



SVEA HOVRÄTT
Mark- och miljööverdomstolen
Rotel 060104

DOM
2014-12-22
Stockholm

Mål nr
M 4937-14

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Nacka tingsrätts, mark- och miljödomstolen, dom 2014-04-30 i mål nr M 1917-13,
se bilaga A

KLAGANDE

Boge Vindbruk AB, 556812-8796

Ombud: M F

MOTPART

Länsstyrelsen i Gotlands län
621 85 Visby

SAKEN

Dispens enligt 14 § artskyddsförordningen (2007:845)

MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLENS DOMSLUT

1. Mark- och miljööverdomstolen avslår yrkandet om att det ska hämtas in ett förhandsavgörande från EU-domstolen.
 2. Mark- och miljööverdomstolen upphäver underinstansernas avgöranden och avvisar Boge Vindbruk AB:s ansökan om dispens enligt 14 § artskyddsförordningen.
-

Dok.Id 1178919

| Postadress | Besöksadress | Telefon | Telefax | Expeditionstid |
|------------------------------|----------------------|--|---------------|--------------------------------|
| Box 2290 103 17 Stockholm | Birger Jarls Torg 16 | 08-561 670 00 08-561 675 50 | 08-561 675 59 | måndag – fredag 09:00-15:00 |
| | | E-post: svea.avd6@dom.se www.svea.se | | |

YRKANDEN I MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLEN

Boge Vindbruk AB (bolaget) har yrkat att Mark- och miljööverdomstolen med upphävande av mark- och miljödomstolens dom och länsstyrelsens beslut ska avskriva målet från vidare handläggning.

Bolaget har också begärt att Mark- och miljööverdomstolen ska inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen om tolkningen av artiklarna 5 a) och 5 d) i fågeldirektivet (rådets direktiv 2009/147/EG om bevarande av vilda fåglar).

Länsstyrelsen i Gotlands län (länsstyrelsen) har bestritt bolagets yrkanden.

UTVECKLING AV TALAN I MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLEN

Parterna har i allt väsentligt åberopat samma omständigheter som vid mark- och miljödomstolen och därutöver anfört bl.a. följande.

Bolaget

Förbudet i 4 § artskyddsförordningen är inte tillämpligt på den planerade vindkraftparken och dispensansökan skulle därför ha avvisats av länsstyrelsen.

Det föreligger en fråga om tolkning av om uppförande av den aktuella vindkraftparken ska omfattas av begreppet *avsiktligt* i 4 § p.1 och 2 artskyddsförordningen som genomför fågeldirektivets artikel 5 a) och d). Eftersom Mark- och miljööverdomstolen är sista instans föreligger det en skyldighet för domstolen att inhämta ett förhandsavgörande från EU-domstolen.

Att uppföra den planerade vindkraftparken och att uppföra varningssystem för att förhindra att fåglar flyger in i vindkraftverk är inte ett avsiktligt dödande eller avsiktligt störande av fåglar såsom mark- och miljödomstolen gör gällande.

Att ett handlande medför beaktansvärd risk för ett dödande eller störning kan inte anses vara detsamma som att något sker *avsiktligt*. Bestämmelsen ska tolkas enligt sin ordalydelse. Bolaget har inte avsikt eller vilja att döda eller störa fåglar och det är inte syftet med etableringen av vindkraftverken. Hela utformningen av parken har skett på ett sätt som begränsar risken för olyckor och störningar.

Att uppföra varningssystem för att hindra att fåglar flyger in i verken kan inte anses vara avsiktlig störning av fåglar. Avsikten är inte att störa utan att förhindra att de förolyckas. Uttalandet i Naturvårdsverkets handbok har övertolkats, vilket sannolikt är en förklaring till varför vissa myndigheter och mark- och miljödomstolen har kommit att göra så extensiva tolkningar av 4 § artskyddsförordningen och begreppet *avsiktligt*.

I Sverige görs en noggrann miljöprövning av vilka hänsyn som ska tas till vilda fåglar där lokaliseringen, skydds- och försiktighetsmått och eventuella kompensationsåtgärder ska fastställas vid tillståndsprövningen. Kriterierna för avsiktligt dödande eller störande kan då inte vara uppfyllda vid uppförandet av tillståndsgivna vindkraftverk, utan det är först om tillståndsansökan avslås och verksamheten förbjuds och verksamhetsutövaren ändå uppför vindkraftverken som det kan bli tal om ett avsiktligt.

Enligt artikel 9 i fågeldirektivet kan det endast meddelas undantag för sådana åtgärder där det *direkta syftet* är att döda, fånga eller störa fåglarna. Det går inte att meddela undantag för sådana anledningar där dödandet, fångandet eller störandet uppkommer som en icke avsedd men medveten bieffekt av åtgärden; såsom vid uppförande av vindkraftverk, uppförandet av en semesteranläggning, anläggande av vägar och järnvägar, uppförande av byggnader eller hus, eller uppförandet av elledningar eller anläggningar. Till skillnad för vad som gäller undantag enligt artikel 16 i art- och habitatdirektivet (rådets direktiv 92/43/EEG om bevarande av livsmiljöer samt vilda djur och växter) går det inte heller att hänvisa till andra tvingande skäl som har ett allt överskuggande allmänintresse. Denna undantagsmöjlighet får inte tillämpas på förbud som omfattas av artikel 5 i fågeldirektivet eftersom motsvarande undantag saknas.

Det är således generellt förbjudet att skjuta fåglar (om inte jakten är lovlig) men det kan meddelas undantag enligt artikel 9 i fågeldirektivet för ett avsiktligt dödande av fåglar för att undvika flygkollisioner. Det är däremot, enligt artikel 9 i fågeldirektivet, inte möjligt att meddela undantag från etableringen av själva flygplatsen som skulle kunna leda till att fåglar dödas. Etableringen av en flygplats kommer alltid att leda till en beaktansvärd risk för vilda fåglar och kommer ofrånkomligen att leda till att vilda fåglar kommer att dödas. Om förbudet skulle omfatta uppförandet av flygplatsen finns ingen möjlighet att någonsin anlägga en flygplats eftersom det inte finns någon undantagsmöjlighet. Det undantag som finns gäller för aktivt och avsiktligt dödande av hänsyn till flygsäkerheten.

Sammanfattningsvis visar detta att förbudsregeln i artikel 5 i fågeldirektivet och motsvarande bestämmelse i 4 § artskyddsförordningen inte är tänkta att träffa åtgärder eller verksamheter där dödande, fångande eller störande är en icke-avsedd (oavsiktlig) bieffekt.

Förbudsbestämmelserna i artikel 5 i fågeldirektivet tar således sikte på sådant som betraktas som jakt eller fångst, dvs. att avsiktligt skada, förstöra, störa eller fånga fågel, ägg eller bon.

Genom mark- och miljödomstolens ställningstagande har tillämpningsområdet för 4 § artskyddsförordningen utvidgats på ett sätt som riskerar att få mycket stora negativa konsekvenser för utbyggnaden av både vindkraft och andra verksamheter. Det finns inte några dispensmöjligheter för vindkraft och domstolens tolkning skulle därmed innebära att det inte skulle gå att göra några avvägningar mellan nyttan av vindkraft och den potentiella påverkan på respektive art på populationsnivå. Detta fall gäller arten havsörn, men reglerna är inte begränsade till denna art utan gäller alla vilda fåglar generellt. I praktiken innebär det att det inte kan uppföras några fler vindkraftverk på Gotland redan med hänsyn till havsörn och kungsörn. Konsekvenserna för vindkraften blir likadana i stora delar av övriga Sverige.

Domen innebär också att det inte är möjligt att tillämpa skyddsåtgärder, såsom DTBird-system, för att förhindra risken för att fåglar kolliderar med vindkraftverken.

En åtgärd som syftar till att skydda fåglarna betraktas istället som en förbjuden avsiktlig störning av dessa.

Frågan om påverkan på vilda fåglar är och bör vara en viktig fråga vid etablering av vindkraft och andra verksamheter, men de överväganden och bedömningar som ska ske bör göras inom ramen för den prövning som sker enligt 2 kap. miljöbalken och inte genom en extensiv tolkning av artskyddsförordningens bestämmelser

Även för samhället i stort kan den av mark- och miljödomstolen förordade tolkningen av 4 § artskyddsförordningen få allvarliga konsekvenser. Etablering av järnväg, vägar, elledningar och även byggnader måste kunna anses vara åtgärder som i enlighet med mark- och miljödomstolens tolkning innebär avsiktligt dödande och avsiktligt störande. De flesta vilda fåglar som förolyckas gör det i kollision med fordon, byggnader, fönster och kraftledningar.

Länsstyrelsen

Ökade risker för i synnerhet rovfåglar är kända konsekvenser av att man uppför vindkraft, särskilt i närheten av häckningsplatser. Rovfåglar kolliderar oftare med vindkraftverk än andra fåglar. Fåglar som häckar i området löper större risker än flyttfåglar. Kollisionsrisken minskar inte med tiden, dvs. inget tyder på att fåglarna lär sig undvika vindkraftverken.

Bolaget uppger felaktigt att havsörnarna har flyttat och under 2013 och 2014 häckade i ett bo 3,7 kilometer från närmaste planerade vindkraftverk. Detta bo bebos av kungsörn. Inget tyder på att havsörnarna övergett sitt revir i Boge. Havsörnarna har flera bon varav några är kända. Vindkraftverken är planerade att uppföras inom två kilometers radie från kända havsörnsbon och de har häckat på platsen sedan flera år.

Ett uppförande av vindkraftparken i havsörnsreviret skulle innebära en sådan avsiktlig störning och risk för dödande kollisioner att förbudet enligt 4 § artskyddsförordningen i allra högsta grad är tillämpligt på den planerade vindkraftparken.

Det är en missuppfattning att havsörnarna kan välja det bo som ligger längst bort. Havsörnarna ser inte vindkraftverken som ett hot och kan inte göra ett sådant val. Det är vindkraftverkens dödliga effekt som utgör hotet mot rovfåglarna, inte att de skulle vara störande i sig. Flera av vindkraftverken är planerade att stå som en barriär mellan verken och födosöksområdet längs kusten. Verkens placering kan medföra en hög kollisionsrisk för havsörn.

DTBird och liknande system som avser skrämja havsörnarna från sitt häckningsområde är olämpligt och innebär att avsiktligt störa i artskyddsförordningens mening.

Naturvårdsverket har yttrat sig i målet och anfört bl.a. följande

Artskyddsförordningen är tillämplig i detta fall och verksamheten förbjuden enligt 4 § första stycket 1 och 2 och skulle kräva dispens enligt 14 § eftersom

- Artskyddsförordningen gäller alla vilda fåglar,
- De i målet av domstolen konstaterade boplatserna visar att det förekommer havsörnspar i området eller i närheten av det område där vindkraftverken är tänkta att placeras, som kan komma att störas eller dödas, samt att
- Bolaget är medvetet om att verksamheten kan komma att döda eller störa havsörnarna vilket innebär att avsiktlighetskravet är uppfyllt (jfr EU-domstolens domar i mål C-103/00 och C-221/04 om begreppet ”avsiktligt”).

Naturvårdsverket anser att med avsiktligt avses att den som utför åtgärden förstår den förutsägbara konsekvensen av sitt handlande och ändå genomför den, dvs. är medveten om att ett skyddat djur sannolikt exempelvis dör eller störs, även om störningen inte var syftet med åtgärden (Se Naturvårdsverkets handbok 2009:2 för artskyddsförordningen, del 1, s. 21).

Naturvårdsverkets uppfattning är att bestämmelsen gäller alla verksamheter och åtgärder. Det som är avgörande för frågan om artskyddsförordningen är tillämplig är den effekt verksamheten eller åtgärden får på de av förordningen skyddade arterna samt om den som utför åtgärden har förstått den förutsägbara konsekvensen av sitt

handlande. Uppförande av vindkraftverk med kännedom om att de med viss sannolikhet kommer att döda eller störa fåglar måste därmed anses utgöra ett avsiktligt dödande eller störande i den mening som avses i 4 § artskyddsförordningen (se MÖD 2013:13 och EU-kommissionens vägledningsdokument om strikt skydd för djurarter av intresse för gemenskapen i enlighet med rådets direktiv 92/43/EEG om bevarande av livsmiljöer, 2007, s. 35). Det framgår även av EU-kommissionens vägledningsdokument ”Wind energy developments and Natura 2000”, s. 18, att artikel 5 i fågeldirektivet och artikel 12 i art- och habitatdirektivet är tillämpliga på sådan verksamhet som vindkraft.

Naturvårdsverket anser liksom mark- och miljödomstolen att den aktuella gruppstationen för vindkraft inte utgör ett sådant allt överskuggande allmänintresse som avses i 14 § p. 3 c artskyddsförordningen eller att det har framkommit andra skäl för dispens från förbuden i 4 § samma förordning.

MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLENS DOMSKÄL

Förhandsavgörande från EU-domstolen?

Bolaget har begärt att Mark- och miljööverdomstolen ska inhämta ett förhandsavgörande från EU-domstolen i frågor som gäller tolkningen av begreppet *avsiktligt* i 4 § p. 1 och 2 artskyddsförordningen, som genomför fågeldirektivets artikel 5 a) och d).

EU-domstolen har visserligen inte uttalat sig specifikt om begreppet *avsiktligt* i något mål som rört fågeldirektivets betydelse vid bedömningen av tillåtligheten av uppförande av vindkraftverk. Men begreppet förekommer i samma lydelse i art- och habitatdirektivets artikel 12.1 a) och b), och när det gäller tolkningen av begreppet i dessa artiklar finns det två domar från EU-domstolen (domstolens domar den 30 januari 2002 i mål C-103/00 och den 18 maj 2006 i mål C 221/04). Inget talar för att begreppet har en annan innebörd i fågeldirektivet. Det betyder att EU-domstolen redan har uttalat sig i den relevanta tolkningsfrågan. Hur situationen ska bedömas i ett fall som det som nu är aktuellt är en fråga om tillämpning av begreppet och inte en

tolkningsfråga. Mark- och miljööverdomstolen finner därför inte skäl att inhämta något förhandsbesked i detta mål. Bolagets begäran om detta ska således avslås.

Dispens från artskyddsförordningens förbud mot att avsiktligt döda eller störa djur?

I 4 § artskyddsförordningen föreskrivs i fråga om vilda fåglar bl.a. att det är förbjudet att avsiktligt fånga eller döda djur (p. 1) och att avsiktligt störa djur, särskilt under djurens parnings- uppfödning, övervintrings- och flyttperioder (p. 2). Enligt 14 § får länsstyrelsen i enskilda fall under vissa förutsättningar ge dispens från förbudet.

Bolaget har ansökt om dispens från förbudet, men samtidigt gjort gällande att förbudet enligt bolagets mening inte träffar den verksamhet som bolaget avser att bedriva. Bolaget har inte heller yrkat att Mark- och miljööverdomstolen ska bifalla dess ansökan. Skälet för ansökan har uppgetts vara att länsstyrelsen har krävt en dispensansökan.

Bolagets dispensansökan avser uppförande av en planerad vindpark med sju vindkraftverk inom Boge socken i närheten av Slite. Bolaget har också sökt tillstånd enligt 9 kap. miljöbalken för dessa vindkraftverk. Sedan miljöprövningsdelegationen avslagit tillståndsansökan hanteras den nu, efter överklagande, i mark- och miljödomstolen.

För att bedöma om det i detta fall krävs dispens från artskyddsförordningens förbud att avsiktligt döda eller störa fåglar är således tolkningen av begreppet *avsiktligt* avgörande. Bestämmelserna i artskyddsförordningen genomför bestämmelser i fågeldirektivet och art- och habitatdirektivet, som i relevanta delar är likalydande. Som framgått ovan har begreppet *avsiktligt* när det gäller art- och habitatdirektivet tolkats av EU-domstolen i två fall. I det senare av dessa fall, C-221/04, uttalar domstolen bl.a. följande.

Det finns i övrigt anledning att erinra om att domstolen har ansett att det är att avsiktligt störa, i den mening som avses i artikel 12.1 b i direktivet, att trots varningar köra moped på en strand på vilken den skyddade havssköldpaddan har byggt bon och att låta trampbåt och småbåt förekomma inom berörda stränders havsområde [...]. (P. 70)

För att kravet på avsiktlighet i artikel 12.1 a i direktivet skall anses uppfyllt krävs att personen i fråga har velat fånga eller döda ett exemplar av en skyddad djurart, eller åtminstone godtagit risken för en sådan fångst eller ett sådant dödande. (P. 71)

Det framgår emellertid att det omtvistade tillståndet avser rävjakt. Följaktligen är inte avsikten med tillståndet i sig att tillåta fångst av utter. (P. 72)

Dessutom erinrar domstolen om att förekomsten av utter i det berörda området inte formellt har fastställts, vilket innebär att det inte heller är bevisat att de spanska myndigheterna, genom att utfärda det omtvistade tillståndet för rävjakt, var medvetna om att de därigenom riskerade att utsätta uttern för fara. (P. 73)

EU-kommissionens dokument ”Vägledning om strikt skydd för djurarter av intresse för gemenskapen i enlighet med rådets direktiv 92/43/EEG om bevarande av livsmiljöer” (slutgiltig version, februari 2007) är också av intresse. Kommissionen säger där bl.a. följande (s. 35):

Utgående från det synsätt som domstolen tillämpat i målen C-103/00 och C-221/04 skulle följande definition kunna framläggas: ”Avsiktliga” gärningar är gärningar som utförs av en person som vet, i ljuset av gällande lagstiftning för den aktuella arten, och den allmänna information som riktats till allmänheten, att hans gärning sannolikt kommer att orsaka skada för en djurart, men strävar efter att åstadkomma denna skada, eller åtminstone medvetet accepterar det förutsägbara resultatet av gärningen. Med andra ord är det inte bara en person som faktiskt strävar efter att fånga eller döda ett exemplar av en djurart som begår ett brott: ett brott begås också av en person som kanske inte avser att fånga eller döda ett exemplar av en skyddad art, men som är tillräckligt informerad och medveten om de sannolika följderna av hans gärning, och trots detta genomför denna, så att exemplar fångas eller dödas (t ex som en oönskad men accepterad sidoeffekt), med uppenbar likgiltighet för kända förbud (villkorligt uppsåt). Det är självklart att ovarsamhet inte täcks av begreppet ”avsiktligt”.

Det står helt klart att bolagets avsikt inte är att döda eller störa havsörn. Inte heller finns det någon som helst grund för att tro att bolaget med uppenbar likgiltighet för artskyddsförordningens förbud avser att uppföra vindparken. 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 tillståndsprocessen. Vid den prövningen har

verksamhetsutövaren att visa att de förpliktelser som följer av hänsynsreglerna i 2 kap. miljöbalken iakttas. Mark- och miljööverdomstolen har tidigare (se bl.a. domstolens dom den 29 maj 2012 i mål M 7639-11 och, särskilt, MÖD 2013:13) funnit 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, 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. Självfallet kan också utgången bli att verksamheten trots planerade försiktighetsmått bedöms strida mot fridlysningsbestämmelserna. Om förutsättningar för dispens då inte finns är verksamheten olämpligt lokaliserad och inte tillåtlig.

Slutsats

Bolaget har ursprungligen ansökt om dispens, men yrkar nu att målet ska avskrivas. Den bedömning i huvudfrågan som Mark- och miljööverdomstolen gör innebär att domstolen instämmer i bolagets uppfattning att frågan om dispens från artskyddsförordningen inte bör prövas nu. Mot den bakgrunden får det anses ligga bäst i linje med bolagets inställning att ansökan avvisas.

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

I avgörandet har deltagit hovrättslagmannen Lars Dirke, hovrättsrådet Eywor Helmenius, referent, tekniska rådet Mikael Schultz och tf. hovrättsassessorn Henrik Jonsson.

Föredragande har varit Carolina Andersson.



NACKA TINGSRÄTT
Mark- och miljödomstolen

DOM
2014-04-30
meddelad i
Nacka Strand

Mål nr M 1917-13

KLAGANDE

Boge Vindbruk AB,

MOTPART

Länsstyrelsen Gotlands län, 621 85 Visby

SAKEN

Dispens enligt 14 § artskyddsförordningen (2007:845)

ÖVERKLAGAT BESLUT

Länsstyrelsen i Gotlands läns beslut den 13 mars 2013, dnr 522-501-13, se
domsbilaga 1

DOMSLUT

Mark- och miljödomstolen avslår överklagandet.

Dok.Id 349399

| Postadress | Besöksadress | Telefon | Telefax | Expeditionstid |
|---------------------------------|-------------------------|---|---------------|-------------------------------------|
| Box 1104 131 26 Nacka Strand | Augustendalsvägen 20 | 08-561 656 00 E-post: mmd.nacka@dom.se www.nackatingsratt.domstol.se | 08-561 657 99 | måndag – fredag 08:30-16:00 - |

BAKGRUND

Boge Vindbruk AB (bolaget) ansökte den 11 februari 2013 om dispens från artskyddsförordningen (2007:845) för anläggande av en gruppstation för vindkraft bestående av sju vindkraftverk vid Boge på nordöstra Gotland. Länsstyrelsen i Gotlands län (länsstyrelsen) avslag bolagets ansökan i beslut den 13 mars 2013.

Bolaget har nu överklagat länsstyrelsens beslut till mark- och miljödomstolen.

YRKANDEN OCH INSTÄLLNING

Bolaget har *i första hand* yrkat att mark- och miljödomstolen ska fastställa att artskyddsförordningen inte är tillämplig alternativt att mark- och miljödomstolen ska bevilja dispens från artskyddsförordningen för hela den planerade vindkraftparken. Bolaget har *i andra hand* yrkat att mark- och miljödomstolen ska bevilja dispens från artskyddsförordningen för de vindkraftverk där risken för störningar på havsörn bedöms som försumbar.

Länsstyrelsen har motsatt sig ändring av beslutet.

GRUNDER M.M.

Bolaget har till stöd för sin talan hänvisat till vad det anfört vid länsstyrelsen i dispensärendet och i sin ansökan om tillstånd för vindkraftverksamhet. Bolaget har härutöver tillagt i huvudsak följande.

Jäv hos länsstyrelsen

Den tjänsteman som handlade bolagets första ansökan om dispens var jävig eftersom han satt i styrelsen för Gotlands ornitologiska förening som varit remissinstans och yrkat avslag på bolagets tillståndsansökan. Även handläggaren av den nya ansökan är aktiv medlem i föreningen och sambandet mellan de båda handläggarna innebär ett kollegialt tryck att besluta i linje med föreningens ståndpunkt. De identiska beslutsmotiveringarna, medlemskapet och sambandet mellan handläggarna gör att förtroendet för den nya handläggaren är rubbat.

Vindkraftverkens effekt på fåglar

Av Naturvårdsverkets rapport 6467, ”Vindkraftens påverkan på fåglar och fladdermöss”, framgår att vindkraftverk inte har någon påverkan på det nationella beståndet av fågelarter. I området finns endast ett häckande havsörnspar. Bara på Gotland finns uppskattningsvis 35 häckande par. Nationellt i hela landet finns minst ca 500 häckande par. Det finns inte någon risk för påverkan på regionala eller lokala bestånd. Artbeståndet påverkas därmed inte av nu aktuell etablering av vindkraftverk.

Trots att vindkraftverk inte har ansetts utgöra en risk för artbeståndet har ett riktvärde på en buffertzona om två kilometer tagits fram av Naturvårdsverket. Riktvärdet är framtaget för vindkraftverk som helt saknar skyddsutrustning, är baserat på försiktighetsprincipen och är väl tilltaget.

DTBird

Bolaget avser att installera systemet DTBird som ska förhindra att havsörnar, och även andra fåglar, kolliderar med vindkraftverken. Tekniken fanns inte när buffertzonerna utformades. Systemet har bl.a. testats med goda resultat i Smøla i Norge som har en stor population av havsörnar. Systemet är inte prövat i Sverige sedan tidigare och bolaget bör därför få dispens från artskyddsförordningen som ”testprojekt”. Systemet har godkänts och används i Spanien, Frankrike och Grekland.

Systemet avger i genomsnitt 1-2 varningssignaler per dag. Signaler sänds endast ut när en fågel kommer i närheten. Det synes inte troligt att enstaka signaler skulle påverka havsörnens häckningsplatser. Signalerna utgör en betydligt mindre störning än den trafik som, enligt länsstyrelsens tidigare bedömningar, inte stör havsörnen. Systemet är inte avsett att skrämma havsörnen från området, utan endast avsett att förhindra kollisioner. Användningen av systemet strider inte mot 4 § artskyddsförordningen utan värnar havsörnarnas överlevnadsförmåga.

Ny boplats 2013

Bolaget har i månadsskiftet maj/juni 2013 genomfört nya undersökningar. Det havsörnspar som länsstyrelsen hänvisat till i sitt beslut har flyttat till ett nytt bo som ligger nästan fyra kilometer från det närmaste av de planerade vindkraftverken. Denna boplats har tidigare varit okänd och är troligen ny för året. Undersökningen visar också att en del av de boplatser som länsstyrelsen hänvisat till i sitt beslut inte längre används. Bolaget har härefter gjort nya observationer i april 2014 vilka bekräftar att havsörnsparat även detta år häckar i det nya boet.

Artskyddsförordningen är inte tillämplig eftersom det inte längre finns några häckande örnar i området. Dispens bör i vart fall medges på grund av avståndet till häckningsplatsen i kombination med DTBird-systemet. Att kräva dispens för alla platser där bon i framtiden kan komma att byggas skulle omöjliggöra vidare utveckling av vindkraft på Gotland. Att utgå från tidigare boplatser är också inkonsekvent eftersom förhållandena ändras. Det är inte givet att ett örnspar återvänder till en äldre boplats. Projektområdet ligger på mark som används för aktivt jord- och skogsbruk och är inklämt mellan ett kalkbrott och en golfbana, vilket inte tillhör de lämpligaste fortplantningsområdena för havsörnar. Prövningen måste därför utgå från faktiska förhållanden, med utgångspunkt i den plats där havsörnsparat har sin nuvarande häckningsplats.

Bevarandestatusen för havsörnar på Gotland äventyras inte. Bolaget har erbjudit sig att medverka till förbättringsåtgärder av de kraftledningarna som finns inom projektområdet.

Länsstyrelsen har i huvudsak anfört följande.

Jäv hos länsstyrelsen

Länsstyrelsens handläggare är i och för sig engagerad i Gotlands ornitologiska förening, men innehar inte något styrelseuppdrag där. Det råder föreningsfrihet och det finns inte någon anledning att misstänka att medlemskapet påverkat handläggningen.

Ny boplats 2013

Bolaget har vid förnyade undersökningar 2013 visat att årets häckning är belägen på en helt ny plats. Förutsatt att det rör sig om samma häckande havsörnspar, så visar det att bolagets tidigare undersökningar inte har varit tillräckliga för att fastställa havsörnparets hela fortplantningsområde. Att det senaste boet ligger mer än två kilometer från närmaste vindkraftverk saknar betydelse.

Alla bon som örnparet använder, dock inte nödvändigtvis varje år, ingår i parets fortplantningsområde. Det innebär att det finns bon som är placerade närmare än två kilometer från vindkraftverken, varav det närmaste boet var bebott 2012. Eftersom det inte är utrett vilka faktorer som ligger till grund för örnars val av boplats så kan havsörnparet i framtiden komma att välja något av de bon som är placerade närmre den planerade vindkraftparken. En etablering av vindkraft i området kan enligt länsstyrelsens bedömning innebära att området tappar de egenskaper som gör det betydelsefullt för havsörnparet ifråga.

Intresset av ny vindkraftexploatering

Området är både av riksintresse för vindkraft och i översiktplanen utpekad enligt särskilda kriterier. Av översiktsplanen framgår att vindkraftintresset ska vägas mot andra intressen i de utpekade områdena. Artskydd är ett sådant motstående intresse.

DTBird

Underlaget i den rapport som bolaget hänvisat till är alldeles för litet för att det ska gå att dra några slutsatser. I studien hade 45 procent av varningssignalerna utlösts av fåglar och 55 procent var falska signaler. Av alla de videosekvenser som studerats där varningsljud utlöstes var det bara vid sju procent som en synbar flygreaktion som orsakats av signalen kunde noteras. Av rapporten framgår inte i vilken riktning i förhållande till vindkraftverket som flykten ändrades.

Bakgrundsinformationen om örnpopulationen i Smølaområdet är väldigt

knapphändig. Det framgår inte om det är ett häckningsområde med bon, eller ett födosöksområde, vilket kan vara av betydelse för hur fåglarna flyger.

Placering av ett varningssystem som bygger på skrämselfjud är förbjudet enligt 4 § första stycket 2 artskyddsförordningen eftersom åtgärden är ett sätt att avsiktligt störa örnpåret, särskilt under dess parnings- och uppfödningperioder.

DOMSKÄL

Fråga om jäv i länsstyrelsen

Mark- och miljödomstolen bedömer inte att de av bolaget åberopade omständigheterna utgör jäv i något av de avseenden som anges i 11 § förvaltningslagen (1986:223).

Förekomsten av havsörnar i området

Bolaget avser att uppföra sju vindkraftverk med maximalt 120 meters navhöjd, 128 meters rotordiameter och en totalhöjd om 185 meter. Vindkraftverken är tänkta att placeras i en bågformad linje.

Av utredningen i målet framgår att ett havsörnspar under flera år har häckat i det område eller i närheten av det område där vindkraftverken är tänkta att placeras. Havsörnspåret har använt sig av i vart fall fem konstaterade boplatser. Enligt bolagets förnyade inventering 2013 upptäcktes dels en ny (sjätte) boplatser på ett större avstånd från de planerade vindkraftverken än de tidigare konstaterade boplatserna, dels att två av de tidigare konstaterade bona inte längre fanns kvar samt att ytterligare ett bo var delvis raserat och övergivet. Avståndet mellan boplatserna och de planerade vindkraftverken varierar från under en kilometer till ca fyra kilometer.

Av bolagets utredningar framgår att havsörnsparets flygvägar huvudsakligen har skett i riktning österut. Enstaka flygrutter har också konstaterats norr- och söderut.

Bolaget har anfört att endast det bo som upptäcktes 2013 ska beaktas vid bedömningen av om artskyddsförordningen är tillämplig i målet. Mark- och miljödomstolen anser dock att ett längre tidsperspektiv måste anläggas. Av bolagets egen utredning framgår att havsörn tidigare har använt andra boplatser i området och enligt mark- och miljödomstolens bedömning kan det, utifrån utredningen i målet, inte uteslutas att tidigare boplatser kommer att användas på nytt.

Sammantaget är mark- och miljödomstolens bedömning att samtliga de i målet konstaterade boplatserna, oavsett skick, ingår i ett och samma fortplantningsområde. Mark- och miljödomstolen bedömer även att det – bl.a. i ljuset av den boplatser som hittades 2013 – inte går att fastställa fortplantningsområdets exakta gränser.

Förbuden i 4 § artskyddsförordningen

Förbuden i 4 § artskyddsförordningen är uppdelade i fyra punkter och gäller alla vilda fåglar. Enligt bestämmelsen är det förbjudet att (1) avsiktligt fånga eller döda djur, (2) avsiktligt störa djur, särskilt under djurens parnings-, uppfödning-, övervintrings- och flyttningsperioder, (3) avsiktligt förstöra eller samla in ägg i naturen, och (4) skada eller förstöra djurens fortplantningsområden eller viloplatsar.

Havsörnen har i bilaga 1 till artskyddsförordningen markeringarna S och B, vilket bl.a. innebär att arten enligt Fågeldirektivet (rådets direktiv 79/409/EEG) och Art- och habitatdirektivet (rådets direktiv 92/43/EEG) har ett sådant unionsintresse att särskilda skyddsområden (Fågeldirektivet) eller bevarandeområden (Art- och habitatdirektivet) behöver utses. Havsörnen är även nationellt rödlistad i kategorin *nära hotad* (NT). Havsörnen har således genom sin relativa sällsynthet givits ett särskilt skydd.

De tre första punkterna i 4 § artskyddsförordningen avser avsiktlig påverkan. Avsiktig betyder i detta sammanhang att den som utför åtgärden förstår den förutsägbara konsekvensen av sitt handlande och ändå genomför den, det vill säga är medveten om att ett skyddat djur sannolikt störs, även om störningen inte var

syftet med åtgärden (se Naturvårdsverkets handbok [2009:2] för artskydds-förordningen, del 1, s 21). Enligt mark- och miljödomstolens bedömning måste uppförande av vindkraftverk, med kännedom om att de med viss sannolikhet kommer att döda fåglar, anses utgöra ett avsiktligt dödande i den mening som avses i 4 § första stycket 1 artskyddsförordningen.

Av Naturvårdsverkets handbok för artskyddsförordningen (med vidare hänvisning till EU-kommissionens vägledningsdokument om artikel 6 i rådets direktiv 94/23/EEG), s 22 f, framgår även att en störning enligt 4 § första stycket 2 inte direkt behöver påverka arten utan kan ge indirekta effekter. Vidare anges att störningen bör kopplas till påverkan på artens bevarandestatus såväl för den lokala populationen som för den biogeografiska nivån i landet.

Är artskyddsförordningen tillämplig i målet?

Den första frågan som mark- och miljödomstolen har att ta ställning till är om något av förbudet i 4 § artskyddsförordningen är tillämpligt i målet.

Mark- och miljööverdomstolen har i dom den 23 augusti 2013 i mål nr M 10072-12 konstaterat att en etablering av vindkraftverk innebär risk för att fåglar som förekommer i området kan skadas genom kollision med verken. Enligt Naturvårdsverkets rapport 6467, "Vindkraftens påverkan på fåglar och fladdermöss", tillhör havsörnen de fåglar som riskerar att drabbas hårdast av kollisioner med vindkraftverk (s 51 f). I rapporten anges vidare att det enklaste sättet att minimera risken för olyckor är att undvika vindkraftverk nära boplatser och för havsörn rekommenderas en buffertzona om två-tre kilometer (s 64 f).

Med hänsyn till vindkraftverkens planerade storlek och läge i förhållande till det aktuella havsörnsparets fortplantningsområde och flygvägar är mark- och miljödomstolens bedömning att uppförandet av vindkraftverken innebär en beaktansvärd risk för att havsörnar i området kommer att skadas och förolyckas genom kollision med verken. De observerade flygrörelserna och avstånden mellan vindkraftverken innebär inte att havsörnarna med tillräcklig säkerhet kommer att

använda sig av de utrymmen eller ”korridorer” om några hundra meter som bolaget har pekat på i yttranden till länsstyrelsen. Med hänsyn till risken för kollisioner är mark- och miljödomstolens bedömning att uppförande av vindkraftverk i enlighet med ansökan skulle utgöra ett avsiktligt dödande enligt vad som anges i 4 § första stycket 1 artskyddsförordningen.

Med hänsyn till vindkraftverkens avstånd till närmaste boplatser är mark- och miljödomstolens bedömning även att det föreligger en beaktansvärd risk för störning. Även om det nu rör sig om ett enstaka havsörnspar så påverkas därmed förutsättningarna för populationen lokalt och möjligheterna till artens utbredning på Gotland negativt. Uppförande av vindkraftverk i enlighet med ansökan skulle således utgöra ett avsiktligt störande enligt vad som anges i 4 § första stycket 2 artskyddsförordningen.

Mark- och miljödomstolen bedömer inte att det av utredningen i målet, med tillräcklig säkerhet, framgår att något av de enskilda verken kan uppföras utan risk för att havsörnar i området kommer att störas eller skadas genom kollisioner. Mark- och miljödomstolens bedömning är därför att uppförandet av vindkraftverken, både som grupp och som enskilda verk, skulle utgöra ett avsiktligt dödande och störande enligt vad som anges i 4 § första stycket 1 och 2 artskyddsförordningen.

Försiktighetsåtgärder

I syfte att minska risken för kollisioner har bolaget föreslagit att vindkraftverken ska förses med systemet DTBird. Länsstyrelsen har bedömt att systemet DTBird är förbjudet enligt 4 § första stycket 2 artskyddsförordningen eftersom åtgärden utgör ett avsiktligt störande av havsörnarna i området.

Även om det övergripande målet med systemet DTBird är att minska risken för kollisioner är mark- och miljödomstolens bedömning att själva funktionen – att skrämma havsörnarna med ljudsignaler – i sig syftar till att de ska avhålla sig från att vistas i närheten av vindkraftverken. Med beaktande av vindkraftverkens planerade storlek och läge i förhållande till det aktuella havsörnsparrets

fortplantningsområde och flygvägar är mark- och miljödomstolens bedömning att det föreligger en beaktansvärd risk för att systemet kommer att förhindra örnarna från att använda ett område som är av betydelse för dem. En installation av systemet skulle således utgöra ett avsiktligt störande enligt vad som anges i 4 § första stycket 2 artskyddsförordningen

Mark- och miljödomstolen finner inte att de försiktighetsåtgärder, bl.a. begränsning av den period inom vilken byggarbete och installation får ske, som bolaget i övrigt har föreslagit är tillräckliga för att säkerställa att skada och störning enligt 4 § första stycket 1 och 2 artskyddsförordningen inte uppstår.

Föreligger förutsättningar för att meddela dispens från förbudet i 4 § artskyddsförordningen?

Mark- och miljödomstolens bedömning är, enligt vad som angetts ovan, att de åtgärder som omfattas av ansökan om dispens är förbjudna enligt 4 § artskyddsförordningen. Den fråga som mark- och miljödomstolen därmed har att ta ställning till är om det finns förutsättningar för att meddela dispens enligt 14 § artskyddsförordningen.

För att dispens ska meddelas krävs enligt 14 § första stycket 1 artskyddsförordningen att det inte finns någon annan lämplig lösning och enligt 14 § första stycket 2 artskyddsförordningen att dispensen inte försvårar upprätthållandet av en gynnsam bevarandestatus hos artens bestånd i dess naturliga utbredningsområde. Vidare måste dispens behövas av något av de skäl som anges i 14 § första stycket 3 a-f artskyddsförordningen.

Bolaget har gjort gällande att dispens behövs dels av hänsyn till tvingande skäl som har ett allt överskuggande allmänintresse, dels som testprojekt.

Enligt 14 § första stycket 3 c artskyddsförordningen får som skäl för dispens beaktas att dispens behövs av hänsyn till tvingande skäl som har ett allt överskuggande allmänintresse.

Vägledning för tillämpningen av 14 § första stycket 3 c artskyddsförordningen kan hämtas från EU-kommissionens ”Vägledning om strikt skydd för djurarter av intresse för gemenskapen i enlighet med rådets direktiv 94/43/EEG om bevarande av livsmiljöer”, vari det anges att motsvarande bestämmelse i direktivet bl.a. tar upp sådana allmänintressen som folkhälsa, människors säkerhet, sociala eller ekonomiska faktorer, positiv påverkan av stort värde för miljön. Vidare anges att det är allmänna intressen, som bevakas av offentliga eller privata organ, som avses och att verksamhet som enbart ligger i företags eller enskilda personers intressen normalt inte kan komma i fråga. Vidare anges att det inte räcker med vilket allmänt intresse som helst av social eller ekonomisk karaktär, särskilt i förhållande till vikten av de intressen som direktivet skyddar (s 54).

Utbyggnaden av vindkraft i Sverige är en viktig del av samhällets strävan mot en hållbar utveckling och därmed ett angeläget allmänt intresse. Med beaktande av den intresseavvägning som ska göras är dock mark- och miljödomstolens bedömning att den gruppstation som ansökan om dispens avser inte utgör ett sådant projekt som har ett allt överskuggande allmänintresse. Detta trots att det finns ett stort generellt allmänintresse av att bygga ut vindkraften och att nu aktuellt område är utpekad som riksintresse för vindbruk.

Enligt 14 § första stycket 3 d artskyddsförordningen får som skäl för dispens beaktas att dispens behövs för forsknings- och utbildningsändamål.

Bolaget har anfört att systemet DTBird inte tidigare har prövats i Sverige och att det bör ses som ett testprojekt. Mark- och miljödomstolen bedömer dock att bolaget inte har presenterat tillräckligt underlag för hur ett sådant testprojekt skulle gå till och bedömer att det saknas förutsättningar att meddela dispens på den grunden. Inte heller i övrigt har framkommit något skäl för dispens från förbuden i fråga 4 § artskyddsförordningen.

Sammantaget är mark- och miljödomstolens bedömning att det saknas förutsättningar för att bevilja dispens från artskyddsförordningen för uppförande av vindkraftverken, både som grupp och var för sig. Vad bolaget har anfört i sitt överklagande, bl.a. att de föreslagna försiktighetsåtgärderna kommer att förbättra bevarandestatusen för havsörn på Gotland samt att det rör sig om en mindre lokal, föranleder inte någon annan bedömning. Inte heller i övrigt har framkommit skäl för att ändra länsstyrelsens beslut. Överklagandet ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se [domsbilaga 2](#) (DV 427)

Överklagande senast den 21 maj 2014. Prövningstillstånd krävs.

Erika Löwhagen

Ingrid Johansson

I domstolens avgörande har tingsfiskalen Erika Löwhagen, ordförande, och tekniska rådet Ingrid Johansson deltagit. Föredragande har varit beredningsjuristen Gustaf Mark.