förbjuda handel med länder och regioner som har väl reglerade och kontrollerade marknader för fångenskapsuppfödda fåglar enbart för att det svenska nationella regelverket ska bli lättare att administrera.

För det fjärde är det oklart vari den åberopade risken för hybridisering, enligt de behöriga myndigheterna, skulle bestå. Hänvisning görs till mål C-100/08 och EU-domstolens konstaterande i domen punkt 97, att Belgiens argument från skyddsintresset för den biologiska mångfalden ska avvisas eftersom dels inga specifika fågelarter med erforderlig särart och konkret skyddsbehov pekats ut, dels förbudet var generellt. Även om det skulle föreligga ett verkligt och konkret behov av att skydda och bevara särarten hos lokala populationer av exempelvis skogsfågelarterna som berörts i mål 4214-09, innebär det inte att risk för hybridisering med lokala populationer är en tillräcklig grund för generella totalförbud mot europeiska fåglar. Då prövningen avsett helt andra arter och förutsättningar än J.s innehav, har mål 4214-09 ingen direkt relevans för bedömningen av fågelarterna på Almnäs gård.

Här ska även noteras att förbuden i 25 § AF är utformade på ett sådant sätt att deras omfattning är flytande och bestäms av vilka fågelarter som har en förekomst i Europa, vilket i sin tur i stor utsträckning bedöms genom avstämning mot EU Bird List.

Som en konsekvens härav kan uppdatering av EU Bird List leda till att legala fågelinnehav blir kriminaliserade över natt genom att 25 § AF blir tillämpliga på nya arter. En sådan uppdatering av EU Bird List inträffade i augusti 2015 och medförde då att bl.a. J.s innehav av arten brudand enligt myndigheternas

tolkningar av 25 § AF blev olagligt över natt. Samtidigt försvann också alla legala möjligheter till avsättning för fåglarna.

Sådana utvidgningar av förbudens omfattning kan alltså ske och har skett utan förvarning, utan undantag (dispensmöjligheterna är som bekant närmast obefintliga enligt AFs ordalydelse) och utan ersättning till enskilda som därigenom tvingas avveckla befintliga fågelinnehav som förvärvats och innehafts lagligt fram till uppdateringen.

Eftersom EU Birds List inte är avsedd att rakt "översättas" till förbud som omfattar fångenskapsuppfödda fåglar tar uppdatering av listan endast hänsyn till vilka nya fågelarter som har observeras i Europa. Det tas således inte i något led hänsyn till potentiellt omfattande skadeverkningar för berörda enskilda, när de svenska totalförbuden växer i omfattning. Utformningen av 25 § AF får alltså till följd att förbuden kan utvidgas när som helst utan någon som helst proportionalitetsprövning, utan förvarning och på grunder som det är omöjligt för berörda enskilda att förutse och överblicka, vilket skapar stor rättsosäkerhet även avseende fågelinnehav som i nuläget är legala.

Efter mark- och miljödomstolens dom i mål nr M 4214-09 har sedermera domskälen, trots allt det ovan sagda, förts över till Vägledning 2019 som om resonemanget vore generellt tillämpligt på alla europeiska arter. Detta är inte heller uttryck för någon proportionalitetsprövning som uppfyller kraven som EU-domstolen ställt upp enligt vad som sagts ovan.

Vägledning 2019 preciserar inte någon konkret art eller population, inga faktaunderlag för att riskerna som den hänvisar till föreligger i verkligheten, inte någon specifik aktivitet i Sverige eller utomlands som orsakar risk för vilda fågelbestånd eller någon utländsk art eller population som eventuell risk för hybridisering med svenska bestånd är hänförlig till. Det finns överhuvudtaget ingen

specifik eller konkret motivering till att förbuden i 25 § AF bedöms kunna gynna någon art i Sverige eller utomlands.

Med undantag för konstaterandet att förbuden inte kan tillämpas när de står i uppenbar och direkt strid med fågeldirektivet art. 6.2, görs heller ingen synbar åtskillnad mellan fågelarter med olika stort skyddsbehov, olika utbredning eller olika harmoniseringsgrad i unionsrätten.

Sammantaget har förbuden i 25 § AF aldrig underkastats erforderlig proportionalitetsprövning varken vid införandet, vid tillämpning (i ett enda fall för tio år sedan, som påtagligt skiljer sig från det förevarande), vid upprepad utvidgning av deras tillämpningsområde, eller vid vägledning om vad förbuden innebär. Enligt J.s mening är det även tydligt att de generella förbuden inte framstår som ändamålsenliga, nödvändiga eller proportionerliga vid proportionalitetsprövning i efterhand.

Generella förbud är inte proportionerligt

De angivna skälen för förbuden i 25 § AF anges vara

- i) påstådd risk för ökat tryck på vilda populationer från illegal jakt, dels genom att legal avel och fågelhållning kan baseras på illegalt fångade exemplar, dels genom att legal avel kan används som "täckmantel" för illegalt fångande eller dödande av vilda exemplar, samt
- ii) påstådd risk för hybridisering mellan förrymda fångenskapsuppfödda exemplar och inhemska populationer.

Som noterats ovan finns det i förevarande fall ett i hög grad harmoniserat skydd inom EU för samtliga arter som berörs av den nationella regleringen. Den gemensamma regleringen bygger också på överväganden om skyddsbehov för vilda fåglar både generellt och per art.

När fågeldirektivet antogs har det inte antagits ett gemensamt förbud mot hållande och uppfödning av europeiska arter i fångenskap. Tvärtom har det baserat på arternas olika skyddsbehov fastställts att handel med vissa arter inte får förbjudas, handel med andra arter får tillåtas, jakt av vissa arter får förekomma och vissa arter ska få särskilt skyddade områden i de medlemsstater där de förekommer. Detta visar i sig att totalförbud mot fågelhållning inte behövs avseende alla vilda europeiska arter och fåglar, och ett nationellt förbud grundat på allmänt hållna resonemang med denna innebörd inte kan godtas. Utgångspunkten för hur fågeldirektivets skyddssyften kan uppnås - vilket även gäller sådana legitima ändamål enligt art. 36 FEUF som sammanfaller med direktivets syfte - är tvärtom att ett generellt förbud mot hållande, handel och avel med fåglar i fångenskap inte kan anses nödvändigt bevarandet av naturligt förekommande vilda fågelpopulationer.

Redan i *Didier Vergy* framhöll generaladvokaten att förbud mot uppfödning i fångenskap, hållande och handel med prydnadsfåglar sannolikt inte minskar, och snarare riskerar att öka trycket på vilda fågelbestånd från illegal jakt genom att rycka undan tillgången till lagliga exemplar för att både tillgodose efterfrågan på t.ex. parkfåglar, samt att fångenskapsuppfödda exemplar potentiellt kan användas i bevarandearbetet om de vilda bestånden försvagas.

EU-domstolens praxis understryker vidare att strängare nationella krav inte kan anses förenliga med fågeldirektivets syften om de inte avser skydd av arter som är inhemska, hotade eller migrerande. Medlemsstater som inför rent nationella regler av hänsyn till art- och miljöskydd måste kunna precisera vilken eller vilka arter som avses skyddas och vilka risker som de nationella reglerna avses motverka (jfr *Gourmetterie Van den Burg* och *Nationale Raad van Dierenwekers*). För flera arter som omfattas av artskyddsförordningen - och flera arter som är aktuella i detta mål - gäller ingen av dessa förutsättningar. Inom ramen för EU-domstolens praxis har medlemsstaters argument för att förbud mot uppfödning och hållande i fångenskap i

allmänhet skulle vara till gagn för vilt levande arter och vilt levande populationer - inklusive argument som är mycket snarlika angivna skäl för artskyddsförordningen - regelmässigt förkastas när de inte haft en förankring i konkreta påvisbara risker för en angiven fågelart, fågelarter eller fågelpopulation. Av detta följer också att det knappast är möjligt att tillräckliga skäl för förbud kan föreligga för samtliga vilda europeiska fågelarter, vilket skulle vara en förutsättning för att komma fram till att generella förbud lika 25 § AF är befogade eller ändamålsenliga.

För vissa fågelarter har rättsläget harmoniserats ytterligare genom CITES-förordningen. Som noterats ovan är förordningen inte avsedd att vara ett absolut hinder mot strängare nationella åtgärder. Det kan dock svårligen anses befogat att ensidigt införa ett de facto totalförbud mot att befatta sig med arterna utan någon som helst hänsyn till förutsättningarna för handel som aktivt tillåts och kontrolleras på gemenskapsnivå genom CITES-förordningen.

I *Nationale Raad van Dierenwekers* framgår vidare tydligt att även om restriktioner med ett i och för sig legitimt artskyddssyfte endast omfattar ett urval av arter - alltså en mer nyanserad och mindre ingripande reglering än totalförbuden i 25 § AF - gäller ytterligare krav för att regleringen ska kunna godtas. Bland annat krävs att urvalet sker på objektiva grunder och med vissa rättssäkerhetsgarantier för enskilda (såsom motivering och möjlighet till överprövning). Förbuden i artskyddsförordningen blir tillämpliga på alla europeiska fågelarter utan urskillning, utvidgas utan motivering och kan inte prövas varken i förhand eller rättsligt i efterhand.

Här ska även framhållas att de generella förbuden i 25 § AF, regleringstekniken samt de totalförbud och tillämpningsproblem som regleringen ger upphov till förefaller vara unika för Sverige och den svenska regleringen avseende vilda europeiska fåglar. Både fågeldirektivet och CITES-förordningen etablerar olika nivåer av skydd som anpassats efter arternas olika skyddsbehov. Som framgår ovan förekommer välfungerande legal uppfödning och handel i fångenskap avseende

vissa fågelarter - däribland J.s prydnadsfåglar - i ett flertal andra EU-medlemsstater inklusive till Sverige närliggande och jämförbara stater. Här kan även noteras att hållande och kontrollerad handel med vissa utomeuropeiska fågelarter och andra djur samt produkter av dessa, inklusive hotade CITES-arter, förekommer i Sverige. För att ett generellt och totalt förbud som 25 § AF ska anses proportionerligt måste det konstateras att reglerade former av innehav, uppfödning och handel inte räcker för att ge den skyddsnivå som berörda arter behöver, vilket i ljuset av det nyss sagda måste vara faktorer som är speciella och gäller just i Sverige, just för vilda europeiska fågelarter eftersom reglering är tillräckligt enligt unionslagstiftaren, våra grannländer och enligt den svenska regeringen för andra arter än europeiska fåglar. Enligt J.s mening är det tydligt att detta inte är uppfyllt.

I stället är det uppenbart och ofrånkomligt att den proportionalitetsprövning, om någon, som lett till de generella förbuden i den svenska artskyddsförordningen är bristfällig. Det följer direkt av art. 36 FEUF och tydliggörs ytterligare genom EU-domstolens praxis att den generella utgångspunkten, även när det gäller vilda europeiska fågelarter, är motsatsen till att förbud mot fångenskapsuppfödning kan införas med stöd av art. 36 FEUF. Att en ordentlig proportionalitetsprövning skulle kunna leda till införande av ett förbud som omfattar alla arter som är eller kan komma att betraktas som europeiska, med enbart obetydliga möjligheter till undantag och utan någon möjlighet till rättslig prövning av förbudens grunder och omfattning, förefaller uteslutet. De generella förbuden i 25 § AF är inte nödvändiga utan de är oproportionerliga, vilket förbisetts när förbuden infördes eftersom ingen ordentlig proportionalitetsprövning skett.

Förbudens angivna syften är inte generellt tillämpbara

Ansatsen från myndigheterna förefaller vara att om proportionalitetsprövning av förbuden i 25 § AF sker, görs den endast på en övergripande nivå. Detta angreppssätt är i grunden felaktigt.

Som framgått ovan är det uteslutet att förbud som är både generella och mycket långtgående, som i detta fall, har utsikter att uppfylla kraven enligt art. 36 på legitima, befogade ändamål och proportionalitet.

Av unionsrättskällorna framgår att nationella åtgärder ska ta omfattande hänsyn till olika arters olika skyddsbehov och förutsättningar, samt bygga på kunskapsunderlag om detta skyddsbehov och förutsättningar som möjliggör väl avvägda åtgärder. Därigenom är det oundvikligt att bedömningar, för att bli meningsfulla och uppfylla unionsrättens krav, måste ske varje art för sig eller som ett absolut minimum för en avgränsad grupp med väsentligen liknande förutsättningar, som berörs av samma verkliga risker.

Utveckling av proportionalitetsbedömningen art för art

Tillämpliga bestämmelser, utbredningsområde, skyddsbehov och hot samt förutsättningar i övrigt som ska beaktas vid proportionalitetsbedömningen skiljer sig åt mellan arterna.

Nedan utvecklas utgångspunkterna för proportionalitetsbedömningen för fågelarter i grupper, indelade huvudsakligen efter graden av harmonisering i unionsrätten och vissa särskiljande omständigheter som framhållits i EU-domstolens praxis.

Indelningen är gjord av praktiska skäl för att underlätta läsning, och påverkar inte i sig vilka grunder som åberopas för arter som behandlas tillsammans respektive separat. Tvärtom är utvecklingen för varje grupp generellt inriktad på bestämmelser och omständigheter som är nya eller utmärkande för gruppen, vilket inte ska förstås som att grunder som utvecklats i tidigare punkter och endast berörs flyktigt eller inte alls, inte åberopas för aktuella arter.

Förbuden i 25 § AF är oproportionerliga avseende samtliga av arterna som omfattas av J.s dispensansökan.

Arter med en större harmoniseringsgrad

Arter som inte får förbjudas: klipphöna (*alectoris barbara*) och rödhöna (*alectoris rufa*)

Enligt art. 6.2 jämförd med art. 6.1 fågeldirektivet får inte medlemsstaterna förbjuda försäljning, transport för försäljning, förvaring för försäljning och salubjudande av lagligen åtkomna exemplar av arter som förekommer i direktivets bilaga III A. Genomförandetiden för direktivet har passerats och regleringen i art. 6.2 är tillräckligt klar och entydig för att kunna ha effekt vid prövningar som den förevarande.

De nationella förbuden i 25 § AF omfattar arter i bilaga III A till fågeldirektivet i strid med art. 6.2 i direktivet. Eftersom förbuden i förordningsform strider mot överordnad författning, unionsrätt, får de enligt 11 kap. 14 § regeringsformen inte tillämpas.

J.s fåglar är förvisso fångenskapsuppfödda och faller därmed utanför tillämpningsområdet för art. 6.2 fågeldirektivet. På grund av regleringen i art. 6.2 fågeldirektivet kan ett nationellt förbud baserat på art. 36 FEUF endast avse fångenskapsuppfödda exemplar. Ett sådant förbud vore dock ologiskt och meningslöst.

Då ett förbud som endast omfattar fångenskapsuppfödda fåglar inte vore ändamålsenligt, nödvändigt eller proportionerligt för att skydda den vilda populationen av arterna är förutsättningarna för en nationell åtgärd enligt art. 36 FEUF inte uppfyllda och förbuden får därmed inte tillämpas.

Utöver det ovan sagda kan det tilläggas att både klipphöna och rödhöna är livskraftiga arter som varken är inhemska i Sverige eller migrerande. Förutsättningar för en nationell åtgärd enligt art. 36 FEUF saknas således även av detta skäl.

CITES-kategori A och B: formosakricka/gulkindad kricka (*anas formosa*), rödhalsad gås (*branta ruficollis*), vitögd dykand (*aythya nyroca*) och årtå (*spatula querquedula*)

Medlemsstaterna ska enligt art. 6.1 fågeldirektivet förbjuda försäljning, transport för försäljning, förvaring för försäljning och salubjudande av levande eller döda exemplar av dessa arter, dock gäller kravet inte fångenskapsuppfödda exemplar.

Vidare utgör art. 8.1 förordning 338/97 ett direkt tillämpligt, generellt förbud mot samma åtgärder, som utgångspunkt för alla exemplar av arterna. Undantag gäller enligt art. 61 förordning 865/2006 och dess bilaga X för reglerad handel och hållande av fångenskapsuppfödda exemplar, som alltså är tillåten.

Enligt 30 § AF står förbudet i 25 § tillbaka för den nyssnämnda gemensamma regleringen i CITES-förordningen och förordning 865/2006. Det behövs således inte dispens från 25 §.

Arternas förutsättningar varierar inom gruppen. Regleringen i CITES-förordningen visar att det, oavsett artens omständigheter i vilt tillstånd, inte finns någon nödvändig motsättning mellan att tillåta hållande och handel med lagligt åtkomna och/eller fångenskapsuppfödda exemplar å den ena sidan och skydd av vilda fåglar å den andra sidan, vilket även bekräftas av generaladvokatens uttalande i *Didier Vergy* om att kontrollerad uppfödning och handel är önskvärd och nyttig samt kan vara till fördel för bevarandet av vilda fåglar. Samtliga arter i denna grupp är populära park-, prydnads- och sällskapsfåglar och är som sådana föremål för omfattande avel och handel i övriga Europa. Det finns inte anledning att bedöma

dessa aktiviteter just i Sverige som en större risk för bevarandearbetet än avel och handel i andra EU-medlemsstater, och förefaller långsökt att ett sådant förbud i Sverige skulle ha positiv effekt för arter som hålls, föds upp, transporteras, köps och säljs lagligt i övriga EU.

CITES-kategori C: amerikansk bläsand (*mareca americana*), bläsand (*anas penelope*), kricka (*anas crecca*), skedand (*anas clypeata*), stjärtand (*anas acuta*) och senegal-duva/palmduva (*spilopelia* (tid. *streptopelia*) *senegalensis*)

Medlemsstaterna ska enligt art. 6.1 fågeldirektivet förbjuda försäljning, transport för försäljning, förvaring för försäljning och salubjudande av levande eller döda exemplar av dessa arter, dock gäller kravet inte fångenskapsuppfödda exemplar. Enligt art. 6.3 fågeldirektivet får medlemsstaterna dock - även för vilda exemplar - välja att tillåta åtgärderna för samtliga arter i denna grupp. Samtliga av arterna får dessutom jagas i EU och i Sverige.

Arterna i denna grupp omfattas vidare av direkt tillämpliga bestämmelser i CITES-förordningen, dock med en skyddsklassning (kategori C) som inte omfattas av förbuden mot kommersiella aktiviteter i art. 8.

Förbuden i 25 § AF gäller enligt 30 § (åttonde punkten) inte arterna i denna grupp, enligt ordalydelsen dock under förutsättning att det är vilda exemplar som fångats lagligt och är döda. Eftersom J.s exemplar är fångenskapsuppfödda och levande, omfattas de därmed inte av undantaget.

Vid prövning av förbuden i 25 § AF enligt art. 36 FEUF förefaller det minst sagt osannolikt att ett totalförbud mot levande eller fångenskapsuppfödda exemplar är nödvändigt för att skydda arterna när det samtidigt enligt gällande svensk rätt är tillåtet att jaga och döda vilda exemplar av samt att inneha, sälja och köpa de döda fåglarna.

Det finns vidare för samtliga arter i denna grupp harmoniserade regler som baseras på bedömningar av arternas skyddsbehov och risker med att tillåta handel m.m. som resulterat i att handel inom EU är tillåten enligt förordning 338/97 (endast export och import kontrolleras), samt att jakt på vilda exemplar är tillåten och handel med dem får tillåtas enligt fågeldirektivet. Således finns en i hög grad harmoniserad skyddsnivå som följer bedömningen att arternas situation inte är sådan att handel - eller ens jakt - behövt förbjudas.

Arterna i denna grupp har generellt god utbredning och populationsstorlek i livskraftiga vilda bestånd. Inbördes variation finns framförallt i arternas geografiska utbredning. Samtliga arter i denna grupp är även populära som park- och prydnadsfåglar i Europa, och är föremål för omfattande avel och handel med fångenskapsuppfödda exemplar. EU-domstolen har bl.a. i Kommissionen mot Belgien framhållit att strängare nationella åtgärder enligt art. 14 fågeldirektivet måste baseras på att det finns verkliga risker som är artspecifika, konkreta och utredda. Det förefaller minst sagt långsökt att det skulle finnas ett sådant skyddsbehov att förbud mot att hålla och föda upp exemplar i fångenskap av en art behövs, samtidigt som vilda exemplar av arterna får jagas, fångas, dödas och säljas lagligt. Likaså är det osannolikt att förbud mot fågelhållning i Sverige behövs eller skulle ha någon effekt för bevarande av arterna som likväl hålls och föds upp i fångenskap, transporteras, köps och säljs lagligt i våra grannländer och övriga EU.

Mot denna bakgrund saknas förutsättningar för en nationell åtgärd enligt art. 36 FEUF för ett de facto totalförbud mot befattning med exemplar som lagenligt släppts ut på marknaden i andra medlemsstater, som dessutom får köpas och säljas även i Sverige enligt direkt tillämplig EU-rätt och även får hanteras enligt AF om det är döda exemplar som fötts vilda. Förbuden i 25 § AF är haltande, oproportionerliga, strider mot överordnad unionsrätt och ska inte tillämpas på arterna i denna grupp, se 11 kap. 14 § regeringsformen.

Arter i bilaga III B: bergand (aythya marila), brunand (aythya ferina), grågås (anser anser) och vigg (aythya fuigula)

Medlemsstaterna ska enligt art. 6.1 fågeldirektivet förbjuda försäljning, transport för försäljning, förvaring för försäljning och salubjudande av levande eller döda exemplar av dessa arter, dock gäller kravet inte fångenskapsuppfödda exemplar. Enligt art. 6.3 fågeldirektivet får medlemsstaterna dock - även för vilda exemplar - välja att tillåta åtgärderna för samtliga arter i denna grupp. Samtliga av arterna får dessutom jagas i EU och i Sverige, se art. 7 och bilaga II A till vildfågeldirektivet samt bilagan till artskyddsförordningen.

Vid prövning av förbuden i 25 § AF enligt art. 36 FEUF förefaller det minst sagt osannolikt att ett totalförbud mot levande eller fångenskapsuppfödda exemplar är nödvändigt för att skydda arterna när det samtidigt enligt gällande svensk rätt är tillåtet att jaga och döda vilda exemplar av samt att inneha, sälja och köpa de döda fåglarna.

Det finns vidare för samtliga arter i denna grupp harmoniserade regler som baseras på bedömningar av arternas skyddsbehov och risker med att tillåta handel m.m. som resulterat i att jakt på vilda exemplar är tillåten och handel med dem får tillåtas enligt fågeldirektivet. Således följer den harmoniserade skyddsnivån bedömningen att arternas situation inte är sådan att handel - eller ens jakt - behövt förbjudas.

Arterna i denna grupp har generellt god utbredning och populationsstorlek i livskraftiga vilda bestånd globalt. Regionalt och nationellt har dock arternas situationer bedömts olika. För de arter vilkas situation är mer utsatt är aktuella hot i allmänhet kopplade till förlust eller minskning av livsmiljöer, på grund av ändrat klimat, ändrad markanvändning eller ökade störningar. Samtliga arter i denna grupp är även populära som park- och prydnadsfåglar i Europa, och är föremål för

omfattande avel och handel med fångenskapsuppfödda exemplar i till. Sverige närliggande och jämförbara EU-medlemsstater.

EU-domstolen har bl.a. i *Kommissionen mot Belgien* framhållit att strängare nationella åtgärder enligt art. 14 fågeldirektivet måste baseras på att det finns verkliga risker som är artspecifika, konkreta och utredda. Det förefaller minst sagt långsökt att det skulle finnas ett sådant skyddsbehov att förbud mot att hålla och föda upp exemplar i fångenskap av en art behövs, samtidigt som vilda exemplar av arterna får jagas, fångas, dödas och säljas lagligt. Likaså är det osannolikt att förbud mot fågelhållning i Sverige behövs eller skulle ha någon effekt för bevarande av arterna som likväl hålls och föds upp i fångenskap, transporteras, köps och säljs lagligt i våra grannländer och övriga EU.

Mot denna bakgrund saknas förutsättningar för en nationell åtgärd enligt art. 36 FEUF för ett de facto totalförbud mot befattning med exemplar som lagenligt släppts ut på marknaden i andra medlemsstater, som dessutom får hanteras i Sverige om det är döda exemplar som fötts vilda. Förbuden 25 § AF är haltande, oproportionerliga, strider mot överordnad unionsrätt och ska inte tillämpas på arterna i denna grupp, se 11 kap. 14 § regeringsformen.

Arter med något mindre harmoniseringsgrad

I denna grupp är arterna inte föremål för särskild EU-reglering om handel eller jakt utöver de generella förbuden enligt art. 6-7 fågeldirektivet. Här ska framhållas att liksom för arterna som behandlats i föregående punkt är ändå utgångspunkten, även för arterna som behandlas nedan, att det skett en bedömning av skyddsbehov och hot på EU-nivå, som i detta fall resulterat i att förbud mot fångenskapsuppfödning inte ansetts nödvändigt.

Mot bakgrund vad EU-domstolen i *Gourmetterie van den Burg* framhållit om utrymmet för nationella åtgärder avseende vilda exemplar av vilda fåglar, närmare

bestämt att nationella åtgärder kan vara befogade endast om minst en av förutsättningarna att arten är inhemsk, hotad eller migrerande är för handen, utgår underindelningen nedan från dessa aspekter.

Inhemska fåglar: amerikansk bläsand (mareca (tid. anas) americana) bläsgås (anser albifrons flavirostris), gravand (tadorna tadorna), kanadagås (branta canadensis), knipa (bucephala clangula), snatterand (mareca (tid. anas) strepera) och vitkindad gås (branta leucopsis)

Samtliga arter i denna grupp anses som inhemska i Sverige. Därmed kan det enligt vad EU-domstolen uttalat i *Gourmetteria van den Burg* potentiellt finnas ett legitimt nationellt intresse av skyddet för arterna. Detta innebär dock endast att det inte är uteslutet med nationella åtgärder.

Argument för nationella åtgärder som grundas på generell risk för ökat tryck från illegal jakt och/eller hybridisering med vilda inhemska fåglar - lika skälen som anförts i Naturvårdsverkets vägledning - förekommer i någon form och avfärdas i alla tre fallen *Didier Vergy*, *Gourmetteria van den Borg* och *Kommissionen mot Belgien*. Av EU-domstolens dom i *Kommissionen mot Belgien* framgår att det inte är tillräcklig grund för nationella åtgärder med påståenden om risk. Det krävs precisering av vilken eller vilka arter som har behov av ytterligare skydd liksom utredda grunder för att risk eller hot verkligen föreligger. I *Kommissionen mot Belgien* och i *Nationale Raad von Dierenwekers* tydliggörs att även nationella åtgärder som är väsentligt mindre ingripande än totalförbudet i 25 § AF måste grundas på risker som är verkliga samt stöds av objektiva skäl och grundlig utredning. Av proportionalitetsprincipen följer att om detta är uppfyllt får likväl inte åtgärder vidtas som går längre än nödvändigt, vilket bl.a. innebär att åtgärder inte utan vidare får omfatta andra eller flera arter än de som behöver ytterligare skydd. I *Nationale Raad von Dierenwekers* bekräftade EU-domstolen att en medlemsstat kan införa annorlunda eller strängare regler än vad som gäller i andra medlemsstater för

legitima skyddsintressen såsom djurhälsa (hänsyn till särskilda behov hos exemplar som hålls i fångenskap) och miljö (risker hänförliga till förrymda exemplar). Dock framhålls också att sådan nationell reglering endast är förenlig med unionsrätten om dessutom flera villkor är uppfyllda. Villkoren innebär sammanfattningsvis att den nationella åtgärden bl.a. måste grunda sig på objektiva och icke-diskriminerande kriterier när det gäller dess omfattning, samt att det ska finnas ett lättillgängligt förfarande för att begära att nya djur blir tillåtna att hålla som uppfyller grundläggande rättssäkerhetsgarantier.

Förbuden i 25 § AF stöds på generella, abstrakta resonemang som inte ens uppfyller de grundläggande kraven på precisering, verklig risk, objektiva skäl och stöd av utredning. När förbuden infördes var ingen av arterna i denna grupp ansedd som hotad, vilket talar för att det knappast fanns ett verkligt skyddsbehov till grund för förbuden som går utöver den gemensamt bestämda nivån. I Sverige omfattas gravand av den ovannämnda nytillkomna statusbedömningen av SLU, som dock dels tillkommit först 2020 och därmed uppenbarligen saknat betydelse för att förbuden infördes, dels grundas på omständigheter (förlorad/ändrad livsmiljö m.m.) som ett förbud mot hållande och uppfödning i fångenskap inte på något sätt är ägnat att förbättra. Det finns inget som visar att t.ex. illegal jakt på arterna är ett problem eller ens förekommer i Sverige, än mindre att illegal jakt är en verklig risk för arterna. Som generaladvokaten framhöll i *Didier Vergy* är det dessutom snarare till fördel för vilda bestånd (avseende bl.a. skyddet mot illegal jakt) att det bibehålls en legal uppfödning och handel med prydnadsfåglar, byggd på fångenskapsuppfödda exemplar.

Samtliga arter i gruppen är vanliga parkfåglar med internationell utbredning och bakgrund. Arterna är migrerande och det sker därmed ett naturligt utbyte mellan vilda bestånd från exempelvis olika delar av Europa. Det är inte aktuellt att svenska populationer med en tydlig särprägel skulle "riskeras" genom exempelvis blandning med danska och tyska exemplar på konstgjord väg, genom att fåglar transporteras

till Sverige inom ramen för legal handel och sprids i form av förrymda exemplar. Sammantaget ger ingenting av arternas historia eller faktiska aktuella omständigheter stöd för att det skulle finnas en verklig risk för den biologiska mångfalden genom hybridisering av fångenskapsuppfödda fåglar och inhemska bestånd.

Mot denna bakgrund saknas förutsättningar för en nationell åtgärd enligt art. 36 FEUF för ett de facto totalförbud mot befattning med exemplar som lagenligt släppts ut på marknaden i andra medlemsstater. Förbuden i 25 § AF saknar befogad grund, är oproportionerliga, strider mot överordnad unionsrätt och ska inte tillämpas på arterna i denna grupp, se 11 kap. 14 § regeringsformen.

Migrerande fåglar: blå snögås och vit snögås (*anser caerulescens*), brudand (*aix sponsa*), dvärgkanadagås (*branta hutchinsii minima*), islandsknipa (*bucephala islandica*), mindre bergand (*aythya affinis*), mörk kanadagås (*branta canadensis occidentalis*), prutgås (*branta bemiola nigricans*), ross snögås/dvärgsnögås (*anser rossii*), rostand (*Vadorna ferringuea*), och rödhuvad dykand (*netta rufina*)

Samtliga arter i denna grupp anses inte som inhemska i Sverige och är inte hotade. Enligt vad EU-domstolen uttalat i *Gourmetterie van den Burg* finns potentiell grund för ett nationellt intresse av skydd för arterna enbart genom att arterna är migrerande. Detta innebär dock endast att det inte är uteslutet med nationella åtgärder.

Då arterna i denna grupp inte är inhemska arter, förefaller argumentet om risk för hybridisering av fångenskapsuppfödda exemplar och vilda bestånd av samma arter som ovidkommande. Enligt vad myndigheterna anfört i mål nr M 4214-09 är risken för hybridisering mellan arter mindre, även med deras valda angreppssätt att bedöma risker generellt och abstrakt. Som EU-domstolen framhållit i *Kommissionen mot Belgien* är det vidare en grundläggande förutsättning för

skyddsåtgärder mot hybridisering med inhemska arter att det kan preciseras vilken inhemsk population som berörs av risk. Detta är inte uppfyllt avseende arterna i gruppen (eller överhuvudtaget avseende förbuden enligt 25 § AF).

Vidare förefaller det minst sagt långsökt att hybridisering med fångenskapsuppfödda fåglar skulle utgöra en beaktansvärd risk för någon särprägel hos arter som är migrerande inom (och utom) Europa, vilket innebär en naturlig sammanblandning inom populationerna över stora områden.

Skydd mot illegal jakt framstår knappast som ett relevant behov för arter som, likt arterna i denna grupp, inte är bofasta, övervintrar, häckar eller observeras regelbundet i Sverige. I den mån risk för illegal jakt på vilda exemplar utgör grund för förbud mot arterna måste skyddsintresset gälla jakt som bedrivs utanför Sverige. Det framstår därvid som osannolikt att ett rent nationellt förbud utan samordning med grannländer eller övriga EU har förutsättningar att få någon positiv effekt (vara ändamålsenligt). För att uppfylla EU-domstolens krav enligt Kommissionen mot Belgien avseende verkligt och konkret skyddsbehov måste det även finnas problem med illegal jakt som behöver motverkas, i detta fall där arterna förekommer (inte i Sverige). Med hänsyn till att ingen av arterna är hotad, att skyddsbehovet på gemenskapsnivå ansett tillgodosett utan förbud mot fångenskapsuppfödda exemplar, att det inte finns konkreta uppgifter om pågående problem med illegal jakt där fåglarna förekommer samt att vissa av arterna dessutom får jagas legalt, framstår även skyddsintresset mot illegal jakt som en otillräcklig - faktiskt irrelevant - grund för särskilt stränga nationella åtgärder i Sverige.

Hänvisning görs även till generaladvokatens uttalande i *Didier Vergy* att det snarare är till fördel för skyddet mot illegal jakt att det bibehålls en legal uppfödning och handel med prydnadsfåglar byggd på fångenskapsuppfödda exemplar. Generaladvokaten anförde också att om ett förbud mot fångenskapsuppfödda fåglar

skulle ha någon positiv effekt för vilda fåglar skulle det vara ett i bästa fall indirekt och kanske rentav teoretiskt skydd.

Sammantaget saknas förutsättningar för en nationell åtgärd enligt art. 36 FEUF för ett de facto totalförbud mot befattning med exemplar som lagenligt släppts ut på marknaden i andra medlemsstater. Förbuden i 25 § AF saknar befogad grund, är oproportionerliga, strider mot överordnad unionsrätt och ska inte tillämpas på arterna i denna grupp, se 11 kap. 14 § regeringsformen.

Hotade fåglar: fjällgås (*anser erythropus*) och marmorand (*marmaronetta angustirostris*)

Fjällgås, men inte marmorand, är inhemsk i Sverige. Båda arterna är hotade i vilt tillstånd (status VU) och migrerande. Det finns således potentiell grund för ett nationellt intresse av att skydda arterna enligt kriterierna i Kommissionen mot Belgien. Båda arterna har därtill ett tydligt skyddsbehov.

Samtidigt är det noterbart att bakgrunden till att fjällgås och marmorand är hotade inte för någon av arterna inkluderar problem med illegal jakt på vilda exemplar för uppfödning och handel. Fjällgåsen har historiskt varit föremål för jakt som påverkat beståndet negativt. Arten har dock inte jagats i syfte att bedriva handel eller tillhandahålla parkfåglar (för detta finns väl etablerade fångenskapsuppfödda bestånd inom Europa). Nu aktuella bedömning är att fjällgåsen påverkas negativt av andra samverkande faktorer, varav de mest betydelsefulla hoten är predation av rödräv och störningar av människor i dess livsmiljö (d.v.s. turism och fiske i norra Sverige). Marmorand finns naturligt i södra Europa och förekommer inte i vilt tillstånd, varken i eller nära Sverige. En betydelsefull faktor för att marmoranden är hotad är habitatförstörelse, avseende de tillfälliga våtmarker i södra Europa som är artens livsmiljö. För båda arterna pågår bevarandearbete, som bl.a. innefattar (de

ändamålsenliga åtgärderna) att avsätta skyddade området i enlighet med fågeldirektivet art. 4 och Bilaga I.

Även om båda arterna är hotade och det är påkallat att vidta ändamålsenliga åtgärder för att skydda och bevara de vilda populationerna, ändrar detta inte utgångspunkten att det inte finns någon inneboende motsättning mellan att skydda vilda populationer och att fåglar hålls och föds upp i fångenskap. En förutsättning för att förbud mot fångenskapsuppfödning ska vara en meningsfull bevarandeinsats är att det finns belägg för ett samband mellan hot mot den vilda populationen och åtgärden som förbjuds. När det gäller förbuden i artskyddsförordningen framstår dessa som en åtgärd helt utan relevans för de omständigheter som, enligt det ovan sagda, i verkligheten utgör problem för fjällgås och marmorand.

Kraven på utrett och verkligt konkret skyddsbehov som uppställts i *Kommissionen mot Belgien* kan inte anses uppfyllt enbart genom att det föreligger hot mot arterna som är helt orelaterade till de åtgärder som den nationella åtgärden hänför sig till. Det finns inget stöd för att förbuden i 25 § AF skulle vara nödvändiga - eller ens nyttiga - för att skydda fjällgås och marmorand från illegal jakt. Marmorand förekommer inte ens i Sverige, så det tänkta "skyddet" skulle bestå av att jakt i södra Europa motverkas genom att omöjliggöra att dölja illegalt fångade exemplar i legal handel och avel. Detta framstår som ett rent hypotetiskt, för att inte säga långsökt, resonemang, som generaladvokaten påpekade om motsvarande argument i *Didier Vergy*. Hänvisning görs även till generaladvokatens uttalanden i samma mål om att legal uppfödning och handel med prydnadsfåglar, byggd på fångenskapsuppfödda bestånd, kan vara till fördel för arten genom att dels avlasta vilda bestånd från illegal jakt (som alltså byts mot legal handel), dels utgöra en potentiell resurs för bevarandearbete (t.ex. genom utsättning för att stötta vilda bestånd). Ett konkret exempel härpå är att fjällgås från fångenskapsuppfödda bestånd har använts i bevarandearbetet för att stötta den vilda populationen.

Vid en objektiv bedömning finns alltså inte någon nödvändig motsättning mellan att skydda vilda exemplar och att tillåta uppfödning i fångenskap av fjällgås och marmorand i Sverige. Detta visas även av att båda arterna är föremål för legal, kontrollerad handel och är mycket populära park- och prydnadsfåglar bl.a. i våra närmaste EU-medlemsstater.

När det gäller skyddet för den biologiska mångfalden - det vill säga särarten hos inhemska arter - kan det noteras att Sverige inte har någon inhemsk population av marmorand, särpräglad eller ej. Detta skyddssyfte kan således bara aktualiseras i Sverige för fjällgås. Även om den nordiska populationen av fjällgås faktiskt anses ha en skyddsvärd särprägel, finns dock inga belägg för att den (populationens särprägel) hotas av sammanblandning med förrymda tamfåglar eller för att nu aktuella förbud är en ändamålsenlig, och än mindre en proportionerlig, åtgärd däremot.

Trots att det finns ett starkt legitimt intresse av att bevara arterna är alltså förutsättningarna för nationella åtgärder enligt art. 36 FEUF inte heller uppfyllda för ett de facto totalförbud mot fågelhållning avseende fjällgås och marmorand.

Förbuden i 25 § är inte behovsbaserade eller grundade i utredning, inte nödvändiga och inte proportionerliga, varvid det särskilt kan noteras att skyddssyftena som myndigheterna anfört till grund för förbuden är generella, abstrakta, utan koppling till aktuella hot som motverkas samt utformats så att förbuden träffar exemplar som lagenligt fötts upp i fångenskap och släppts ut på marknaden i andra medlemsstater. Förbuden i 25 § AF är därmed grundlösa och oproportionerliga, strider därmed mot överordnad rätt även om det finns ett potentiellt legitimt skyddsintresse, och förbuden får inte heller tillämpas på arterna i denna grupp, se 11 kap. 14 § regeringsformen.

Övriga fåglar: berghöna (*alectoris chukar*), svart frankolin (*francolinus francolinus*) och vildkalkon (*meleagris gallopavo*)

Arterna i denna undergrupp är varken inhemska eller migrerande eller hotade. Det finns således ingen anknytning till Sverige som potentiell grund för ett potentiellt nationellt intresse av åtgärder och inget förhöjt skyddsbehov eller särskilt skyddsintresse för det gemensamma europeiska arvet som migrerande fåglar utgör en del av. Som redovisats ovan föreligger därmed ingen nationell behörighet att besluta om strängare åtgärder för vilda fåglar enligt EU-domstolens praxis gällande art. 14 fågeldirektivet. Det är inte heller befogat att vidta åtgärder med stöd av art. 36 FEUF i fråga om arter som varken är inhemska, migrerande eller hotade, särskilt som de nationella åtgärderna därmed bara kan gälla fångenskapsuppfödda exemplar.

Förbuden i 25 § AF kan redan av detta skäl inte anses proportionerliga för att skydda arterna i denna grupp.

När det gäller anförda skyddssyften till grund för förbuden i 25 § AF kan följande noteras. Liksom för samtliga arter som har behandlats ovan har det endast framhållits generiska, teoretiska skäl för att införa nationella totalförbud mot fångenskapsuppfödning och fågelhållning, vilket förutom att det i sig är otillräckligt enligt EU-domstolens praxis även gör det svårt att bedöma om det för någon enskild art kan föreligga ett verkligt skyddsintresse som förbuden skulle kunna gagna. Eftersom arterna i denna grupp inte är inhemska föreligger uppenbarligen inget behov av att skydda dem mot illegal jakt i Sverige. Att arterna inte är hotade och skyddet av dem ansetts tillgodosett utan något förbud mot fångenskapsuppfödda exemplar i unionsrätten talar med styrka mot att de nationella förbuden gynnar arterna genom att möta ett verkligt skyddsbehov mot illegal jakt utanför Sverige. Det kan även noteras att nationella förbud som saknar motsvarighet där arterna finns, torde utgöra ett rent teoretiskt skydd mot jakt utan några faktiska verkningar.

Eftersom arterna i gruppen inte är inhemska är vidare risken för hybridisering med inhemska fåglar osannolik, och likaledes rent teoretisk. Sådana teoretiska och osannolika risker är uppenbart inte skäl för nationella förbud som inskränker handeln, vilket framgår tydligt av EU-domstolens praxis.

Förutsättningarna för en rent nationell åtgärd enligt art. 36 FEUF är även av dessa skäl inte uppfyllda.

Totalförbuden i 25 § AF strider således, även i denna del, mot överordnad unionsrätt och inte får tillämpas på arterna i denna grupp, se 11 kap. 14 § regeringsformen.

6. SLUTSATS

Förbuden i 25 § AF är alltför långtgående och strider mot unionsrätten på de grunder som anförts i punkten 6 ovan.

J. menar att mark- och miljödomstolen *i första hand*, med stöd av 11 kap. 14 § regeringsformen, inte ska tillämpa förbuden på hans fångenskapsuppfödda fåglar. Därvid behövs inte dispens från förbuden.

Om mark- och miljödomstolen menar att förbuden kan tillämpas trots det som anförts ovan, yrkas att mark- och miljödomstolen *i andra hand* ska bevilja dispenser enligt 32 § AF för relevanta förbud och samtliga arter som omfattas av ansökan. Detta innebär således att dispens ska meddelas även om omständigheterna kring J.s innehav inte fullt ut motsvarar förutsättningarna enligt 32 § AF, femte stycket, eftersom beviljande av dispenser är nödvändigt för att svensk rätt (art-skyddsförordningen) ska överensstämma med unionsrätten.

I MÖD 2017:7 fann Mark- och miljööverdomstolen att dispens från förbuden enligt 8 § AF kan lämnas utan att det finns någon uttrycklig dispensgrund i artskyddsförordningen för den i målet aktuella situationen, nämligen skogsavverkning som en del av pågående markanvändning. Mark- och miljööverdomstolen anförde bl.a. följande.

" artskyddsförordningen utgör en reglering på regeringsnivå. Den saknar därigenom det underlag för tolkning som beredningskravet ifråga om lag normalt föranleder. Några egentliga förarbeten finns således inte. Förordningen måste tolkas mot bakgrund av bemyndigandet som den vilar på.

...övervägande skäl [talar för att] det inte varit lagstiftarens avsikt att fridlysningsbestämmelserna i artskyddsförordningen skulle kunna ges en tillämpning som innebär att pågående markanvändning inom berörd del av fastigheten avsevärt försvåras. Lagstiftarens utgångspunkt synes vara att regler om områdesskydd i första hand ska användas i en sådan situation.

Artskyddsförordningen ger enligt sin ordalydelse dock inget direkt utrymme eller anvisning för en sådan tillämpning. Någon dispensgrund med en sådan inriktning har inte heller föreskrivits. Det kan samtidigt konstateras att lagstiftningen inte heller ger någon tydlig lösning för hur den intresseavvägning som aktualiseras i detta mål ska göras...

Ändamålen bakom skyddsbestämmelserna i artskyddsförordningen talar i stället för att förbudet i 8 § AF i och för sig ska anses tillämpligt i ett sådant fall och att dispens måste sökas. Tillämpningen i det enskilda fallet ska dock ske utifrån en proportionalitetsavvägning inom ramen för ett dispensförfarande.

Det sagda leder till att om prövande myndighet finner att förbudet i 8 artskyddsförordningen i ett enskilt fall medför att rådigheten över marken inskränks på ett sådant sätt att pågående markanvändning inom berörd del av fastigheten avsevärt försvåras ska dispens medges från förbudet i denna bestämmelse. Åtgärden ska därmed bedömas som tillåten. En sådan ordning ger utrymme för att, på det sätt som lagstiftaren synes ha förutsatt, initiera frågan om skyddet för hotade växter i stället kan åstadkommas genom någon form av områdesskydd. Det ger också möjlighet att, vid behov, utforma en dispens på ett sådant sätt att fridlysningsbestämmelserna i möjligaste mån upprätthålls utan att rådigheten över marken inskränks i betydande grad. I och med att dispens måste sökas uppnås även kravet på förutsebarhet."

Bakgrunden i förevarande fall skiljer sig från MÖD 2017:7, som bl.a. tar upp en omfattande historik av större och mindre förändringar i utformningen av 8 § AF och resonemang i förarbeten till andra författningar. Denna historik och dokumentering av den svenska lagstiftarens intentioner saknar direkt motsvarighet när det gäller förbuden i 25 § AF, vilka huvudsakligen avser att genomföra unionsrätt. I likhet med situationen i MÖD 2017:7 finns inga förarbeten till bestämmelserna i sig, vilket medför att tolkningar av bestämmelserna får ta avstamp i andra källor såsom bemyndigandet och bakomliggande unionsrätt. Det måste därvid förutsättas att regeringen avsett att unionsrätten, inklusive art. 36 FEUF och proportionalitetsprincipen, ska respekteras. Unionsrätten ska under alla omständigheter respekteras, oavsett vad regeringens avsikter må ha varit. Dock är det uppenbart att förbuden i 25 § AF delvis går väsentligt längre än vad unionsrätten tillåter.

I den utsträckning som förbuden tillämpas på fångenskapsuppfödda fåglar, bör därför en dispensprövning ske där inte bara förutsättningarna enligt ordalydelsen av 32 § AF beaktas, utan även unionsrättens krav inklusive en proportionalitetsprövning i det enskilda fallet. Eftersom tillämpning av förbuden i 25 § AF på J.s fångenskapsuppfödda fåglar inte är proportionerligt och strider mot unionsrätten på de grunder som anförts i punkten 6 ovan, ska J. därvid beviljas dispens i enlighet med ansökan.

Möjlighet att inhämta förhandsbesked från EU-domstolen

För att bifalla J.s överklaganden krävs att mark- och miljödomstolen tolkar bestämmelser i den svenska artskyddsförordningen. Beroende på hur förbuden och dispensmöjligheten tolkas, kan det även bli aktuellt att pröva om förbuden får tillämpas enligt 11 kap. 14 § regeringsformen. Detta är klart inom ramen för mark- och miljödomstolens behörighet.

Om mark- och miljödomstolen däremot skulle överväga att låta Naturvårdsverkets beslut stå fast, är J.s uppfattning att ett sådant avgörande måste grundas på

en proportionalitetsbedömning som väsentligt avviker från EU-domstolens praxis. I så fall bör därför inte förevarande mål avgöras utan att mark- och miljödomstolen först hänskjutit en eller flera tolkningsfrågor för vägledning om proportionalitetsprövningen. Detta är en möjlighet som mark-och miljödomstolen har enligt 267 FEU.

7. HANDLÄGGNINGSFRÅGOR M.M.

Möjlighet att inhämta förhandsbesked från EU-domstolen

För att bifalla överklagandet krävs att mark- och miljödomstolen tolkar bestämmelser i den svenska artskyddsförordningen. Beroende på hur förbuden och dispensmöjligheten tolkas, kan det även bli aktuellt att pröva om förbuden får tillämpas enligt 11 kap. 14 § regeringsformen. Detta är klart inom ramen för mark- och miljödomstolens behörighet.

Om mark- och miljödomstolen däremot skulle överväga att låta Jordbruksverkets beslut stå fast, är klagandens uppfattning att ett sådant avgörande måste grundas på en proportionalitetsbedömning som väsentligt avviker från EU-domstolens praxis. I så fall bör därför inte förevarande mål avgöras utan att mark- och miljödomstolen först hänskjutit en eller flera tolkningsfrågor för vägledning om proportionalitetsprövningen. Detta är en möjlighet som mark-och miljödomstolen har enligt 267 Fördraget om Europeiska unionen.

Naturvårdsverket har motsatt sig en ändring av det överklagade beslutet och har som grund för sin inställning anfört i huvudsak följande.

Förenlighet med EU-rätten

Naturvårdsverket har, med hänvisning till bl.a. flera avgörande från EU-domstolen, bedömt att förbuden i 25 § är förenliga med EU-rätten.

T J har framfört invändningar mot delar av Naturvårdsverkets tolkning av EU-rätten. Han har bl.a. anfört att

- Naturvårdsverket har försummat att beakta att medlemsstaternas skyldigheter enligt EU:s fågeldirektiv (2009/147/EG) inte omfattar fångenskapsuppfödda fåglar och att ett sådant utvidgat skydd, med hänvisning till EU-domstolen dom i målet *Didier Vergy C-149/94*, inte skulle gagna direktivens skyddsintressen,
- åtgärderna som var föremål för prövning i både *C-67/97 Ditlev Bluhme C-67/97* och *Nationale Raad von Dierenwekers C-219/07* var väsentligt mindre ingripande och även förefaller ha varit mer nyanserade och välgrundade än förbuden i 25 § artskyddsförordningen,
- förbuden i 25 § är mycket lika regleringen som underkändes av EU-domstolen i *Kommissionen mot Belgien C-100/08*
- det är en nödvändig förutsättning för att anta strängare nationella regler att ifrågavarande regler rör en art som är inhemsk, migrerande eller hotad (*Gourmetterie Van den Burg C-169/89*).

I *Didier Vergy* behandlas både frågan om direktivets tillämplighet på fåglar som fötts upp i fångenskap och omfattningen av en medlemsstats befogenheter att införa strängare skyddsåtgärder än dem som fordras enligt direktivet. Enligt avgörandet är skydd av exemplar som avlats och uppfötts i fångenskap inte en del av det långsiktiga skydd och den förvaltning som utgör fågeldirektivets syfte. Avgörandet innebär emellertid inte något hinder mot nationella förbud mot handel och hållande av sådana fåglar. Istället har EU-domstolen i målet konstaterat att frågan om skydd för fåglar som är födda och uppfödda i fångenskap inte regleras av EU-rätten och att medlemsstaterna därmed är fortsatt behöriga att reglera detta ämne, med förbehåll för att sådana regler inte heller får strida mot EU:s regler om förbud mot import- eller exportrestriktioner eller åtgärder med motsvarande verkan.

Naturvårdsverket instämmer inte T.J.s tolkning av *Gourmetterie Van den Burg* att det är en nödvändig förutsättning för att anta strängare nationella regler att ifrågavarande regler rör en art som är inhemsk, migrerande eller hotad. Avgörandet rörde en fågelart på bilaga 3.1 till det dåvarande fågeldirektivet och således var artikel 6.2 i direktivet tillämplig. Av bestämmelsen, som motsvarar artikel 6.2 i det nu gällande fågeldirektivet, följde bl.a. att försäljning och förvaring för försäljning inte får förbjudas om fåglarna har förvärvats på ett lagligt sätt. För nu aktuella fågelarter är det i stället artikel 6.1 och 3 i fågeldirektivet som är tillämpliga. Av artikel 6.1 följer att medlemsstaterna som utgångspunkt ska förbjuda saluförande av europeiska fåglar. Enligt artikel 6.3 får medlemsstaterna tillåta sådan verksamhet under vissa förutsättningar, när det gäller de arter som anges i bilaga 3 B. Till skillnad från den fågelart som var aktuell i *Gourmetterie Van den Burg* är utgångspunkten när det gäller nu aktuella arter således att saluförande inte ska tillåtas. Naturvårdsverket anser emellertid att de omständigheter som var av betydelse i avgörandet, nämligen att en art är inhemsk, migrerande eller hotad, är relevanta omständigheter vid bedömningen av om ett nationellt förbud är motiverat. Detta utvecklas närmare i det överklagade beslutet.

Sammanfattningsvis vidhåller Naturvårdsverket sin bedömning att förbuden är tillämpliga och förenliga med EU-rätten.

Förutsättningar för dispens

Det är ostridigt att T.J. inte uppfyller något av de angivna skälen för dispens i 32 § femte stycket AF. Som grund för dispens har han istället anfört att förbuden i 25 § AF är oproportionerliga när det gäller hans fångenskapsuppfödda fåglar. Till stöd för sin uppfattning har han bl.a. åberopat MÖD 2017:7. Det aktuella målet rörde tillämpningen av förbuden i 8 § AF i fall då pågående markanvändning avsevärt försvåras. Någon uttrycklig dispensgrund från de aktuella förbuden för situationen som var föremål för prövning fanns inte i artskyddsförordningen. Domstolen uttalade bl.a. att ändamålen bakom skyddsbestämmelserna i

artskyddsförordningen i för sig talade för att förbudet i 8 § AF även är att anse som tillämpligt i fall då pågående markanvändning avsevärt försvåras, men att dispens måste sökas och att tillämpningen i det enskilda fallet ska ske utifrån en proportionalitetsavvägning inom ramen för ett dispensförfarande.

Såvitt nu är aktuellt regleras dock dispensprövningen i 32 § AF. Genom den aktuella bestämmelsen får lagstiftaren antas ha gjort en avvägning av motstående intressen och utrymmet att beakta andra omständigheter till grund för dispens än de som är uttryckligt anges får därmed betraktas som litet (jfr även Mark- och miljööverdomstolens avgörande den 26 februari 2021 i mål nr M 7168-19). T.J.s personliga intresse av fågelinnehavet kan inte anses väga tyngre än de legitima skyddsintressen som ligger till grund för förbuden i 25 § AF.

T.J. har med anledning av Naturvårdsverkets yttrande anfört i huvudsak följande.

Förbudet strider mot EU-rätten

Naturvårdsverket tycks mena att de principer som slås fast i *Gourmetterie Van den Burg* gällande när det anses ligga inom medlemsstaternas behörighet att anta strängare nationella åtgärder enligt vildfågeldirektivets artikel 14 endast är tillämpliga på arter i direktivets Bilaga III A. Detta är en felaktig tolkning av domen. I domskälen konstaterar EU-domstolen att vildfågeldirektivet utgör exklusiv reglering av skyddet för vilda fåglar, vilket innebär att medlemsstater får införa strängare åtgärder endast i de fall som anges i artikel 14. Därefter anför domstolen följande.

“(10) It is therefore appropriate to define the scope of the powers conferred on the Member States by Article 14 of the directive. In that regard, reference should be made to the principal criteria on which the Community legislature has

relied in the matter.

[...] (12) It follows from those general objectives laid down by Directive 79/409 for the protection of birds that the Member States are authorized, pursuant to Article 14 of the directive, to introduce stricter measures to ensure that aforesaid species [dvs. migrerande eller särskilt hotade arter enligt skäl 11, vår anm.] are protected more effectively. With regard to the other bird species covered by Directive 79/409, the Member States are required to bring into force the laws, regulations and administrative provisions necessary to comply with the directive, but are not authorized to adopt stricter protective measures... except as regards species occurring within their territory.”

I denna text tar EU-domstolen avstamp i vildfågeldirektivets karaktär och syften för att generellt fastslå räckvidden av medlemsstaternas nationella behörighet enligt artikel 14. Det är tydligt att uttalandet inte är villkorat av att arten förekommer på bilaga III A i direktivet, till skillnad från det som slås fast i punkterna 13- 16 där EU-domstolen fortsätter och redogör för vad principerna innebär för bedömningen av Nederländernas förbud. EU-domstolens svar är också formulerat som en princip för när förbud mot import och marknadsföring kan rättfärdigas. Det finns inget stöd i domen för Naturvårdsverkets tolkning att resonemanget endast gäller fågelarter i bilaga III A.

Förutsättningar för dispens

När det gäller dispensprövningen konstaterar Naturvårdsverket att lagstiftaren med dispensgrunderna i 32 § AF får antas ha gjort en avvägning av motstående intressen och att utrymmet för att beakta andra omständigheter än de som uttryckligen anges får anses som liten.

Vid en jämförelse med situationen i MÖD 2017:7 är det en gemensam nämnare för målen att artskyddsförordningen angett vissa dispensgrunder, vilka inte är direkt tillämpliga. Omständigheten att regeringen bestämt hur dispensbestämmelsen ska vara utformad utgör också en likhet – inte en skillnad – mellan fallen. J. vidhåller att – om domstolen finner att förbudena i 23 och 25 §§ AF är tillämpliga på innehav av fångenskapsuppfödda fåglar och åtgärder med dem – beviljande av

dispens i situationer som inte direkt angetts i författningstexten då blir nödvändigt för att säkerställa att svensk rättstillämpning är i överensstämmelse med EU-rätten.

Hans fågelhållning uppfyller inte dispensgrunden att ha naturvårds-, forsknings- eller undervisningsändamål. Hans tydliga uppfattning, som stöds av att EU-rättsakterna inte kräver några förbud däremot, är dock att uppfödning och innehav av fångenskapsuppfödda fåglar inte negativt påverkar arternas överlevnad (jfr 32 § femte stycket 3 AF). Kriteriet att det inte finns någon annan tillfredsställande lösning (32 § femte stycket 2 AF) är vanskligare att bedöma då myndigheterna tolkar den nu aktuella rent nationella delen av artskyddsförordningens förbud som ett totalförbud mot att på något sätt, inom Sverige, befatta sig med fångenskapsuppfödda fåglar av europeiska arter. Detta är omotiverat och inte proportionerligt, varvid upprätthållande av ett totalförbud som strider mot EU-rätten knappast kan betraktas som en ”tillfredsställande” lösning vid tillämpning av dispensregeln.

Gällande att utrymmet för att ta andra hänsyn vid dispensprövningar är litet hänvisar Naturvårdsverket till Mark- och miljööverdomstolens dom i mål M 7168-19. Denna relativt nytillkomna dom gäller tillstånd samt eventuell dispens för fortsatt och utökad kalkbrytning i ett område på Gotland, där två hotade och fridlysta fjärilsarter förekommer. Verksamheten skulle bl.a. innebära påverkan på fortplantningsområde för arterna, dessutom angivet som ett kärnområde för arten svartfläckig blåvinge. Den träffades därmed av förbuden i 4 § AF som implementerar Rådets Direktiv 92/43/EEG av den 21 maj 1992 om bevarande av livsmiljöer samt vilda djur och växter (livsmiljödirektivet). Enligt 14 § AF, som baseras på artikel 16 i livsmiljödirektivet, får dispens ges bl.a. om (1) det inte finns andra godtagbara alternativ, (2) det är av ett allt överskuggande allmänintresse att verksamheten får bedrivas, och (3) en dispens inte försvårar upprätthållandet av gynnsam bevarandestatus hos artens bestånd i dess naturliga utbredningsområde. Mark- och miljööverdomstolen fann att utredningen i målet inte gav tillräckligt stöd för att dispens för verksamheten i det aktuella delområdet skulle kunnat beviljas

utan att upprätthållandet av en gynnsam bevarandestatus för fjärilsarterna försvårades. Detta utgjorde ett hinder mot dispens. Med anledning av att sökanden vidare anfört som skäl för dispens att förbudet inskränkte deras möjlighet att nyttja sin fasta egendom och inte stod i rimlig proportion till ändamålet, anförde Mark- och miljööverdomstolen vidare följande (s. 21-22).

”Genom lagstiftningen på det aktuella området har det gjorts en avvägning mellan motstående intressen. Utrymmet för att utöver relevanta omständigheter enligt aktuella lagrum beakta andra faktorer vid dispensprövningen, får därför anses vara litet. I den del [sökanden] inte vunnit framgång med sin talan har det berott på att utredningen i fråga om påverkan på fjärilsarterna bedömts vara otillräcklig för att kunna anta att verksamheten, med gjorda åtaganden, inte medför skada för fjärilsarterna. Vad [sökanden] anfört i fråga om egendomsskyddet är inte av sådan beskaffenhet att det kan ändra bedömningen.”

När det gäller åtgärder som faktiskt skadar bevarandearbetet, arternas utbredning eller överlevnad, samt bristande utredning om påverkan av ny verksamhet (som i ovannämnda mål om kalkbrytning), torde utrymmet för att låta skada eller potentiell skada uppvägas av andra intressen onekligen vara litet. Utrymmet för andra hänsyn vid dispensprövningen torde även vara litet vid tillämpning av dispensbestämmelser som utformats efter relevanta, noggranna och redovisade överväganden av lagstiftaren. Detta är emellertid inte ett sådant fall.

Här ska först noteras att uttalandet inte påverkar vad som ska beaktas vid den proportionalitetsprövning enligt artikel 36 FEUF som ingår i att bedöma om aktuella förbud i artskyddsförordningen strider mot unionsrättens krav.

Gällande själva dispensprövningen uppställer 32 § AF tre kumulativa kriterier för dispens, avseende (1) ändamålet, (2) att det inte finns en annan tillfredsställande lösning och (3) att hanteringen inte kommer att påverka artens eller andra vilt levande arters överlevnad i områden där de naturligt förekommer. Som nämnts ovan är den första punkten inte uppfylld i J.s fall (detta är ostridigt).

Enligt Naturvårdsverket får lagstiftaren antas ha gjort en avvägning av motstående intressen och att utrymmet att beakta andra intressen därmed får betraktas som litet. Formuleringen är hämtad från Mark- och miljööverdomstolens dom i M 7168-19, med den ytterst anmärkningsvärda modifieringen att resonemanget uttryckligen grundas på Naturvårdsverkets antagande. Ett antagande att författningstextens utformning följer av relevanta och godtagbara avvägningar utgör inte övertygande skäl för en strikt och restriktiv tolkning av dispensgrunderna i 32 § AF. Mark- och miljööverdomstolens uttalande gjordes i ett sammanhang där livsmiljödirektivet och övervägandena till grund för direktivet var direkt tillämpliga (att införa ett strikt nationellt skydd för svartfläckig blåvinge och apollofjäril krävs enligt livsmiljödirektivet, som även preciserar kraven för dispens från förbuden). I detta fall är situationen den motsatta. Liksom 14 § AF är bestämmelsen i 32 § AF också baserad på artikel 16 i livsmiljödirektivet. Trots att dispensgrunderna i 32 § AF är hämtade från livsmiljödirektivet blir de dock, som artskyddsförordningen nu är utformad, tillämpliga även på arter som enbart omfattas av vildfågeldirektivet och även på exemplar – likt J.s fångenskapsuppfödda fåglar – som inte berörs av något EU-rättsligt krav på ingripanden. Som utvecklats tidigare har det inte redovisats några konkreta skäl eller belägg för att detta rent nationella element av förbuden 25 § AF, dvs. totalförbud mot innehav av fångenskapsuppfödda fåglar just i Sverige, behövs eller är till nytta för, artskyddet. Det som har anförts, i de överklagade besluten och nu i myndigheternas yttranden, är istället argument som i enlighet med EU-domstolens tydliga praxis är alltför vaga och generella som grund för den nationella åtgärden ifråga.

Mot denna bakgrund vidhålls att det – om mark- och miljödomstolen finner att förbuden får tillämpas – finns skäl att bevilja dispens för att svensk rättstillämpning ska följa FEUF artikel 36 och vildfågeldirektivet artikel 14.

DOMSKÄL

Prövningsram

Mark- och miljödomstolen har först att ta ställning till om förbudet i 25 § första stycket 1 § AF ska tillämpas i målet. Om så befinns vara fallet ska domstolen pröva om det finns förutsättningar meddela dispens från förbudet med stöd av 32 § AF.

Mark- och miljödomstolen har även att ta ställning till frågan om det finns behov av att inhämta ett förhandsavgörande från EU-domstolen.

T.J. har inte överklagat den del av Naturvårdsverkets beslut som avser rödhöna och klipphöna, punkt 1 och 2 i beslutet, varför det inte omfattas av domstolens prövning.

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 25 § första stycket 1 AF är det förbjudet att förvara för försäljning eller bjuda ut till försäljning, sälja, köpa eller byta levande eller döda fåglar och fågelägg med embryo av arter som lever vilt inom Europeiska unionens europeiska territorium. Förbudet gäller alla levnadsstadier hos djuren.

Naturvårdsverket får enligt 32 § andra stycket AF i det enskilda fallet besluta om dispens från förbuden i 25 §. Beslut om dispens får enligt 32 § femte stycket meddelas endast

1. för naturvårds- forsknings- eller undervisningsändamål,
2. om det inte finns någon annan tillfredsställande lösning, och
3. om hanteringen inte kommer att påverka artens eller andra vilt levande arters överlevnad i områden där dessa naturligt förekommer.

Artskyddsförordningen är en implementering av bl.a. fågeldirektivet.

Fågeldirektivet reglerar bevarandet av vilda fåglar inom den Europeiska unionen och fastställer en rad bestämmelser gällande bevarandet av vilda fåglar. Enligt art.

14 får medlemsstaterna införa strängare skyddsåtgärder än de som föreskrivs i direktivet.

Av art. 34 och 35 FEUF framgår att kvantitativa import- respektive exportrestriktioner samt åtgärder med motsvarande verkan ska vara förbjudna mellan medlemsstaterna. Enligt art. 36 FEUF hindrar bestämmelserna i artiklarna 34 och 35 inte sådana förbud mot eller restriktioner för import, export eller transitering som grundas på hänsyn till allmän moral, allmän ordning eller allmän säkerhet eller intresset att skydda människors och djurs hälsa och liv, att bevara växter, att skydda nationella skatter av konstnärligt, historiskt eller arkeologiskt värde eller att skydda industriell och kommersiell äganderätt. Sådana förbud eller restriktioner får dock inte utgöra ett medel för godtycklig diskriminering eller innefatta en förtäckt begränsning av handeln mellan medlemsstaterna. Därtill gäller inom EU-rätten den s.k. proportionalitetsprincipen som en allmän rättsprincip. Principen återfinns i art. 5 punkten 4 i Fördraget om Europeiska unionen (FEU) och innebär bl.a. att ett handelshindrande förbud som tillämpas av en medlemsstat måste stå i proportion till den nytta som förbudet medför.

Finner en domstol att en förskrift står i strid med en bestämmelse i grundlag eller annan överordnad författning får föreskriften enligt 11 kap. 14 § regeringsformen inte tillämpas. Detsamma gäller om stadgad ordning i något väsentligt hänseende har åsidosatts vid föreskriftens tillkomst.

Om ett mål i en nationell domstol i en medlemsstat rör frågor angående tolkning av fördragen eller giltigheten och tolkningen av rättsakter som beslutas av unionens institutioner, organ eller byråer uppkommer får enligt art. 267 i FEUF den domstolen, om den anser att ett beslut i frågan är nödvändig för att döma i saken, begära att Europeiska unionens domstol meddelar ett förhandsavgörande.

Mark- och miljödomstolens bedömning

25 § artskyddsförordningen och EU-rätten

T.J. har gjort gällande att en tillämpning av förbuden i 25 § AF på innehav av fåglar som är uppfödda i fångenskap strider mot unionsrätten, särskilt med tanke på bestämmelserna om förbud mot kvantitativa import- och exportrestriktioner eller åtgärder med motsvarande verkan, och att bestämmelsen enligt 11 kap. 14 § regeringsformen därför inte får tillämpas i aktuellt fall.

Mark- och miljödomstolen konstaterar inledningsvis att syftet med fågeldirektivet – som alltså implementerats i svensk rätt genom bl.a. artskyddsförordningen – är att bevara samtliga fågelarter som naturligt förekommer inom EU:s medlemsländers europeiska territorium. I direktivets inledning anges att ett stort antal arter av vilda fåglar som förekommer naturligt inom medlemsstaternas europeiska territorium minskar i antal, i vissa fall mycket snabbt och att denna minskning utgör ett allvarligt hot mot bevarandet av den naturliga miljön, särskilt eftersom den medför att den biologiska jämvikten hotas. Vidare konstateras att de arter av vilda fåglar som förekommer naturligt inom medlemsstaterna europeiska territorium till största delen är flyttfågelarter och att sådana arter utgör ett för medlemsstaterna gemensamt arv. Ett effektivt skydd av fåglar är enligt direktivet ett typiskt gränsöverskridande miljöproblem som medlemsstaterna har ett gemensamt ansvar för.

Direktivet behandlar bevarande av samtliga fågelarter som naturligt förekommer inom medlemsstaternas europeiska territorium. Det omfattar skydd, skötsel, förvaltning, och kontroll av dessa arter och fastställer regler för exploatering av dem (art. 1). Medlemsstaterna ska, med beaktande även av ekonomiska krav och rekreationsbehov, vidta de åtgärder som är nödvändiga för att bibehålla populationen av dessa arter på en nivå som svarar särskilt mot ekologiska, vetenskapliga och kulturella behov, eller för att återupprätta populationer till denna nivå (art. 2). Fågeldirektivet är ett s.k. minimidirektiv, vilket innebär att medlemsländerna får införa strängare skyddsåtgärder än de som föreskrivs i

direktivet (art. 14).

Det står alltså, som utgångspunkt, medlemsländerna fritt att vidta strängare åtgärder för att upprätthålla skyddet för vilda fåglar om staterna så önskar. EU-domstolen har vidare slagit fast att exemplar som avlats och fötts upp i fångenskap inte är del av det långsiktiga skydd och den förvaltning som utgör fågeldirektivets syfte och att gemenskapslagstiftaren inte har ingripit i handeln med exemplar av vilda fåglar som avlats och uppfötts i fångenskap (*Didier Vergy*). Detta innebär att det står medlemsländerna fritt att själva införa regler som rör fångenskapsfödda fåglar, förutsatt att detta görs i överensstämmelse med övriga gemenskapsrättsliga bestämmelser.

Sverige har i 25 § AF gått längre än vad fågeldirektivet kräver på så sätt att bestämmelsen enligt sin ordalydelse omfattar samtliga levande och döda fåglar av arter som lever vilt inom EU:s territorium. Frågan blir om detta kan anses vara i överensstämmelse med övriga gemenskapsrättsliga bestämmelser, bl.a. förbudet mot kvantitativa restriktioner mellan medlemsstaterna i art. 34-35 FEUF.

I dom den 16 januari 2008 i mål nr 709-06 har Kammarrätten i Jönköping konstaterat att bestämmelsen i 23 § AF får anses utgöra en sådan åtgärd som omfattas av förbudet i art. 34 i FEUF och därmed utgöra en kvantitativ importrestriktion eller åtgärd med motsvarande verkan. Den i kammarrättens dom aktuella bestämmelsen är inte tillämplig i det nu förevarande målet, men då bestämmelserna är relativt lika i sin utformning finner mark- och miljödomstolen att det inte kan uteslutas att även 25 § AF är en sådan åtgärd som omfattas av förbudet i art. 34 FEUF.

Förbudet mot sådana restriktioner som anges i art. 34 och 35 FEUF kan som ovan Anförts enligt art. 36 FEUF frångås om restriktionen i fråga grundas på exempelvis intresset att skydda människors och djurs hälsa och liv och inte utgör ett medel för

godtycklig diskriminering eller innefattar en förtäckt begränsning av handeln mellan medlemsstaterna.

Ett utökat skydd för fåglar på så sätt att skyddet enligt fågeldirektivet omfattar individer tillhörande fågelarter som lever vilt inom Europeiska unionens territorium, även om de är uppfödda i fångenskap, är enligt mark- och miljödomstolens mening en sådan restriktion som grundas på intresset att skydda djurs hälsa och liv.

De i målet aktuella bestämmelserna i artskyddsförordningen kan heller inte anses vara mer ingripande mot den enskilde än vad som krävs för att syftet med bestämmelsen ska uppnås.

Förbuden i 25 § första stycket 1 AF gör ingen skillnad mellan en person boende i Sverige och en person boende i en annan medlemsstat. Den kan inte heller anses träffa personer i andra medlemsstater hårdare än personer i Sverige. 25 § AF kan därför inte sägas vara en förtäckt begränsning av den fria rörligheten mellan medlemsstaterna och bestämmelsen kan således inte anses strida mot unionsrätten på så sätt att den är diskriminerande. Mot bakgrund av bl.a. möjligheten att meddela undantag från förbudet, och att det vid denna prövning ges tillfälle att ta hänsyn till förutsättningarna i det enskilda fallet, finner mark- och miljödomstolen inte heller att bestämmelsen går utöver vad som får anses vara motiverat av artskydds- och naturvårdshänsyn och bestämmelsens proportionalitet i förhållande till EU-rätten får anses vara säkerställd.

Mot bakgrund av det ovan anförda bedömer mark- och miljödomstolen att förbudet i 25 § första stycket 1 AF mot att förvara för eller bjuda ut till försäljning, sälja, köpa eller byta levande eller döda fåglar av arter som lever vilt inom Europeiska unionens territorium inte strider mot unionsrätten och att 11 kap. 14 § regeringsformen därför inte utgör ett hinder mot att tillämpa 25 § AF i aktuellt fall.

Förutsättningar för dispens

Enligt 32 § AF får Naturvårdsverket i det enskilda fallet besluta om dispens från bl.a. 25 §. Beslut om dispens får meddelas endast för naturvårds-, forsknings- eller undervisningsändamål. Därtill får det inte finns någon annan tillfredsställande lösning och hanteringen får inte komma att påverka artens eller andra vilt levande arters överlevnad i områden där dessa naturligt förekommer. Samtliga av dessa villkor måste var uppfyllda för att dispens ska kunna ges.

T.J. har inte anfört några naturvårds-, forsknings- eller undervisningsändamål som grund för sin ansökan om dispens. Redan på denna grund saknas därför förutsättningar för att meddela dispens enligt 32 § AF.

T.J. har gjort gällande att möjligheten till dispens måste tillämpas i överensstämmelse med unionsrätten och att han ska beviljas dispens eftersom förbuden i 25 § inte är proportionerliga när det gäller fångenskapsuppfödda fåglar.

Mark- och miljödomstolen bedömer enligt vad som anförts ovan att förbuden enligt 25 § AF får anses proportionerliga och att de inte heller i övrigt strider mot några EU-rättsliga bestämmelser. Det saknas således förutsättningar att meddela dispens även på denna grund.

Förhandsavgörande

T.J. har yrkat, för det fall mark- och miljödomstolen överväger att avslå hans överklagande, att en eller flera tolkningsfrågor för vägledning om proportionalitetsprövning ska hänskjutas till EU-domstolen med stöd av art. 267 i FEUF (förhandsavgörande). Mark- och miljödomstolen finner emellertid inte att det i målet har uppkommit sådana frågor som föranleder tvivel om tolkningen av unionsrätten och som gör det nödvändigt att hämta in ett förhandsavgörande från EU-domstolen för att döma i saken. Yrkandet härom ska därför avslås.

Sammanfattning

Sammanfattningsvis finner mark- och miljödomstolen att förbudet i 25 § första stycket 1 AF är förenligt med EU-rätten och dess förbud mot kvantitativa restriktioner och åtgärder med motsvarande verkan, att förbudet inte strider mot EU-rättens proportionalitetsprincip samt att det saknas förutsättningar att meddela dispens enligt 32 § AF. Vad T.J. anfört ändrar inte domstolens bedömning och överklagandet ska därför avslås.

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

Överklagande senast den 14 september 2021.

Marie Gerrevall

Viktor Forsell

I domstolens avgörande har deltagit rådmannen Marie Gerrevall, ordförande, och tekniska rådet Viktor Forsell. Föredragande har varit beredningsjuristen Lena Sjöberg.



Hur man överklagar

MMD-02

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

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

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

Så här gör du

1. Skriv mark- och miljödomstolens namn och målnummer.
2. Förklara varför du tycker att domen ska ändras. Tala om vilken ändring du vill ha och varför du tycker att Mark- och miljööverdomstolen ska ta upp ditt överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis du vill hänvisa till. Förklara vad du vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn samt aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå dig: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.

Om du har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skriv under överklagandet själv eller låt ditt ombud göra det.
6. Skicka eller lämna in överklagandet till mark- och miljödomstolen. Du hittar adressen i domen.

Vad händer sedan?

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

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

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

Prövningstillstånd i Mark- och miljööverdomstolen

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

Mark- och miljööverdomstolen ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

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

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

Vill du veta mer?

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

Mer information finns på www.domstol.se.

Arter i mål nr M 10703-21

1. Brudand	1. <i>Aix sponsa</i>
2. Klipphöna	2. <i>Alectoris barbara</i>
3. Berghöna/Chukar	3. <i>Alectoris chukar</i>
4. Rödhöna	4. <i>Alectoris rufa</i>
5. Stjärtand	5. <i>Anas acuta</i>
6. Skedand	6. <i>Anas clypeata</i>
7. Kricka	7. <i>Anas crecca</i>
8. Bläsand	8. <i>Anas penelope</i>
9. Amerikansk bläsand	9. <i>Anas penelope</i>
10. Ärtä	10. <i>Anas querquedula</i>
11. Snatterand	11. <i>Anas strepera</i>
12. Bläsgås	12. <i>Anser albifrons flavirostris</i>
13. Grågås	13. <i>Anser anser</i>
14. Blå snögås	14. <i>Anser caerulescens</i>
15. Vit snögås	15. <i>Anser caerulescens</i>
16. Fjällgås	16. <i>Anser erythropus</i>
17. Ross snögås/Dvärgsnögås	17. <i>Anser rossii</i>
18. Mindre Bergand	18. <i>Aythya affinis</i>
19. Brunand	19. <i>Aythya ferina</i>
20. Vigg	20. <i>Aythya fuligula</i>
21. Bergand	21. <i>Aythya marila</i>
22. Vitögd dykand	22. <i>Aythya nyroca</i>
23. Prutgås	23. <i>Branta bernicla nigricans</i>
24. Kanadagås	24. <i>Branta canadensis</i>
25. Mörk kanadagås	25. <i>Branta canadensis occidentalis</i>
26. Dvärgkanadagås	26. <i>Branta hutchinsii minima</i>
27. Vitkindad gås	27. <i>Branta leucopsis</i>
28. Rödhalsad gås	28. <i>Branta ruficollis</i>
29. Knipa	29. <i>Bucephala clangula</i>
30. Islandsknipa	30. <i>Bucephala islandica</i>
31. Svart frankolin	31. <i>Francolinus francolinus</i>
32. Marmorand	32. <i>Marmaronetta angustirostris</i>
33. Vildkalkon	33. <i>Meleagris gallopavo</i>
34. Rödhuvad dykand	34. <i>Netta rufina</i>
35. Formosakricka	35. <i>Sibirionetta (tid. Anas) formosa</i>
36. Senegalduva	36. <i>Spilopelia (tid. Sterptopelia) Senegalensis</i>
37. Rostand	37. <i>Tadorna ferruginea</i>
38. Gravand	38. <i>Tadorna tadorna</i>

Arter i mål nr M 10705-21

1. Brudand	1. <i>Aix sponsa</i>
2. Berghöna/Chukar	2. <i>Alectoris chukar</i>
3. Stjärtand	3. <i>Anas acuta</i>
4. Skedand	4. <i>Anas clypeata</i>
5. Kricka	5. <i>Anas crecca</i>
6. Bläsand	6. <i>Anas penelope</i>
7. Amerikansk bläsand	7. <i>Anas penelope</i>
8. Snatterand	8. <i>Anas strepera</i>
9. Bläsgås	9. <i>Anser albifrons flavirostris</i>
10. Grågås	10. <i>Anser anser</i>
11. Blå snögås	11. <i>Anser caerulescens</i>
12. Vit snögås	12. <i>Anser caerulescens</i>
13. Fjällgås	13. <i>Anser erythropus</i>
14. Ross snögås/Dvärgsnögås	14. <i>Anser rossii</i>
15. Mindre Bergand	15. <i>Aythya affinis</i>
16. Brunand	16. <i>Aythya ferina</i>
17. Vigg	17. <i>Aythya fuligula</i>
18. Bergand	18. <i>Aythya marila</i>
19. Prutgås	19. <i>Branta bernicla nigricans</i>
20. Kanadagås	20. <i>Branta canadensis</i>
21. Mörk kanadagås	21. <i>Branta canadensis occidentalis</i>
22. Dvärgkanadagås	22. <i>Branta hutchinsii minima</i>
23. Vitkindad gås	23. <i>Branta leucopsis</i>
24. Knipa	24. <i>Bucephala clangula</i>
25. Islandsknipa	25. <i>Bucephala islandica</i>
26. Svart frankolin	26. <i>Francolinus francolinus</i>
27. Marmorand	27. <i>Marmaronetta angustirostris</i>
28. Vildkalkon	28. <i>Meleagris gallopavo</i>
29. Rödhuvad dykand	29. <i>Netta rufina</i>
30. Formosakricka	30. <i>Sibirionetta (tid. Anas) formosa</i>
31. Senegalduva	31. <i>Spilopelia (tid. Sterptopelia) Senegalensis</i>
32. Rostand	32. <i>Tadorna ferruginea</i>
33. Gravand	33. <i>Tadorna tadorna</i>