

2968.3.0101

ADVOKATFIRMAN ÅBERG & CO

Mark- och miljööverdomstolen
Svea hovrätt
Endast med e-post

SVEA HOVRÄTT
060208

INKOM: 2017-02-27
MÅLNR: M 6419-16
AKTBIL: 37

M 6419-16, FORSCA – vindkraftanläggning vid Fängsjön och Storsjöhöjden i Sollefteå och Örnsköldsviks kommuner.

FORSCA slutför med detta sin talan i följande avseenden. Vad avser frågan om delområde D och kungsörnsförekomsten hemställer Bolaget om anstånd till den 31 mars 2017. Till stöd för hemställan åberopar Bolaget de skäl som redovisas nedan där Ångermanslands Ornitologiska Förenings (ÅOF) och Naturvårdsverkets (NV) yttranden kommenteras.

Inställning

Bolaget vidhåller sin talan i Mark- och miljööverdomstolen samt bestrider de yrkanden som framställts av motparterna. Det som hittills anförts åberopas.

Berglund och Eriksson, aktbil 3 m.fl., Visser och Sjulund, aktbil 28 samt Nordin, aktbil 15 och 27.

Det som tas upp av Berglund m fl. har i allt väsentligt redan bemötts och kommenterats av Bolaget som hänvisar till det utlåtande som på Bolagets uppdrag sammanställts av Akustikkonsulten i Sverige AB och som gavs in till mark- och miljödomstolen.

Nordins tillkommande synpunkter i aktbil 27 föranleder ingen ändrad inställning från Bolaget.

ÅOF, aktbil 13

Bolaget har i sitt yttrande den 18 oktober 2016 kommenterat ÅOF:s överklagande. Det har därefter inte framkommit någon omständighet som föranleder Bolaget att ändra sin inställning. Inventeringar har genomförts i enlighet med anvisningar som lämnats av företrädare för ÅOF och Kungsörn Sverige (Tomas Birkö).

Beviskravet kan inte ställas högre än till den grad som mark- och miljödomstolen gjort. Bolaget åberopar till stöd för sin inställning avgörandet i målet M 2114-15 den 3 februari

2016 rörande vattensalamandrar och Norrvikens trädgårdar i Båstad¹. Bolaget avser trots sin inställning i fråga om beviskravet att komplettera underlaget för bedömningen såvitt avser kungsörn och har inför nya inventeringsinsatser tagit kontakter med företrädare för kungsörnsintresset för att diskutera metodik mm. Detta är motiv för ett bifall till Bolagets hemställan om anstånd.

Beträffande kungsörnsfrågan hänvisar Bolaget vidare till det som anförs nedan i anledning av NV:s yttrande.

Länsstyrelsen, aktbil 26.

Länsstyrelsen hänvisar främst till synpunkter som framförts tidigare i mark- och miljödomstolen och dessförinnan vid handläggningen hos miljöprövningsdelegationen. Det anförs bl. a att varken verk, vägar eller ledningar ska få anläggas inom delområdena A-D.

Beträffande villkor 25 vidhåller länsstyrelsen att det är nödvändigt eftersom vindkraftparken berör riksintresse rennäring. Länsstyrelsen för vidare ett resonemang rörande förutsättningarna att föreskriva åtgärder för rennäringen som å ena sidan ett enskilt och å andra sidan ett allmänt intresse. Länsstyrelsen anser slutligen rimligt att åtgärderna som anges i villkoren 23 och 24 ska kunna anpassa utifrån det antal verk som får uppföras.

Vad först rör delområdena A-D och vad som där får uppföras menar Bolaget att det generellt får anses märkligt att inget synes ska få anläggas där. Vägar och ledningar har exempelvis ingen sådan påverkan på de genom artskyddsförordningen skyddade intressena och kan således anläggas utan att komma i konflikt med förordningen. Länsstyrelsens inställning går alltför långt sett till ett korrekt rimlighetsavvägande enligt 2 kap miljöbalken. Vad angår uppförande av vindkraftverk godtar Bolaget att några verk inte ska uppföras inom delområdena B och C.

Beträffande villkor 25 vidhåller Bolaget att dess förslag är rimliga sett till rennäringsintressen och det kan inte betecknas som rimligt att Bolaget ska vara beroende av två samebyars godkännande för arbeten också under tid som renar inte befinner sig i området. Bolaget har föreslagit ett väl avvägt villkor, se domen sid 68-70, som skapar ett skydd för renarna när de vistas i de angivna nyckelområdena. Bolaget skyddar genom sitt förslag de viktiga områdena under den tid som renar vistas i området. En rimlighetsavvägning enligt 2 kap 7 § miljöbalken bör visa att villkor 25 medför en alltför så långtgående begränsning för Bolaget. Villkoret medför en osäkerhet om när arbeten kan utföras och försvårar planeringen och upphandlingen. Detta medför i sin tur en påtaglig risk för fördyringar som en uppenbar risk för att projektet överhuvudtaget inte kan genomföras. Bolagets förslag är tillräckligt och tillgodoser såväl behovet av skydd för rennäringen som Bolagets berättigade krav på rimlig förutsebarhet om när arbeten kan utföras.

Vad angår frågan om åtgärder till stöd för rennäringen som ett allmänt intresse hänvisar Bolaget till sina kommentarer i anledning av NV:s synpunkter.

Bolaget noterar att Länsstyrelsen anser det vara rimligt att åtgärder mm till skydd för rennäringen anpassas till det antal verk som slutligen tillåts.

¹ Domen kommenteras i samband med synpunkterna på NV:s yttrande, se nedan.

Voernese sameby och rennäringsen, aktbil 29

Yttrande har inkommit från Voernese sameby i vilket samebyn genom sitt ombud motsätter sig bifall till Bolagets yrkande och yrkar att Bolagets överklagan ska avslås.

Samebyn påpekar att Bolaget inte motsätter sig att olägenheter uppkommer för rennäringsen och att detta måste ses som ostridigt. Bolaget vill därför framhålla att det aldrig påstås att vindkraftparken inte skulle påverka rennäringsen. Det var mot bakgrund av detta ostridiga förhållande som Bolaget ingick ett avtal som samebyn ensidigt bröt genom att överklaga miljöprövningsdelegationens tillståndsbeslut. Genom de av Bolaget föreslagna försiktighetsmått och åtgärderna kommer inverkan på rennäringsen att minimeras och påtaglig påverkan kan undvikas.

Villkor 25

Bolaget vidhåller att villkoret är omotiverat begränsande sett till att renar inte vistas i de berörda områdena under hela vinterbetesperioden. Som nämnts ovan innebär villkoret också en oförutsebarhet som allvarligt riskerar projektets genomförande. De av Bolaget föreslagna villkoren som begränsar Bolagets användning under anläggningsfasen är som försiktighetsmått väl tilltagna.

Bolaget hänvisar vidare till det som anförs i anledning av NV:s yttrande vad avser rennäringsen.

Delområde A och Storsjöhöjden

Samebyn, som i det ingångna avtalet inte hade några invändningar mot projektet, ändrade i miljödomstolen sin inställning och motsatte sig helt etableringen.

Vad avser renarnas nyttjande av exploateringsområdet presenterades vid sammanträdet i mark- och miljödomstolen en dokumentering av GPS positioner. Av denna framgick att delområde A nyttjades i mindre omfattning. Delområde A är vidare endast i begränsad omfattning betecknat som ett nyckelområde för rennäringsen. Mark- och miljödomstolen har såvitt framgår av domsskälerna inte undantagit detta område av hänsyn till rennäringsen, varför det inte kommenteras ytterligare i detta sammanhang.

Beträffande Storsjöhöjden har olägenheterna för rennäringsen och föreslagna försiktighetsmått och åtgärder redovisats i miljökonsekvensbeskrivningen. Påverkan kan inte betraktas som påtaglig och verksamheterna ska med föreslagna försiktighetsmått och åtgärder kunna samexistera. Undantagandet av Storsjöhöjden från all etablering är att se som en alltför ingripande försiktighetsåtgärd sett till förlusten av förnyelsebar energi som följer av undantaget. I detta sammanhang ska framhållas att avtalet med samebyarna Voernese och Vilhelmina Södra visar att vindkraften och rennäringsen ska kunna samexistera i området.

Om Bolagets yrkande om ändring vad avser Storsjöhöjden och delområde A inte vinner bifall ska erbjudna åtgärder mm i villkoren 23 och 24, som Bolaget likaså yrkat, begränsas proportionerligt.

Den av Voernese åberopade rapporten Renar och Vindkraft II, sammanställd av Skarin m fl., har av andra forskare ifrågasatts både vad avser metod som slutsatser. Vid förhandlingen i

mark- och miljödomstolen förelåg den inte i godkänt skick, vilket för övrigt påstods av den vid sammanträdet hörde medförfattaren. Denne tvingades vidgå att påståendet inte stämde. Det har senare framkommit att beställaren Vindval vid två tillfällen refuserade rapporten och till slut valde att inte publicera den. I stället kom den att senare publiceras av Skarins institution vid SLU. Detta bör beaktas vid ett studium av rapporten. Flera vetenskapligt granskade och publicerade artiklar visar också att påverkan inte är så stor som Skarin m.fl. redovisar i sina slutsatser.²

NV, aktbil 35

Bolaget noterar att NV har yttrat sig i två avseenden. Dels framförs synpunkter på bedömningen av rennärningen, dels uttalar sig NV om skyddet för kungsörn.

Rennärningen

I yttrandet lyfter NV frågan om Bolagets *rådighet* över de aktuella områdena och förutsättningarna för Bolaget att överhuvudtaget kunna uppföra vindkraftanläggningen utan att först träffa avtal med berörda samebyar. I yttrandet förs också en diskussion om rennärningen som ett *allmänt* och *enskilt intresse*.

Rådigheten

Vad först avser frågan om rådighet har NV i sitt yttrande kommit till helt fel slutsats beroende på att man inte beaktat de begränsningar som sammanhänger med rätten till vinterbetesmarker. NV:s i yttrandet redovisade inställning leder annars till den orimliga konsekvensen att åtgärder överhuvudtaget inte kan genomföras inom områden där renskötselrätt föreligger med mindre att avtal träffats med rennärningens företrädare.

Renskötselrätten regleras i rennäringslagen (1971:437) och de rättigheter som ingår framgår av 15-25 §§. Av bestämmelserna framgår att renskötseln inte bara omfattar rätt till bete utan också annat som uppförande av arbetshage, stängsel mm inom betesområden. Rätten är dock inte ovillkorlig utan kräver i vissa fall medgivande av berörda markägare. Vad avser andra brukares och markägares rätt att vidta åtgärder inom betesområde föreskrivs i 30 § att åtgärder som medför avsevärd olägenhet för renskötseln inte får vidtas inom åretruntmarker³. Någon motsvarande begränsning finns inte föreskriven för åtgärder inom områden som nyttjas för vinterbeten⁴.

Renskötselrätten är således begränsad på så sätt att åtgärder får utföras inom vinterbetesland även om de medför en avsevärd olägenhet för den enskilda samebyn och något avtal krävs inte. Däremot kan den enskilda samebyn vara berättigad till ersättning och det brukar i praxis föreskrivas åtgärder som begränsar olägenheterna.

NV synes vidare i yttrandet mena att det ligger en oklarhet i det förhållandet att tillstånd enligt 9 kap miljöbalken kan meddelas samtidigt som frågan om ersättning inte reglerats för ianspråktagandet av betesområde. Bolaget menar att den frågan inte aktualiseras sett till renskötselrättens begränsning och att ersättningsbestämmelserna i miljöbalken kan åberopas

² Flydal 2004, Colman 2012 och 2013.

³ Undantag gäller i det fall regeringen förordnat om upphävande av renskötselrätten med stöd av 26 §.

⁴ Bertil Bengtsson (2004) Samerätt- en översikt, sid 61.

av den sameby som anser sig drabbas av olägenheter till följd av en tillståndsgiven vindkraftanläggning.

Sammantaget är frågan om rådigheten till området och dess innebörd inte föremål för prövning. Frågan om tillåtlighet och rätt till ersättning för uppkommande och efter försiktighetsmått och åtgärder kvarstående olägenheter ska i förekommande fall bedömas och regleras utifrån miljöbalkens regler härom.

Rennäringen som allmänt och enskilt intresse

NV:s inställning till de olika intressena är enligt Bolaget alltför snävt sett till de Rennäringens karaktär, de verkliga förhållandena och hur saken hanteras i praxis. Bolaget anser det uppenbart att en förutsättning för skyddet av Rennäringen som ett allmänt intresse, är att det enskilda intresset tillgodoses så att renskötseln kan utövas. Det går alltså inte att särskilja intressena på det sätt som NV vill ge sken av när det gäller försiktighetsmått och andra åtgärder för att renskötseln ska kunna fortsätta. Det bör i detta sammanhang också framhållas att rätten till renbete tillkommer de renskötande samerna som ett kollektiv och att en viss sameby har tillskrivits rätten till visst område är en administrativ tilldelning.

Villkor 25

I kommentaren menar NV att villkoret är skäligt och ändamålsenligt. NV förefaller dock inte ha beaktat att Bolaget föreslagit ett villkor som innebär omfattande hänsynstaganden till Rennäringen när renar finns i området. Bolaget vidhåller, som tidigare anförts, att villkor 25 inte kan anses rimligt sett till den avvägning som ska ske enligt 2 kap 7 § miljöbalken. Det av Bolaget föreslagna villkoret medför ett fullt tillräckligt hänsynstagande.

Område D och skyddet för kungsörn

Bolaget noterar att NV delar den uppfattning som ÅOF givit tillkänna vad avser sannolikheten av ett örnbö vid Nävernäsan och kritiken mot Bolagets inventeringsmetodik och nedlagd inventeringstid.

Såvitt framkommit synes NV yttrande främst grunda sig på det som redovisas i miljökonsekvensbeskrivningen och det som anförts av ÅOF och ÅOF:s bedömningar. Något besök på plats har inte gjorts av företrädare för NV. Synpunkterna i NV:s yttrande ska värderas mot denna bakgrund.

Bolaget får framhålla, att kritiken från ÅOF som NV anslutit sig till, kan förstås vad avser den första inventeringen som lades till grund för miljökonsekvensbeskrivningen. Det ter sig dock märkligt att kritiken kvarstår, eftersom den uppföljande linjeinventeringen helt följde anvisningar lämnade av företrädare för ÅOF och Kungsörnsgruppen. Den utfördes dessutom med deltagande av välrenommerade ornitologer.

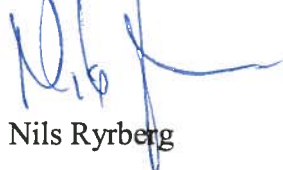
Den omständigheten att ÅOF, efter utfallet av linjeinventeringen och domstolens bedömning, valde att överklaga domen väcker frågor om hur man resonerat inom föreningen när man underkänner den inventering som man de facto rekommenderat. NV:s och ÅOF:s inställning väcker också en befogad fråga om hur stora beviskrav som ska kunna ställas på en verksamhetsutövare i den aktuella situationen? Bolaget, som otvetydigt bär bevisbördan, har i detta fall genomfört inventeringsinsatser utifrån anvisningar från företrädare från det motsatta

intresset och kan inte se hur kravet ska kunna ställas högre än nu skett. Hade en boplats påträffats hade inventeringen varit tillfyllest. För Bolagets företrädare ter det sig nu mer som att man från ÅOF och Kungsörnsgruppen vill värna om ett område som har potential att vara ett bra habitat trots att någon boplats inte kunde påträffas. Bolaget menar att den omständigheten att Nävernäsan skulle kunna vara en lämplig boplats inte utgör grund för att undanta delområde D från utbyggnad. Bolaget vill härvid påtala dels att tänkbara habitat inte är fredade genom artskyddsförordningen och hänvisar också till Mark- och miljööverdomstolens (MÖD) avgörande i målet M 2114-15 den 3 februari 2016. MÖD konstaterar i domskälen att för fredade arter lämpliga habitat inte ovillkorligen skyddas genom artskyddsförordningen och uttalar följande: Fortplantningsområden och viloplatsen ska skyddas även om den enligt förordningen angivna arten inte befinner sig i området vid tidpunkten då en åtgärd genomförs. Det räcker emellertid inte med att konstatera att dessa områden och platser i och för sig är lämpliga utan det krävs att arten regelbundet använder dessa för att åtgärden i fråga inte ska vara tillåten. Miljöerna som sådana skyddas således inte av förbudet i 4 kap 4 § artskyddsförordningen. För att förbudsbestämmelsen ska aktualiseras för den angivna arten krävs att arten finns eller har funnits i det berörda området och att den med en rimlig sannolikhet kommer att återkolonisera den. Kan inte ett regelbundet användande fastställas är fortplantningsområdet eller viloplatsen inte skyddad enligt denna bestämmelse.

Domskälen styrker enligt Bolagets uppfattning i dess uppfattning att beviskravet uppfyllts genom de utförda inventeringarna, i synnerhet genom den senare linjeinventeringen. De styrker också att området inte ska åtnjuta ett sådant skydd som ÅOF och NV hävdar.

Inom Bolaget är man till skillnad från ÅOF och NV övertygade om att något kungsörnsbo inte förekommer vid Nävernäsan och en ytterligare uppföljande inventering har initierats och kommer att påbörjas inom de närmaste dagarna eller veckorna. Inventeringen sker också mot bakgrund av Bolagets generella åtagande att inte uppföra vindkraftverk inom två km från kungsörnsbon. Inventeringen kommer att föregås av nya kontakter med företrädare för ÅOF och Kungsörn Sverige. Mot denna bakgrund hemställer Bolaget om anstånd med slutförandet i fråga om kungsörn.

Stockholm den 27 februari 2017



Nils Ryrberg