

Svea hovrätt
Mark- och miljööverdomstolen
Box 2290
10317 Stockholm

2014-08- 21

Mål nr: 4937-14

Yttrande över överklagande om dispens från artskyddsförordningen

Naturskyddsföreningen Gotland (härefter föreningen) har tagit del av det utvecklade överklagandet från klaganden, Boge Vindbruk AB (aktbilaga 4).

Föreningen motsätter sig att dispens meddelas, och yrkar att Mark- och miljööverdomstolen avslår överklagandet och fastställer mark- och miljödomstolens domslut den 30 april 2014 i mål nr M 1917-13.

Föreningen anser att det ej finns skäl för prövningstillstånd, rättsläget är tillräckligt klart efter bland annat Mark- och miljööverdomstolens avgöranden i mål nr. M 8344-11 och M 10072-12.

Föreningen anser att ett förhandsavgörande från EU-domstolen inte är nödvändigt för att avslå överklagandet, eftersom rättsläget avseende tolkningen av direktivet är tillräckligt klart.

Området hyser höga biologiska och ekologiska värden, och är enligt föreningens mening viktigt för havsörnsstammens reproduktion. Föreningen ansluter sig till mark- och miljödomstolens bedömning (sidan 9) att även om det rör sig om ett enstaka havsörnspar så påverkas förutsättningarna för populationen lokalt och möjligheterna till artens utbredning på Gotland negativt.

1. Synpunkter på det utvecklade överklagandet, avsnitt 1-3

Föreningen bestrider att förbudet i 4 § artskyddsförordningen inte skulle vara tillämpligt på den ansökta vindkraftsparken.

Klaganden har vid upprepade tillfällen hävdade att området "ligger mellan ett kalkbrott och en golfbana", vilket är felaktigt (se bilaga 1). En mer korrekt beskrivning är att området i norr flankeras av kalkbrottet och golfbanan, medan det i väst och nordväst gränsar till obebyggda och förhållandevis oexploaterade områden med Natura 2000-området Bojsvätar och naturreservatet Kallgateburg.

I yttrandet påstås att det inom området inte finns något "lämpligt habitat" för havsörn och att det nyttjas aktivt för skogs- och jordbruk. Detta är kraftigt missvisande, stora områden i området är att

karaktärisera som naturskog. En betydande andel skog inom området är undantaget aktivt skogsbruk, eftersom det omfattas av biotopskydd och Natura 2000-skydd av Västlig Taiga inom det angränsande Natura 2000-området (se bilaga 2). Stora delar av skogsmarken har vidare undantagits från skogsbruk, genom att pekats ut som sumpskog och andra former av impediment i skogsstyrelsens kartor. Föreningen vill också erinra om att även inom de områden som skulle kunna bli föremål för skogsbruk, ska boträd och äldre träd som kan utvecklas till boträd lämnas orörda enligt förarbetena till Skogsstyrelsens föreskrifter (SKSFS 2011:7) 7 kap. 9 §. Det är inte ovanligt att havsörn väljer just ett ensamt träd på ett hygge som boplats (se bild sidan 2, bilaga 3). Slutsatsen är att det eventuella skogsbruk som sker i området inte nödvändigtvis hindrar framtida etableringar av just havsörn i området.

När det gäller det fågelövervaknings- och varningssystem (DTBird-system) som klaganden åtagit sig att installera, ansluter sig föreningen till länsstyrelsens och mark- och miljödomstolens bedömning; systemets ljudsignaler är i sig att betrakta som en förbjuden störning enligt artskyddsförordningen. Ljudsignalerna kan innebära att havsörnarna missgynnas genom att de undviker att välja boplatser inom området.

Föreningen vill också göra gällande att örnarna kan störas allvarligt även i det fall fåglarna väljer att häcka i ett träd en bit från vindkraftsparken. Örnarnas val av boplats sker tidigt under vårvintern. Senare under häckningsperioden ökar trafiken av flyttfåglar och fladdermöss kraftigt, vilket i sin tur medför att signalerna från ett varningssystem kan förväntas bli betydligt fler. En tilltagande störning från vindkraftsverken kan därför påverka häckningar negativt även i de fall anläggningen inte förhindrat örn från etablering i närområdet.

Klaganden menar vidare att det bo som nyligen upptäckts 700 meter (550 meter enligt länsstyrelsens uppgift i den överklagade domen) från ett av de planerade verken "förefaller övergivet", eftersom det enligt bolagets uppgift inte använts under 2012 och 2013. Föreningen anför mot detta att det är vanligt att ett och samma havsörnspar har flera bon som fåglarna alternerar mellan, även om ett av boträden ofta favoriseras (se bilaga 4). Boplatserna kan alltså vara aktiva i alla högsta grad. Förekomsten av ett havsörnsbo endast 550 meter från den planerade vindkraftsparken bör därför stärka bedömningen att denna skulle medföra en sådan fragmentering och störning som Mark- och miljööverdomstolen fann vara för handen i mål nr. M 10072-12 (sidan 7).

2. Synpunkter på avsnitt 4, tolkning av artskyddsförordningens förbud och EU-direktiven m.m.

Klaganden anför en rad skäl för att artskyddsförordningens förbud inte ska anses vara tillämpligt. En övergripande synpunkt är att klaganden argumenterar som om fågeldirektivet och art- och habitatdirektivet utgör någon form av högsta skyddsnivå, trots att naturvårdsdirektiven är att förstå som minimidirektiv, inte harmoniseringsdirektiv. Det finns inte något egentligt hinder för svensk rätt att värna om ett starkare naturskydd, vilket uttryckligen framgår av fågeldirektivet:

"Medlemsstaterna får införa strängare skyddsåtgärder än de som föreskrivs i detta direktiv." (Artikel 14).
I det här fallet är det emellertid föreningens bestämda uppfattning att mark- och miljödomstolens domslut ligger väl i nivå med direktivens krav.

En andra övergripande synpunkt är att klaganden genomgående framhåller andra tolkningssätt än den inom EU-rätten dominerande metoden – att se till direktivens syften och sedan bedöma proportionaliteten mellan skyddsvärdena och de motstående intressen som berörs.

Klagandens invändningar mot domen kan sammanfattas i följande punkter, vilka bemöts i de avsnitt som följer.

- Bestämmelsen i artskyddsförordningen ska tolkas enligt sin ordalydelse. Att ett handlande medför en beaktansvärd risk innebär inte att den är avsiktlig.
- Ett varningssystem kan inte ge upphov till en störning om syftet är att förhindra fåglar från att flyga in i vindkraftverk.
- Uttalandena om begreppet "avsiktligt" i Naturvårdsverkets handbok har övertolkats, eftersom man inte beaktar det som skrivits om information till allmänheten och verksamhetsutövare om att åtgärden kan medföra lagbrott.
- Kommissionens vägledning till art- och habitatdirektivet och EU-domstolens uttalande i mål C-103/00 innebär att förbudet endast gäller anläggande av vindkraft i två fall, när verksamhetsutövaren uppför vindkraftsverk i strid mot en tillståndsansökan som fått avslag; respektive vindkraftverk utan tillstånd i ett fågelskyddsområde.
- Mark- och miljödomstolens dom innebär ett starkare skydd för havsörnarna i området än om området utpekats som Natura 2000-område för just arten ifråga, eftersom bedömningen har gjorts på individnivå och inte på populationsnivå. Det är ologiskt.
- Eftersom fågeldirektivets undantagsbestämmelse endast tar fasta på åtgärder där det *direkta* syftet är att döda, fånga eller störa fåglar, så måste förbudsreglens tillämpningsområde avgränsas till dessa fall.
- Fågeldirektivets tillkomsthistoria och utländsk doktrin talar för att förbudet endast omfattar jakt och liknande verksamheter.
- Konsekvensen av att den överklagade domen består blir att utbyggnaden av vindkraft och flygplatser försvåras.

2.1 Artskyddsförordningens ordalydelse

Klaganden menar att bestämmelsen om förbud i artskyddsförordningen ska tolkas enligt sin ordalydelse. Att ett handlande medför en beaktansvärd risk innebär inte att den är "avsiktlig", menar man (sidan 8).

Föreningen delar inte klagandens uppfattning om att "avsiktligt" i detta sammanhang ska utläsas som att det måste vara bolagets direkta vilja att döda eller störa havsörnarna. En sådan tolkning avviker från hur uttrycket tolkats i tidigare praxis och vägledningar.

Föreningen menar att en "beaktansvärd risk" mycket väl ligger inom den juridiska förståelsen av ordalydelsen, så länge verksamhetsutövaren är medveten om risken ifråga. Detta framgår bland annat av den text klaganden själv citerar på sidan 9 i yttrandet. I målet är det hur som helst uppenbart att verksamhetsutövaren faktiskt har blivit informerad, och därför är medveten om risken, om inte annat då denne faktiskt lämnat in en ansökan om dispens.

Föreningen menar att man vid tolkningen av förbudsbestämmelsen ska göra en distinktion mellan olika typer av situationer. När det gäller den straffrättsliga bedömningen, är det riktigt att en uppsåtsbedömning ska göras. Om gärningsmannen varken insåg eller borde ha insett att det rörde sig om en fridlyst art, kan han frias från ansvar. När det gäller den miljörättsliga bedömningen vid prövning av dispenser för verksamheter måste istället tolkningen av uttrycket "avsiktligt" ges en delvis annan innebörd. I en dispensprövning av en tillståndspliktig verksamhet aktualiseras bevisbörderegeln och kunskapskravet i miljöbalkens andra kapitel. Det innebär att kravet på subjektiv avsikt får ett annat innehåll än vid en straffrättslig bedömning. I den miljörättsliga

bedömningen är det huvudsakligen frågan om en objektiv bedömning av riskens storlek, konsekvenser och proportionalitet. Detta bland annat då det föreligger ett principiellt ansvar för verksamhetsutövarens att känna till konsekvenserna av sina åtgärder, inom rimliga gränser.

Det bör tas i beaktande att EU:s institutioner utformar artiklarna i direktiven med hänsyn till att dessa kommer att genomföras i medlemsländerna med högst varierande legala metoder, och därför måste utformas med en viss allmängiltighet. Detta gäller i synnerhet minimidirektiven på miljöområdet, som avser att lägga en lägstanivå för medlemsländernas miljöskydd. Det förklarar att fågeldirektivets förbudsregler även innehåller uttryck med straffrättslig relevans. Det ligger självklart inom medlemsländernas mandat att utforma de lagstiftningsmässiga detaljerna för ett strikt skyddssystem som lever upp till direktivens krav.

Sett ur EU-rättslig synpunkt står det klart att det räcker med en *risk* för störning för att det ska vara frågan om en störning som omfattas av direktivet. Ett exempel är EU-domstolens uttalande i Alto Sil-målet (mål C-404/09, punkt 142), som rörde störningar från gruvverksamhet som drabbade bland annat tjäder i och utanför skyddade områden:

”För att ett åsidosättande av artikel 6.2 i livsmiljödirektivet ska kunna fastställas behöver kommissionen för övrigt inte bevisa att det föreligger ett orsakssamband mellan verksamheten och en betydande störning som drabbar tjädern. Eftersom syftet med artikel 6.2 och 6.3 i livsmiljödirektivet är att säkerställa samma skyddsnivå, är det tillräckligt att kommissionen visar att det är sannolikt eller att det finns en risk för att denna verksamhet kommer att medföra betydande störningar för tjädern”.

2.2 Varningssystemets syfte

Enligt klaganden kan ett varningssystem inte ge upphov till en ”störning” om syftet är att förhindra fåglar från att flyga in i vindkraftverk (sidan 8).

Föreningen gör gällande att den subjektiva avsikten bakom en åtgärd inte har den relevans företaget hävdar, eftersom det är frågan om en miljörättslig bedömning av en dispensansökan. En helhetsbedömning utifrån objektiva grunder måste göras.

Det förekommer även i andra sammanhang att en försiktighetsåtgärd kan ge upphov till störningar som måste prövas. Situationen kan jämföras vid en tillståndsprövning av en industri, där en av de försiktighetsåtgärder som verksamhetsutövaren ansöker om är att avleda tungmetallhaltigt processvatten till en sedimentationsbassäng. Givetvis måste även de miljöstörningar som förknippas med bassängen prövas, trots att dess syfte är att minska omgivningspåverkan.

2.3 Övertolkning av Naturvårdsverkets handbok

I det utvecklade överklagandet påstås att uttalandena om begreppet ”avsiktligt” i Naturvårdsverkets handbok har övertolkats, eftersom man inte beaktar det som skrivits om information till allmänheten och verksamhetsutövare om att åtgärden kan medföra lagbrott (sidan 9).

Föreningen finner att klagandens resonemang är oklart, särskilt beträffande hur man kommer fram till slutsatsen att handbokens uppgift om informationen till allmänhet och verksamhetsutövare skulle kunna innebära att påverkan från vindkraftspark inte skulle kunna räknas som avsiktlig.

Det förefaller som om klaganden inte insett att den skrivning man tar fasta på (tredje stycket på sidan 9 i aktbilaga 4) ingår i ett *exempel* i handboken om en markägare som utför skogliga åtgärder i

närheten av ett havsörnsbo under häckningssäsong ("Ett exempel är..."). I en sådan situation är det naturligtvis så att det påverkar den straffrättsliga uppsåtsbedömningen om inte myndigheterna hållit information tillgänglig om att till exempel fällande av boträd kan vara ett lagbrott. Att situationen blir en annan vid en miljörättslig bedömning av en dispensansökan ligger i sakens natur.

2.4 Förbudets tillämpningsområde enligt praxis och kommissionens vägledning

Klaganden framhåller att EU-kommissionens vägledning till art- och habitatdirektivet och EU-domstolens uttalande i mål C-103/00 innebär att förbudet endast gäller anläggande av vindkraft i två fall, nämligen när verksamhetsutövaren uppför vindkraftsverk i strid mot en tillståndsansökan som fått avslag; respektive vindkraftverk utan tillstånd i ett fågelskyddsområde (sidan 9-10).

Även i detta fall är klagandens resonemang oklart, enligt föreningens mening. Klaganden hänvisar till ett avsnitt i kommissionens vägledning, där man anger att uppsåt kan finnas när en person fångar eller dödar ett djur av en skyddad art "med uppenbar likgiltighet för kända förbud (villkorlig uppsåt)". Även i detta fall står det klart att det handlar om en annan situation än den som är för handen i målet, en situation där en straffrättslig bedömning är aktuell. Det synes som om klaganden anser att uttalandet i direktivet visar att fågeldirektivet och därmed artskyddsförordningen inte är tillämpligt för verksamheter som har tillstånd.

Mot detta gör föreningen gällande att ett tillstånd som sådant inte nödvändigtvis innebär att förbudet mot att döda eller skada skyddade arter sätts ur spel. Detta framgår tydligt av ett avgörande från EU-domstolen (C-6/04) där Storbritannien lagstiftat om att förbuden i art- och habitatdirektivet inte var tillämpliga då handlingen "var en följd av en laglig verksamhet". EU-domstolen fann att Storbritanniens undantag stod i strid mot direktivet, eftersom det var alltför vidsträckt och stred mot direktivets syften (punkt 109-114).

Det framgår dessutom på ett annat ställe i den citerade vägledningen att bygg- och anläggningsarbeten omfattas av förbuden i naturvårdsdirektiven:

"Även om det är lätt att se sambandet mellan införandet av artskyddande bestämmelser och procedurerna för exploateringstillstånd, t ex i samband med bygg- och anläggnings-verksamhet, så innebär pågående verksamheter som jord- och skogsbruk en mer komplex frågeställning. Större delen av den verksamhet som bedrivs i dessa sektorer kräver inte tillstånd eller samtycke i förväg, och det skulle vara oproportionerligt att införa en heltäckande uppsättning begränsningar av sådant slag."

2.5 Skydd på individ- eller populationsnivå

Klaganden anför att den överklagade domen innebär ett starkare skydd för havsörnarna i området än om området utpekats som Natura 2000-område för just arten ifråga, eftersom bedömningen har gjorts på individnivå och inte på populationsnivå. Det är ologiskt, menar man (sidan 10-11).

Föreningen bestrider detta. En etablering av vindkraftsparken ifråga kan faktiskt ha en inverkan på havsörnen på populationsnivå, åtminstone ur regionalt populationsekologiskt perspektiv. Dessutom kan förbudet i artskyddsförordningen vara tillämpligt till och med i en välmående lokal population enligt Mark- och miljööverdomstolens praxis, om det rör sig om en känslig fågelart.

Enligt Naturvårdsverkets åtgärdsprogram för havsörn (bilaga 5, sidan 26) är den pågående utbyggnaden av vindkraftverk ett nytt och växande hot när det gäller kollisionrisker, "särskilt när denna inriktas mot kustområden". I åtgärdsprogrammet refereras även forskning om hur havsörnens reproduktion på populationsnivå kan påverkas av en olämpligt placerad vindkraftspark:

"En undersökning från vindparken Smöla i Norge som omfattar 12 års studier (6 år före och 6 år efter etablering av vindpark) visar på en kraftig påverkan på reproduktionsutfallet hos havsörnar inom och i

anslutning till vindparken (Dahl 2008). Statistiskt signifikant påverkan påvisas ända upp till tre km från själva parken. Inom en km från parken minskade andelen genomförda lyckade häckningar till mindre än hälften efter etableringen av parken. En uppenbar orsak till den ökade andelen misslyckade häckningar är den stora dödligheten genom kollisioner med kraftverkens rotorblad. Från augusti 2005 till mars 2009 har 23 havsörnar påträffats dödade under turbinerna i parken. Bland dessa var de flesta könsmogna individer, sannolikt häckfåglar från parkområdet med omgivning. Förutom risken att helt slå ut revir i direkt anslutning till ett vindparksområde framhålls i rapporten risken för att sådana områden blir så kallade "population sinks", d v s områden som genom sina i övrigt optimala förutsättningar för arten lockar till förnyade etableringar vartefter andra individer förolyckas, med ett negativt nettoresultat för beståndet."

Efter att åtgärdsprogrammet för havsörn publicerades har ytterligare vetenskapliga studier bland annat visat att uppförandet av vindkraft minskar antalet lämpliga boplatser och födosöksområden (Bevanger m.fl. 2009, *Pre- and Post-Construction Studies of Conflicts Between Birds and Wind Turbines in Coastal Norway (BirdWind)*, Progress Report 2009, Norsk Institutt for Naturforskning, Trondheim), reducerar häckningsframgång (Dahl m.fl. 2012, *Reduced breeding success in white-tailed eagles at Smøla windfarm, western Norway, is caused by mortality and displacement*, Biological Conservation 145(1): 79-85) och ökar dödligheten för havsörn (se t.ex. Bevanger mfl. 2009 och Dahl m.fl. 2012). Negativa effekter av uppförande och drift av vindkraftverk på havsörnspopulationer sträcker sig flera kilometer utanför vindkraftsparken/verket. På Gotland uppskattas det att mellan 9,3 och 33,7 örnar (både havs- och kungsörn) kolliderar med vindkraftverk varje år (Hjernquist 2014 – bilaga 6, sidan 32) vilket utgör en betydande andel av de totala populationerna.

I Mark- och miljööverdomstolens dom i mål nr M4980-12 angav domstolen bland annat:

"Den omständigheten att kornknarren förekommer med god utbredning i Uppland innebär inte att det är mindre viktigt att skydda lämpliga miljöer i Uppland, särskilt som antalet lyckade häckningar trots den förhållandevis goda utbredningen fortfarande är få".

2.6 Undantagsbestämmelserna anger förbudets tillämpningsområde

I aktbilaga 4 framför bolaget att då fågeldirektivets undantagsbestämmelse endast tar fasta på åtgärder där det direkta syftet är att döda, fånga eller störa fåglar, så måste förbudsregelns tillämpningsområde avgränsas till enbart dessa fall (sidan 11).

Föreningen erinrar om vad vi skrivit inledningsvis under avsnitt 2 om att fågeldirektivet uttryckligen tillåter striktare nationell lagstiftning, samt att det framgår av direktivets preambel att såväl mänsklig verksamhet som kan leda till störningar, som jakt och andra åtgärder faller inom direktivets tillämpningsområde.

Att artskyddsförordningens förbud enligt svensk rätt även omfattar verksamheter, framgår även av Mark- och miljööverdomstolens dom i mål nr M4980-12, där domstolen fastställde ett förbud mot granfröplantage på en gräsmark som utgjorde en viktig reproduktionslokal för fågelarten kornknarr, *Crex crex*. Liksom i föreliggande fall rörde det sig om en fridlyst fågelart som klassificerats som nära hotad (NT) i artdatabankens rödlista. Det rörde sig också om verksamhet på mark som inte omfattades av områdesskydd, men som hade betydelse för artens reproduktion.

2.7 Fågeldirektivet omfattar endast jakt och liknande

Klaganden gör gällande att fågeldirektivets tillkomsthistoria och utländsk doktrin talar för att förbudet endast omfattar jakt och liknande verksamheter (sidan 12).

Föreningen anser att detta är direkt felaktigt. Det framgår av fågeldirektivets preambel punkt (5) att direktivet avses ha en vid tillämpning. Här görs till och med en uppdelning av tillämplighetsområdet i dels verksamheter som kan påverka fåglar, dels direkt fångst och dödande:

”De åtgärder som ska vidtas måste avse de olika faktorer som på grund av mänsklig verksamhet kan påverka antalet fåglar, särskilt förstörelse och förorening av fåglarnas livsmiljö (habitat) samt människans fångst och dödande av fåglar och den handel som uppstår till följd av detta.”

2.8 Konsekvenser

Klaganden framhåller att konsekvenserna av att den överklagade domen består blir att utbyggnaden av vindkraft och flygplatser skulle försvåras allvarligt. Man hävdar att detta skulle medföra att det blir mycket svårt att anlägga nya verksamheter i framtiden, eftersom många verksamheter innebär störningar och dödade fåglar.

Mot detta talar enligt föreningens mening att den rimlighetsavvägning som ska ske i alla tillståndsärenden. Eftersom en avvägning alltid sker vid prövningen, får inte ett strikt upprätthållande av förbudet de vittomfattande konsekvenser som klaganden gör gällande.

I föreliggande fall handlar det om skydd av en känslig art som särskilt anges i fågeldirektivet bilaga 1 och som återhämtat sig genom oerhört omfattande insatser från den ideella naturvårdens sida under flera decennier, och nu glädjande nog uppnått nivån ”nära hotad” (NT) enligt artdatabankens rödlista från att ha varit akut hotad i landet.

Det är enligt föreningens mening nationellt sett bara i en förhållandevis liten andel av alla utbyggnadsprojekt av vindkraft och flyg och liknande verksamheter som det är frågan om lika höga skyddsvärden som i detta fall. Det finns gott om platser i landet som är möjliga att exploatera där det inte är fråga om intrång och störningar på särskilt skyddade arter och naturmiljöer. Förutsättningarna är emellertid olika i landet, och Gotland har liksom Öland generellt sett en stor andel skyddsvärda miljöer. Det beror bland annat på de speciella geologiska förutsättningarna, de långa kusterna, kanaliseringen av Östersjöns flyttfåglar och inte minst markanvändningens historik.

I målet rör det sig alltså om mycket höga lokala, nationella och globala skyddsvärden som står mot ett enskilt intresse av en utbyggd vindkraft, som emellertid kan ske på många andra bättre lämpade platser. I den avvägning som sker inom ramen för målet måste havsörnens skydd ges företräde. Föreningen menar att Bogeprojektet främst handlar om ett enskilt bolags intresse. Därtill är målet 30 TWh till år 2020 redan uppnått idag med befintliga och tillståndsgivna vindkraftprojekt, om dessa verkligen skulle byggas (vilket inte sker på grund av dålig lönsamhet). En ytterligare utbyggnad vid Boge har därför litet eller inget allmänintresse.

Naturskyddsföreningen Gotland

Anncatrin Hjernquist,
Ordförande Naturskyddsföreningen Gotland
Sproge Snoder 808
623 44 Klintehamn

E-post: 0498485248@telia.com
Mobil: 070-441 68 48

Bilagor:

1. Flygbild: vindkraftsverkens placering jämfört med golfbanan och kalkstenstäkten.
2. Utdrag från Skogsstyrelsens kartverktyg: biotopskyddsområden, naturreservat och impediment inom området som förhindrar aktivt skogsbruk.
3. Per Smitterberg, Havsörnen på Gotland, Gotlands Ornitologiska Förening, Bläcku 2010
4. Artdatabanken: artfaktablad för havsörn
5. Naturvårdsverkets åtgärdsprogram för havsörn, 2009
6. Mårten B Hjernquist, Effekter på fågellivet vid ett generationsskifte av vindkraftverk – kontrollprogram, Näsudden, Gotland 2009 – 2013, KMH Konsult 2014