

Svea hovrätt
Mark- och miljööverdomstolen
Box 2290
103 17 Stockholm

ÖVERKLAGANDE; nu utvecklande av grunderna

M 6960-14

Favonius AB ./, Kammarkollegiet m.fl.

Bolaget får till utvecklande av grunderna för överklagandet och skälen för prövningstillstånd anföra följande. Numreringen följer löpande numreringen i överklagandet.

3 GRUNDERNA FÖR ÖVERKLAGANDET

3.1 Mark- och miljödomstolen har gjort en felaktig bedömning av den ansökta verksamhetens tillåtlighet. Mark- och miljödomstolen har således

- i. felaktigt bedömt att det föreligger risk för påverkan på torsk under drifttiden;
- ii. gjort en felaktig bedömning av verksamhetens påverkan på tumlare och tillåtlighet i förhållande till artskyddsförordningen;
- iii. bedömt den ansökta verksamhetens samhällsekonomiska nytta i strid med 11 kap. 6 § miljöbalken; och
- iv. underlåtit att beakta att gällande detaljplan inte utgör hinder för bifall till ansökan om uppförande av verk med totalhöjden upp till 190 m.

4 UTVECKLANDE AV GRUNDERNA

4.1 Verksamhetens påverkan på torsk och torskleken

4.1.1 Bedömningen av verksamhetens påverkan på det hotade torskbeståndet i Kattegatt har varit av högsta prioritet i Bolagets arbete inför och under tillståndsprövningen. Det underlag som Bolaget låtit ta fram för mark- och miljödomstolens bedömning av frågan har varit synnerligen omfattande och av högsta vetenskapliga kvalitet. Underlaget består av följande huvuddelar:

Bil. C30 – Riskbedömning för torsk vid Kattegatt Offshore:

En analys av verksamhetens påverkan på torskbeståndet utifrån en etablerad metod för ekologisk riskbedömning där man skiljer mellan sannolikheten för påverkan och konsekvenserna av en eventuell påverkan. Risken utgörs av produkten av sannolikheten och konsekvenserna. Metoden utgör ett strukturerat och transparent sätt att bedöma potentiell miljöpåverkan utifrån ett mångfacetterat informationsunderlag med skiftande osäkerhetsnivåer.

Bil. C44 – Jämförelse av effekterna på torsk vid pålning med dämpning respektive utan dämpning:

En utvärdering av ljuddämpande åtgärder i samband med pålning i förhållande till effekten på torskbeståndets återväxt. Utvärderingen baseras på en etablerad metod inom probabilistisk riskbedömning, s.k. Monte Carlo-simulering.

Bil. C45 – Sammanfattning av nytillkommet informationsunderlag för torsk och vindkraft

En sammanställning av innehållet och slutsatserna i ett stort antal vetenskapliga publikationer och rapporter från befintliga havsbaserade vindkraftparker som tillkommit under senare år och som bidragit till väsentligt ökat kunskapsläge om effekterna av havsbaserad vindkraft på torsk.

Bil. C46 – Assessing ecological risks of offshore wind power on Kattegat cod

En vetenskaplig studie, där riskbedömningen enligt bil. C30 har vidareutvecklats, publicerad i den väl ansedda internationella tidskriften Renewable Energy. Artikeln utgör del av en doktorsavhandling om ekologisk riskbedömning av havsbaserad förnybar energi vid Chalmers tekniska högskola.

Bil. C47 – Bemötande av länsstyrelsens sakkunnigutlåtande angående torsk

En sammanställning över studier som motsäger hypotesen att stor torsk till skillnad från liten torsk skulle påverkas negativt av vindkraft. I bemötandet berörs även

frågan om påverkan från driftsljudet på torskens kommunikation och påverkan av fritidsfiske i vindkraftparken.

Genom underlaget ovan har Bolaget sammanfattningsvis visat följande:

- Eventuell pålning i samband med anläggande av vindkraftparken utgör den enda påverkansfaktorn att beakta i förhållande till Kattegattorsken;
- Bolagets åtagande om att inte utföra pålning under lekperioden säkerställer att risken för påverkan under anläggningsfasen uteblir;
- Driftfasen medför ingen påverkan på torskbeståndet;
- Torsk aggregeras till fundamenten och dess erosionsskydd (s.k. reveffekt som gynnar torsken).

4.1.2 Samtliga slutsatser ovan bekräftas i den sakkunnigutredning som Länsstyrelsen i Västra Götalands län författat på uppdrag av Havs- och Vattenmyndigheten och Kammarkollegiet.

4.1.3 I sakkunnigutredningen återfinns emellertid även som hypotes att "torsk över en viss storlek kanske inte drar nytta av det relativa skyddet vid vindkraftverksstrukturerna och erosionsskydd eller den från omgivningen något avvikande födosammansättningen. Därmed kan påverkan från ljudet som alstras vid driften inte kompenseras av fördelarna med den från omgivande bottnar avvikande miljön för dessa stora individer. I stället för att de tolererar driftljudet undviks det."

4.1.4 Mark- och miljödomstolen har haft att väga vad som anförts av länsstyrelsens utredare mot de uppgifter som Bolaget presenterat i målet och att ta ställning till om det utifrån det samlade underlaget finns anledning att befara att just stor torsk (>45 cm) kommer att undvika driftljudet. Inför denna bedömning har Bolaget i bemötandet, refererad som C47 ovan, påtalat att länsstyrelsens utredare inte beaktat en nyare vetenskaplig studie från 2013 som tydligt motsäger länsstyrelsens hypotes (se Reubens et al nedan). Bolaget har vidare gjort domstolen uppmärksam på att anledningen till att flera telemetribaserade studier av torsk i vindkraftsområden utförts endast på liten torsk är att det varit svårt att fånga stor torsk, vilket kan förklaras av att stora individer tyvärr är sällsynta idag på grund av intensivt fiske.

4.1.5 Vid sin värdering av vad parterna anfört i frågan har mark- och miljödomstolen funnit att de "få" av Bolaget refererade undersökningarna som tyder på att en undvikandereaktion hos stor torsk inte tycks förekomma inte förändrar domstolens bedömning att en sådan ändå kan befaras. De undersökningar som mark- och miljödomstolen härvid refererar till (och som domstolen inte anser överbevisa

utredarens spekulationer kring undvikandeeffekten) består av två vetenskapligt publicerade studier beskrivna av Bolaget i bemötandet C47.

- 4.1.6 Den första studien utgörs av en vetenskapligt publicerad studie av Bergström et al (2013) som bygger på omfattande studier vid Lillgrund vindpark och som visar att den reveffekt som anlockar torsk till vindkraftfundamenten är **större** för köns mogen torsk än för liten torsk. Den andra studien är en belgisk vetenskapligt publicerad studie av Reubens et al (2013) som visar att det saknas skillnad i tillväxt, kondition och födosammansättning mellan torsk fångad vid vindkraftfundament (Thorntornbank) i jämförelse med torsk fångad i referensområden. Båda dessa av Bolaget refererade vetenskapliga studier **visar tydligt** att hypotesen att stor torsk till skillnad från liten torsk undviker eller tar skada av vindkraftverk är felaktig (att hypotesen överhuvudtaget kommit med förklaras av att den sakkunnige missat den senaste vetenskapliga studien).
- 4.1.7 Av det ovan sagda framgår att det saknas grund att befara att stor torsk skulle undvika vindkraftverken under lektiden och att mark- och miljödomstolens slutsats om motsatsen således är felaktig.
- 4.1.8 En intressant fråga i sammanhanget är vidare (rent teoretiskt) **vilken betydelse för torskbeståndet** förekomsten av en sådan undvikandereaktion skulle ha. Inledningsvis kan konstateras att mark- och miljödomstolen förefaller bortse ifrån att torsk lek sker i stim på öppet vatten och inte ansamlat kring födosöksområden såsom rev och vindkraftsfundament. Vidare skriver mark- och miljödomstolen på s. 53 i domen att den storvuxna torsken befaras undvika **området**. Detta utgör en felaktig beskrivning av räckvidden för ett eventuellt undvikandebeteende. Det maximala avståndet inom vilket flyktbeteende hos torsk kan uppstå är **10 meter**. Däremot är en eventuell maskering av kommunikation genom driftljudet teoretiskt möjligt inom **100 meters** avstånd (dock endast vid höga vindstyrkor). Den sammanlagda ytan som teoretiskt skulle kunna exponeras för maskering motsvarar ca 7 % av det ansökta området, som i sin tur berör en försvinnande liten del av torskens lek område i Kattegatt. Mark- och miljödomstolens resonemang om att ett eventuellt undvikandebeteende kan försvåra eller *omintetgöra* Kattegattorskens återhämtning är redan mot denna bakgrund uppenbart ogrundad.
- 4.1.9 Torsk använder läten för att kommunicera mellan varandra under konfrontation och under lek. Under leken sker kommunikationen över korta avstånd (ett par meter). Att undersöka vilken risk för påverkan driftljudet kan medföra på lekande torsk kommunikation har således utgjort en central del av den riskbedömning som Bolaget tagit fram inför ansökan. Av den vetenskapligt granskade och publicerade riskbedömningen (Bil. C46) framgår att endast en marginell andel av den lekande torsken, maximalt 0,1 %, kan exponeras för någon grad av maskering. Slutsatsen i riskbedömningen är följaktligen att påverkan under driftfasen i form av maskering **inte** utgör någon risk för torskbeståndets tillväxt.

WISTRAND

- 4.1.10 Sammanfattningsvis kan konstateras att Bolaget i målet visat att varken verksamhetens anläggning eller dess drift kommer att medföra någon negativ påverkan på torskbeståndet i Kattegatt. Verksamheten är följaktligen tillåtlig i förhållande till denna art.

4.2 Verksamhetens påverkan på tumlare

- 4.2.1 Mark- och miljödomstolen har funnit att verksamheten inte är tillåtlig i förhållande till tumlaren. Mark- och miljödomstolens bedömning bygger på två felaktiga antaganden:

- Felaktigt antagande om vilken verksamhet Bolagets ansökan omfattar.
- Felaktigt antagande om vilken påverkan ev. pålning såsom denna beskrivits av Bolaget kan medföra för tumlarpopulationen i Kattegatt-Bälthavet-Öresund.

4.2.2 Verksamhetens tekniska utformning

- 4.2.2.1 I mark- och miljödomstolens domskäl anges att Bolaget skulle ha vidhållit monopilefundament som sitt huvudalternativ. Detta påstående är inte korrekt.

- 4.2.2.2 Av Bolagets tillståndsansökan från maj 2012 framgår följande om verksamhetens tekniska utformning:

- Vindkraftverk står på fundament som **antingen** är fristående **eller** fast förankrade i botten.
- **Vanligaste typen** av fundament är monopile, följt av gravitationsfundament och fackverksfundament.
- Inom det ansökta området kan det bli aktuellt att använda olika typer av fundament för olika delar av området. **Med dagens teknik** bedöms det mest lämpligt med en kombination av monopile- (djup under 25 meter) och fackverksfundament (djup över 25 meter).
- **Slutligt val av fundament** kommer att ske **efter en detaljerad geoteknisk utredning** för varje aktuell verksplats.

- 4.2.2.3 Dessa grundläggande förutsättningar för verksamhetens anläggningsfas kvarstår oförändrade.

- 4.2.2.4 I storleksordningen 76 % av samtliga havsbaserade vindkraftparker i Europa har fundament som etablerats med monopilepålning (per 2013). Monopilepålning utan vidtagande av dämpningsåtgärder utgör samtidigt den etableringsmetod som ger

upphov till den största omgivningspåverkan i form av kraftiga undervattensljud. Att etablering av fundament genom monopile har fått störst utrymme i miljökonsekvensbeskrivningen framstår mot denna bakgrund som självklart. Av remissmyndigheternas yttranden inför huvudförhandlingen i målet har dock framgått att Bolagets principiella inställning till frågan på vilket sätt vindkraftsfundamenten etableras på havsbotten och hur detta ska regleras inom ramen för tillståndsprövningen har missuppfattats. Bolaget har därför i yttrandet den 16 april 2014 uttryckligen förtydligat sin inställning i teknikfrågan, som kan sammanfattas enligt följande:

- Utgångspunkten för all redovisning av den ansökta verksamhetens omgivningspåverkan i miljökonsekvensbeskrivningen är det s.k. worst case-scenariot. Detta innebär att omgivningspåverkan redovisas utifrån den påverkan som ansökt tillståndsram som mest kan medföra. Detta sätt att redovisa innebär **inte** ett ställningstagande från Bolagets sida om hur parken kommer att anläggas.
- Den ständigt pågående teknikutvecklingen kring anläggande av vindkraftsfundament till havs påverkar löpande såväl bedömningen av vad som utgör bästa tillgängliga teknik på området som kostnadsförhållandena mellan olika metoder. Beaktat dessa förutsättningar är det direkt olämpligt att långt före detaljprojekteringen specificera det närmare tekniska utförandet av anläggningsfasen. En sådan låsning till viss metodik eller teknik skulle riskera att försvåra uppfyllandet av kravet på bästa möjliga teknik utifrån vad som med beaktande av 2 kap. 7 § MB är rimligt och därför även kunna leda till en begränsning av verksamhetens övergripande samhällsnytta.
- Det är väsentligt att det för verksamheten föreskrivs villkor som är teknikneutrala och inriktade på det som villkor är avsedda att åstadkomma, dvs. den nivå av skydd för människors hälsa och miljön som behöver råda vid etablering och drift av verksamheten. Villkor ska med andra ord vara effektinriktade istället för att förutsätta en specifik teknik eller tillvägagångssätt.
- Bolaget har inga invändningar mot att genomförandet av anläggningsfasen underkastas den närmare reglering som bedöms motiverad. Det underlag som krävs för att en sådan reglering kan bli ändamålsenlig kommer att bli tillgängligt under detaljprojekteringsfasen. Bolaget har därför föreslagit att tillståndet förenas med följande villkor:

Bolaget ska i god tid före byggstart inkomma till tillsynsmyndigheten med en detaljerad projekteringsplan innehållande en beskrivning av det

WISTRAND

tekniska utförandet av etableringsfasen tillsammans med angivande av de skyddsåtgärder och försiktighetsmått som Bolaget avser att vidta i samband med anläggandet av vindkraftparken.

- 4.2.2.5 Såsom framgår ovan omfattar Bolagets ansökan samtliga i ansökan beskrivna anläggningsmetoder, således även gravitationsfundament. Att så är fallet framgår tydligt bl.a. av att det i Bolagets ansökan föreslås skyddsåtgärder och villkor vars relevans förutsätter att gravitationsfundament kommer att användas i hela eller delar av parken (villkor 4 enligt ansökan, sedermera sammanförd med villkor 2 till ett generellt villkor med samma innebörd). I sammanhanget kan förtydligas att någon väsentlig förändring av de ekonomiska förutsättningarna för vindkraftparkens anläggningsfas enligt Bolagets bedömning inte kan förväntas oavsett om parken anläggs med dämpad monopilepålning eller med gravitationsfundament. Mark- och miljödomstolens missuppfattning kring Bolagets avsikter om vindkraftparkens anläggningsteknik kan måhända förklaras dels utifrån det fokus som frågan om monopilepålningens omgivningspåverkan kommit att få i målet, dels på grund av den ovan beskrivna angelägna strävan hos Bolaget att undvika låsningar till visst tekniskt utförande som kan förhindra att vindkraftparken anläggs i enlighet med den vid tidpunkten för detaljprojekteringen rådande bästa möjliga teknik.
- 4.2.2.6 Mark- och miljödomstolens felaktiga antagande om Bolagets avsikter kring vindkraftparkens anläggningsteknik har medfört att mark- och miljödomstolen inte gjort någon ingående prövning av förutsättningarna att meddela ett tillstånd till verksamheten där den av mark- och miljödomstolen förkastade metoden för anläggande – pålning – förbjuds. Mark- och miljödomstolen har vidare underlåtit att ta ställning till det av Bolaget föreslagna villkoret om redovisning av detaljerad projekteringsplan som möjliggör att hänsyn tas till pågående teknisk utveckling inom ramen för den omgivningspåverkan som prövats genom tillståndet.
- 4.2.3 ***Bolagets åtagande om skyddsåtgärder***
- 4.2.3.1 Det får inledningsvis framhållas att Bolagets förhållningssätt har under hela ansökningsförfarandet varit att utifrån ett vetenskapligt perspektiv utreda och bedöma riskerna och konsekvenserna av verksamheten. Bolaget har föreslagit ett stort antal skyddsåtgärder som ska iakttas vid verksamheten samt tillhandahållit mark- och miljödomstolen ett omfattande underlag för domstolens bedömning av frågan om ytterligare skyddsåtgärder är motiverade. Bolaget har härvid utgått ifrån att mark- och miljödomstolen sätter sig in i allt underlagsmaterial och föreskriver, efter en avvägning av vad parterna i målet anfört, de villkor som ska iakttas vid anläggande, drift och avveckling av verksamheten.
- 4.2.3.2 Bolaget har redogjort för verkningsfulla ljuddämpningsåtgärder som kan vidtas i samband med pålning samt visat att de är tillgängliga och ekonomiskt rimliga. De i målet beskrivna metoderna fungerar och används vid utbyggnaden av havsbaserad vindkraft i andra länder. På grund av att tillståndsprövningen, fram till kort före

huvudförhandlingen, i stor utsträckning fokuserat på anläggningsfasens påverkan på torsken har de redovisade ljuddämpningsåtgärderna utvärderats framförallt i förhållande till deras effektivitet att minska påverkan på torsk. Vad gäller tumlare är bedömningen likvärdig med det tillägget att även s.k. bubbelridåer kan antas vara verkningsfulla.

- 4.2.3.3 Havs- och vattenmyndighetens och Kammarkollegiets representant i tumlarfrågan har vid huvudförhandlingen målat upp ett antal scenarier om hur tumlaren kan komma att påverkas av verksamhetens anläggningsfas. Den presenterade beskrivningen av tumlarens störningskänslighet som mark- och miljödomstolen i stort sett citerar i domskälen (s. 57) framstår som kraftigt överdriven, inte minst utifrån att etableringsområdet inte utgör ett område av något särskilt värde för tumlare och med beaktande av att tumlare tillhörande den aktuella populationen (Kattegatt-Bälten-Öresund) uppenbarligen förekommer där i höga tätheter i områden som är utsatta för betydande antropogena ljud (t.ex. i den trånga passagen i Öresund och vid Stora Middelgrund, som utgör ett Natura 2000-område för tumlaren, strax intill en frekvent trafikerad farled). Flertalet av de vid förhandlingen presenterade teoretiska antaganden om påverkan går enligt Bolagets bedömning dock varken att bevisa eller motbevisa på ett vetenskapligt godtagbart sätt på grund av den generella kunskapsbrister kring om, och i så fall vilken, betydelse olika påverkansfaktorer har för tumlarbeståndet.
- 4.2.3.4 För att säkerställa att verksamhetens etablering inte medför någon påverkan på tumlarbeståndet har Bolaget därför åtagit sig att använda ljuddämpande åtgärder för det fall att en eller flera av vindkraftsfundamenten anläggs med monopilepålning. Detta åtagande presenterades av Bolaget under huvudförhandlingens tredje och sista dag. I samband med presentationen lämnade Bolaget in en beräkning som visar de effekter som en minskning av källjudet från pålning medför. Ljudutbredningsberäkningen är utförd av Martin Almgren på ÅF Ingemansson, en av Sveriges ledande akustiker, och utgår från forskning som visar de ljudnivåer där tumlare reagerar på ljud från pålning.
- 4.2.3.5 Det faktum att Bolaget genom åtagandet om ljuddämpning **helt uteslutit** det s.k. värsta fall-scenariot som från motparterna framställts som kontroversiellt framgår inte av domstolens avgörande, lika lite som vilka överväganden domstolen gjort utifrån den vid förhandlingen inlämnade ljudutbredningsberäkningen. Däremot skriver mark- och miljödomstolen att Bolagets åtagande till dämpningsåtgärder skulle vara oklart. Denna beskrivning kan inte förstås på annat sätt än att domstolen inte beaktat Bolagets åtagande om skyddsåtgärd i form av ljuddämpande åtgärder och den betydande begränsning av påverkansområdet som denna åtgärd bevisligen medför. Att domstolen bortsett från effekterna av dämpningsåtgärder framgår tydligt även av att domstolen i sin bedömning av störningsrisken uttryckligen hänvisar till myndigheternas redovisning i målet. I sammanhanget kan noteras att företrädare för Kammarkollegiet eller myndigheternas representant i tumlarfrågan inte längre

WISTRAND

var närvarande vid huvudförhandlingen då Bolaget genomförde sin presentation i frågan.

- 4.2.3.6 Mark- och miljödomstolen har således bedömt anläggningsfasens tillåtlighet utifrån en värsta möjliga påverkansgrad som inte längre är relevant. Bedömningens bristande relevans kan jämföras med en prövning av kväveoxidhalter från en utsläppskälla utan att beakta att sökanden har åtagit sig att installera katalysatorrening i utsläppskällan.
- 4.2.3.7 Såsom framgår ovan har Bolaget under huvudförhandlingen visat att verksamhetens anläggningsfas inte kommer att medföra någon risk för negativ påverkan på tumlare om samtliga de av Bolaget åtagna skyddsåtgärder vidtas. För att komplettera det skriftliga underlaget i frågan har Bolaget begärt ett sakkunnigutlåtande från Danmarks Nationale Center for Energi og Miljø (DCE) vid Århus Universitet. DCE utför oberoende forskning och rådgivning på miljöområdet i Danmark och utomlands. Sektionen för havslevande däggdjur har funnits ända sedan 2002, då de första stora havsbaserade vindparkerna började byggas i Danmark. Medarbetarna vid DCE har deltagit vid konsekvensbedömningar och övervakningsprogram kring ett stort antal havsbaserade vindkraftsparker. De har medverkat eller helt legat bakom majoriteten av de forskningsrapporter Havs- och vattenmyndighetens och Kammarkollegiets representant i tumlarfrågan har hänvisat till i målet. Sakkunnigutlåtandet har författats av Jakob Tougaard som är seniorforskare inom marin bioakustik och en av de mest framstående experterna på hur tumlare påverkas av undervattensljud, t ex från vindkraftetableringar till havs. Av sakkunnigutlåtandet, som bifogas som **Bilaga 1**, framgår sammanfattningsvis följande.
- Undervattensbuller från vindkraftetablering kan påverka tumlare genom främst hörselnedsättning (tillfällig eller permanent) eller genom beteendepåverkan som leder till undvikande av området.
 - Magnituden av påverkan beror framförallt på vald fundamentstyp. Pålning av monopile och fackverksfundament utgör en kraftig, om än tillfällig, påverkan på tumlare medan anläggning av gravitationsfundament medför avsevärt mindre påverkan.
 - Flertalet studier indikerar att tumlare reagerar negativt på pålningsljudet på minst 20 km:s avstånd från pålningen.
 - Flertalet studier visar samstämmigt att beteendeförändringar är tillfälliga, dvs. att tumlare återvänder till ett område där pålning genomförts. Återvändandetiden varierar mellan några timmar till någon dag efter avslutad pålning.

WISTRAND

- Flertalet undersökningar som omfattat såväl anläggnings- som driftfasen visar att det finns övervägande sannolikhet att någon långtidspåverkan på tumlarbeståndet från vindkraftparker inte uppkommer. Resultatet från en av dessa undersökningar, undersökningen avseende Nysted vindkraftpark – anlagd med gravitationsfundament – är behäftat med flera möjliga felkällor och kan inte användas som stöd för motsatsen (Bolaget noterar i sammanhanget att mark- och miljödomstolen anser studien **visa** att "mer eller mindre bestående" förändringar av tumlarförekomsten kan uppkomma, vilket således utgör en felaktig bedömning av undersökningens värde).
- I studien från vindkraftparken Egmond aan Zee utanför Hollands kust har det konstaterats högre tumlartäthet i vindparksområdet efter anläggningsfasen jämfört med före. Denna ökning antas bero på bättre tillgång till föda inne i parken på grund av reveffekten men kan också bero på att vindkraftparken utgör ett skydd för tumlare från sjöfarten och fisket.
- De negativa effekterna av undervattensljud kan begränsas på tre olika sätt:
 1. **Begränsning av källjudet** är det effektivaste sättet att minska undervattensljudet och sker antingen genom att använda andra typer av fundament än monopile eller genom att installera monopile med alternativa metoder (t.ex. s.k. vibro-piling).
 2. **Dämpning av ljudet** kan åstadkommas genom att använda bubbelridåer, kofferdam eller andra avskärningsmetoder. Vid användande av t.ex. bubbelridåer bedöms avståndet för undvikandeteendet reduceras till **under 10 km** från pålningen.
 3. **Begränsning av det mottagna ljudet** går ut på att det säkerställs, t.ex. genom användande av tumlarpinger, sälskrämmor och ramp-up pålning, att tumlare inte uppehåller sig i närheten av fundament under pålningen. Metoden reducerar således inte avståndet för undvikandebeteendet men utgör däremot ett effektivt sätt att minska risken för både tillfällig och permanent hörselnedsättning.

4.2.3.8 Bolaget har i ansökan åtagit sig att tillämpa de i punkten 3 angivna och i sammanhanget vedertagna tumlarpingers och sälskrämmor samt att använda sig av ramp up-metoden som innebär att pålningen inleds med svaga slag för att sedan successivt övergå till starkare slag. Därtill har Bolaget i samband med förhandlingen åtagit sig att vidta dämpningsåtgärder (dvs. punkten 2) i samband med ev. pålning av monopile. Det kan därtill påpekas att så som Bolaget utformat sin ansökan har mark- och miljödomstolen varit oförhindrad att vid behov föreskriva om ytterligare

WISTRAND

skyddsåtgärder enligt punkten 1 ovan eller utvidga Bolagets åtagande om dämpning till att omfatta även andra typer av pålar än monopile.

- 4.2.3.9 Innehållet i Tougaards sakkunnigutlåtande bekräftar att dämpning av påningsljudet utgör ett effektivt sätt att begränsa verksamhetens omgivningspåverkan på tumlare. Med tillämpning av denna skyddsåtgärd, särskilt i kombination med skyddsåtgärder enligt punkten 3 ovan, är det således säkerställt att vindkraftfundamenten kan anläggas även med ev. pålning utan att det medför risk för temporär eller permanent hörselnedsättning hos tumlare.
- 4.2.3.10 Den lokala påverkan i form av tillfällig undflyendereaktion som kan förväntas kvarstå från verksamhetens etablering för det fall att pålning med skyddsåtgärder utförs begränsas till en radie av mindre än 10 km. Av det sagda följer att någon risk för påverkan på de för tumlare utpekade Natura 2000-områdena Stora Middelgrund och Lilla Middelgrund inte kan, ens teoretiskt, komma att uppstå på grund av att avståndet till båda dessa områden uppgår till så långt som lägst ca 20 km. Den fråga som återstår är om det finns grundad anledning befara att förekomsten av denna undflyendereaktion i samband med vindkraftparkens anläggning kan påverka tumlarbeståndets bevarandestatus negativt.
- 4.2.3.11 Mark- och miljödomstolen skriver att även störning som kan drabba ett begränsat antal individer har sådan betydelse för populationen att den omfattas av förbudet i 4 § artskyddsförordningen. Även bortsett från att mark- och miljödomstolen inte beaktat betydelsen av Bolagets åtagande om dämpning har domstolen under alla förhållanden tillämpat artskyddsförordningens förbud mot störning (4 § 2 p artskyddsförordningen, SFS 2007:845) på ett sätt som är relevant endast i förhållande till arter med avsevärt högre hotstatus (exempelvis tumlaren i Östersjön som tillhör hotkategorin "akut hotad" och som utgör en egen population skild från tumlaren i Kattegatt-Bälthavet-Öresund). En sådan tillämpning av artskyddsförordningens fridlysningsbestämmelser i nu förevarande fall är oförenlig såväl med syftet i det bakomliggande art- och habitatdirektivet (rådets direktiv 92/43/EEG) som vägledningen i Naturvårdsverkets handbok för artskyddsförordningen (2009:2).
- 4.2.3.12 Det är känt att tumlare är snabba simmare som rör sig över stora områden i havet. Det saknas kännedom om det totala antalet tumlare i Kattegatt-Bälthavet-Öresund men såvitt känt kan beståndet uppskattas till i storleksordningen 20 000 individer¹. Att det skulle finnas någon risk för påverkan på beståndet genom att ett begränsat antal tumlarindivider tillfälligt simmar bort från platsen för anläggningsarbetena – som dessutom inte utgör område av något särskilt värde för det aktuella tumlarbeståndet – får mot denna bakgrund och även med beaktande av försiktighetsprincipen bedömas vara helt uteslutet.

¹ Länsstyrelsen Västra Götalands län, Tumlare i Kattegatt, PM i mål 2036-12 angående anläggande och drift av en havsbaserad vindkraftpark utanför Falkenberg, Kattegatt Offshore

- 4.2.3.13 Sammanfattningsvis kan konstateras att Bolaget har visat att varken verksamhetens anläggning eller dess drift kommer att medföra någon negativ påverkan på tumlarbeståndet i Kattegatt-Bälthavet-Öresund. Verksamheten är följaktligen tillåtlig i förhållande till denna art.

5 SAMHÄLLSEKONOMISK TILLÅTLIGHET

- 5.1 Klimatpåverkan är vår tids största utmaning. Så sent som i början av denna månad har det i årsrapporten från WMO, Meteorologiska världsorganisationen, slagits fast att växthusgaser i atmosfären når nya rekordnivåer. Enligt WMO:s rapport kommer de samlade koldioxidhalterna mycket snart att passera ett symboliskt viktigt steg om 400 ppm samtidigt som världshaven, som absorberar utsläppen, är mer försurade än någonsin. Såsom framhålls av WMO leder mer koldioxid i vatten till ökad försurning vilket i sin tur på sikt allvarligt kan förändra ekosystemen i oceanerna. WMO framhåller att denna trend måste brytas genom att begränsa utsläppen av koldioxid och andra växthusgaser över hela linjen.²
- 5.2 Insikt om klimatförändringen utgör grunden för Sveriges ambitiösa åtaganden om att bidra till den globala minskningen av utsläpp av växthusgaset. Riksdagen har en tydligt uttalad målsättning att förnybara energikällor ska främjas. Utbyggnaden av vindkraft både på land och till havs utgör en viktig del av denna målsättning. Genom denna inriktning i Sverige är den övergripande samhällsnytto- och bedömningen av vindkraft redan gjord.
- 5.3 Enligt 11 kap. 6 § miljöbalken får en vattenverksamhet bedrivas endast om dess fördelar från allmän och enskild synpunkt överväger kostnaderna samt skadorna och olägenheterna av den. Av förarbetena till 11 kap. 6 § miljöbalken framgår att syftet med denna tillåtlighetsregel är att hindra vattenverksamhet som inte är samhällsekonomiskt motiverad och utrymme lämnas för en förhållandevis fri och därmed mångsidig bedömning av vattenverksamheten.³ Det handlar således om en samhällsekonomisk bedömning och inte en företagsekonomisk bedömning.
- 5.4 Området för vindkraftsparken har stöd i den kommunala planeringen och utgör till stora delar riksintresse för vindbruk. Den ansökta verksamheten kan således redan som utgångspunkt antas bidra till en betydande samhällsnytta. Avvägningen kring den samhällsekonomiska tillåtligheten bör enligt Bolagets mening därför huvudsakligen gå ut på att säkerställa att de negativa effekterna av verksamheten inte överstiger den nytta som samhället bestämt att vindkraft har. Ett sådant förhållningssätt till samhällsnytto- och bedömningen framgår tydligt även i slutbetänkandet i Vattenverksamhetsutredningen, SOU 2014:35, där det framgår att prövning enligt 11 kap. 6 § miljöbalken ska leda till **samma resultat** som redan

² <http://www.di.se/artiklar/2014/9/9/vaxthusgaser-nar-nya-rekordnivaer/> och <http://www.smhi.se/forskning/forskningsnyheter/koldioxidhalten-okar-snabbare-i-atmosfaren-1.77799>

³ Prop. 1979/98:45 del 2 s. 129

följer av de allmänna hänsynsreglerna och hushållningsreglerna i 2-4 kap. miljöbalken. Vattenverksamhetsutredningen föreslår att 11 kap. 6 § miljöbalken upphävs eftersom den bl.a. medför **en omotiverad skillnad** i prövningsformaliam mellan miljöfarlig verksamhet och vattenverksamhet. Utredningens slutbetänkande överlämnades till Regeringen den 4 juni 2014.

- 5.5 Mark- och miljödomstolen har underlåtit att göra en allsidig avvägning av verksamhetens samhällsekonomiska nytta i enlighet med 11 kap. 6 § miljöbalken. Domstolen har istället bedömt att en första förutsättning för att vattenverksamheten ska anses tillåtlig är att intäkterna från verksamheten kan förväntas överstiga kostnaderna. Denna utgångspunkt leder till en felaktig bedömning av den ansökta verksamhetens samhällsekonomiska tillåtlighet.
- 5.6 Den beräknade produktionen kan, beroende på parkens slutliga utformning, uppgå till hela 700 GWh per år. Verksamhetens bidrag till elproduktionen i elprisområde 4 är således betydande. Vilket värde ett betydande eltillskott och ökad försörjningssäkerhet i elprisområde 4 ska sättas kan inte anges exakt. Av Miljööverdomstolens dom den 14 november 2000 i mål M 8879-99 framgår dock att en höjd elförsörjningssäkerhet i södra Sverige ska värderas **mycket högt**. Verksamheten bidrar vidare till omfattande besparing av utsläpp till luft. Denna besparing har i målet beräknats till 415 miljoner kronor per år och överstiger således vida kostnaderna hänförliga till vattenverksamheten. Övriga fördelar som ska beaktas vid den samhällsekonomiska bedömningen utgörs bl.a. av det skydd som verksamheten medför för torskens reproduktionsområde, ökad sysselsättning och skatteintäkter. Av det underlag som Bolaget presenterat i målet framgår att verksamheten inte kommer att medföra någon skada på torsk och tumlare.
- 5.7 Vad därefter avser de *enskilda* fördelarna med verksamheten är det ingen hemlighet att det för närvarande saknas företagsekonomiska förutsättningar för etablering av havsbaserad vindkraft i Sverige. För att säkerställa förutsättningarna för havsbaserad vindkraft även i tider med låg prisnivå på elmarknaden diskuteras därför bl.a. införande av eget stödsystem för offshore vindkraft såsom exempelvis i Tyskland. När och i vilken form ett sådant stödsystem föreligger är en politisk fråga. I sammanhanget kan noteras att enligt ett pressmeddelande från Svensk Vindenergi inför det nyligen genomförda riksdagsvalet svarar 62 % av de tillfrågade riksdagskandidaterna ja på frågan om man anser att det ska utredas om det bör införas någon form av stödsystem för havsbaserad vindkraft utöver elcertifikatsystemet.⁴
- 5.8 Såväl Bolaget som dess samarbetspartner i projektet, Göteborg Energi, har gjort bedömningen att det föreligger långsiktiga förutsättningar för verksamheten även ur ett strikt företagsekonomiskt perspektiv. Ställningstagandet underbyggs av de i målet redovisade förutsättningarna för anslutningen av vindkraftparken till det

⁴ Pressmeddelande från Svensk Vindenergi den 4 september 2014

WISTRAND

överliggande nätet. De beräknade kostnaderna är i sammanhanget närmast försumbara. Att mark- och miljödomstolen uttalar sig om elprisets utveckling under de närmaste 30-40 åren till stöd för motsatsen kan lämnas utan avseende och saknar därtill relevans för den ansökta verksamhetens samhällsekonomiska tillåtlighet.

- 5.9 Av det ovan sagda framgår sammanfattningsvis att den ansökta verksamheten är tillåtlig i förhållande till det tills vidare gällande kravet på samhällsekonomisk lönsamhet enligt 11 kap. 6 § miljöbalken.

6 ANSÖKT VERKSAMHET I FÖRHÅLLANDE TILL GÄLLANDE DETALJPLAN

- 6.1 Bolaget har i målet visat att detaljplanens föreskrift om 150 meter enbart avser att säkerställa att någon kontinuerlig, högintensiv hinderbelysning inte förekommer. Sådan hinderbelysning är inte aktuell i målet. Detta framgår uttryckligen av planens underlag.
- 6.2 Domstolens uttalande om att tillstånd inte kan meddelas för verk vars totalhöjd överstiger 150 meter är således redan av detta skäl inte korrekt. Av praxis framgår att om en höjddangivelse i en detaljplan ska säkerställa en viss funktion så är det den tekniska funktionen som är avgörande för om verksamheten är förenlig med detaljplanen (se Miljööverdomstolens avgörande den 4 april 2008 i mål M 580-07 ang. Gamla Lidingöbron där bestämmelsen om segelfri höjd ersattes med krav på bronns öppningsbarhet). Därtill kan, gällande samma bro, noteras mark- och miljödomstolens vid Nacka tingsrätt dom den 15 juli 2014 i mål M 3791-13 som stärker slutsatsen om att det är själva funktionens borttagande som strider mot detaljplanen.
- 6.3 Bolaget har efter huvudförhandlingen i målet underrättat mark- och miljödomstolen om att Bolaget förbereder en ansökan om upphävande av detaljplanen. Såvitt framgår av domen har mark- och miljödomstolen inte tagit denna underrättelse i beaktande. Mark- och miljödomstolen har således bortsett från att tillståndsgiven höjd kan under alla förhållanden villkoras till att detaljplanen upphävs; jfr avgörandet från Nacka tingsrätt ovan.
- 6.4 Bolaget vill göra Mark- och miljööverdomstolen uppmärksam på att ansökan om upphävande av den aktuella detaljplanen nu är inlämnad till Kommunstyrelsen i Falkenbergs kommun.

7 RÄTTEGÅNGSKOSTNADER

- 7.1 För grunderna för överklagandet av rättegångskostnader hänvisas till vad Bolaget anfört till mark- och miljödomstolen i yttrande den 5 maj 2014.

8 SKÄLEN FÖR PRÖVNINGSTILLSTÅND

8.1 Prövningstillstånd ska meddelas om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som mark- och miljödomstolen har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som mark- och miljödomstolen har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

8.2 Samtliga skäl föreligger i målet.

8.3 Det finns än idag ingen havsbaserad vindkraftpark utanför Sveriges västkust. Bolagets ansökan avser omfattande verksamhet med stor betydelse för omställningen mot ett förnybart energisystem i Sverige. Bolaget har hittills investerat ca 33 miljoner kr för att ta fram underlag om den ansökta verksamhetens omgivningspåverkan. Underlaget, som Bolaget låtit ta fram med hjälp av framstående experter inom de berörda sakområdena, är synnerligen omfattande och delvis komplext. Ansökan har prövats av mark- och miljödomstolen som första instans. Mark- och miljödomstolens domskäl ger för handen att domstolen inte satt sig in i väsentliga delar av underlaget i målet. Med hänsyn till vad som påtalats av Högsta domstolen i beslut den 24 november 2011 i mål Ö 48-10 ska dispens för en överprövning meddelas redan på denna grund.

8.4 Mark- och miljödomstolens bedömning av driftfasens påverkan på torsk saknar vetenskapligt stöd i det omfattande underlag som Bolaget lagt fram för domstolens bedömning i målet. Det finns således skäl att betvivla riktigheten av det slut som mark- och miljödomstolen har kommit till i denna för prövningen viktiga del.

8.5 Det finns skäl att betvivla riktigheten i domstolens bedömning av verksamhetens påverkan på tumlare och tillämpning av 4 § 2 p artskyddsförordningen i förhållande till denna art.

8.6 Mark- och miljödomstolens har prövat verksamhetens samhällsekonomiska tillåtlighet i strid med 11 kap. 6 § miljöbalken. Mark- och miljödomstolen har felaktigt tillämpat krav på företagsekonomisk lönsamhet utan att beakta det samhällsliga värde som utbyggnaden av havsbaserad vindkraft utgör. Mark- och miljödomstolen har därvid utgått ifrån en felaktig bedömning dels av de företagsekonomiska förutsättningarna för verksamheten, dels av verksamhetens påverkan på torsk och tumlare.

WISTRAND

- 8.7 Det behövs vägledning hur båttnadskravet ska tillämpas i samband med omfattande verksamheter som inte tar i anspråk vattenresursen som sådan och som medför stor samhällsekonomisk nytta. Om mark- och miljödomstolens dom står sig skulle det innebära att förutsättningar för att förklara havsbaserad vindkraft tillätlig inte föreligger i Sverige.
- 8.8 Havsbaserad vindkraft i Kattegatt utanför Falkenbergs kommun har varit föremål för prövning tidigare. Miljödomstolen vid Vänersborgs tingsrätt meddelade Favonius tillstånd till det s.k. Skottarevsprojektet den 7 december 2007. Miljööverdomstolen upphävde tillståndet genom dom den 5 mars 2009 med motiveringen att lokaliseringsutredningen var för snävt avgränsad. I förevarande mål råder det delade meningar om vad Miljööverdomstolen prövade eller inte prövade i övrigt. Oaktat hur målets prövningshistorik ska förstås är det enligt Bolagets uppfattning uppenbart att den utdragna processen kring prövningen av en havsbaserad vindkraftpark i Kattegatt utanför Falkenberg har fått inslag av prestige. Kravet på en allsidig och saklig prövning av Bolagets ansökan har därför varit påtagligt högt. Bolagets upplevelse är att mark- och miljödomstolen inte i tillräcklig grad uppmärksammat detta krav. Med beaktande härav och inte minst utifrån respekt för det engagemang och resurser som Bolaget lagt ned för att förverkliga den samhällliga planeringen som pekar ut det berörda området för havsbaserad vindkraft föreligger det synnerliga skäl för prövningstillstånd i Mark- och miljööverdomstolen.

9 HANDLÄGGNING

- 9.1 Bolaget föreslår att Mark- och miljööverdomstolen avgör målet efter huvudförhandling. Bolaget förbehåller sig rätten att återkomma med uppgifter om den bevisning som åberopas i Mark- och miljööverdomstolen.

Göteborg den 22 september 2014



Rudolf Laurin



Hannele Engdahl