

Vägledning om begreppet avsiktligt i 4 § artskyddsförordningen – tillämpning i exemplet vindkraft

I två domar från Mark- och miljööverdomstolen (MÖD) i december 2014 var en central fråga hur begreppet *avsiktligt* i 4 § artskyddsförordningen bör tolkas. Här beskriver Naturvårdsverket sin tolkning av rättsläget som inte bedöms ha ändrats i sak efter domarna.

I två domar från Mark- och miljööverdomstolen (MÖD) i december 2014¹ var en central fråga hur begreppet *avsiktligt* i 4 § artskyddsförordningen bör tolkas. Här beskriver Naturvårdsverket sin tolkning av rättsläget som inte bedöms ha ändrats i sak efter domarna.

Enligt 4 § artskyddsförordningen (2007:845) är det bland annat förbjudet att avsiktligt döda fåglar och de djurarter som är markerade med N/n i bilaga 1 till artskyddsförordningen. Förbudet i 4 § artskyddsförordningen genomför artikel 12 i art och habitatdirektivet (Rådets direktiv 92/43/EEG) vilken i sin tur utgör EU:s genomförande av bland annat Bernkonventionen.

Hur *avsiktligt* ska tolkas i detta sammanhang har uttolkats av EU-domstolen i två domar C-103/00 "Caretta caretta" och C-221/04 "Den spanska uttern". I domen C-221/04 (stycke 71) som hänvisar till den första domen, C-103/00, förtydligar EU-domstolen sin tolkning av begreppet avsiktlighet". För att kravet på avsiktlighet i artikel 12.1 a i art- och habitatdirektivet ska 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." Ingen av domarna nämner något om att en uppenbar likgiltighet för förbuden är ett krav för att detta ska vara fallet. Naturvårdsverket tolkar att rättsläget är som följer med förbudet att avsiktligt fånga eller döda² som exempel:

Det är förbjudet att döda även enstaka exemplar av de skyddade djurarterna när syftet är att döda dem. I fråga om en verksamhet där syftet uppenbart är ett annat än att döda, är det rimligt att det krävs en risk för en påverkan på den skyddade artens bevarandestatus i området för att utlösa förbudet, särskilt i fråga om fåglar. 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 dödande av enstaka individer vara tillräckligt för att påverka bevarandestatusen negativt, medan för vanligare arter krävs att ett större antal individer troligen kommer att dödas för att få samma påverkan.

En annan förutsättning för att kravet på avsiktlighet ska vara uppfyllt är att verksamhetsutövarna känner till att verksamheten eller åtgärden kan påverka en skyddad art, och godtar risken, det vill säga att de söker tillstånd trots att det riskerar att påverka skyddade arters bevarandestatus negativt.³

En verksamhetsutövare som ansöker om att få uppföra vindkraftverk gör inte det i syfte att döda fåglar utan för att utvinna energi. Uppförandet av vindkraftverk i sig

¹ MÖD 2014-12-22 i målen M 4937-14 och M 2920-14

² 4 § 1 punkten artskyddsförordningen

³ MÖD 2015-02-16 i målet M 2630-14 "Örmdalen" och C-221/04 "Den spanska uttern"

innebär enligt Naturvårdsverkets mening inte att det är frågan om ett avsiktligt dödande. Det är den eventuella påverkan på skyddade arters bevarandestatus av vindkraftverken som kan vara otillåten. Verksamhetsutövaren ska enligt 2 kap. 2 § miljöbalken skaffa sig den kunskap som behövs med hänsyn till verksamhetens art och omfattning och detta innefattar att skaffa kunskap om vilken påverkan de sökta verken kan ha på skyddade arter. Enligt 2 kap. 6 § miljöbalken ska även väljas en plats som är lämplig med hänsyn till att ändamålet ska kunna uppnås med minsta intrång och olägenhet för människors hälsa och miljön. Mot bakgrund av detta är det inte tillräckligt att verksamhetsutövaren inte har som syfte att döda skyddade arter. För att verksamhetsutövaren inte ska anses godta risk för dödande krävs även att risken för en påverkan på den skyddade artens bevarandestatus i området är begränsad⁴. Om det är högst sannolikt att en verksamhet kommer att döda de fåglar som omfattas av förbudet i 4 § första stycket 1 artskyddsförordningen och sökanden har insett denna risk och ändå avser att bedriva verksamheten måste det anses som ett avsiktligt agerande⁵.

Enligt 2 kap. 6 § miljöbalken är en lämplig lokalisering en sådan där syftet med åtgärden uppnås med minsta olägenhet för bland annat miljön. Det bör därför bedömas som ett avsiktligt dödande när det jämfört med andra vindparker föreligger en förhöjd kollisionsrisk med verken för känsliga arter. Känsliga fågelarter är sådana som enligt kunskapsprogrammet Vindval bedömts som särskilt känsliga för vindkraft t.ex. rovfåglar. (Se mer i Naturvårdsverkets rapport 6467, Vindkraftens effekter på fåglar och fladdermöss.)

Alla skyddade arter är inte lika utsatta för att dödas eller på annat sätt påverkas negativt av vindkraftverk. Det är för fåglar beroende på flygsätt, förekomst och andra förutsättningar såsom landskapets utformning. I kommissionens vägledning om strikt skydd av djurarter⁶ anges att dödande eller fångst av arterna kan innebära att populationen minskar eller andra indirekta kvalitativa negativa effekter på arternas populationer och att detta kan påverka artens bevarande-status. Det indikerar att det är effekten på populationen snarare än att en enskild individ dödas som är det avgörande. Det är också i linje med direktivets syfte. Det är fågelartens populationsstorlek och status som avgör om det redan vid enstaka dödade individer blir en tydlig negativ effekt på populationen eller om först högre antal ger en sådan effekt.

Problemet är inte etablering av vindkraften, utan var den lokaliseras. Genom att placera verken utanför de rekommenderade skyddsavstånd som finns i t.ex. Vindval och undvika områden med stora tätheter av fåglar och viktiga flygstråk kan vindkraftverk byggas utan hinder av artskyddsbestämmelserna.

⁴ Jämför C-221/04 "Den spanska uttern"

⁵ Jämför MÖD M 2630-14

⁶ Guidance document on the strict protection of animal species of community interest under the Habitats directive 92/43/2007, EU-kommissionen 2007, s. 35 stycke 30