

Jan Darpö & Helene Lindahl

Vindkraft, fåglar och brister i höjden*

Om artskyddet vid prövningen av vindkraftverk

Denna analys är skriven av JP Infonets experter Jan Darpö, professor i miljö rätt vid Uppsala universitet, och Helene Lindahl som är naturvårdskon-sult med lång erfarenhet av arbete med naturvårdsdirektiven. Analysen är uppdelad i två delar och i denna första del finns kapitel 1–4. Analysen kommer att finnas inlagd i dess helhet i JP Miljönet den 8 oktober 2015.

Frågan om hur ordet ”avsiktligt” bör tolkas i artskyddssammanhang blev omdiskuterad efter två domar från Mark- och miljööverdomstolen (MÖD) som meddelades i slutet av 2014. Diskussionen gällde om vindkraften är en verksamhet som kan undantas från delar av artskyddet, eftersom verksamheten syftar till att producera elektricitet, inte att döda eller störa fåglar. Därefter har MÖD förtydligat rättsläget genom ett avgörande om en skidanläggning i Härjedalen. I denna artikel – som är uppdelad i två delar – analyserar vi de tre domarna utifrån det internationella regelverket och EU-domstolens rättspraxis kring artskydd. Vår slutsats är att vindkraft – liksom alla andra slags verksamheter – kan innebära ett avsiktligt dödande eller störande av fåglar under vissa förutsättningar. Vi menar också att de tre avgörandena från MÖD ligger i linje med tidigare praxis, det vill säga att artskyddet utgör en precisering av de allmänna hänsynsreglerna i 2 kap. miljöbalken (1998:808). Samtidigt innehåller domarna skrivningar som gör att det har blivit otydligare hur man inom ramen för tillståndsprövningar ska hantera försiktighetsmått som i sig kräver dispens från artskyddsförordningen (2007:845) vilket vi bedömer vara problematiskt EU-rättsligt.

* Nättidningen JPMiljönet 2015-10-15.

DEL 1

1. Inledning

I inledningen till EU:s fågeldirektiv (2009/147/EG¹) anges att många arter minskar snabbt och att detta utgör ett allvarligt hot mot den biologiska mångfalden inom Unionen. Flyttfåglarna är medlemsstaternas gemensamma arv och att erbjuda dem ett effektivt skydd är en miljöfråga som alla har ett ansvar för. Åtgärder måste vidtas mot sådana aktiviteter som kan påverka fågelarterna, särskilt förstörelse och förorening av deras livsmiljö samt dödande, fångst och handel. Skyddsåtgärderna bör anpassas till de särskilda förhållanden som gäller för de olika arterna. Alla naturligt förekommande fågelarter inom EU är därför skyddade genom att åtgärder som fångst, dödande och störning av fåglarna är förbjudna (artikel 5). I bilaga 1 till direktivet anges vilka arter som är särskilt skyddsvärda och för vilka medlemsstaterna har ett ansvar för att vidta åtgärder för att bevara livsmiljöer för fortplantning och överlevnad (artikel 4.1). Därutöver har medlemsstaterna ansvar för att skydda de flyttfåglar som regelbundet förekommer på deras territorier med avseende på deras häcknings-, ruggnings- och övervintringsområden samt rastplatser längs deras färdväg. Särskild vikt ska läggas vid skyddet av våtmarker, i synnerhet våtmarker av internationell betydelse (artikel 4.2). För de arter som anges i artiklarna 4.1 och 4.2 ska särskilda skyddsområden utses, men medlemsstaterna ska även utanför dessa områden sträva efter att undvika förorening och försämring av arternas livsmiljöer. Cirka 60 av bilaga 1-arterna häckar regelbundet i Sverige. Av dessa kan nämnas storlom, smålom, fiskgjuse, havsörn, kungsörn, orre, tjäder, kornknarr, lungpipare, spillkråka och nattskär. I artikel 2 fågeldirektivet anges att bestämmelserna syftar till att med beaktande av ekonomiska krav och rekreationsbehov behålla eller återskapa fåglars populationer till en nivå som svarar mot ekologiska, vetenskapliga och kulturella behov. Regelverket i fågeldirektivet genomför i EU den så kallade Bernkonventionen,² där de ”strängt skyddade” arterna omfattas av artikel 6 och listas i bilaga II.

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

² Konventionen om skyddet av europeiska djur och växter samt deras naturliga livsmiljöer (SÖ 1983:30).

I svensk rätt har dessa bestämmelser implementerats tillsammans med artikel 12 i art- och habitatdirektivet (92/43/EEG³) genom 4 § artskyddsförordningen (2007:845), AF. Undantag från artskyddet får ske under de förutsättningar som anges i 14 § AF, motsvarande artikel 9 i Bernkonventionen, artikel 9 i fågeldirektivet och artikel 16 i art- och habitatdirektivet. De fridlysningsbestämmelser som främst aktualiseras vid prövningen av vindkraftverk är 4 § 1 st. 1, 2 och 4 punkterna AF, med följande lydelse:

I fråga om vilda fåglar och i fråga om sådana vilt levande djurarter som i bilaga 1 till denna förordning har markerats med N eller n är det förbjudet att

1. avsiktligt fånga eller döda djur,
 2. avsiktligt störa djur, särskilt under djurens parnings-, uppfödnings-, övervintrings- och flyttningsperioder,
 4. skada eller förstöra djurens fortplantningsområden eller viloplatser.
- Förbudet gäller alla levnadsstadier hos djuren.

Dispens från fridlysningsreglerna kan sökas hos länsstyrelsen enligt 14 § AF. För att dispens ska kunna ges ska det inte finnas annan lämplig lösning för åtgärden och den ska inte försvåra upprätthållandet av ”gynnsam bevarandestatus hos artens bestånd i dess naturliga utbredningsområde”. Dessutom ska dispensen kunna motiveras med något av de fem skäl som är angivna i punkterna 3.a)-3.f). När det gäller vindkraft är det främst 3.c)-punkten som emellanåt återoppar, nämligen att etableringen på en viss plats skulle vara ett tvingande skäl som har ett allt överskuggande allmänintresse.

2. Mark- och miljööverdomstolens senaste avgöranden om artskyddsreglerna

2.1 *Vindkraftverken i Bottorp i Kalmar*

MÖD 2014:47 gällde en ansökan om tillstånd enligt 9 kap. miljöbalken (1998:808), MB, till fyra vindkraftverk på jordbruksmark i Bottorp, Kalmar kommun. Havsörn, röd glada och fjällvråk nyttjade området under vår- och höstflyttningarna. Ett havsörnspar hade bon som låg 2,5 till 3 km från de tänkta verken.

³ Rådets direktiv 92/43/EEG av den 21 maj 1992 om bevarande av livsmiljöer samt vilda djur och växter.

Miljöprövningsdelegationen (MPD) i Kalmar avslog ansökan med hänvisning till att det fanns en förhöjd risk för kollisioner med den näraliggande havsörnpopulationen och att det därför behövdes dispens enligt AF för verksamheten. Mark- och miljödomstolen i Växjö fastställde med hänvisning till att medvetenheten om den förhöjda kollisionsrisken innebar att det var fråga om ett "avsiktligt" dödande enligt 4 § 1 st. 1 p. AF. I den delen refererade domstolen till Naturvårdsverkets handbok för artskyddsförordningen. Mark- och miljödomstolen menade därför att uppförandet av vindkraftverk med kännedom om att de med viss sannolikhet kommer att döda fåglar i princip innebär ett avsiktligt dödande, dock under förutsättning att det föreligger en förhöjd risk för kollision med fågel i området jämfört med landet i övrigt. Denna risk påverkas av såväl individtäthet och eventuell häckning som antalet vindkraftverk i området. Konsekvenserna på populationsnivå borde enligt domstolen dock inte ha direkt betydelse för bedömningen av avsiktlighet, utan enbart den förhöjda kollisionsrisken i sig. Dessutom ansåg domstolen att en risk för risk för kollision vart femte år med individer av en långlivad och sent köns mogen art som havsörn kunde påverka områdets ekologiska funktion som fortplantningslokal, även om verken skulle placeras på behörigt avstånd från befintliga bon. Ett tillstånd skulle därför också strida emot 4 § 1 st. 4 p. AF.

Vindkraftföretaget överklagade till MÖD och argumenterade främst om risken för skada. Bland annat menade man att verken låg på betryggande avstånd från havsörnsbona och att miljödomstolen hade definierat fortplantningsområdet för vidsträckt. Även länsstyrelsen ansåg att domstolen hade varit för sträng i bedömningen av vindkraftverkens påverkan på havsörnpopulationen och att ingen avvägning skett mot andra intressen. MÖD började med att resonera kring begreppet "avsiktligt" i 4 § AF i ljuset av de två naturvårdsdirektiven. Man pekar på att EU-domstolen uttalat sig i frågan i två domar, dels C-103/00 *Caretta caretta*, dels C-221/04 *Den spanska uttern*. Av den förra framgår att det är ett avsiktligt beteende att köra moped på en strand om man har blivit medveten om – till exempel genom skyltning – att det kan störa en skyddad art. Av *Den spanska uttern* framgår att avsiktsbegreppet även innefattar att sätta ut fällor i vetskaper om att dessa riskerar att fånga eller döda en skyddad art. MÖD hänvisade även till EU-kommissionens vägledning

i artskyddsfrågor från 2007.⁴ Där skriver kommissionen att ”avsiktliga” gärningar även begås av en person som inte avser att fånga eller döda ett exemplar av en skyddad art, men som är tillräckligt informerad och medveten om att det blir den sannolika följderna av handlingen och trots detta genomför denna. Begreppet omfattar alltså en situation där exemplar av den skyddsvärda arten fångas eller dödas – till exempel som en oönskad men accepterad sideeffekt – med uppenbar likgiltighet för kända förbud. Därefter gör MÖD följande uttalande:

Risken för fågelkollisioner i det aktuella området kan med ledning av tillgängligt material bedömas vara relativt begränsad. Det står helt klart att bolagets avsikt med vindkraftetableringen inte är att döda eller störa fågellivet. Inte heller finns det någon som helst grund för att tro att bolaget med uppenbar likgiltighet för artskyddsförordningens förbud avser att uppföra vindkraftverken. En etablering av vindkraftverken kan därför inte anses i sig stå i strid med bestämmelserna i 4 § artskyddsförordningen.

Det var därför enligt MÖD felaktigt av mark- och miljödomstolen att avslå ansökan om tillstånd redan på den grunden att etableringen krävde dispens enligt AF. Därefter övergår MÖD till en bedömning av ”verksamhetens tillåtlighet” enligt 2 kap. MB. Här skriver man dels att det är verksamhetsutövaren som ska visa att de allmänna hänsynsreglerna kan följas, dels att domstolen i sin egen praxis har poängterat att artskyddet bör ses som en precisering av dessa regler. I den delen hänvisar MÖD till avgörandena om *Gullberget* och *MÖD 2013:13*, varpå man uttalar (vår kursivering):

En del i prövningen blir då att med tillämpning av relevanta fridlysningsbestämmelser i artskyddsförordningen bedöma hur de skyddade arterna påverkas av den planerade verksamheten. Prövningen kan leda fram till att verksamheten inte kommer i konflikt med fridlysningsbestämmelserna och att det därför inte blir aktuellt med dispensprövning, *men självfallet kan utgången också bli att verksamheten trots planerade försiktighetsmått bedöms strida mot fridlysningsbestämmelserna. Om förutsättningar för dispens då inte finns är verksamheten olämpligt lokaliserad och inte tillåtlig.*

När det sedan gällde bedömningen av vindkraftverkens påverkan på fågellivet vid Bottorp anslöt MÖD till den bedömning som länsstyrelsen

⁴ Guidance document on the strict protection of animal species of Community interest under the Habitats directive 91/43/EEC, February 2007.

gjort, det vill säga att anläggningen kan uppföras utan att skada fågellivet påtagligt. Något hinder från artskyddssynpunkt fanns därför inte för att meddela tillstånd och målet återförvisades till MPD för en fullständig prövning av lokaliseringen.

2.2 Vindkraftverk i Boge på Gotland

MÖD 2014:48 handlade om uppförandet av sju stycken, 185 meter höga vindkraftverk på Gotland. Företaget Boge Vindbruk AB hade ansökt hos MPD/Stockholm om tillstånd enligt 9 kap. MB för verksamheten. Samtidigt som bolaget ansökte om tillstånd för verksamheten, ansökte man om dispens enligt 14 § AF hos Länsstyrelsen på Gotland. Myndigheten avslag dispensansökan i januari 2013 med hänvisning till att fågelinventeringen var otillräcklig och att samtliga vindkraftverk skulle placeras inom skyddszonen på 2 km från häckningsplatser för havsörn.⁵ Verksamheten ansågs därför kunna medföra både ett avsiktligt dödande och avsiktligt störande av fåglarna enligt 4 § 1 st. 1 och 2 pp. AF och några skäl för dispens fanns inte. Bolaget återkom direkt med en ny ansökan, nu med ett larmsystem – DTBird – som försiktighetsåtgärd. Systemet består av kameror och högtalare som är monterade på vindkraftverken för att upptäcka och skrämma bort inkommande fåglar. Systemet angavs vara prövat med framgång vid vindparken i Smøla i Norge. Bolaget menade också att det inte var nödvändigt att placera samtliga vindkraftverk utanför en skyddszon på 2 km, då fåglarna om de störs kan välja andra bon att häcka i. I mars avslag länsstyrelsen även denna ansökan, i stort sett med samma motivering.⁶ Man tillade dock att den planerade skyddsåtgärden med att skrämma bort örnarna från vindkraftverken i reviret skulle innebära en störning för fåglarnas möjligheter att genomföra häckning där. Boge Vindbruk överklagade till Mark- och miljödomstolen i Nacka som började med att konstatera att samtliga de bon som havsörnsparet hade, oavsett skick, ingick i ett och samma fortplantningsområde. Domstolen höll sedan med länsstyrelsen om att det var olämpligt att placera så höga vindkraftverk i ett område där havsörnen hade häckat i flera år och som korsades av flera flygvägar mellan bo och födosöksområde.⁷ En sådan lokalisering skulle enligt domstolen innebära ett avsiktligt dödande i AFs

⁵ Länsstyrelsen i Gotland beslut 2013-01-31, dnr 522-48-13.

⁶ Länsstyrelsen i Gotland beslut 2013-03-13, dnr 522-501-13.

⁷ Mark- och miljödomstolen i Nacka, dom 2014-04-30 i mål nr M 1917-13.

mening eftersom det fanns en beaktansvärd risk för kollisioner. Vidare menade man att eftersom avsikten med DTBird var att störa fåglarna rörde det sig om en åtgärd som var förbjuden enligt 4 § 1 st. 2 p. AF. Domstolen delade också länsstyrelsens uppfattning att försiktighetsåtgärderna inte var tillräckliga och att det saknades skäl för dispens.

Mark- och miljödomstolens dom i dispensärendet kom i mars 2014. I augusti samma år avlog MPD/Stockholm ansökan om tillstånd enligt 9 kap. MB för anläggningen med hänvisning till att lokaliseringen var olämplig med hänsyn till fågelintresset, men även problematiskt för naturvården, landskapsbilden och bullerpåverkan för närboende.⁸ När det gällde artskyddet skrev man:

Miljöprövningsdelegationen bedömer att uppförandet av en vindkraftpark nära havsörnarnas häckningsområde skulle innebära en starkt negativ förändring av deras livsmiljö, speciellt som flera av verken skulle komma att placeras mellan häckningsområdet och deras huvudsakliga jaktmarker. Under häckningstiden skulle de behöva passera verken kanske flera gånger per dag och då riskera att flyga så nära dessa att de träffas av rotorbladen. De aktuella vindkraftverken har också förhållandevis långa rotorblad, med stor svepyta. Havsörnarna skulle enligt Miljöprövningsdelegationens bedömning löpa stor risk att kollidera med vindkraftverk som placerades mellan häckningsområdet och havet. Delegationen delar inte bolagets bedömning att örnnarna skulle kunna bedöma riskerna med vindkraften och välja boplatser och flygriktning därefter.

Miljöprövningsdelegationen konstaterar att projektområdet är beläget inom ett havsörnsrevir samt att platserna för alla planerade vindkraftverk är belägna inom det rekommenderade skyddsavståndet om minst 2 km från något känt havsörnsbo. Det framgår också av handlingarna att det kortaste avståndet mellan något planerat vindkraftverk och havsörnsbo som använts av havsörnarna under senare tid är ca 600 meter. Flera verk skulle komma att placeras så att de utgör en barriär i de riktningar havsörnarna kan antas och har befunnits röra sig. Vad gäller varningssystemet DTBird bedömer Delegationen att systemet i detta fall, om det verkligen skulle komma att skrämma havsörnarna från området, samtidigt skulle innebära ett intrång i havsörnarnas revir som troligen ominstetgör fortsatt häckning i området.

Under tiden gick målet om dispens enligt AF upp till MÖD. Här hävdade bolaget att AF över huvud taget inte var tillämplig, då ett uppförande av

⁸ Miljöprövningsdelegationen vid Länsstyrelsen i Stockholm, beslut 2014-08-29 i ärende 5511-23714-2012.

en vindpark med DT Bird som försiktighetsmått inte kan utgöra ett avsiktligt dödande i den mening som avses i artikel 5 i fågeldirektivet. Ett handlande som medför beaktansvärd risk för ett dödande eller störning är inte detsamma som att något sker avsiktligt. Bolaget har vare sig avsikt eller vilja att döda eller störa fåglar då det inte är syftet med etableringen av vindkraftverken och utformningen av parken har skett på ett sätt som begränsar risken för olyckor och störningar. Man menade också att 4 § AF ska liksom artikel 5 i fågeldirektivet tolkas enligt sin ordalydelse och bestämmelserna är inte tänkta att träffa åtgärder eller verksamheter där dödande, fångande eller störande är en icke-avsedd (oavsiktlig) bieffekt. I MÖD yrkade därför bolaget att ansökan om dispens skulle avvisas eftersom AF inte var tillämplig.

MÖD:s avgörande kom samma dag som domen om *Bottorp*. Skrivningarna i domarna är identiska till och med redogörelsen för EU-domstolens praxis och EU-kommissionens vägledning från 2007, liksom skrivningen om att avsikten med vindkraftetableringen inte att döda eller störa fågellivet eller att det finns anledning att tro att sökanden är uppenbart likgiltig inför artskyddsförordningens förbud. Den första meningen i det senare stycket – den om att risken för fågelkollisioner var relativt begränsad – saknas emellertid. Sedan tillägger MÖD i *Boge*:

Det är därför inte ändamålsenligt eller rimligt att i detta skede, innan bygget av vindparken har påbörjats, behandla frågan om dispens från artskyddsförordningens förbud. Inte heller i ett senare skede kommer det att ligga nära till hands att direkt tillämpa artskyddsförordningen på verksamhet som den som bolaget vill bedriva. När det – som i detta fall – är fråga om miljöfarlig verksamhet som är tillståndspliktig kommer artskyddsfrågorna att ha sin givna plats i tillståndprocessen.

Därefter upprepas skrivningen från *Bottorp* om fridlysningsbestämmelserna som en precisering av de allmänna hänsynsreglerna och att prövningen i ett tillståndsärende kan utmynna i att de föreskrivna försiktighetsåtgärderna bedöms vara tillräckliga eller att lokaliseringen bedöms vara olämplig med hänsyn till artskyddsintressena. I målet om *Boge* instämde MÖD emellertid i bolagets uppfattning att dispensfrågan inte skulle prövas nu, varför man medgav yrkandet om avvisning.

Efter ytterligare en månad avgjordes tillståndsmålet för *Boge* av Mark- och miljödomstolen i Nacka och även här blev det återförvisning.⁹ Dom-

⁹ Mark- och miljödomstolen i Nacka, dom 2015-01-23 i mål nr M 5089-14.

stolen menade att MPD enbart hade bedömt verksamheten utifrån kravet på lämplig lokalisering och risken för rovfågeln, men inte övriga frågor. Angående möjliga försiktighetsåtgärder uttalade man följande (vår kursivering):

Bolaget har vid prövningen i MPD föreslagit att en särskild skyddsåtgärd föreskrivs genom fågelskyddssystemet DTBird. I överklagandet till mark- och miljödomstolen har bolaget även angett att DTBird bör föreskrivas som försiktighetsmått under en provotid om ett år *från det att anläggningen har uppförts*. MPD har, förutom att bedöma att varningssystemet DTBird skulle innebära ett intrång i havsörnarnas revir som troligen ointetgör fortsatt häckning i området, inte närmare prövat möjligheten att föreskriva villkor, försiktighetsmått eller andra skyddsåtgärder som gör att prövningen skulle leda fram till att verksamheten inte kommer i konflikt med bestämmelserna i artskyddsförordningen (2007:845). Mark- och miljödomstolen konstaterar även att MPD inte har prövat verksamhetens tillåtlighet utifrån några andra motstående intressen än de som gäller riskerna för fågellivet. Alla frågor av betydelse för prövningen har därmed inte prövats av MPD.

Väl tillbaka i MPD/Stockholm kom målet ändå mest att handla om fågelskyddet. Sökanden menade dels att området numera inte var särskilt intressant för havsörnarna och att det närmaste boet låg mer än tre kilometer bort, dels att DTBird var en skyddsåtgärd som har använts med framgång i flera länder. Naturvårdsverket, Länsstyrelsen på Gotland och naturvårdsorganisationerna ansåg tvärtom att det rör sig om ett kärnområde för havsörnspopulationen och att kunskapen om DTBird är outvecklad, varför testning av metoden först bör ske på befintliga vindparker. MPD gjorde en fullständig prövning av verksamheten och fann att den var tillätlig i alla avseenden, med undantag för fågelskyddet. Man menade att kunskapen om DTBirds funktion att skydda örnar från kollision är bristfällig och att det inte kan uteslutas att systemet medför sådana olägenheter att örnen helt undviker området. Med hänsyn till områdets betydelse för fågelpopulationen, ansåg MPD att lokaliseringen stred mot både AF och lokaliseringsprincipen i 2:6 MB. Då det inte var möjligt att föreskriva villkor som gjorde det möjligt att undvika konflikten med AF:s förbud, avslogs ansökan om tillstånd.¹⁰

¹⁰ MPD/Stockholm, beslut 2015-09-18 (dnr 5511-2766-2015).

2.3 Skid- och turistanläggning i Örndalen, Härjedalen

Den senaste domen om artskyddet är *MÖD 2015:3 Örndalen*. Målet gällde en skid- och turistanläggning i Härjedalen. Anläggningen som sådan var inte förprövningspliktig enligt MB, men dispens enligt AF aktualiserades genom att den skulle byggas inom ett kungsörnsrevir. Länsstyrelsen i Jämtland hade meddelat dispens då verksamheten ansågs vara av överskuggande allmänintresse enligt 14 § 3.c) AF. Mark- och miljödomstolen i Östersund ansåg att verksamheten skulle dels medföra en avsiktlig störning av kungsörnen, dels skada och förstöra artens fortplantnings- och viloområden (4 § 1 st. 2 och 4 pp. AF). Domstolen hade emellertid inte samma uppfattning som länsstyrelsen om att det fanns skäl för dispens, varför ansökan avslogs.

Bolaget överklagade till MÖD, som delade underinstansernas bedömning att verksamheten skulle störa kungsörnarna. När det gällde avsiktsgreppet i AF och de två naturvårdsdirektiven hänvisade domstolen till de två tidigare nämnda rättsfallen från EU-domstolen och till 2007 års vägledning från EU-kommissionen om art- och habitatdirektivet och menade att det resonemanget även hade bäring för motsvarande begrepp i artikel 5 i fågeldirektivet. Därefter uttalade MÖD (vår kursivering):

Som mark- och miljödomstolen har konstaterat kommer den planerade anläggningen att uppföras inom ett örnsrevir med tre bebodda kungsörnsbon i omedelbar anslutning till anläggningen. En lyckad häckning genomfördes i reviret under år 2012. Med hänsyn till dessa omständigheter framstår det som högst sannolikt att verksamheten kommer att störa kungsörnarna i den mening som avses i förbudet i 4 § första stycket 2 artskyddsförordningen. Vidare står det klart att bolaget har insett denna risk. *Då bolaget trots denna insikt ändå avser att uppföra den planerade skid- och turistanläggningen måste det anses som ett avsiktligt agerande i den mening som avses i 4 § första stycket 2.* Etableringen kommer med stor sannolikhet även att skada eller förstöra kungsörnarnas fortplantningsområden och viloplatser. Den planerade anläggningen strider därför också mot 4 § första stycket 4 artskyddsförordningen.

Därefter övergick MÖD till att bedöma om undantaget i 14 § 3.c) AF var tillämpligt, det vill säga om byggandet av anläggningen var ett tvingande allt överskuggande allmänintresse. Domstolen pekade på att den undantagsmöjligheten visserligen bara finns i art- och habitatdirektivet, men ansåg att den ändå är tillämplig eftersom förbudet i artikel 5 i fågeldirektivet sannolikt utvidgats till att omfatta sådana åtgärder som

ursprungligen inte var avsedda i bestämmelsen. Det kunde därför inte anses oförenligt med fågeldirektivets syfte att vid en dispensprövning av ett infrastrukturprojekt eller annat byggande beakta om dispensen kan behövas av hänsyn till ett allt överskuggande allmänintresse. I det här fallet ansåg domstolen emellertid inte att det var frågan om ett sådant allmänintresse, varför man fastställde mark- och miljödomstolens avslag på dispensansökan.

3. Reaktioner på MÖD:s avgöranden

Som redan nämnts, har såväl avgörandena om *Bottorp* och *Boge* som det om *Örndalen* orsakat diskussion i miljörättssverige. Det kan därför vara på sin plats att redogöra något för debatten innan vi övergår till analysen.

Under rubriken "Mark- och miljööverdomstolen har klargjort att vindkraft inte innebär ett avsiktligt dödande eller störande enligt artskyddsförordningen" skrev ombuden för Boge Vindbruk AB – Magnus Fröberg och Hedvig Ekdahl – en kommentar till *Bottorp* och *Boge* i detta forum strax efter avgörandena, men före *Örndalen*.¹¹ De skriver att MÖD nu har fastställt det som bolaget hävdade i dispensprövningen, nämligen att det inte räcker med att man är medveten om att det sannolikt kan uppkomma en störning eller dödande av fåglar för att det ska vara ett avsiktligt handlade enligt 4 § 1 st. 1 och 2 pp. AF. För att det ska uppkomma ett avsiktligt handlade i sådana fall krävs också att sökanden visar uppenbar likgiltighet för kända förbud. Ett exempel kan vara att man bedriver en verksamhet i strid mot givna villkor om artskydd eller uppför vindkraftverk i områden där det är förbjudet. Fröberg och Ekdahl menar också att artskyddet i sin helhet ska behandlas inom ramen för de allmänna hänsynsreglerna, till exempel vid ansökan om tillstånd. Prövningen ska då emellertid enbart ta sikte på om verksamheten kan medföra en påtaglig påverkan av fågelpopulationerna enligt 4 § 1 st. 4 p. AF och inte risken för att enstaka exemplar av de skyddsvärda fåglarna störs eller dödas. Endast om fåglarnas fortplantningsområden eller viloplatsen kan skadas eller förstöras bör verksamheten stoppas på grund av olämplig lokalisering. De avslutar med att uttala förhoppningen att MÖD:s avgöranden ska leda till en mer enhetlig och betydligt mer begränsad tillämp-

¹¹ Fröberg, M & Ekdahl, H: Mark- och miljööverdomstolen har klargjort att vindkraft inte innebär ett avsiktligt dödande eller störande enligt artskyddsförordningen. Nättidningen JP Miljönet 2015-01-23.

ning av förbuden i 4 § 1 st. 1 och 2 pp. AF när det gäller vindkraft och andra verksamheter där frågor om artskydd aktualiseras.

Naturvårdsverket har varit aktivt i samtliga de mål som redogjorts för i artikeln. Myndigheten har konsekvent fört linjen att det är en avsiktlig handling att bedriva en verksamhet trots kännedom om att den med viss sannolikhet kommer att döda eller störa de skyddsvärda arterna. I Naturvårdsverkets handbok för artskyddsförordningen från 2009 anges att uttrycket "avsiktligt" omfattar en situation där någon utifrån tillgänglig information förstår de förutsägbara konsekvenserna av sitt handlande.¹² Under våren 2015 publicerade myndigheten också en vägledande text som förtydligade denna tolkning. Man menade att när det gäller verksamheter som vindkraft, där syftet inte är att döda eller skada arterna, utlöses förbudet i 4 § AF av en risk för påverkan på fåglarnas bevarandestatus i området. En sådan tolkning är i linje med fågeldirektivets syfte som är att bibehålla eller återskapa arternas populationer på en nivå som svarar mot ekologiska, vetenskapliga och kulturella behov. För en hotad art kan emellertid dödandet av enstaka individer vara tillräckligt för att påverka bevarandestatusen negativt, medan det för vanligare arter krävs ett större antal individer. Vidare krävs det "avsikt", det vill säga att verksamhetsutövaren känner till att en skyddad art kan påverkas och godtar denna risk. Det är verksamhetsutövaren som enligt 2:2 MB ska skaffa sig kunskapen om vilken effekt som verksamheten kan ha på skyddade arter och som enligt 2:6 MB ska välja en plats som är lämplig. Mot denna bakgrund krävs att hen kan visa att risken för skada på den skyddade artens bevarandestatus i området är begränsad. När det gäller lokaliseringen av vindkraftverk bör det därför bedömas som ett avsiktligt dödande när det jämfört med andra vindparker föreligger en förhöjd kollisionsrisk för känsliga arter. Det är inte alla skyddade arter som påverkas negativt av vindkraftverk, utan det beror på flygsätt, förekomst och andra förutsättningar som till exempel landskapets utformning. Slutligen menar Naturvårdsverket att konflikten mellan energiutvinning och artskydd inte ligger i vindkraften i sig, utan var den lokaliseras. Genom att placera verken utanför de rekommenderade skyddsavstånd som anges i till exempel

¹² Handbok för artskyddsförordningen. Del 1 – fridlysning och dipsenser. NV 2009:2.

Vindval¹³ och genom att undvika områden med stora tätheter av känsliga fågelarter och viktiga flygstråk kan vindkraftverk byggas utan att komma i konflikt med artskyddsbestämmelserna.

Övriga lagkommentarer kring utvecklingen av artskyddet är försiktiga. Gabriel Michanek & Charlotta Zetterberg skriver om *MÖD 2014:47* i 2015 års supplement till Den svenska miljörätten att "(d)et kan förmodas att domstolen ser frågan om vad som är "avsiktligt" dödande i relation till kunskaperna om hur man ska uppfatta de faktiska riskerna för dödande".¹⁴ I Zeteo skriver Bertil Bengtsson som kommentar till *MÖD 2015:3 Örndalen* att "(d)omen ger uttryck för en sträng tillämpning av både 4 och 14 §§ i förordningen".¹⁵

4. Artskyddet som utredningskrav och precisering av de allmänna hänsynsreglerna

MÖD:s rättspraxis kring lokalisering av vindkraftverk och andra verksamheter som kan påverka skyddade arter – det "rena artskyddet" – har nu blivit relativt stabil. Till att börja med har domstolen poängterat att det måste finnas ett fullgott underlag för att bedöma påverkan. Exempel på detta är avgörandena om *Gullberget* och *Stora Lönhult*. Det förra gällde tillstånd till nio vindkraftverk i ett område i Söderhamn där det häckade fiskgjuse, orre och tjäder, fåglar som är listade i bilaga 1 till fågeldirektivet och som är känsliga för vindkraftverk.¹⁶ Den MKB som verksamhetsutövaren hade tagit fram innehöll inte något underlag för bedömningen av vare sig störningar för arterna eller påverkan på deras fortplantnings- eller viloplatser. Inte heller alternativa lokaliseringar hade utretts, varför ansökan om tillstånd avslogs. *Stora Lönhult* var ett anmälningsärendet för fyra vindkraftverk i Aneby kommun.¹⁷ Till skillnad från miljödomstolen ansåg MÖD att den översiktliga undersökningen av fladdermöss var otillräcklig, liksom att fågelinventeringen var för allmänt hållen. Det var

¹³ Vindval är ett kunskapsprogram i samarbete mellan Energimyndigheten och Naturvårdsverket, se <http://www.naturvardsverket.se/vindval>. Här anges också vilka arter som är känsliga för vindkraft, till exempel rovfåglar och fladdermöss. Se även Naturvårdsverkets rapport 6467, Vindkraftens effekter på fåglar och fladdermöss.

¹⁴ Supplement till Den svenska miljörätten (Iustus, mars 2015; <http://iustus.se/litteratur/den-svenska-miljoratten/>), s. 10 f.

¹⁵ Zeteo (zeteo.nj.se) under 8:1 MB.

¹⁶ MÖD 2012-05-29; M 7639-11 *Gullberget*.

¹⁷ MÖD 2014-04-16; M 7168-13 *Stora Lönhult*.

därför inte var möjligt att bedöma förekomsten av arterna eller deras rörelsemönster i området. Någon lokaliseringsprövning enligt 2:6 MB kunde därmed inte göras och målet visades åter till miljönämnden för fortsatt handläggning.

Avgöranden som dessa är inte speciella för vindkraften som verksamhet, utan ansluter till ett allmänt krav på utredning under 2:2 MB och MKB-reglerna som gäller för alla verksamheter som kan påverka skyddsvärda arter. Exempel på viktiga sådana avgöranden är *RÅ 2005 ref. 44* som rörde en detaljplan i ett område av betydelse för den stora vattensalamandern, *MÖD 2004:3* om en cykelvägs påverkan på fåltpiplärkans livsmiljö och *MÖD 2014:4* om en exploatering som kunde inverka på levnadsvillkoren för den grönfläckiga paddan.

När det sedan gäller artskyddets materiella innebörd har det vuxit fram en rättspraxis som innebär att fridlysningen betraktas som en precisering av de allmänna hänsynsreglerna i 2 kap. MB. En del i prövningen blir då att bedöma hur de skyddade arterna påverkas av den planerade verksamheten och föreskriva villkor som medför att verksamheten inte kommer i konflikt med fridlysningsbestämmelserna. Först om det ändå kvarstår en risk för beaktansvärd skada på de skyddade arterna och deras levnadsmiljöer blir det aktuellt med en dispensprövning enligt 14 § AF. Ett exempel på det här angreppssättet är målet om *Mästermyr*, som gällde tillstånd för en gruppstation av vindkraftverk på Gotland.¹⁸ Här pekade domstolen på att myren enligt sökandens egna utredningar var häckningslokal och födosöksområde för bland andra havsörn och kungsörn. Båda arterna är bilaga 1-fåglar och angivna som känsliga i Vindvalsrapporten 6467. När det gällde *Mästermyr* pekade MÖD på att den har stor betydelse som fågellokal och att vindkraftverk i området skulle medföra risker för de skyddsvärda arterna. Mot denna bakgrund ansåg domstolen att sökanden inte hade visat att lokaliseringen var lämplig enligt 2:6 MB. Inte heller var det möjligt att förena tillståndet med sådana villkor om till exempel buffertzoner till boplatser som skulle medföra att lokaliseringen kunde godtas. Ansökan om tillstånd avslogs därför.

Det avgörande som annars oftast lyfts fram i vindkraftssammanhang är *MÖD 2013:13* som handlade om lokaliseringen av 12 vindkraftverk på Holmsjöåsen i Ånge. Här gjorde domstolen det vägledande uttalandet:

¹⁸ MÖD 2012-07-04; M 8344-11 *Mästermyr*.

Mark- och miljööverdomstolen finner, i likhet med Naturvårdsverket, att artskyddsförordningen är att se som en precisering av vad som kan följa av de allmänna hänsynsreglerna när det gäller skydd av arter. En del i prövningen blir då att med tillämpning av relevanta fridlysningsbestämmelser i artskyddsförordningen, bedöma hur de skyddade arterna påverkas av den planerade verksamheten. Genom att föreskriva villkor om försiktighetsmått och skyddsåtgärder kan prövningen leda fram till att verksamheten inte kommer i konflikt med fridlysningsbestämmelserna och att det därför inte blir aktuellt med dispensprövning.

Tillståndsmyndigheten måste alltså vid prövningen ta ställning till om de fridlysta arterna påverkas på ett sådant förbjudet sätt som anges i 4 § AF och i så fall om det går att föreskriva försiktighetsåtgärder så att konflikten med förbuden undviks. I målet var det fråga om påverkan på fladdermöss och kungsörn, men MÖD ansåg att risken för skada enligt 4 § AF inte var beaktansvärd. Tillstånd kunde därför meddelas.

Ett ytterligare exempel är avgörandet om Sällstorp, som gällde ansökan om tillstånd till tretton vindkraftsverk i Varbergs kommun.¹⁹ I området fanns kända häckningar av rovfågel och andra rödlistade fågelarter samt värdefulla fågelbiotoper. Tillstånd meddelades av MPD/Halland och Mark- och miljödomstolen i Vänersborg avslag överklagandena med skrivningen att man ”gått igenom handlingarna i målet och kommit fram till att det inte finns några skäl att ändra MPD:s beslut”. MÖD godtog fågelinventeringen, men fann brister i kunskaperna om fladdermöss i området. Därefter bedömde man om lokaliseringen kunde godtas med hänsyn till förekomsten av rovfåglar och andra rödlistade fåglar i området. MPD hade visserligen undantagit sex vindkraftverk som låg närmast häckningslokalerna, men MÖD menade att det inte räckte att enbart iaktta rekommenderade buffertzoner, utan det måste ske en helhetsbedömning av etableringens påverkan på området som fågellokal. Utredningen i målet visade att de sju vindkraftverk som MPD lämnat tillstånd till skulle fragmentera området och därigenom riskera att störa fåglar samt tränga bort dem från boplatser och födosöksområden. Med hänsyn till Sällstorps påtagliga betydelse som fågellokal och de risker för rovfåglar och andra särskilt skyddsvärda fågelarter som en etablering skulle medföra, ansåg MÖD att sökanden inte hade visat att platsen var lämplig

¹⁹ MÖD 2013-08-13; M 10072-13 *Sällstorp*.

enligt 2:6 MB. Resonemanget liknar mycket det som fördes i *Mästermyr* och även här avslogs ansökan i sin helhet.

Ett liknande resonemang fördes i ett mål om placeringen av nio vindkraftverk på *Sollerön* i Mora.²⁰ Området var revir och överflygningsområde för flera fåglar som är känsliga för vindkraft, främst kungsörn och bivräk. MPD/Dalarna hade gett tillstånd och förenat det med ett utredningsvillkor om att kartlägga påverkan på rovfåglarna och att föreslå försiktighetsmått om det skulle visa sig att vindkraftverken medförde negativa effekter, vilket godtogs av Mark- och miljödomstolen i Nacka. MÖD däremot avslag ansökan med samma motivering som i *Sällstorp*. Konstruktionen med ett utredningsvillkor underkändes med hänvisning till att lokaliseringsbedömningen inte kunde göras utan kännedom om verksamhetens påverkan på särskilt skyddsvärda fåglar. Detta gällde även sökandens andrahandsyrkande som innebar att utredningen skulle utföras innan anläggningsarbetena påbörjades och tillståndet förenas med villkoret att vindkraftverken inte fick placeras närmare boplatser för kungsörn än 2 km.

De flesta av de rättsfall som redogjorts för ovan har varit tillståndsprövningar. Att fridlysningsreglerna ses som en precisering av de allmänna hänsynsreglerna i 2 kap. MB betyder emellertid att de kan komma att tillämpas i en rad andra situationer, till exempel vid samråd enligt 12:6 MB eller tillsynsärenden enligt 26:9 MB. Ett illustrativt exempel på en samrådssituation erbjuds i *Kornknarren vid Gårdskär*.²¹ Här ville ett skogsbolag anlägga en granfröplantage i ett gräsområde i Älvkarleby där det fanns flera häckningar av kornknarr. Arten är i Sverige rödlistad i kategorin "nära hotad" och har så låg reproduktivitet att den inte är självbärande. Efter att bolaget anmält till samråd med Länsstyrelsen i Uppsala meddelade myndigheten förbud mot planteringen. Mark- och miljödomstolen i Nacka upphävde förbudet med hänvisning till att kornknarren inte var fridlyst (!), att den hade god utbredning, att det inte var fråga om ett Natura 2000-område samt att det inte var en sådan undantagssituation som krävs för att ett förbud enligt 12:6 MB ska kunna meddelas. MÖD höll inte med. Man konstaterade att området var lämpligt som häckningsplats för kornknarren, samtidigt som denna naturtyp – gräsmark med hög vegetation – försvinner fortlöpande. Skogsplantering kan typiskt sett förstöra denna miljö. Vidare pekade MÖD på att kornknarren ingår i

²⁰ MÖD 2014-04-03; M 2504-13.

²¹ MÖD 2013-01-23; M 4980-12.

bilaga 1 till fågeldirektivet och att medlemsstaterna enligt artikel 4.4 i fågeldirektivet har en allmän skyldighet att skydda dessa arters livsmiljöer. Man konstaterade också att den är fridlyst och att det enligt 4 § 1 st. 4 p. AF är förbjudet att skada eller förstöra dess fortplantningsområden. Sedan uttalade MÖD:

Med hänsyn till att den svenska stammen av kornknarr sannolikt inte är självbärande och då bristen på lämpliga häckningsplatser är en viktig orsak till detta, anser Mark- och miljööverdomstolen att det är motiverat med åtgärder för att skydda lämpliga fortplantningsområden. 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. Mark- och miljööverdomstolen delar länsstyrelsens bedömning att det inte är möjligt att förelägga om försiktighetsmått för att skydda naturmiljön, utan att det är nödvändigt med ett förbud.

Sedan övergick domstolen till den avvägning mellan allmänna och enskilda intressen som ska göras enligt 12:6 MB, men menade att det allmänna intresset av att skydda arten och dess miljöer vägde tyngre än bolagets enskilda intresse av att bedriva granfröplantage. Vid denna bedömning tog man hänsyn till att det fortfarande kunde bedrivas granfröplantage inom halva det område som omfattas av samrådsanmälan. Därför fastställdes länsstyrelsens föreläggande.

Avslutning av del 1

I del 2 av artikeln redogör vi för relevanta avgöranden från EU-domstolen och hur fågelskyddet tillämpas i några andra länder. Därefter diskuterar vi hur de tre målen från MÖD passar in i tidigare rättspraxis. Slutligen drar vi några slutsatser om fågeldirektivets implementering i Sverige och artskyddets tolkning i vindkraftssammanhang.

DEL 2

Inledning

I den andra delen av artikeln om vindkraft och fågelskydd tar vi först upp EU-domstolens praxis och vad som sägs i anslutande rättskällor (avsnitt 5). Därefter redogör vi för hur artskyddsbestämmelserna tillämpas

vid tillståndsprövningar i Tyskland, Danmark och Finland. Här (avsnitt 6) berättar vi också om vindparken i Smøla i Norge. I avsnitt 7 diskuterar vi sedan hur de senaste avgörandena från MÖD passar in i mönstret av tidigare rättspraxis. Avslutningsvis gör vi några allmänna reflektioner om den svenska implementeringen av artskyddet i EUs naturvårdsdirektiv (avsnitt 8 och 9).

5. EU-domstolens rättspraxis

Debatten som blossat upp i Sverige om avsiktsebegreppet i artikel 5 i fågeldirektivet framstår vid en läsning av EU-domstolens domar som lite yrvaken. Uppfattningen att det strikta skyddet i fågeldirektivet endast är tänkt att träffa åtgärder eller verksamheter där dödande, fångande eller störande är syftet med åtgärden verkar inte heller ha stöd i hur andra medlemsstater tillämpar reglerna i mötet mellan vindkraftverk och fåglar. Då kritikerna till artskyddet gärna påstår att vi i Sverige har en alldeles egen förståelse av direktivkraven kan det därför vara på plats med en kort utblick i de följande två avsnitten.

EU-domstolen har bedömt förbudet mot avsiktligt dödande/störande i artikel 5 i fågeldirektivet resp. artikel 12 i art- och habitatdirektivet i olika situationer. Tidigt tog domstolen ställning för en strikt tillämpning av skyddsreglerna och slog ned på nationella lagstiftningar som inte uttryckligen återgav förbuden. Exempelvis underkändes den tyska lagstiftningen som innehöll ett undantag från förbudet mot avsiktligt dödande/störande vid "normal markanvändning" inom de areella näringarna (mål 412/85 *Kommissionen mot Tyskland* (1987)). Redan detta avgörande tolkades i litteraturen som att det möjligen innebar att det räcker att man är medveten om att en verksamhet kan medföra skada för att förbudet ska slå till.²² En liknande situation förelåg i C-6/04 *Kommissionen mot UK* (2005), där den engelska lagstiftningen som innehöll ett allmänt undantag för dödande och störande som var "följd av en laglig verksamhet"

²² Se Michanek & Zetterberg: Den svenska miljörätten (Iustus, 3:e uppl. 2012), s. 232, med hänvisning till Westerlund, S: *Nytt svenskt rättsläge på grund av EU*. Miljörättslig Tidskrift 1994:3, s. 507 ff. Michanek & Zetterberg är dock försiktiga när det gäller vilka slutsatser som kan dras av avgörandet. Man bör också observera att domen inte finns på svenska och att den engelska versionen innehåller ett avgörande fel i sista meningen av p. 15. Där de tyska, franska och danska versionerna talar om "absichtliche Beeinträchtigung", "atteintes intentionnelles" resp. "forsætlig indgreb", står det "unintentional damage" i den engelska. I Westerlunds artikel återges enbart den engelska versionen.

underkändes. Här uttalade EU-domstolen att undantag som bygger på handlingens rättsenlighet strider mot andan i och syftet med direktivet, liksom undantagsregelns ordalydelse.²³ De domar från EU-domstolen som annars oftast förekommer i diskussionen är C-103/00 *Caretta caretta* (2002) och C-221/04 *Den spanska uttern* (2006). Som nämndes i avsnitt 2, innehåller de senaste MÖD-avgörandena hänvisningar till dessa mål, liksom till EU-kommissionens vägledning från 2007. I *Caretta caretta* ansåg kommissionen att Grekland inte skyddade havssköldpaddan tillräckligt effektivt genom lagstiftning och tillsyn, vilket EU-domstolen höll med om. Särskilt reagerade domstolen mot att myndigheterna inte hade ingripit mot mopedåkning på stränder där det var förbjudet och mot båt fart i skyddade områden. Av det avgörandet drog generaladvokat Kokott slutsatsen att avsiktsrekvisitet inte bara täcker handlingar som syftar till dödande/störande av arterna, utan även då syftet är ett annat, men utföraren accepterar sådana konsekvenser.²⁴ Detta resonemang följdes upp i yttrandet i *Den spanska uttern*, där hon påpekar att det inte är tillåtet att från förbudet undanta handlingar som utförs där skadorna på arterna medvetet tas med i beräkningen. Det är följaktligen avsiktligt om dödandet/störningen är ett resultat av en handling vid vilken aktören insåg hotet mot den skyddade djurarten.²⁵ Hon menade vidare att eftersom medlemsstaterna är skyldiga att ha särskilda skyddsbestämmelser på plats för arterna, måste de inom ramen för tillståndsgivningar också beakta i vilken utsträckning som en åtgärd kan innebära störning av skyddade arter. Hennes slutsats blir därför (vår kursivering och förtydligande inom parentes):²⁶

Med en sådan preventiv tillämpning av artikel 12.1 i direktivet om livsmiljöer kommer bedömningen inte an på frågan huruvida de enskilda aktörerna avsiktligt stör de skyddade djurarterna. *Avgörande är i stället huruvida de behöriga myndigheterna måste anta att en tillåten handling (the authorised conduct) kommer att medföra sådana skador som är avsedda att förbjudas genom artikel 12.1 i direktivet om livsmiljöer.* Om så är fallet får tillståndet utfärdas endast med stöd av undantagsbestämmelserna i artikel 16 i direktivet

²³ C-6/04 *Kommissionen mot UK* (2005), p. 113.

²⁴ AG Kokotts yttrande i C-6/04 *Kommissionen mot UK* (2005), p. 118.

²⁵ AG Kokotts yttrande i C-221/04 *Den spanska uttern* (2005), pp. 50 och 54.

²⁶ AG Kokotts yttrande i C-221/04 *Den spanska uttern* (2005), pp. 64–65, citatet i den senare.

om livsmiljöer. Annars skulle de behöriga myndigheterna indirekt åsidosätta förbuden i artikel 12.1 i direktivet om livsmiljöer.

EU-domstolen är som vanligt inte så mångordig som generaladvokaten, men tar ändå i den efterföljande domen ställning för att ett handlande är avsiktligt redan om utföraren godtar att den medför en viss risk för dödande eller störande av de skyddsvärda arterna. Detsamma gäller givetvis om en myndighet lämnar tillstånd till en sådan verksamhet. Det som gjorde att kommissionen misslyckades i sin stämning i målet var istället att man inte kunde visa att de spanska myndigheterna var medvetna om att tillstånd för rävfällor utgjorde en fara för den skyddade uttern, eftersom dess förekomst inte hade fastställts i området.

Det finns även andra och senare domar från EU-domstolen som visar att avsiktliga åtgärder innefattar verksamheter där syftet inte är att döda/störa arten. Ett exempel är C-340/10 *Den Cypriotiska snoken* (2012), där det framgår att pumpning av stora mängder vatten och bebyggelseexploatering utgjorde avsiktliga störningar på den skyddade arten.²⁷

Det är alltså mot den här bakgrunden som vi bör förstå kommissionens skrivningar i 2007 års vägledning om att avsiktsbegreppet omfattar situationer då en handling utförs av en person som i och för sig inte är ute efter att döda eller störa en art, men som är tillräckligt informerad och medveten om att det blir konsekvensen. Man kan alltså säga att begreppet omfattar situationer där dödandet/störandet blir en oönskad, men accepterad bieffekt.²⁸ Uttalandena i 2007 års vägledning tar visserligen inte sikte på situationen då en myndighet ska bedöma en planerad verksamhet inom ramen för ett tillstånds- eller tillsynsärende. Det råder dock knappast något tvivel om att kommissionen delar generaladvokat Kokotts uppfattning i den delen, vilket framgår av 2011 års vägledning om fågelskydd och vindkraft.²⁹

²⁷ C-340/01 (2012), pp. 56–69.

²⁸ EU-kommissionen 2007, avsnitt II.3.1, p. 33.

²⁹ Wind energy developments and Natura 2000, EU-kommissionen 2011; avsnitt 2.3.2: "As some protected species are potentially vulnerable to wind farms, these provisions may also need to be taken into account by developers and planners when considering developments outside Natura 2000. This could apply for instance if a proposed development is situated along a major migration route as it could cause significant disturbance or damage to protected birds, bats or other species during their migration."

6. Andra länders tillämpning av det strikta artskyddet i fågeldirektivet

Som nämndes ovan, kan det i sammanhanget också vara intressant att titta lite närmare på hur andra medlemsstater behandlar avsiktsrekvisitet vid prövning av olika aktiviteter som kan skada fåglar. Någon grundligare genomgång av rättsordningarna och den rättspraxis som utvecklats under den nationella implementeringen av fågeldirektivet är det givetvis inte fråga om, men väl ett första studium av den tillgängliga litteraturen och en rundfrågning bland rättsvetare och myndigheter i andra länder. Redan på detta stadium framkommer emellertid en bild som bekräftar vår uppfattning om hur man bör tolka fågelskyddsbestämmelserna vid prövning av planerade verksamheter.

Tyskland är ledande i Europa när det gäller utbyggnaden av vindkraften som energikälla. Även här har artskyddet i de båda naturvårdsdirektiven länge varit föremål för debatt. Rättspraxis har utvecklats i samma riktning som i Sverige, även om flera frågor fortfarande är kontroversiella. Den ursprungliga uppfattningen var att handlingar som medförde att arterna dödades/stördes som en oönskad, men medveten bieffekt ("conditional intent") inte omfattades av avsiktsrekvisitet i artikel 12 i art- och habitatdirektivet.³⁰ Under inverkan från EU-domstolens rättspraxis skedde emellertid en omsvängning i Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) 2006.³¹ Idag tillämpar de tyska förvaltningsdomstolarna ett angreppssätt som i mångt och mycket liknar svensk rättspraxis i mötet mellan vindkraft och skyddade arter, oavsett om det är fråga om fladdermöss eller fåglar.³² Inför etableringen måste verksamhetsutövaren kunna visa att det är möjligt att undvika kollisioner genom att vidta försiktighetsåtgärder, exempelvis genom att lokalisera verken på behörigt avstånd från boplatser eller genom avstängning av turbinerna under vissa tider. Om det inte är möjligt att minska risken för skada genom sådana åtgärder, betraktas verksamheten som ett avsiktligt dödande/störande och kan tillåtas endast under de förutsättningar som gäller för dispens enligt

³⁰ Möckel, S: 35 Years of the Birds Directive in the Light of Court Practice of the European Court of Justice and the German Federal Administrative Court. *Journal for European Environmental & Planning Law (JEEPL)* 2014, s. 392–418, avsnitt 4.1.1.

³¹ Här hänvisar Möckel i fotnot 123 (s. 409) till BVerwG, *Natur und Recht (NuR)* 2006, 766, para 563, med övergivande av tidigare praxis.

³² Möckel i fotnot 124 (s. 409) med hänvisning till två rättsfall från BVerwGH, *NuR* 2006, 779, para. 38 och *NuR* 2006, 766, paras. 559–563.

naturvårdsdirektiven. Och precis som i Sverige är skälen sällan tillräckliga starka för att kunna motivera undantag för placeringen av vindkraftverk på en viss plats.³³ Här bör man även notera att den tillämpliga bestämmelsen – 44 § Bundesnaturschutzgesetz – täcker allt slags dödande och störande och här finns sedan 2007 vare sig något avsiktsrekvisit eller undantag för normal markanvändning. Det innebär att även oaktsamma beteenden eller t.o.m. händelser där den enskilde är helt utan skuld omfattas av förbudet. Dock har BVerwGH mildrat kraven på så vis att oundvikliga dödanden ("unavoidable operational killings") av enskilda exemplar genom annars lagliga aktiviteter inte betraktas som brott mot bestämmelsen.³⁴ För att det ska bli fråga om en överträdelse förutsätts en betydande risk för skada på det skyddade intresset, vilket får bedömas utifrån vilken art det är fråga om, populationens storlek, vindkraftverkens placering och liknande faktorer. Det behöver emellertid inte vara fråga om en risk för en skada som påverkar populationen, det räcker med att flera exemplar av arten dödas/störs än vad som är normalt vid liknande förhållanden. I den tyska debatten anses detta synsätt vara förenligt med EU-rätten så länge som man inte accepterar ett medvetet risktagande.³⁵

Danmark är ett annat land som har satsat stort på vindkraft som energikälla. Den danska rättstillämpningen när det gäller artskyddet i dessa sammanhang har stora likheter med den tyska och svenska, förutom att regleringen är betydligt mer splittrad.³⁶ Prövningen av vindkraftetableringar på land görs främst genom planlagstiftningen, dels genom strategiska planer, dels genom detaljplaner. MKB är obligatoriskt för alla vindkraftverk över 80 meters höjd och för alla grupper med fler än tre verk.³⁷

³³ Mejlsvar 2015-05-08 av Dirk Bernotat, Bundesamt für Naturschutz (Leipzig) som bifogade en tabell med tyska rättsfall. Av tabellen – som återfinns på www.jandarpo.se /Övrigt material – framgår att flera rättsfall handlar om rödglada, bivråk, svart stork, ängshök, tofsvipa och storspov. Se vidare Linn Lundmarks uppsats: (O)avsiktliga följder av vindkraft (Uppsala universitet 2015), avsnitt 6. Uppsatsen publiceras under hösten på <http://uu.diva-portal.org/smash/search.jsf?dswid=-9640>.

³⁴ Möckel 2014, s. 410.

³⁵ Här hänvisar Möckel till EU-kommissionens vägledning 2007 s. 48 och rättsfallet C-308/08 Com v. Spain, p. 51. I avsnitt 6 i Lundmark finns en redogörelse för två tyska rättsfall med likande synsätt; BVerwG, 08-01-14, 9 A 4.13 och OVG des Landes Sachsen 2014-06-04, 2 L 113/11.

³⁶ En god översikt ges i Anker, HT & Jørgensen, ML: Mapping of the legal framework for siting of wind turbines – Denmark. IFRO Report No 239. Department of Food and Resource Economics, University of Copenhagen, 2015.

³⁷ Anker & Jørgensen s. 16.

I § 11 habitatbekendtgørelsen (bek nr 408/2007) finns ett skydd för arternas livsmiljöer (yngle- och rasteområden), vilket ska iakttas vid beslut som rör vindkraftsetableringar. Bestämmelsen motsvarar skyddet i artikel 12.1.d i art- och habitatdirektivet. Därutöver finns straffsanktionerade förbud mot avsiktlig skada av arter och fåglar i § 29 a naturbeskyttelsesloven (lov nr 514/2009) respektive § 4 och § 10 artsfredningsbekendtgørelsen (bek nr 330/2013). Förbuden motsvarar artiklarna 12.1.a och b i art- och habitatdirektivet och artikel 5.a i fågeldirektivet.³⁸ Även dessa regler ska tillämpas som materiella delar av prövningen.³⁹ I naturbeskyttelsesloven och artsfredningsbekendtgørelsen saknas visserligen uttryckliga anvisning om detta, men det framgår tydligt av Natur- og Miljøklagenævnets praxis att prövningen omfattar att bedöma om det kan uppstå en skada av betydelse på de skyddsvärda arterna, vilket då betraktas som en avsiktlig (forsætligt) handling.⁴⁰ Artskyddet ställer även krav på särskild utredning om effekterna på fåglar och andra arter vid planeringen.⁴¹ Om tillräckliga hänsyn inte kan tas genom försiktighetsåtgärder kan den föreslagna lokaliseringen inte godtas.⁴²

Avsiktsrekvisitet i fågeldirektivet har även bedömts av finska Högsta Förvaltningsdomstolen (HFD) i ett färskt mål om en torvtäkt.⁴³ Den regionala myndigheten hade gett miljötillstånd till torvproduktion på fyra skiften som låg i närheten av en fiskgjuses häckningsplats. Myndigheten menade att tillstånd kunde meddelas, då boträdet och dess närmaste omgivning inte skulle förstöras. Förvaltningsdomstolen i Vasa avslag emellertid ansökan, då produktionen skulle bedrivas innanför en skyddszon på 500 meter från lokalen. HFD avslag sökandens besvär med hänvisning till ändamålet med bestämmelserna. Man började med att peka på att syftet med fridlysningen av boträd enligt 39 § naturvårdslagen

³⁸ Artikel 5.d i fågeldirektivet är genomförd genom § 7 2 st. jagtloven (735/2013).

³⁹ Se Lundmark 2015, avsnitt 6 med hänvisning till rättsfallen MAD 2013.1426 *Thisted*, MAD 2013.1923 *Knuthenborg*, MAD 2014.349, MAD 2014.366 *Randers*, MAD 2014.458 *Kalundborg*.

⁴⁰ MAD 2013.1923 *Knuthenborg* (s. 10 f.), MAD 2014.366 *Randers* (s. 10 f.) och MAD 2014.458 *Kalundborg* (s. 8). Överprövningen av kommunala planer och tillstånd för vindkraftverk i Danmark sker i administrativa nämnder som slutinstans (Natur og Miljøklagenævnet eller Energiklagenævnet). Därefter är det enbart möjligt med laglighetsprövning i allmän domstol.

⁴¹ Här är MAD 2014.204 *Sønderbog* belysande.

⁴² Anker & Jørgensen s. 19 och 22.

⁴³ 9.1.2015/31 HFD:29015:3.

(20.12.1996/1096) är att skydda fågelarten, inte trädet i sig. Skyddet är motiverat av att stora rovfåglar under häckningstiden är särskilt känsliga för störningarna i det område där deras invanda bon finns. Därför menade domstolen att naturvårdslagens bestämmelser bör tillämpas så att faktorer som stör häckningsfriden kan avväjas. Ska syftet med fridlysningen uppnås måste därför förbudet mot "avsiktligt störande" anses omfatta produktionsverksamheter. Detta gäller särskilt om man beaktar fiskgjusens livscykel och det faktum att den återvänder från år till år för att häcka i samma träd, samtidigt som möjligheterna att bedriva torvproduktion på annan tid än under fågelns reproduktionstid är begränsade.⁴⁴

Slutligen bör det sägas några ord om vindparken i Smøla i Norge, särskilt som det i målet om *Boge* påstås att DTBird som försiktighetsåtgärd har använts där med framgång. Här bör det inledningsvis poängteras att Norge inte är bundet av EUs naturvårdsdirektiv genom att EES-avtalet inte omfattar dessa. Däremot är landet anslutet till den överordnade Bernkonventionen, vars artskyddsbestämmelser är likalydande. De materiella reglerna skiljer sig alltså inte åt, däremot genomförandet. När det gäller Norges tillämpning av artskyddet finns vare sig någon EU-kommission eller EU-domstol som kan ha synpunkter. Bernkonventionen har bara en genomförandekommitté (Standing Committee) som främst är ett diplomatiskt verktyg för diskussioner med de undertecknande parterna.⁴⁵ I det norska fallet ansåg kommittén ändå att det skulle utfärdas en rekommendation. Bakgrunden är att på ön Smøla utanför Trondheim finns en vindpark med 68 turbiner, lokaliserad i öppen terräng i en trakt som är ett av havsörnens viktigaste föryngringsområden. Parken var redan från början kontroversiell och etableringen ledde till att Norsk Ornitologisk Forening (NOF) anmälde den norska staten till Bernkonventionens Standing Committee. År 2009 kom kommittén med ett uttalande, där man i tio punkter anmärkte på lokaliseringen.⁴⁶ Inledningsvis åberopade man de tidigare rekommendationer om lokaliseringen av vindparken i

⁴⁴ Det finns ytterligare ett rättsfall som bekräftar detta synsätt som rörde torvproduktion i närheten av kungsörnens livsmiljö, se HFD 2015:124.

⁴⁵ Se Epstein, Y: *The Habitats Directive and Bern Convention: Synergy and dysfunction in public international and EU law*. I Georgetown International Environmental Law Review, 26(2) (2014).

⁴⁶ Recommendation No. 144 (2009) of the Standing Committee, adopted on 26 November 2009, on the wind park in Smøla (Norway) and other wind farm developments in Norway <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1560617&Site>.

områden där konflikter med artskydd och naturvård kan uppkomma.⁴⁷ Sedan pekade kommittén på att Norge *har ett särskilt ansvar för att skydda havsörnen i området* utanför Trondheim, då arten här har sitt tätaste bestånd i världen. Mot denna bakgrund uttalade man kritik mot att MKBn i ärendet var "based upon incomplete or partial information" kring effekten på havsörnspopulationen. Därefter rekommenderade kommittén Norge att vidta ett antal skyddsåtgärder, som att stänga av verken under känsliga perioder, att vid ytterligare utbyggnad överväga alternativa platser, att överväga att inte förlänga tillstånden för de befintliga verken när dessa går ut 2026 samt att kompensera för förlusten av biologisk mångfald. Kommittén beslutade också att fortsätta att bevaka Smøla-fallet med utvärderingar vartannat år. Vid sitt 34:e möte i december 2014 uttalade man uppskattning för den omfattande forskning och utvärdering som Norge genomfört i området för att mäta effekten på havsörnsbeståndet i området, men noterade samtidigt att miljöorganisationerna inte hade haft tillräckliga resurser för att genomföra egna undersökningar. Kommittén beslutade därför att genomföra ytterligare en uppföljning 2016, bland annat för att utvärdera försöken att genomföra skyddsåtgärder för att undvika fågelkollisioner. Miljöorganisationerna å sin sida är fortsatt mycket kritiska och menar att Norge inte har tagit tillräckligt intryck av kritiken. Siffrorna från Smøla är också avskräckande. Enligt den officiella NINA-rapporten skadades eller dödades 39 havsörnar och 150 fågelindivider av andra fågelarter i området mellan 2005 och 2010.⁴⁸ Enligt NOF är antalet troligen närmare 70 havsörnar mellan 2006 och 2013 genom att alla dödade fåglar inte återfinns.⁴⁹ En faktor som flera miljöorganisationer särskilt har pekat på är att dödstalen är höga på vårarna genom att det är främst ungfåglar som drabbas. Enligt dessa uppgifter har föryngringen helt slagits ut vissa år.⁵⁰

⁴⁷ Här nämndes Recommendation No. 109 on minimizing adverse effects of wind power generation on wildlife, Recommendation 117 (2005) och Recommendation No. 130 (2007) om vindkraftsutbyggnaden i Via Pontica Route (Bulgarien).

⁴⁸ Informationen är från Lundmark 2015 (avsnitt 2.2.1) med hänvisning till NINA Report 620: *Pre- and post- construction studies of conflicts between birds and wind turbines in coastal Norway* (Birdwind), Report on findings 2007-2010. Trondheim 2010.

⁴⁹ <http://www.birdlife.no/naturforvaltning/nyheter/?id=1243>.

⁵⁰ <http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/5108666.stm> Miljöorganisationernas uppfattning vinner stöd i en akademisk avhandling från Institutionen i biologi vid Norges Teknisk-naturvitenskapelige universitet, Population demographics in white tailed eagle at an on-shore wind farm area in coastal Norway (2014) (<http://brage.bibsys.no/xmlui/handle/>

7. Hur passar de senaste MÖD-avgörandena in i detta mönster?

I den rättspraxis som föregick *MÖD 2014:47 Bottorp* och *MÖD 2014:48 Boge* poängterade domstolen alltså att artskyddet ska ses som en precisering av de allmänna hänsynsreglerna i 2 kap. MB. En del i prövningen blir då att med tillämpning av fridlysningsbestämmelser i 4 § AF bedöma hur de skyddade arterna påverkas av den planerade verksamheten, vilket förutsätter en fullgod utredning. Det är verksamhetsutövaren som ska ha den kunskap som krävs och kunna visa att hänsynsreglerna är uppfyllda. Miljömyndighetens uppgift blir därefter att ta ställning till om fridlysta arter påverkas på det förbjudna sätt som anges i AF och i så fall om det går att föreskriva försiktighetsåtgärder så att risken undviks. Som framgår av rättspraxis gäller det här synsättet för samtliga förbudspunkter under 4 § 1 st. AF, alltså även de som förutsätter ”avsikt”. Om det inte är möjligt är föreskriva tillräckliga försiktighetsmått är verksamheten inte förenlig med artskyddsbestämmelserna och måste ansöka om dispens enligt 14 § AF. Förutsättningen för att den ska kunna bedrivas är då att någon av dispensgrunderna är tillämplig, vilket sällan är fallet när det gäller enskilda vindkraftsetableringar. Här bör det också poängteras att det faktum att artskyddet ses som en precisering av de allmänna hänsynsreglerna inte betyder att 2:7 MB kan tillämpas i dessa situationer. Bestämmelsen i 4 § AF grundas på EU-rätt som har en egen förståelse och här gäller inga svenska avvägningar. Möjligen skulle 2:7 MB kunna ha betydelse för de delar av bestämmelserna som inte grundas direkt på naturvårdsdirektiven – till exempel skyddet av fortplantningsområden för fåglar i 4 § 1 st. 4 p. AF – men det skulle medföra tillämpningssvårigheter. För det första innehåller reglerna egna trösklar och förutsättningar för vilka arter som omfattas, effekter på bevarandestatus och populationsnivå som gör att det är främst de riktigt skyddsvärda fåglarna och deras livsmiljöer som skyddas. För det andra skulle det uppstå en besvärlig diskrepans mellan arter som skyddas enligt art- och habitatdirektivet – till exempel fladdermöss – och fåglar, vilket kan vara svårt att hantera i ett och samma ärende. Alldeles oavsett hur man ser på den saken, har utvecklingen av rättspraxis medfört att fridlysningsbestämmelserna ses som materiella regler som ska tillämpas

11250/245556). Enligt författaren – Espen Lie Dahl – har vindparken i Smøla påverkat såväl tillväxttakten hos havsörnspopulationen som medellivslängden hos de vuxna örnarna i området.

vid prövningen av en planerad eller pågående verksamhet, oavsett om det är fråga om ett tillståndsärende eller tillsynsärende. Det ovan redovisade synsättet har också stöd i hur artskyddsbestämmelserna tillämpas i andra medlemsstater.

MÖD 2014:47 Bottorp och *MÖD 2015:3 Örndalen* passar väl in i den här bilden. Det bör observeras att det som skiljde mellan underrättens och överrättens bedömningar i det förra målet inte gällde avsiktsrekvisitet, utan skadebedömningen. Här saknades också påståendet att verksamheter som syftar till annat än att döda/störa arter inte kan vara avsiktliga handlingar i fågeldirektivets mening. RM Wind AB hävdade istället att avsiktsrekvisitet inte var uppfyllt därför att risken för skada inte var beaktansvärd, vilket blir något av en skvader i sammanhanget. Mark- och miljödomstolen menade däremot att lokaliseringen skulle bryta mot både 4 § 1 st. 1 p. och 4 p. AF genom den förhöjda risken för kollisioner och skadan på fortplantningsområdet. MÖD:s slutsats var istället att risken för fågelkollisioner i området kunde bedömas som relativt begränsad. Att domstolen ändå uttalade sig om sökandens subjektiva avsikter hade nog att göra med att man ville förhålla sig till EU-rätten och målet dömdes av samtidigt som *Boge*. Samtidigt refererade MÖD till sin tidigare rättspraxis – ”särskilt” *MÖD 2013:13 Holmsjöåsen* – och upprepade uttalandet om artskyddet som precisering av de allmänna hänsynsreglerna. Domstolens slutsats var också att om det inte går att föreskriva tillräckliga försiktighetsmått är verksamheten förbjuden om förutsättningar för dispens saknas. Det går knappast att dra någon annan slutsats av detta än att verksamheten i det senare fallet strider mot artskyddsbestämmelserna i sin helhet, det vill säga även i delarna där det krävs ”avsikt”. MÖD tar alltså också här tydlig ställning för att det som Naturvårdsverket hela tiden har hävdat, det vill säga att det är en avsiktlig handling att bedriva en verksamhet trots kunskap om att den kan påverka skyddsvärda arter på ett otillåtet sätt. Mot denna bakgrund är det alltså felaktigt att hävda att vindkraft inte kan innebära ett avsiktligt dödande eller störande enligt AF eller att prövningen enligt 2 kap. MB enbart ska omfatta frågan om verksamheten kan skada eller förstöra arternas fortplantningsområden och viloplatsar. Det finns inte stöd för det synsättet i någon av de två artskyddsdomarna från 2014. Efter klargörandet i *MÖD 2015:3 Örndalen* om att en verksamhet som syftar till något annat än att döda arter lika fullt kan innebära ett avsiktligt störande enligt 4 § 1 st. 2 p. AF har rättsläget blivit än tydligare på den punkten.

Vi menar alltså att *MÖD 2014:47 Bottorp* ligger i linje med tidigare praxis, vilket också är den slutsats som Naturvårdsverket drog i sin kommentar efter 2014 års artskyddsmål. Vi har däremot större svårigheter att förstå *MÖD 2014:48 Boge*. Här är ju situationen helt annorlunda. Dels har vi en sökande som menar att AF över huvud taget inte är tillämplig, då 4 § 1 st. 1 och 2 pp. AF och artikel 5 i fågeldirektivet inte är tänkta att träffa åtgärder eller verksamheter där dödande, fångande eller störande är en icke-avsedd (oavsiktlig) bieffekt. Dels är det här fråga om en dispensprövning enligt 14 § AF. Den slutsats som MÖD drar i Boge kan först tyckas okontroversiell och i linje med *Holmsjöåsen*, till vilken man också hänvisar till samtidigt som man uttalar den vedertagna preciseringsformeln. Ett inledande problem är emellertid att MÖD också uttalar sig om sökandens *subjektiva avsikter* på ett sätt som ligger utanför parternas diskussion. Länsstyrelsen och mark- och miljödomstolen menade att den som bedriver en verksamhet med kännedom om att den kan påverka skyddsvärda arter på ett otillåtet sätt begår en avsiktlig handling i den betydelse som avses i artikel 5 i fågeldirektivet och 4 § 1 st. 1 och 2 pp. AF, vilket sökanden som sagt bestred. Varför då MÖD uttalar sig om bolagets avsikter på ett sätt som för tankarna till brottmål eller skadestånd blir lite förvirrande.

Ett annat och mera principiellt problem ligger i att ansökan om dispens bland annat gällde en åtgärd som avser just att störa örnarna – DT Bird – och som därför kan vara direkt dispenspliktig enligt 4 § 1 st. 2 p. AF. Det är i alla fall den bedömning som både Länsstyrelsen på Gotland och Mark- och miljödomstolen i Nacka gjorde i dispensärendet. Det är mot den bakgrunden svårt att förstå varför MÖD inte tar ställning till frågan. Nu blir istället intrycket att domstolen menar att man i en prövning enligt 2 kap. MB också kan föreskriva åtgärder som är dispenspliktiga, utan att undantagen i 14 § AF föreligger. En sådan ordning strider mot ordalydelsen i 4 § och det ligger inte i MÖD:s makt att göra ett sådant undantag. Dessutom bryter en sådan tolkning mot artikel 5 i fågeldirektivet. Motiveringen till avskrivningen är heller inte klagörande, särskilt som domstolen tillägger att det inte ändamålsenligt eller rimligt att behandla frågan om dispens vare sig innan bygget av vindparken har påbörjats eller i ett senare skede. Det förstärker intrycket av att MÖD menade att allt ska prövas inom ramen för tillståndsprövningen, även åtgärder som i sig är dispenspliktiga. Det kan ha varit därför som Mark- och miljödomstolen i Nacka återförvisade tillståndsärendet till MPD/Stockholm, trots att den myndigheten hade tillämpat preciseringsformeln från

MÖD:s rättspraxis. Dessutom hade MPD prövat ansökan ur andra aspekter, åtminstone översiktligt. Med den motivering som miljödomstolen använde för återförvisning framstod det som att prövningen kunde sluta med ett tillstånd till att bygga de 185 meter höga vindkraftverken inom buffertzonen för de skyddsvärda fåglarna och samtidigt utvärdera DT Bird under en provotid på ett år. Det är emellertid kanske att hårdra domskälen då ett sådant synsätt vare sig vore förenligt med försiktighetsprincipen, fågeldirektivet eller med MÖD:s inställning till utredningsvillkor i *Sollerön*. MPD/Stockholm gick ju heller inte på den linjen, utan avslog ansökan med hänvisning till att det inte var möjligt att föreskriva skyddsåtgärder som var tillräckliga för att upprätthålla fågelskyddet.

Det finns slutligen också en aspekt av *MÖD 2015:3 Örndalen* som är problematisk ur ett EU-rättsligt perspektiv. Där uttalade ju MÖD att eftersom man vidgar förståelsen av vilka handlingar som är förbjudna i artikel 5 i fågeldirektivet, är det också rimligt att tillämpa dispensgrunden om tungt vägande allmänintressen. Den dispensmöjligheten är ju hämtad från art- och habitatdirektivet, men saknas i fågeldirektivet. Oavsett om man delar uppfattningen om att fågelskyddet har fått en utökad förståelse under de 35 år som direktivet funnits, kan vi konstatera – visserligen med hjälp av våra språkbegåvade vänner – att EU-domstolen verkar ha stängt möjligheten att använda sig av dispensgrunden om tvingande allt överskuggande allmänintressen i dessa situationer genom avgörandet C-192/11 *Kommissionen mot Polen* (2012).⁵¹

⁵¹ Domen finns endast på franska och polska, men i den avgörande passagen konstaterar domstolen att de undantag som finns i den polska lagen – däribland den om tungt vägande tungt vägande skäl av social eller ekonomisk karaktär – inte är bland dem som anges uttömmande i artikel 9.1 i fågeldirektivet (p. 39). Därefter poängterar domstolen att kravet på att undantagsreglerna är ordagrant återspeglade i den nationella lagstiftningen är särskilt viktigt när det gäller sådan lagstiftning där förvaltningen av det gemensamma arvet är överlämnat till medlemsstaterna inom deras territorier. Det räcker heller inte med en ordning där det överlämnas till administrationen att se till att tillämpningen av oklara regler håller sig innanför ramarna för direktivkraven, då detta inte kan ge tillräcklig klarhet och precision för att möta de krav som ställs enligt rättssäkerhetsprincipen (här hänvisade CJEU till C-507/04 p. 137 och däri angiven rättspraxis). En sådan ordning skulle även riskera att vilseleda de administrativa myndigheterna om hur direktivkraven ska genomföras (pp. 56–58).

8. Allmänt om skillnaden mellan artskyddsförordningen och fågeldirektivet

I debatten om artskyddet lägger kritikerna stor vikt vid de skillnader som finns mellan artskyddsbestämmelserna i fågeldirektivet och hur de genomförts i den svenska artskyddsförordningen. Problemet sägs vara att vi har "överimplementerat" fågeldirektivet, vilket skulle ha påverkat utbyggnaden av vindkraften negativt. Grunden för kritiken är att fridlysningsbestämmelsen i 4 § AF är en sammanskrivning av artskyddet i fågeldirektivet respektive art- och habitatdirektivet. Det är nu inte så konstigt, då bestämmelserna i de två direktiven är mycket lika och båda genomför artskyddsbestämmelserna i Bernkonventionen. Det gemensamma syftet är att bevara den biologiska mångfalden inom EU, båda direktiven innehåller bestämmelser om artskydd och områdesskydd, och de använder sig av gemensamma begrepp. Det är också därför som rättspraxis under det ena direktivet ofta är tillämpligt på det andra. EU-domstolen har i flera avgöranden om art- och habitatdirektivet använt sig av tidigare domar om fågeldirektivets bestämmelser för att visa på praxis.⁵²

Två exempel kan ges på hur direktiven lånar drag av varandra. Det första rör just "avsiktligt dödande" i artikel 5 fågeldirektivet respektive artikel 12 i art- och habitatdirektivet. EU-kommissionen utgår i sin vägledning från att uttrycket bör tolkas på samma sätt under de två regelverket, ett synsätt som MÖD ansluter sig till i *Örindalen*. Vi menar också att det är en rimlig utgångspunkt, vilket framgår av slutsatserna nedan. Ett annat exempel gäller att förbudet mot "avsiktlig störning" i fågeldirektivet täcker enbart sådana störningar som har betydelse för att uppnå direktivets syfte. EU-kommissionen ger i sitt vägledningsdokument från 2007 en liknande tolkning av begreppet störning i art- och habitatdirektivet där denna specifikation saknas.⁵³ Här sägs att störningen är otillåten endast om den negativt påverkar artens population och dess bevarandestatus. Vi menar också att det är i enlighet med artskyddets syfte att kopplingen till den sammanlagda påverkan på en arts bevarandestatus finns med i samtliga situationer då det uppstår en konflikt mellan en verksamhet eller en åtgärd och förbudet att störa en skyddad art.

Den största skillnaden mellan fågeldirektivet och artskyddsförordningen rör förbudet mot att skada och försämra arternas livsmiljö, som

⁵² Se EU-kommissionen 2007, stycke 6 under I.1.2. Ett sådant exempel är C-6/04.

⁵³ EU-kommissionen 2007, stycke 30 under rubrik II.3.

i AF gäller såväl fåglarna som de listade djurarterna, men som inte finns i fågeldirektivet. Förbudet i 4 § 1 st. 4 p. AF – som inte kräver avsiktlighet – aktualiseras emellertid inte särskilt ofta när det gäller vindkraftsetableringar, åtminstone inte som självständig grund för förbud. Dessutom finns ett skydd för fågelbon i fågeldirektivet. Det är rimligt att utgå från att även biotopen runt omkring boet bör beaktas i detta sammanhang eftersom ett fågelbo inte kan vara placerat i tomma intet. Ett visst skydd av omgivningen behövs alltså för att boet ska kunna fylla sin funktion. Som visades i avsnitt 6, är det ett synsätt som delas av finska HFD.

Slutligen vänder vi oss mot kritiken om ”överimplementering” av direktiven som vi menar alltför starkt fokuserar på den omoderna utgångspunkten att slippa ifrån artskyddskraven istället för att miljöanpassa verksamheten. Till att börja med är båda direktiven så kallade minimidirektiv, vilket innebär att medlemsstaterna kan gå längre i kraven. Dessutom utgår kritiken från att ett effektivt genomförande av EU-rätten är detsamma som att kopiera direktivkraven i svenska bestämmelser. Vi menar att tillämpningsproblemen med artskyddet är ett tydligt exempel på att det sällan är en bra lösning. Till skillnad från Natura 2000 – där det finns en stoppregel för andra markanvändningsbeslut i 4:8 MB, ett utredningskrav i 6:7 4 st. MB, en tillståndsplikt i 7:28a MB och en materiell prövningsregel i 7:28b MB – finns här bara en materiell förbudsregel i 4 § AF och inte några genomföranderegler. Även om också genomförandet av Natura 2000 var förenat med barnsjukdomar när det kom 2001, har det här genom rättspraxis utvecklats en tredelad regim för utredningsskyldighet, tillståndsplikt och prövning. I motsats erbjuder artskyddsreglerna bara ett straffsanktionerat förbud mot vissa åtgärder som förutsätter en effekt i naturen som ingen ”känner till” därför att man inget vet om påverkan på arterna. I praktiken har det medfört att det finns stora problem i tillämpningen av artskyddet för verksamheter som inte är föremål för vare sig utredningskrav eller förprövning, exempelvis inom skogsbruket. Vi menar att detta inte är förenlig med direktivkraven och det är här som huvudproblemet finns, det vill säga att det svenska miljöbalkssystemet brister i genomförandet. Det kan nu givetvis inte tas till intäkt för att vi ska ha ”onödiga” regler eller administrativa bördor för verksamhetsutövarna, men ett fungerande system för genomförande av artskyddet kräver mer än att bara klippa och klistra. De regler som finns ska dels vara genomförbara, dels kunna motiveras av hänsyn till den biologiska mångfalden. Det senare kan mycket väl betyda att vi måste gå längre än vad EU-rätten kräver. Just utvidgningen av skyddet till att om-

fatta även fåglarnas livsmiljö i 4 § 1 st. 4 p. AF är ett exempel på en sådan ”funktionell implementering” som har goda skäl för sig.

9. Sammanfattande slutsatser

I fågeldirektivets inledning konstateras att ett stort antal naturligt förekommande fågelarter i unionen minskar och därmed riskerar att försvinna. Därför krävs ett effektivt skydd, vilket är ett gemensamt ansvar för alla medlemsstater. Förutom att hindra fångst och dödande av fågelarterna ska deras livsmiljöer skyddas. I inledningen görs inte någon begränsning av vad slags handlingar som utgör ett hot mot fågelarternas överlevnad, bara att åtgärder måste vidtas mot olika mänskliga aktiviteter som kan medföra negativ påverkan. Omfattningen av sådana åtgärder bör inom ramen för bevarandepolitiken anpassas till de särskilda förhållanden som gäller för de olika arterna. Enligt vår uppfattning innebär det – å ena sidan – att alla åtgärder som kan ha negativ påverkan på fågelarternas bevarandestatus ska omfattas av de nationella regelverken. Å den andra talar det också för att det är effekten på arternas bevarandestatus som bör bedömas.

Den här utgångspunkten påverkar hur man ser på förbuden mot avsiktligt dödande och störande i artikel 5.a och d i fågeldirektivet. Uppenbarligen omfattar förbuden direkta handlingar som jakt, även om det bara är fråga om enstaka exemplar av relativt vanliga fågelarter.⁵⁴ Men att dra slutsatsen att förbuden *enbart* täcker sådana direkta handlingar skulle leda till att målsättningen med direktivet motverkades. För att använda generaladvokat Kokotts ord, ett skyddssystem kan inte betraktas som strikt om det förbjuder dödande, fångst eller störning av arter av gemenskapsintresse som sker genom ett fåtal handlingar som riktas direkt mot dessa arter, men tillåter att skador som medvetet tas med i beräkningen vid utförandet av ett flertal andra handlingar. Hon menar därför att de enskilda aktörernas avsikter blir irrelevanta när det är fråga om att en myndighet ska godkänna en viss verksamhet och ta hänsyn till fågelskyddet. Avgörande blir istället att myndigheten kan försäkra sig om att skada i form av dödande eller störande inte uppkommer som ett resultat av beslutet. Annars skulle det strikta skyddssystemet indirekt kunna sättas åt sidan. Vi menar att det är en rimlig slutsats och att det här synsättet

⁵⁴ I bilaga II till direktivet anges vilka arter som får jagas i enlighet med nationell lagstiftning.

bör tillämpas i varje situation som en myndighet ska bedöma en planerad verksamhet.

Att förståelsen av bestämmelserna bör anpassas till tillämpningssituationen bör emellertid också få betydelse för vad slags påverkan som ska undvikas. Oavsett om man anser att fågeldirektivets bestämmelser har utvidgats i förhållande till vad som ursprungligen avsågs när det kom 1979, bör den moderna utgångspunkten vara att det är effekten på populationen och populationsstatusen som är av betydelse. Det är alltså den samlade effekten på arternas bevarandestatus som ska bedömas, vilket EU-kommissionens vägledning också är inne på.⁵⁵ Att skyddet alltid skulle omfatta enstaka fågelindivider när det gäller verksamheter som vindkraft vore orimligt och inte i linje med vare sig fågeldirektivets eller miljöbalkens syfte. Man får dock inte glömma att för vissa hotade eller känsliga arter kan även dödandet av enstaka individer ha en negativ effekt på populationens bevarandestatus, särskilt om det görs en samlad bedömning av vad effekten skulle bli om det tilläts på flera platser. Den konkreta bedömningen av vilken risk för kollisioner eller störande som är otillåtet är något som måste färförtydligas i praxis. Den rättspraxis som hittills har utvecklats av miljödomstolarna vid prövningen av vindkraftverk innebär att det ska göras en bedömning av om fågelarterna påverkas på ett sådant sätt som är otillåtet i 4 § AF. Om det finns en risk för sådan påverkan prövar domstolen om det är möjligt att villkora om försiktighetsmått för att undvika dödande/störande. Faktorer som områdets generella betydelse som fågellokal är av betydelse, men också risken för sådana arter som är särskilt känsliga för vindkraft. Även det faktum att arterna är sådana som Naturvårdsverket ansett ska prioriteras i arbetet med genomförandet av fågeldirektivet är av betydelse.⁵⁶ Att enbart hålla sig inom rekommenderade buffertzoner är inte tillräckligt, utan det är frågan om en konkret riskbedömning kring områdets betydelse som fågellokal, närheten till bon eller födosöksområden, flygvägar, m.m. Om det trots möjliga försiktighetsmått och skyddsåtgärder fortfarande finns en förhöjd risk för kollisioner med känsliga fåglar är lokaliseringen inte godtagbar. I dessa situationer krävs alltså dispens enligt 14 § AF. Sammanfattningsvis innebär alltså den svenska praxisen kring avsiktligt dödande/störande att det krävs en kvalifikation i form av en förhöjd risk för kollision med en art som är känslig för påverkan för att lokaliseringen inte kan godtas. Det

⁵⁵ EU-kommissionen 2007, II stycke 30.

⁵⁶ Naturvårdsverket handbok för artskyddsförordningen, del 1, 2009:3, s. 20 (kap. 2.1).

är också så – såvitt vi känner till – som bestämmelserna tolkas i de flesta medlemsstaterna. Vår uppfattning är att denna praxis är i linje med fågeldirektivets syfte.

Avslutningsvis bör det observeras att artskyddet knappast hindrar en hållbar utbyggnad av vindkraften i Sverige.⁵⁷ Begreppet ”hållbar” bör istället förstås som att vindkraften inte bidrar till att försämra bevarandestatusen för fåglar. En rimlig utgångspunkt är därför att verksamhetsutövaren kan visa att lokalisering och försiktighetsmått är tillräckliga för att fåglar och andra skyddade arters bevarandestatus inte försämrats. I det sammanhanget bör den samlade (kumulativa) påverkan på en population bedömas. Det är alltså inte vindkraftsverken i sig som utlöser det strikta artskyddet, utan en viss effekt av dem, nämligen det som är förbjudet enligt 4 § 1 st. 1–4 p. AF.

⁵⁷ Se Energimyndighetens korttidsprognos för 2015–2017, ER 2015:19; <http://www.energimyndigheten.se/Sitesseeker/?quicksearchquery=prognos+vindkraft+2015>.