



SVEA HOVRÄTT
Miljööverdomstolen
Rotel 1304

DOM
2009-03-05
Stockholm

Mål nr
M 294-08

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Vänersborgs tingsrätts, miljödomstolen, dom 2007-12-07 i mål nr M 1043-06, se bilaga A

KLAGANDE

Kammarkollegiet, Box 2218, 103 15 Stockholm

MOTPARTER

1. Favonius AB, 556654-2675, c/o Falkenberg Energi AB
311 80 Falkenberg

Ombud: Advokaten Rudolf Laurin och advokaten Carl Hagberg
Wistrand Advokatbyrå, Lilla Bommen 1, 411 04 Göteborg

2. Länsstyrelsen i Hallands län, 301 86 Halmstad

3. Falkenbergs kommun, Nygatan 34, 311 80 Falkenberg

SAKEN

Ansökan om tillstånd att uppföra och driva en gruppstation för vindkraft med högst 30 vindkraftverk i Kattegatt utanför Falkenberg

MILJÖÖVERDOMSTOLENS DOMSLUT

1. Miljööverdomstolen upphäver miljödomstolens dom och avslår Favonius AB:s ansökan.

2. Favonius AB ska ersätta Kammarkollegiet för dess rättegångskostnader i Miljööverdomstolen med 57 000 kr, varav 50 400 kr avser arvode, jämte ränta enligt 6 § räntelagen från denna dag till dess betalning sker.

YRKANDEN M.M. I MILJÖÖVERDOMSTOLEN

Kammarkollegiet har yrkat i första hand att miljödomstolens dom ska upphävas och Favonius AB:s tillståndsansökan ska avslås och i andra hand att tillståndet förenas med följande ytterligare villkor:

”Miljööverdomstolen uppskjuter enligt 22 kap. 27 § miljöbalken avgörandet om behovet av eventuella slutliga villkor till skydd för torskbeståndet.

Favonius AB ska under en provotid i samråd med länsstyrelsen och Fiskeriverket undersöka anläggningens påverkan på torskbeståndet under driftsfasen. Undersökningarna ska göra det möjligt att bedöma behovet av skyddsåtgärder för att minska anläggningens påverkan på torskbeståndet. Av särskilt intresse är då den påverkan som uppstår under lekperioden.

Redovisning av provotidsutredningen skall tillsammans med förslag på slutliga villkor inges till miljödomstolen senast tre år efter det att verksamheten har satts igång”

Favonius AB, Länsstyrelsen i Hallands län och Falkenbergs kommun har bestritt ändring av miljödomstolens dom.

Kammarkollegiet har yrkat ersättning för rättegångskostnader i Miljööverdomstolen.

Miljööverdomstolen har hållit huvudförhandling i målet.

UTVECKLANDE AV TALAN I MILJÖÖVERDOMSTOLEN

Parterna har i huvudsak åberopat vad som tidigare har anförts vid miljödomstolen och tillagt i huvudsak följande.

Kammarkollegiet

Lokalisering

Föreskriften i 2 kap. 6 § miljöbalken är av störst betydelse när, som i detta fall, en plats ska väljas för en ännu inte påbörjad verksamhet eller anläggning som i sig medför miljöpåverkan (prop. 1997/98:45 del 2 s. 19).

Hushållning

Kammarkollegiet ifrågasätter inte de miljömässiga fördelarna med koldioxidfri elproduktion genom t.ex. havsbaserad vindkraft. Produktionen från anläggningen kommer dock att bli relativt begränsad. Den energi som kommer att produceras är säkerligen av viss betydelse för Falkenbergs kommun, men är i ett nationellt perspektiv mer marginell. Mot detta ska ställas den starkt hotade torsken som har ett i det närmaste unikt lekrområde där exploateringen är tänkt att ske. Den begränsade miljömässiga vinst som uppförandet av aktuell vindkraftsanläggning skulle medföra ska alltså jämföras med den nationella och i dagsläget snarast globala miljömässiga förlust som utplånandet av ett lekrområde för torsken skulle utgöra. Vid en sådan

jämförelse måste området anses vara mest lämpat för att även i fortsättningen utgöra lek område för torsken.

Särskilt skyddsvärda intressen

Av 3 kap. 3 § miljöbalken framgår att vatten områden som är särskilt känsliga från ekologisk synpunkt så lång som möjligt ska skyddas mot åtgärder som kan skada naturmiljön. Ett viktigt syfte med bestämmelsen är att slå vakt om den genetiska mångfalden i naturen genom skydd av arter vilkas existens är hotade (prop. 1985/86:3 s. 157). Det kan konstateras att torsken är rödlistad och bedöms vara starkt hotad (se Artdatabankens sammanställning ”Artfakta. Rödlistade ryggradsdjur i Sverige 2007).

Till de områden som är särskilt betydelsefulla för det yrkesmässiga fisket enligt 3 kap. 5 miljöbalken hör inte bara fångstområdet för fiskarter av stor betydelse för näringen. Även lek - och uppväxtområden kan vara av sådan särskild betydelse att områden skall anses vara av riskintresse enligt 3 kap. 5 § (a prop. s. 161).

Av sakkunnigutlåtandet från Fiskeriverket framgår följande. Torskbeståndet i Kattegatt är kraftigt decimerat och den naturliga rekryteringen är svag. Torskbeståndets fortlevnad i Kattegatt är av mycket stort allmänt intresse. Det är av största vikt att försiktighetsprincipen tillämpas vid beslut som kan komma att påverka torskens rekrytering och därigenom dess långsiktiga fortlevnad. Platsen för den planerade vindkraftsparken vid Skottarevet är en del av kärnområdet för torsklek i Kattegatt. Hårt fiskade bestånd av torsk har förlorat sin möjlighet att buffra för år med dålig rekrytering, vilket starkt bidrar till dess status som hotad fiskart och medför att torskbeståndet kan vara beroende av enstaka starka årsklasser för sin överlevnad. Det har inte kunnat klarläggas huruvida torskens vandringar till och val av lekplatser kan påverkas av störning utom säsongen för lek. Det går inte heller att i förväg förutsäga när sådana år då de naturliga förutsättningarna för rekrytering är särskilt gynnsamma inträffar. Detta innebär att enbart de kraftiga störningar som anläggningsarbetena ger upphov till, om än under en begränsad tid och utom säsongen för torsklek, kan hota hela beståndet. För att få en helhetsbild av torskens situation under driftfasen ska den kontinuerliga ljudstörningen från vindkraftsverken läggas till ljudet från befintlig fartygstrafik och den kumulativa effekten av dessa ljudkällor inte är utredd.

Fiskeriverket har enligt 2 § förordning (1998:896) om hushållning med mark- och vattenområden m.m. pekat ut delar av platsen för vindkraftanläggningen, eller i vart fall ett direkt angränsande område, som varandes av riksintresse för fisket. Utpekandet av området har skett med hänsyn till att det inrymmer flera för yrkesfisket skyddsvärda delar. Bl.a. utgör det enligt Fiskeriverkets beslut lekplats för torsken.

Sedan utpekandet skedde har undersökningar visat att torskbestånden decimerats kraftigt och torskens fortlevnad har nu mycket hög prioritet. De mer utförliga utredningar som föranletts av denna exploatering visar vidare att det skyddsvärda lekområdet omfattar ett större område än tidigare utredningar i samband med utpekandet har visat. Hela det område, som utgör lekplats för torsken i Kattegatt, inryms alltså inte i riksintresseområdet. Även verksamheter belägna utanför ett riksintresseområde kan, som i detta fall, medföra en påtaglig skada på riksintresset.

Om ett område är av riksintresse för flera oförenliga ändamål ska företräde ges åt det eller de ändamål som på lämpligaste sätt befrämjar en långsiktig hushållning med marken, vattnet och den fysiska miljön i övrigt (3 kap. 10 § MB). Om något av ändamålen kan fullgöras genom att verksamhet istället bedrivs på ett område som inte är av konkurrerande riksintresse torde dock den valda lokaliseringen för den flyttbara verksamheten redan av denna anledning vara mindre lämplig. Så är fallet här. För vindkraftsparken finns till skillnad från torskens lekområde alternativa lokaliseringar. Valet av område för exploateringen torde därmed redan av denna anledning vara olämplig.

Lönsamhet

Kammarkollegiet ifrågasätter inte att exploateringen inte är lönsam ur strikt företagsekonomisk synvinkel. Det torde emellertid vara ostridigt att aktuell anläggning inte kan sägas medföra något större överskott för bolaget. Enbart det faktum att anläggningen producerar koldioxidfri el medför inte att dess fördelar från allmän och enskild synpunkt överväger skadorna och olägenheterna. De miljömässiga vinsterna är marginella i ett nationellt perspektiv.

Mot dessa mindre företagsekonomiska och miljömässiga vinster står det allmänna och angelägna intresset av bevarandet av ett av de reproduktionsområden som nyttjas av det utrotningshotade torskbeståndet i Kattegatt. Vid en sådan avvägning måste det allmänna intresset av att skydda torskens reproduktionsområde, som inte kan flyttas och förläggas någon annanstans, ha en större tyngd än intresset av uppförandet av en vindkraftspark som endast kommer att generera begränsade företagsekonomiska och miljömässiga vinster.

Försiktighetsprincipen

Att blotta risken för en olägenhet ska beaktas är en grundläggande princip inom miljöretten. Vid osäkerhet om en verksamhets följder på miljön skall med andra ord alltid det mer säkra alternativet väljas före det osäkra. Objektiva omständigheter måste naturligtvis tala för att det finns risker med den aktuella verksamheten för att risken ska anses vara beaktansvärd. Att vindkraftsparken och dess uppförande medför en påtaglig och högst beaktansvärd risk för skador på torskens lekområde, och därmed även torskbeståndets fortlevnad, står dock klart med hänsyn till vad som framgår av Fiskeriverkets utlåtande. Det står även klart att denna risk kvarstår oavsett om tillståndet förenas med föreskrifter om att anläggningsarbetena utförs utom den period under vilken torskleken sker .

Bevisbörda och beviskrav

Kammarkollegiet anser att bolaget inte har uppfyllt det beviskrav som borde ställas. I det aktuella ärendet är risken och de befarade konsekvenserna, nämligen att torsken i Kattegatt helt försvinner, mycket allvarliga. Beviskravet borde därmed ställas högt och i vart fall högre än vid "sannolikt". Med hänsyn till Fiskeriverkets utlåtande kan det konstateras att bolagets utredning inte visat att exploateringen inte kommer att skada eller påtagligt påverka områden som är särskilt känsligt från ekologisk synpunkt såväl som av riksintresse för yrkesfisket. Av sakkunnigutlåtandet från Fiskeriverket framgår med all önskvärd tydlighet att den aktuella vindkraftsparken innebär en betydande risk för torskbeståndets långsiktiga överlevnad.

Föreskrifter om att anläggningsarbeten inte får ske under torskens lekperiod utgör dessutom inte någon garanti för att torskleken kommer att kunna ske ostört och resultera i en lyckad rekrytering. Långt ifrån alla faktorer som krävs för att torsken ska välja att leka i ett område och för att leken ska resultera i en lyckad rekrytering är kända. Det är t.ex. inte klarlagt huruvida torskens val av lekplats kan påverkas av störning oavsett om denna inte sker under just lekperioden. Även om anläggningsarbetena sker utom perioden för torsklek är det osäkert vad de långsiktiga konsekvenserna blir av bl.a. de undvikandereaktioner hos torsken som anläggningsarbetena kommer att resultera i. Dessutom kvarstår vid en exploatering alltså de störningar som alltid kommer att finnas under driftsfasen.

Kammarkollegiet anser sammanfattningsvis att bolaget inte har kunnat visa att verksamheten vid Skottarevet uppfyller de krav på lokalisering, god hushållning och försiktighet som miljöbalken föreskriver.

Yrkande om prövotidsutredning

När verkningarna av en verksamhet inte kan förutses med tillräcklig säkerhet kan frågan om erforderliga villkor skjutas upp till dess erfarenhet har vunnits av verksamhetens inverkan. Om bolaget får tillstånd till anläggningen finns det alltså en risk för att torskleken störs på sådant sätt att beståndet hotas. Om domstolen skulle finna att denna risk är acceptabel bör det i vart fall införas en prövotidsbestämmelse av ovan redovisad lydelse för att i möjligaste mån försöka minska anläggningens skadliga verkningar.

Bolaget

Försiktighetsprincipen

Det kan konstateras att det är helt klarlagt att den problematiska situationen för torsken i Kattegatt inte beror på påverkan från någon vindkraftspark. Det är vidare helt klarlagt att den enda livskraftiga torskpopulationen utefter den svenska västkusten idag återfinns i Öresund, trots att detta område är starkt påverkat av mänsklig aktivitet genom intensiv fartygstrafik, Öresundsbron, kablar och vindkraftsparker. Förekomsten av störningar genom ljud kan således inte vara avgörande för torskens reproduktion och överlevnad. Den enda avgörande skillnaden mellan områdena står att finna i det trålningsförbud som råder i Öresund sedan lång tid tillbaka.

Av Fiskeriverkets rapport med redogörelse av fredningsförsöken vid ett konstgjort rev vid Vinga i inloppet till Göteborgs hamn (Finfo 2007:2 s 17) framgår att även relativt små områden snabbt kan bli viktiga habitat för torsk där de kan växa till både i antal och i storlek. Med hänsyn till den intensiva fartygstrafiken till och från Göteborgs hamn och övrig påverkan från exempelvis muddring är det aktuella området i hög grad påverkat av mänsklig aktivitet, inte minst genom ljud. Denna påverkan har uppenbarligen inte haft någon avgörande betydelse för torsken. Även relativt små fredade områden kan således på kort tid få stor lokal betydelse för ett torskbestånd. I det aktuella målet har vidare omfattande utredningar genomförts. Av dessa framgår att det aktuella området angränsar till det stora torsklekområdet i sydöstra Kattegatt. Det kan inte med rimlighet antas att driftsfasen riskerar att påverka torskens förutsättningar att fortplanta sig. Några anläggningsarbeten som kan störa torskleken kommer inte att vidtas under lekperioden.

Med anledning av Kammarkollegiets överklagande har även ÅF-Ingemansson AB och Marine Monitoring vid Kristineberg AB getts möjlighet att kommentera kollegiets överklagande. Slutsatserna i rapporten är att den intensiva fartygstrafiken förbi den planerade vindkraftsparken redan idag innebär att området är starkt påverkat av ljud i de frekvenser som bedöms som viktiga för torskens lek. Det ljudtillskott som en vindkraftspark skulle innebära är i sammanhanget marginellt. Med hänsyn till uppmätt vindkraftsljud och bakgrundsbuller blir därför detektionsavståndet för vindkraftsparken väsentligt mindre än vad Fiskeriverket antagit, även utifrån de förutsättningar som Fiskeriverket satt upp. Med Fiskeriverkets antaganden om ljudutbredning och torskens detektionsförmåga beräknas ljudet från fartygstrafiken i Kattegat vara ständigt detekterbart, och inte bara tillfälligtvis. I Marine Monitorings yttrande konstateras att Fiskeriverkets inställning att uppförandet och driften av den planerade vindkraftsparken, med de skyddsåtgärder som bolaget åtagit sig, skulle utgöra ett hot mot Kattegattbeståndet av torsk inte är rimlig. Hotet mot torsken i Kattegatt måste istället relateras till andra verksamheter.

Sammanfattningsvis innebär vad som anförts ovan att det aktuella projektet kan genomföras utan att de värden som skall skyddas enligt 3 kap. miljöbalken skadas på ett sådant sätt att projektet inte skulle kunna tillåtas.

Lönsamhet

När det gäller nödvändigheten av att ställa om energisystemen är det idag okontroversiellt att säga att vi är mitt i en pågående klimatförändring som är hänförlig till mänsklig aktivitet, bl.a. energiomvandling och transporter. Vidare kan man konstatera att efterfrågan på energi ökar både lokalt och globalt vilket innebär skenande energipriser. Om projektet genomförs utgör det 5 procent av Energimyndighetens mål för havsbaserad vindkraft, vilket inte är ett försumbart tillskott. Produktionen skulle motsvara åtminstone en tredjedel av total produktion av vindkraft under 2007. De uppenbara fördelar som vindkraftsparken innebär överväger kostnaderna och olägenheterna för densamma. I den rådande situationen med accelererande klimatförändringar som kräver att kraftfulla åtgärder vidtas så snart som möjligt kan därför ett bifall till ansökan anses ligga bättre i linje med försiktighetsprincipen än ett avslag, särskilt med beaktande av att vindkraftsparken kommer att utgöra ett fysiskt skydd för torsken och andra bottenlevande djur och växter genom trålningsförbudet inom parken.

Länsstyrelsen i Hallands län

Ett övergripande nationellt och globalt intresse är omställningen av energisystemet från fossila bränslen till förnybar energi. Vindkraft, även havsbaserad, är en betydande förnybar energiresurs som behöver utnyttjas för att vi ska klara omställningen. I Kattegatt finns två områden där Länsstyrelsen ser att en vindkraftsetablering är möjlig utan alltför stora konflikter med andra intressen, området för Skottarevsprojektet samt Stora Middelgrund. Dessa två områden är även utpekade av Energimyndigheten efter att de under 2008 har sett över riksintresseområden för vindbruk. Energimyndigheten bedömer att 2008 års riksintressen möjliggör en nationell elproduktion på cirka 20 terawattimmar och att det är ett viktigt planeringsverktyg för att uppnå EU:s mål för förnybar energi.

Olägenheter i form av skador på den marina miljön eller risk för påverkan på riksintresset för yrkesfisket kan inte uteslutas, men vid en samlad bedömning överväger nyttan med förnybar energi samt riksintresset för vindbruk.

Falkenbergs kommun

Projektet Skottarevet finns med som lämplig markanvändning i den nu antagna översiktsplanen 2007. Kommunen har ingen annan uppfattning än den som miljödomstolen i sin dom framlagt. De analyser som gjorts beträffande lekområden visar också att förekomsten av torsk under lekperioden i synnerhet ökar i de djupare områdena utanför Skottarevet. Vindkraft och koldioxidfri elproduktion är en ytterst angelägen fråga, inte bara lokalt utan även globalt. De satsningar som kommunen gjort genom att driva detta projekt är gjorda utifrån ett strikt formulerat hållbarhetsperspektiv, marina- och övriga biologa värden, samt elproduktionsdimensioner inkluderade.

REMISSYTTRANDEN I MILJÖÖVERDOMSTOLEN

Miljö- och hälsoskyddsnämnden i Falkenbergs kommun har hänvisat till de synpunkter som nämnden lämnat i sitt yttrande till miljödomstolen.

Statens Energimyndighet

Riksdag och regering har tydligt klargjort landets politiska ambitioner vad gäller förnybar energi. Storskalig utbyggnad av vindkraft i svenska vattenområden och svensk ekonomisk zon (SEZ) är en förutsättning för att uppnå gällande planeringsmål och i än högre grad för att uppnå det förslag till nytt nationellt planeringsmål som nu remissbehandlas inom regeringskansliet

I Kattegatt finns ett fåtal platser som, ur energisynpunkt, är särskilt väl lämpade för vindbruk. Grundområdet Skottarevet är en av dessa platser och som dessutom av Energimyndigheten angetts som av riksintresse för vindbruk. Det innebär att vindkraftparken, till skillnad mot vad kollegiet anfört, inte kan förläggas någon annanstans.

Vindkraftpark Skottarevet beräknas ge en miljöanpassad elproduktion mellan 270 och 640 GWh/år beroende på verkens effekt. Ett medelvärde innebär 450 GWh/år som motsvarar el till cirka 90 000 hushåll. Om denna el skulle produceras i ett kolkraftverk skulle det ge utsläpp av koldioxid med 500 000 ton. Denna miljöanpassade elproduktion kommer att bli ett värdefullt tillskott i landets energimix och ett betydelsefullt bidrag till arbetet med att uppnå det nationella planeringsmålet för vindbruk.

Svenska Kraftnät

Svenska Kraftnät har inte mottagit någon förfrågan om anslutning till stamnätet från projektören angående den aktuella vindkraftsanläggningen. Därmed har heller inte Svenska Kraftnät utrett möjligheten till anslutning till stamnätet samt eventuella nödvändiga åtgärder i våra anläggningar för att möjliggöra anslutningen.

Svenska Kraftnät har varit i kontakt med EON Elnät Sverige AB som har kännedom om vindkraftsplanerna. Sannolikt kommer EON att kunna ansluta vindkraftsanläggningen till sitt 130 kV nät i Falkenberg.

Sjöfartsverket

Den föreslagna lokaliseringen tillstyrks som det mest lämpliga av de föreslagna lokaliseringarna. Den aktuella lokaliseringen av vindkraftsparken skapar en endast marginell deviation för fartygstrafiken, varför påverkan på fartygstrafiken, och därmed miljön, är försumbar. Verkets generella inställning i dessa frågor är dock att lokaliseringen av vindkraftparker inte ska tillåtas skapa längre resväg för fartygstrafiken, då detta minskar eller eliminerar nyttan med koldioxidfri elproduktion genom att öka den fossila bränsleåtgången för fartygstrafiken. Hur vindkraftparken skall märkas ut i riskreducerande syfte har kommenterats i tidigare yttranden.

Luftfartsstyrelsen

Luftfartsstyrelsen har inget att erinra mot tillkomsten av den planerade gruppstationen. Som förutsättning för Luftfartsstyrelsens ställningstagande gäller att vindkraftverken skall hindermarkeras i enlighet med Luftfartsstyrelsens föreskrifter om hindermarkering.

BEMÖTANDEN

Kammarkollegiet

Kammarkollegiet ifrågasätter relevansen av jämförelsen med Öresundsbeståndet. Det är ostridigt att torskbeståndet i Öresund är stabilt och livskraftigt. Detta beror utan tvekan på det trålningsförbud som rått i Öresund under en längre tid. Det är dock okänt hur beståndets situation skulle ha varit utan den ljudpåverkan som finns. På grund av olika förutsättningar säger Öresundsbeståndets möjligheter att hantera störningar inget om Kattegattsbeståndets möjligheter i detta avseende. För ett bestånd i sämre skick kan ytterligare påverkan vara den sista utmaningen som beståndet inte förmår möta.

Torskbeståndet i Kattegatt är starkt hotat. Förhandlingar med Danmark pågår om en zon med permanent fiskeförbud i de centrala lekområdena, innefattande Skottarevet. Att inrätta en vindkraftpark i lekområdet är däremot inte en åtgärd ägnad att skydda beståndet.

Torsklek har aldrig studerats i samband med anläggande eller drift av vindkraftsparker. Även kunskaper om vilka faktorer som är avgörande för torskens val av lekområden, styrkan hos kommunikationsljuden och på vilket avstånd torsken kommunicerar är bristfällig. Bolagets sakkunniga har därför hänvisat till andra verksamheter för att visa att ingen risk för skadlig påverkan föreligger. Sådana analyser måste dock utgå från relativt många antaganden. Resultatet av analyserna blir därmed också antaganden och kan som sådana inte utesluta risk för påverkan. Fiskeriverket har ansett att av den kunskap som finns tillgänglig kan man enbart sluta sig till att en vindkraftetablering vid Skottarevet medför en påtaglig risk för skadlig påverkan på torskbeståndet.

Torskbeståndets utsatta läge styrks av att det visat sig svårt att utföra det kontrollprogram som föreskrivits i miljödomstolens dom. Provtagning, vilket är den vanligaste metoden för kontroll, skulle nämligen kunna medföra att beståndet hotas.

Torskbeståndet är med andra ord så hårt ansatt att ett standardmässigt utformat kontrollprogram med provfiske i sig kan utgöra ett hot mot beståndets fortlevnad. Beslut om kontrollprogrammets utformning har ännu inte fattats av Länsstyrelsen.

Vid en jämförelse med andra vindkraftparker så är en anläggning på endast 30 vindkraftverk av så marginell betydelse att den inte kan motivera en utplåning av Kattegatts torskbestånd.

Kammarkollegiet åberopar bifogat sakkunnigutlåtande 2008-04-08 och yttrande 2008-09-22 av Fiskeriverket samt muntlig redovisning av för utlåtandet ansvariga sakkunniga, till styrkande av att bolagets påstående om att exploateringen inte riskerar att skada eller påtagligt påverka torskbeståndet i Kattegatt är felaktigt.

Bolaget

Bolaget konstaterar att samtliga myndigheter, förutom Miljö- och hälsoskyddsnämnden i Falkenbergs kommun, tillstyrker projektet eller avstår från att yttra sig. Miljö- och hälsoskyddsnämnden har hänvisat till sina yttranden vid miljödomstolens prövning, i vilka nämnden sammanfattningsvis anført att stort ekologiskt hänsynstagande krävs för ett genomförande av projektet. Bolaget menar att man kan leva upp till detta genom de skyddsåtgärder som bolaget åtagit sig.

Påståendet att aktuellt etableringsområde är artrikt och produktivt och därför är känsligt för påverkan måste dock kommenteras särskilt. Efter konsultation av Marine Monitoring vid Kristineberg AB menar bolaget att just det faktum att området är artrikt och produktivt istället talar för att området är relativt motståndskraftigt mot störningar då ett högre antal arter generellt skapar stabilare ekologiska samband. Härigenom kan det snarare förväntas att området snabbt kommer att återhämta sig från konstruktionsarbetets momentana påverkan.

Bolaget åberopar vad Marine Monitoring AB anført i bifogat yttrande 2008-10-07 där det bl.a. har anført följande: De antaganden som ligger till grund för bedömningen är av varandra oberoende och rimliga och bygger inte på osäkerheten som Fiskeriverket gjort gällande. När den kunskap som finns att tillgå om torsk, undervattensljud och lek samlats in så finns det inget som talar för att torskens lek kan komma att störas annat än hypotetiskt sett alldeles intill fundamenten. Det finns däremot flera tydliga indicier på att torskens lek inte kommer att störas. Sett till erfarenheterna från ”hummerrevprojektet” i norra Kattegatt kan torsken snarare komma att gynnas lokalt genom trålfiskeförbud i samverkan med reveffekt. Skottarevets vindkraftpark är planerad i det nordöstra hörnet av ett av Kattegatts två till tre torsklekområden. Den yta som överlappas av vindkraftparken utgör omkring 1 till 2 procent av detta lekområde eller 10 procent om man anlägger ett försiktighetsavstånd på 5,5 km. Om de torsk som annars skulle ha lekt vid Skottarevet flyttar till näraliggande delar av samma lekområde kommer lekens kvalitet och omfattning rimligen inte att förändras.

Efter regeringsbeslut har nu detaljplanen för området för vindkraftsparken vunnit laga kraft.

SKRIFTVÄXLING EFTER HUVUDFÖRHANDLINGEN

Kammarkollegiet

Sverige och Danmark har nu träffat en överenskommelse om att i princip stoppa allt torskfiske i Kattegatt. I området för projektet Skottarevet kommer inget torskfiske och inget fiske med torsk som bifångst att vara tillåtet. Överenskommelsen visar med tydlighet den hårt ansträngda situation som torsken i Kattegatt har och att bolaget planerar att uppföra anläggningen inom ett för torsken viktigt område.

Lokaliseringsutredningen

Kollegiet anser att vald lokalisering inte är i överensstämmelse med miljöbalken. Med hänsyn till den risk för skada på torskbeståndet som exploateringen kan medföra skulle ståndpunkten ha varit densamma oavsett hur omfattande alternativredovisning som skulle ha presenterats. Miljöbalken ger nämligen ingen ovillkorlig rätt att alltid få uppföra en anläggning. Av ovan anförda skäl har kollegiet tidigare i målet inte mer än översiktligt riktat kritik mot bolagets lokaliseringsutredning. Det kan emellertid konstateras i målet att anläggningen är av sådan omfattning att den har en betydande miljöpåverkan.

De alternativredovisningar som presenteras är begränsade till ett havsområde utanför Falkenberg. Detta kan ha sin förklaring i att det av Falkenberg kommun helägda bolaget Falkenberg Energi (Feab) fram till våren 2008 ägde majoriteten av aktierna i Favonius AB (51 %). Det har sålunda funnits ett ägandeintresse i att anläggningen ska förläggas till just Falkenbergs kommun. Som framkom vid huvudförhandlingen den 29 oktober 2008 har Feab alltså option på vissa av vindkraftverken.

I 6 kap. 7 § första stycket miljöbalken finns bestämmelser om vad en miljökonsekvensbeskrivning för en verksamhet som kan antas medföra betydande miljöpåverkan skall innehålla för att uppfylla syftet med beskrivningar i enlighet med 6 kap. 3 § miljöbalken. I punkten 4 nämns särskilt att en miljökonsekvensbeskrivning skall innehålla en redovisning av alternativa platser, om sådana är möjliga, med en motivering till varför ett visst alternativ har valts.

Kravet på alternativredovisning är ställt för att möjliggöra en samlad bedömning av effekterna av en planerad verksamhet. Hur omfattande alternativredovisning som ska krävas och inom vilket område som alternativen ska ligga får avgöras från fall till fall, men att enbart begränsa alternativen till en och samma kommun torde i de flesta fall inte vara tillräckligt. För att kunna bedöma projektets övergripande miljömässiga verkningar med hjälp av alternativ saknar det vidare betydelse om just den verksamhetsutövare som ansöker om tillstånd rent faktiskt har tillgång till en annan plats. Ägandeförhållanden och ägarintressen kan inte medföra en uppluckring av kravet på en tillfredsställande redovisning av alternativa lokaliseringar. Med hänsyn till att ansökan avser mer än några enstaka verk måste alternativredovisningen avse ett större område än enbart Falkenbergs kommun. Att anläggningen dessutom riskerar att medföra de av Fiskeriverket påtalade störningarna, som är av nationell betydelse, visar ytterligare på behovet av redovisning av alternativa lokaliseringar.

Mot bakgrund av vad som anförts kan konstateras att den alternativredovisning som presenterats i MKB:n inte uppfyller de krav som normalt ska ställas på en anläggning av den här storleken. Kollegiet anser alltså att lokaliseringsutredningen inte är av tillräcklig omfattning.

Bolaget

Fredningsområde för torsk i Kattegatt

Kammarkollegiet har kompletterat sin talan vid Miljööverdomstolen med information om överenskommelsen mellan svenska och danska regeringen om fredning av torsken i Kattegatt. Att notera är att överenskommelsen avviker från det förslag som Fiskeriverket presenterade vid förhandlingen. Det område som omfattas av miljödomstolens tillstånd för vindkraftparken ligger i utkanten av området betecknat med siffra 2. Inom detta område är torskfiske förbjudet medan annat fiske med redskap som bevisligen inte fångar torsk är tillåtet. I det södra området av Kattegatt, som är en förlängning av det fredade området i Öresund och som uppenbart är det mest skyddsvärda området, skall allt fiske förbjudas.

Åtgärden att freda stora områden i Kattegatt från torskfiske syftar till att torskstammen i Kattegatt skall stärkas. Som påtalats vid huvudförhandlingen kommer ansamling av fisk i fredade områden gå snabbt vilket visas exempelvis genom projektet med konstgjorda rev utanför Göteborgs hamn. Trots att detta område uppenbarligen är kraftigt påverkat av bl.a. undervattensljud anges att torsk utgör en av de vanligaste fiskarterna i området. Beträffande torsk har skillnaden mellan fredade och fiskade områden ökat sedan uppföljningen startade och fångsterna i fredningsområdet har varit tre gånger högre än i jämförelseområdet år 2005 (de konstgjorda reven anlades 2002-2003). Torsken var dessutom mer storvuxen i fredningsområdet, se Finfo 2007:2 s 17.

Genom den nu överenskomna fredningen konstaterar bolaget således att den situation som råder i Öresund med en stabil torskstam ganska snart kan bli verklighet i det aktuella området. Med hänsyn till att kontrollprogrammet skall löpa minst tre år kommer uppförandet av parken inte att påbörjas förrän om några år när återhämtningen kommit en bit på väg.

Av den utredning som presenterades i målet är det klarlagt att det endast är under leken som påverkan på torsken från driften av parken möjligen kan uppkomma och då endast inom ett begränsat område kring fundamenten. Påverkan på större avstånd från vindkraftparken är inte möjlig. Det är utom all rimlighet att vindkraften utgör ett hot för torskbeståndet i Kattegatt. Denna bedömning stöds även av Fiskeriverkets torskexpert vid Havsfiskelaboratoriet i Lysekil som tagit fram delar av underlaget till verkets yttrande i miljödomstolen. Noteras kan att denne expert inte deltagit vid någon av förhandlingarna i målet.

Att Kammarkollegiets argument om tänkbar störning av torskleken inom större delen av Kattegatt enbart vilar på bristfälligt teoretiskt resonemang visas även av tre rapporter. All tillgänglig forskning visar således att fisk uppehåller sig i vindkraftsparker, vilket kan få till följd att torsken kommer att stanna kvar i området för vindkraftparken även efter leken eftersom bytesdjur kommer att finnas i området på ett annat sätt än tidigare. Detta framgår ytterligare av de studier som genomförts vid de

danska vindkraftsparkerna Horns rev och Nysted. Där framgår att man vid de provfisker som genomförts vid dessa vindkraftsparker under drift fått fler torskar inne i parkerna än utanför.

Vindkraftsparken och fredningsområdet kommer därför sannolikt att förstärka varandra dels genom fredningseffekten som sådan, dels genom att torsk i större omfattning än idag kan hitta föda inom det fredade området och inte behöver lämna detta för födosök. Bolaget har slutligen låtit Marine Monitoring i samarbete med Fiskeriverkets Havsfiskelaboratorium ta fram en icke-destruktiv metod för att mäta antalet lekande torskar. Metoden avses att användas i kontrollprogrammet enligt miljödomstolens villkor 11. Detta förslag har lämnats in till länsstyrelsen. Inte heller genomförandet av kontrollprogrammet kommer således att påverka torskförekomsten, torskleken eller på annat sätt stå i konflikt med syftet med fredningsområdet.

Lokaliseringsutredning

I 6 kap. 7 § första stycket 4 punkten miljöbalken återfinns kravet på lokaliseringsutredning i miljökonsekvensbeskrivningen. I paragrafen anges att alternativa lokaliseringar skall anges om det är möjligt. I förarbetena till miljöbalken (prop. 1997/198: 45 del 2 s 63) anförs att en alternativ lokalisering inte behöver anges om det på grund av verksamhetens särskilda karaktär inte finns annan lämplig plats. Som exempel anges fallet med en särskild fyndighet på en särskild plats.

Genom prop. 2005/06:143 "Miljövänlig el med vindkraft - åtgärder för ett livskraftigt vindbruk" har vindkraften pekats ut som areell näring och en resurs som skall nyttjas på de platser som är lämpliga. När det gäller etablering av vindkraft till havs måste ett stort antal förutsättningar vara uppfyllda för att det skall vara möjligt att nyttja den resurs som vinden till havs utgör. Förutom att påverkan på människors hälsa och miljö skall vara godtagbar ställer en etablering i havet stora krav på de fysiska förutsättningarna eftersom kostnaderna för havsetableringar är väsentligt högre än på land. Detta innebär att stora krav ställs på bl.a. bottenförhållanden, vattendjup och närhet till anslutande nät för att det skall vara ekonomiskt möjligt att utnyttja den resurs som finns i vinden. Även sjöfartens intressen måste beaktas.

Skottarevsprojektet uppfyller samtliga dessa krav. Det kan ifrågasättas om det finns några ytterligare områden på den svenska västkusten som kan bli aktuella för vindkraft inom den närmaste framtiden. Etableringen på Stora Middelgrund har fått tillstånd av regeringen men exploatören tvekar eftersom kostnaderna anses bli för höga. Etableringen på Fladen har prövats men inte getts tillstånd. Området är numera utpekade som Natura 2000-område, vilket även Middelgrund är. Med hänsyn till vad som anförts ovan kan en vindkraftsetablering på den valda platsen utanför Skottarevet jämföras med en speciell fyndighet på en speciell plats, vilket enligt förarbetena till miljöbalken motiverar att utredningen av alternativa lokaliseringar kan begränsas. Med hänsyn till detta är således Bolagets utredning av alternativa platser tillfyllest.

Därutöver kan tilläggas, vilket även miljödomstolen påtalat i sina domskäl, att Miljööverdomstolen konstaterat att en aktuell och väl underbyggd översiktsplan har en stor betydelse när det gäller bedömningen av vad som skall anses vara en lämplig plats för en tillståndspliktig verksamhet (se MÖD 2005:66). I det målet var det aktuella området det enda utpekade området för vindkraft i kommunen, varför sökandens

utredning av alternativa lokaliseringar ansågs tillräcklig för att bedöma lokaliseringen. För Skottarevsprojektet är lokaliseringen inte bara utpekad i översiktsplanen utan etableringen är även prövad genom detaljplan som vunnit laga kraft. Platsen är utpekad som riksintresse för vindkraft av Energimyndigheten enligt 3 kap. 8 § andra stycket miljöbalken. Lokaliseringen är vidare utpekad i länsstyrelsernas planeringsunderlag för havsbaserad vindkraft, Sydhavsvind. Länsstyrelsen i Hallands län samt de berörda kommunerna (Falkenberg och Halmstad) har tillstyrkt ansökan. Med hänsyn till detta och vad som anförts ovan är platsen i vart fall en av mycket få utpekade platser på västkusten för vindkraft till havs. Även med hänsyn till Miljööverdomstolens tidigare avgörande skall därför Bolagets lokalisering utredning anses tillräcklig för bedömningen om vald plats är lämplig.

Sammanfattningsvis kan konstateras att lokalisering utredningens omfattning är tillräcklig för att kunna bedöma om den valda lokaliseringen är lämplig, vilket även miljödomstolen har konstaterat i sin dom. Miljökonsekvensbeskrivningen skall därför godkännas.

Lokaliseringen med hänsyn till torsk

Bolaget har åtagit sig att vidta alla åtgärder som är rimliga för att begränsa påverkan från verksamheten. Detta är inte ifrågasatt i målet. Den fråga som återstår att besvara är därmed om bolaget har visat att eventuell kvarvarande påverkan är acceptabel eller om stoppregeln i 2 kap. 9 § miljöbalken är tillämplig, dvs. finns det risk för att den kvarvarande påverkan är så stor att verksamheten inte skall tillåtas?

Miljödomstolen har utifrån den utredning som förebringades vid dess prövning funnit att risken för att vindkraftsetableringen kommer att föranleda olägenheter av väsentlig betydelse för havsmiljön är låg under förutsättning att bolaget vidtar de åtgärder som framgår av villkoren för tillståndet och vad bolaget i övrigt åtagit sig. Under handläggningen i Miljööverdomstolen har bolaget presenterat ytterligare utredningar enligt följande. Skottarevet havsbaserad vindkraftspark, Ljudexponering för torsk – ÅF Ingemansson AB, Startle respons of captive North Sea fish species to underwater tones between 0.1 and 64 kHz - Kastelein m.fl. 2008, Measurement and interpretation of underwater noise during construction and operation of offshore windfarms in UK waters - Nedwell m.fl. 2007, Kentish Flats Fisheries Survey Comparative Study - EMU 2006, Akustisk störning på marint liv i anslutning till vindkraftverk, Partikelrörelser uppmätta i havet vid Utgrundens vindkraftspark i Kalmarsund – preliminär Vindvalsrapport 2008.

Fiskeriverkets avstyrkan av tillstånd till vindkraftsparken grundas på - såsom Kammarkollegiet slutligen bestämt sin talan - att det inte kan uteslutas att vindkraftsparken kan utgöra en fara för torskens bestånd i Kattegatt. Samtliga utredningar ovan har bekräftat och befast bolagets och miljödomstolens bedömning att ljud - betraktat både som ljudtryck och partikelrörelse - från vindkraftsparken kan uppfattas av torsken endast cirka 10 meter från fundamenten. Risken för att torskens lek skulle kunna påverkas är således endast teoretisk och helt försumbar till och med inom vindkraftsparken. Istället är det troligt att vindkraftsparken kan medföra en positiv effekt för torsken genom att förekomsten av torskens föda ökar på grund av den totala fredning från storskaligt fiske och den reveffekt som parken innebär.

När det gäller risken för påverkan på torsken och dess lek utanför vindkraftparken skall noteras följande. Området för vindkraftetableringen ligger i utkanten av torskens lek område på grund av de djupförhållanden som råder inom parken. Torsken leker företrädesvis på djup omkring 40 meter medan djupförhållanden inom parken varierar från knappt 20 meter till cirka 29 meter. Torskens lekpreferens när det gäller djupförhållanden bekräftas av utbredningen av det av Fiskeriverket utpekade området av riksintresse för fiske. Området endast tangerar området för parken. Riksintresseområdets utpekande baseras på var torsk fångas. Det har i målet framgått att torsk fångas där den samlas för att leka och att torsken trots den störning från fisketrålar den utsätts för år efter år återkommer till samma område.

Området för vindkraftetableringen ligger i utkanten av det område som nu blivit föremål för fiskerestriktioner. Kärnområdet för restriktionen, det område som är stängt för allt fiske hela året, befinner sig åtminstone cirka 30 km från vindparksområdet. Det är med hänsyn tagen till utredningarna i målet helt uteslutet att torskleken i Kattegatt skulle kunna störas av ljud från vindkraftparken.

Etableringen av vindkraftparken kommer att medföra begränsningar i möjligheten att fiska inom parkområdet. Denna begränsning samverkar direkt med de meddelade fiskerestriktionerna. De reveffekter som parken ger upphov till kommer att medföra ansamling av föda för torsken. Eftersom det nu har visats att torsken inte kan påverkas ens inom parken är det därmed troligt att etableringen av vindkraftparken tillsammans med begränsningar av fisket kommer att samverka för att stärka torskbeståndet i Kattegatt och uppnå samma situation som råder i det näraliggande Öresund.

Med hänsyn till vad som anförs ovan är det även visat att vindkraftparken kan etableras på aktuell plats utan att de värden som skall skyddas enligt 3 kap. 3 och 5 §§ miljöbalken skadas på ett sådant sätt att parken inte skall tillåtas. Det finns således inget motsatsförhållande mellan riksintresset för vindkraft enligt 3 kap. 8 § miljöbalken och de övriga riksintressen som finns i närområdet.

Påverkan på torsken

Kammarkollegiet och Fiskeriverket vidhåller sin inställning att försiktighetsprincipen motiverar ett avslag på ansökan, trots de ytterligare belägg som Bolaget presenterat för att påverkan från vindkraftverken på torsken endast är teoretisk och helt försumbar. I sitt senaste yttrande baserar Fiskeriverket nu sin argumentation på att inga accelerationsdata finns redovisade i de nya studierna. Vad Fiskeriverket inte redovisar är att det inom projektet Vindval, där Fiskeriverket bl.a. deltar vid valet av vilka studier som skall genomföras, pågår en studie av just accelerationsdata från vindkraftsparken vid Utgrunden. En preliminär rapport med slutsatser presenterades av forskarna bakom studien strax före jul 2008.

Studien vid Utgrunden visar att ljudets egenskap som partikelrörelser endast kan vara relevant för torsk inom ett avstånd av 10 meter från fundamentet. Detta visar att partikelrörelser inte kan utgöra en risk för påverkan på torskens lek inom lekområdena i Kattegatt. Inom själva vindkraftsparken kan endast ett område alldeles intill respektive fundament påverkas. Resultatet kompletterar den tidigare inlämnade rapporten med mätvärden från de brittiska vindparkerna. Dessa båda rapporter, med i

fält uppmätta värden på ljudets olika egenskaper vid vindkraftverk, visar entydigt att det inte föreligger någon risk för att torskens lek skall störas av ljudet från kraftverk.

Det noteras att det område i vindkraftparken inom vilket torsken teoretiskt kan komma att störas av de 30 vindkraftverken uppgår till totalt knappt 0,02 km² eller 1,6 promille av parkens totala yta på 12,5 km². Av Kattegatts yta på 22 000 km² utgör detta område en försumbar bråkdel.

Samhällsnytta

Kammarkollegiet har inte ifrågasatt att parken ur en företagsekonomisk synvinkel är lönsam. Detta är således otvistigt.

Att produktion av koldioxidfri el är ett starkt allmänt intresse torde även det vara otvistigt i målet. Av Energimyndighetens yttrande får det anses visat att vindkraftparken vid Skottarevet innebär en betydande miljönytta och att elproduktionen från anläggningen kommer att utgöra ett värdefullt tillskott i landets energimix och ett betydelsefullt bidrag till arbetet med att uppnå det nationella planeringsmålet för vindbruk.

Dessa fördelar skall enligt 11 kap. 6 § miljöbalken vägas mot de skador och olägenheter som verksamheten kan innebära. Av vad som anförts ovan framgår att de skador som Fiskeriverket befarar kan uppkomma inte ens är teoretiska och därmed helt försumbara. Sedan beslutet tagits om fiskerestriktioner i det område där vindkraftparken är lokaliserad uppkommer inte heller någon skada för fiskenäringen till följd av att trålförbud kommer att råda inom parken. Anläggningen är således tillåtlig även enligt 11 kap. 6 § miljöbalken.

Slutsats

Med beaktande av vad som anförts ovan har bolaget visat att vindkraftparken utanför Skottarevet uppfyller de krav på lokalisering, god hushållning och försiktighet som miljöbalken föreskrivet.

Falkenbergs kommun och **Länsstyrelsen** har hänvisat till sina tidigare yttranden i målet.

MILJÖÖVERDOMSTOLENS DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Bolaget har ansökt om tillstånd för etablering av en vindkraftspark till havs. Vid val av plats för en verksamhet som tar i anspråk ett vattenområde ska det väljas en sådan plats som är lämplig med hänsyn till att ändamålet ska uppnås med minsta intrång och olägenhet för människors hälsa och miljön (2 kap. 6 § miljöbalken). Vid tillståndsprövningen av en nyetablering enligt 9 och 11 kap. miljöbalken, som det här är fråga om, ska tillståndsmyndigheten vid lokaliseringsprövningen tillämpa bestämmelserna i 3 och 4 kap. samma balk. I detta sammanhang bör även miljöbalkens portalparagraf, 1 kap. 1 §, nämnas som anger att syftet med balken är att främja en hållbar utveckling.

I 3 kap. miljöbalken finns de grundläggande hushållningsbestämmelserna för mark- och vattenanvändningen i landet. I 3 kap. 1 § anges att mark- och vattenområden ska användas för det eller de ändamål för vilka områdena är mest lämpade med hänsyn till beskaffenhet och läge samt föreliggande behov varvid företräde ska ges sådan användning som medför en från allmän synpunkt god hushållning. I 3 kap. anges därefter ett antal intressen som ska skyddas vid mark och vattenanvändning. Av intresse i målet är att mark- och vattenområden som är särskilt känsliga från ekologisk synpunkt ska så långt som möjligt skyddas mot åtgärder som kan skada naturmiljön (3 §). Vidare ska mark- och vattenområden som är av betydelse för yrkesfisket så långt som möjligt skyddas mot åtgärder som kan påtagligt försvåra näringens bedrivande (5 §). Slutligen ska mark- och vattenområden som är särskilt lämpliga för bl.a. energi- produktion så långt som möjligt skyddas mot åtgärder som kan försvåra tillkomsten eller utnyttjandet av sådana anläggningar. I de fall ett område av sådant slag som anges i 3 kap. 5-8 §§ är av riksintresse för flera oförenliga ändamål ska enligt 10 § företräde ges åt det eller de ändamål som på lämpligast sätt främjar en långsiktig hushållning med mark, vatten och den fysiska miljön i övrigt.

I 4 kap. ges särskilda hushållningsbestämmelser för vissa områden i landet.

Inledning

Vindkraft är en förnyelsebar energiform. Främjandet av produktion av förnyelsebar energi syftar mot balkens mål i 1 kap. 1 § om hållbar utveckling. Förnyelsebar energi är vidare viktigt för att nå de krav som ställs på Sverige med anledning av EU:s klimatåtagande och det planeringsmål för vindkraft som antagits av Sveriges riksdag. Enligt de miljökvalitetsmål som riksdagen antagit ska dock ett uppfyllande av miljömålet "Begränsad klimatpåverkan" uppnås på ett sådant sätt och i en sådan takt att den biologiska mångfalden bevaras. Detta innebär att även förnyelsebar energiproduktion kan behöva anpassas så att ekosystem långsiktigt bevaras (jfr miljömålet "Hav i balans och levande kust och skärgård").

Prövningen enligt 3 kap. miljöbalken

Den ansökta verksamheten ligger inom ett område utanför Skottarevet i Kattegatt (projektet Skottarevet). Projektet avser en park om 30 verk i en rombformation. Parken ligger som närmast 7,7 km från Hallands kust.

Tre av vindkraftverken ligger inom ett område som av Fiskeriverket har utpekats som riksintresse för yrkesfisket (3 kap. 5 § miljöbalken). Det innebär att området så långt som möjligt ska skyddas mot åtgärder som kan påtagligt skada yrkesfisket. Ett område innefattande i huvudsak hela vindkraftsetableringen har av Energimyndigheten pekats ut som riksintresse för vindbruk (3 kap. 8 § miljöbalken).

Enligt Miljööverdomstolens bedömning innebär inte den sökta vindkraftsetableringen att yrkesfisket påtagligt skulle försvåras. De utpekade riksintressena är därför inte oförenliga och någon avvägning mellan dessa intressen behöver inte göras enligt 3 kap. 10 § miljöbalken. Etableringen kan inte heller anses vara oförenlig med de natur- och friluftsvärden som utgör riksintresse längs Hallandskusten enligt 4 kap. 2 § miljöbalken.

Att ett område utpekats som riksintresse för energiproduktion innebär att området bör skyddas från sådana förändringar som skulle förhindra ett utnyttjande för detta ändamål. Ett utpekande kan alltså hindra en etablering som är oförenlig med riksintresset. Det förhållande att området har utpekats som ett riksintresse för ett visst ändamål innebär däremot inte något avgörande skäl för att tillåta en etablering som avses med utpekandet. Utpekandet kan emellertid utgöra underlag vid den bedömning som ska göras enligt 3 kap. 1 § miljöbalken om vilken markanvändning som på lång sikt är den lämpligaste från allmän synpunkt.

En naturlig utgångspunkt vid bedömningar enligt 3 och 4 kap. miljöbalken är dessutom de markanvändningsplaner som kommuner och länsstyrelser kan ha tagit fram. I Falkenbergs översiktsplan 90 och översiktplanen 2007 är området för vindkraftsetableringen markerat som utredningsområde för havsbaserad vindkraft. Området för projektet Skottarevet är numera även detaljplanelagt för vindkraft. Vidare kan noteras att länsstyrelserna på regeringens uppdrag tagit fram ett planeringsunderlag för utbyggnad av vindkraftanläggningar till havs. Länsstyrelsen i Hallands län vill bevara en frizon på 15 km längs Hallandskusten med undantag för projektet Skottarevet där man anser att tillståndsprövningen av de planerade verken bör fullföljas.

En aktuell och välunderbyggd plan kan ha betydelse när det gäller bedömningen av vad som kan anses vara en lämplig plats för en verksamhet som kräver tillstånd. Enligt 2 kap. 6 § tredje stycket miljöbalken kan en detaljplan eller områdesbestämmelser hindra tillstånd eller dispens. Det förhållande att en verksamhet är förutsatt i en plan innebär emellertid inte att den utan vidare kan tillåtas. Övriga bestämmelser i miljöbalken måste naturligtvis vara uppfyllda (prop. 1997/98:45 Del 2 s. 206 och MÖD 2005:66).

Kammarkollegiet har anfört att lokaliseringen av vindkraftsparken är olämplig med hänsyn till den risk för skada på torskbeståndet som exploateringen kan medföra. Att torskbeståndet i Kattegatt befinner sig i en allvarlig situation och att den naturliga rekryteringen är svag framgår av att det Internationella havsforskningsrådet (ICES) sedan år 2002 rekommenderat att det inte ska ske något fiske alls på torskbestånden i Kattegatt. Förutom att beståndet numera är litet har förmågan till rekrytering försämrats. Allvaret i situationen har befasts genom att den svenska och den danska regeringen efter huvudförhandlingen i målet träffat en överenskommelse om att inrätta ett fiskefritt område i Kattegatt. Syftet med fiskeförbudet är att rädda Kattegatts hotade torskbestånd. Projektet Skottarevet ligger i det skyddade området. Inom området gäller att allt fiske med redskap som kan fånga torsk är förbjudet under hela året.

Kammarkollegiet har hänvisat till sakkunnigutlåtanden från Fiskeriverket. Fiskeriverket har uppgett att torskbeståndet i Kattegatt är kraftigt decimerat och att den naturliga rekryteringen är svag och inte räcker för att bibehålla torskpopulationen inom biologiskt säkra gränser. Enligt Fiskeriverket är platsen för den planerade vindkraftsetableringen vid Skottarevet en del av kärnområdet för torsklek i Kattegatt och det kan inte anses klarlagt hur torskens vandringar till och val av lekplatser kan påverkas av störningar som sker utom säsong för lek. Eftersom torsken har förlorat sin möjlighet att "buffra" för år med dålig rekrytering kan torskbeståndet vara beroende av enstaka starka årsklasser för sin överlevnad. Detta innebär enligt Fiskeriverket att

enbart de kraftiga störningar som anläggningsarbetena ger upphov till kan hota hela beståndet. De försiktighetsmått som miljödomstolen beslutat om, att anläggningsarbeten ska ske under en begränsad tid och utom säsongen för torsklek, är enligt Fiskeriverket mot denna bakgrund inte tillräckliga.

Enligt bolagets mening ligger platsen för vindkraftsetableringen inte i kärnområdet för torskens lek område utan i utkanten av detta. Bolaget har hänvisat till att platsen har ett djup om 20 -29 meter och att torsken föredrar att leka på cirka 40 meters djup. Bolaget har även pekat på att vindkraftsetableringen ligger i utkanten av det av Fiskeriverket utpekade området av riksintresse för yrkesfisket samt i utkanten av det område som har blivit föremål för fiskerestriktioner. Kärnområdet för fiskerestriktionerna, det område som är stängt för allt fiske hela året, befinner sig cirka 30 km från vindparksområdet.

Enligt Miljööverdomstolen framgår det klart av utredningen i målet att torskbeståndet i Kattegatt är allvarligt hotat och att platsen för vindkraftsetablering utgör ett viktigt lek område för torsken. Det får det alltså anses klarlagt att platsen för vindkraftsetableringen är särskilt känslig från ekologisk synpunkt (3 kap. 3 § miljöbalken). Ett sådant område ska så långt möjligt skyddas mot åtgärder som kan skada naturmiljön.

Lokaliseringsutredningen

Falkenbergs kommun ägde tidigare, genom sitt helägda dotterföretag, Falkenberg Energi AB, majoriteten av aktierna i Favonius AB. Sedan våren 2008 har Falkenberg Energi AB endast kvar en optionsrätt till vissa vindkraftsverk. Bolagets lokaliseringsutredning har begränsats till sex alternativa platser inom Falkenbergs kommun.

Bolaget har hänvisat till att ett stort antal förutsättningar måste vara uppfyllda för att det ska vara möjligt att utnyttja den resurs som vinden till havs utgör. Förutom att påverkan på människors hälsa och miljö ska vara godtagbar ställer en etablering i havet stora krav på de fysiska förutsättningarna eftersom kostnaderna för en etablering till havs är väsentlig högre än på land. Bolaget har hänvisat till att Skottarevsprojektet uppfyller samtliga krav, bl.a. på bottendjup och på närhet till anslutande nät. Bolaget har anfört att det kan ifrågasättas om det finns några ytterligare områden på den svenska västkusten som kan bli aktuellt för vindkraft inom den närmaste framtiden. Den valda platsen skulle därför vara att jämföra med en speciell fyndighet på en speciell plats, varför detta motiverar att utredningen av alternativa lokaliseringar kan begränsas. Bolaget anser därför att deras utredning av alternativa platser skulle vara tillräcklig.

I normalfallet ska en miljökonsekvensbeskrivning innehålla utredning om alternativa lokaliseringar samt vilka ekonomiska och andra konsekvenser som följer av dessa lokaliseringar. Alternativ lokalisering behöver inte anges om det på grund av verksamhetens särskilda karaktär inte finns annan lämplig plats. I förarbetena anges som exempel på när alternativa lokaliseringar inte behöver anges när ansökan avser en speciell fyndighet på en viss plats (prop 1997/98:45 Del 2 s. 63). Enligt Miljööverdomstolen innebär inte de omständigheter som bolaget anfört att en vindkraftsetablering till havs kan jämföras med tillståndsgivning av verksamheter där ändamålet är att utnyttja en viss fyndighet. Enligt Miljööverdomstolen måste istället

särskilt stränga krav ställas på sökandens lokaliseringsutredning när, som i detta fall, lokaliseringen är starkt ifrågasatt (jfr exempelvis MÖD 2001:38 och MÖD 2002:7).

Bolaget har i den lokaliseringsutredning som ingår i miljökonsekvensbeskrivningen redovisat sex alternativa platser för vindkraftsparken, fem till havs och en på land, samtliga inom Falkenbergs kommun. Fyra av alternativen har på ett tidigt stadium ansetts olämpliga av bolaget. Alternativet på land och det s.k. Marsten-alternativet har ansetts olämpliga p.g.a. av vindförhållandena. Det yttre alternativet har inte ansetts ekonomiskt bärkraftigt. Marinbiologisk undersökning av bottenförhållandena har gjorts av det inre alternativet, det norra alternativet och det södra alternativet. Det inre alternativet har ansetts olämpligt av bolaget bl.a. eftersom bolaget gjort bedömningen att endast mindre vindkraftsverk kan etableras på detta avstånd från land. Bolaget har därefter studerat två alternativ, det norra och det södra, närmare. Det södra alternativet har förespråkats i den marinbiologiska undersökningen av bottenmiljön. Det södra alternativet har även ansetts vara att föredra vad gäller inverkan på de marinbiologiska miljöförhållanden. Det södra alternativet har emellertid av bolaget inte ansetts lämpligt bl.a. på grund av att närmaste landanslutning av kabeln skulle ske inom ett naturreservat och Natura 2000-område. På vilket sätt kabeldragningen skulle påverka områdena har inte redovisats. Kvar är då det norra, det som bolaget valt.

Det norra, ansökta alternativet, utgör som framgått av redovisningen ovan ett viktigt lek område för torsken. De risker som en etablering inom detta område skulle kunna föra med sig kan inte lämnas utan avseende utan framstår i stället som beaktansvärda mot bakgrund av att hela torskbeståndet i Kattegatt är hotat. Om anläggandet och driften av vindkraftverken på den ansökta platsen skulle påverka torskens lek och fortlevnad skulle det med den situation som råder för torsken i Kattegatt kunna leda till mycket allvarliga konsekvenser för torskens bestånd. Det kan därför inte anses acceptabelt att begränsa lokaliseringsutredningen på det sätt som skett till platser inom kommunen. Det kan nämligen inte uteslutas att det finns platser på den aktuella kuststräckan som är lämpliga för vindkraftsetablering och som inte utgör lekplats för torsken. Det är kanske också så – sett utifrån ett hållbarhetsperspektiv (jfr 1 kap 1 § miljöbalken) - att det är viktigare att förebygga risker för påverkan på torskens lek och fortlevnad vid valet av plats och att främja produktionen av förnybar energi än att undvika en viss påverkan på landskapsbilden, betraktad från kustremsan.

På grund av det anförda finner Miljööverdomstolen att bolaget inte har visat att den sökta platsen är den där ändamålet kan uppnås med minsta intrång och olägenhet med hänsyn till människors hälsa och miljö (2 kap. 6 § miljöbalken). Bolagets ansökan om tillstånd ska därför avslås.

Vid denna utgång har Kammarkollegiet rätt till ersättning för sina rättegångskostnader i Miljööverdomstolen. Yrkat belopp är skäligt.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B
Överklagande senast 2009-04-02

I avgörandet har deltagit hovrättslagmannen Ulf Bjällås, miljörådet Lars Hydén (skiljaktig), hovrättsrådet Karin Kussak, referent, samt hovrättsassessorn Anita Seveborg

SKILJAKTIG MENING

Miljörådet Lars Hydén är enig med majoriteten fram till det stycke i domskälen som börjar sålunda: ”Enligt Miljööverdomstolen framgår det klart av utredningen i målet...”.

Därefter leder mig följande skäl till att Kammarkollegiets överklagande ska ogillas och målet eventuellt överlämnas till regeringen för dess avgörande i tillåtlighetsfrågan.

Lokaliseringsfrågan (2 kap. 6 § och 6 kap. 7 § punkt 4 miljöbalken)

Miljökonsekvensbeskrivningen ska i det nu aktuella målet innehålla en redovisning av alternativa platser om sådana är möjliga. I bestämmelsens förarbeten heter det i regeringens proposition 1997/98:45, del 2, sid. 63m:

”Alternativ lokaliseringsplats behöver dock inte anges, om det på grund av verksamhetens särskilda karaktär inte finns annan lämplig plats. Det kan exempelvis endast finnas en plats att lokalisera verksamheten på, om ansökan avser en speciell fyndighet på en viss plats eller en speciell fors i vilken sökanden vill bygga ett kraftverk.”

För vattenkraftverk är det av ekonomiska skäl motiverat att utnyttja befintliga forssträckor, där fallhöjden är koncentrerad. På motsvarande sätt kräver utbyggnad av vindkraft till havs av ekonomiska skäl att vindkraftverken inte lokaliseras alltför långt från land p.g.a. kabelkostnaderna, och inte på alltför djupt vatten p.g.a. grundläggingskostnaderna.

Eftersom det ansökta alternativet utgör ett grundområde på rimligt avstånd från land blir kraven på att redovisa alternativa lokaliseringsplatser mindre strängt. Energimyndigheten bedömer att det i Kattegatt finns ett fåtal platser som ur energisynpunkt är särskilt väl lämpade för vindbruk, varav grundområdet Skottarevet är en. Energimyndigheten har utpekat det ansökta alternativet som ett riksintresse för vindbruk och bedömer sammantaget att lokaliseringen är omsorgsfullt utredd. På sträckan mellan norska gränsen i Bohuslän och Trelleborg har Energimyndigheten utpekat bara tre riksintressen för vindbruk till havs, varav det av regeringen tillåtna Stora Middelgrund utgör ett område. Länsstyrelsen i Hallands län anser att tillståndsprövningen av de planerade verken bör fullföljas. Kommunen har i sin översiktsplan och i detaljplan funnit det ansökta alternativet lämpligt lokaliserat. Bolaget har redovisat fem alternativ till havs och ett på land, alla inom Falkenbergs kommun. Majoriteten har funnit att denna avgränsning till Falkenbergs kommun inneburit att bolaget inte visat att den sökta platsen inte är den där ändamålet kan uppnås med minsta intrång och olägenhet med hänsyn till människors hälsa och miljö (2 kap. 6 § miljöbalken). Jag menar att denna lagtext inte bör tolkas alltför bokstavligt: en sökande kan inte utreda alla tänkbara alternativ utan måste få begränsa sig till ett fåtal, rimliga alternativ, vilket bolaget enligt min mening gjort, även om avgränsningen av alternativ till Falkenbergs kommun varit mindre lämplig.

Bolagets ansökan ska därför prövas i sak av Miljööverdomstolen, vad gäller påverkan på miljön.

Enligt bestämmelserna i 2 kap. 9 § miljöbalken får, om en verksamhet kan befaras föranleda skada av väsentlig betydelse på miljön, verksamheten bedrivs endast om regeringen finner att det finns särskilda skäl.

Kammarkollegiet har inte fört sin talan på dessa grunder. Jag menar att den ansökta verksamheten inte kan befaras orsaka skada på miljö av väsentlig betydelse, av skäl som utvecklas nedan.

Den avgörande frågan i detta målet är den ansökta verksamhetens påverkan på torskens lekområden i Kattegatt.

Påverkan på torskens lekområden m.m. i Kattegatt under anläggningstiden
Under anläggningstiden kan torskens lekområden m.m. i Kattegatt påverkas dels av ljud, dels av grumling/sedimentspridning.

Miljödomstolen har föreskrivit som villkor 2 att arbeten med muddring, anläggning av fundament och nedläggning av kablar som kan innebära höga ljudnivåer eller grumling inte får vidtas under perioden den 1 januari till och med den 31 maj, vilket motsvarar torskens lekperiod. Någon skada under densamma kan således inte förekomma. Kvar står frågan huruvida torskens lekområden m.m. kan skadas vid anläggningsarbetena utom torskens lekperiod.

Vad först gäller skador av ljud konstaterar jag att bolaget uppgivit att fyra slags fundament kan komma ifråga: monopilefundament (en påle som slås ned i botten), gravitationsfundament, hybridfundament (en kombination av monopilefundament och gravitationsfundament) och fackverksfundament. Bolaget har inte velat binda sig för vilken typ som kan komma att användas. Enligt min mening är det genom ljudet från pålning vid användandet av monopilefundament eller hybridfundament som torsken kan skrämmas bort utom lekperioden från området för vindkraftsparken och eventuellt från ett större område. De har stått Miljööverdomstolen fritt att föreskriva att dessa båda grundläggningstyper inte får användas.

Vad sedan gäller skador av grumling/sedimentspridning är det ofrånkomligt att sådana skador i viss omfattning kommer att uppträda vid grundläggningen av vindkraftverken och nedläggning av kablarna inom vindkraftsparken och in till land. Med dagens teknik finns det möjligheter att begränsa sedimentspridningen, muddringstekniskt och med hjälp av länsar m.m. så att skadorna minimeras. Grumlingen och sedimentspridningen från de omfattande muddringsarbetena för Öresundsbroförbindelsen förefaller inte ha lett till några bestående skador; grumlingarna från anläggandet av den nu aktuella vindkraftsparken kommer att bli avsevärt mindre omfattande.

Påverkan på torskens lekområden m.m. i Kattegatt under driftstiden
Under driftstiden sker ingen påverkan av grumling/sedimentspridning utan endast av ljud från vindkraftverken, skapade genom vibrationer av tornen under vattnet. Fiskeriverket gör sammanfattningsvis bedömningen med utgångspunkt från den nuvarande kunskapen kring torskens lek m.m. att det finns en tydlig risk för att torskens rekrytering i området kan komma att påverkas på ett negativt sätt; verket redovisar ett influensområde med avståndet 80 km, avståndet för torskens

detektionsgräns enligt verket. Verket anger inte vilken skada som skulle kunna komma att ske inom detta område.

Bolaget åberopar utredningar som bolaget finner bekräftar bedömningen att ljud, betraktat både som ljudtryck och partikelrörelse, från vindkraftsparken kan uppfattas av torskens endast ca 10 meter från fundamenten, varför risken för att torskens lek skulle kunna påverkas således endast är teoretisk och helt försumbar till och med inom vindkraftsparken.

Bolaget menar vidare att ljudtillskottet från vindkraftsparken i drift är näst intill försumbart jämfört med bullermattan från de 60 000 årliga fartygsrörelserna i Kattegatt utanför Skottarevet.

Enligt min mening förefaller det sannolikt att en liten del av torskens lekområden skadas, om inte annat genom att trettio fundamenten anlagts på botten. Möjligen kan skadan utsträckas till hela området för vindkraftsparken p.g.a. bullret under drifttiden. Att bullret från vindkraftsparken skulle utgöra ett så betydelsefullt tillskott till bullret från fartygstrafiken att stora delar av Kattegatt skulle skadas genom detta tillskott, såsom Fiskeriverket antyder, finner jag osannolikt, framförallt mot bakgrund av bolagets utredning av det kumulativa bullret från fartygen och vindkraftsparken.

Under alla omständigheter finner jag eventuella skador, efter vidtagna försiktighetsåtgärder, vara av den storleksordningen att de inte föranleder skada av väsentlig betydelse för miljön, jfr 2 kap. 9 § miljöbalken ovan, varför hänsyn till dessa kvarvarande skador ska tas i den bedömning som ska göras enligt 11 kap. 6 § miljöbalken för vattenverksamheten.

Tillåtlighet enligt 11 kap. 6 § miljöbalken

Enligt detta lagrum får en vattenverksamhet bedrivas endast om dess fördelar från allmän och enskild synpunkt överväger kostnaderna samt skadorna och olägenheterna av den.

Kammarkollegiet ifrågasätter inte att exploateringen inte är lönsam ur strikt företagsekonomisk synvinkel. Bolaget finner att den företagsekonomiska lönsamheten är otvistig. Jag delar bolagets uppfattning, varvid jag i begreppet "lönsamhet" inkluderat både intäkter och kostnader.

Kammarkollegiet finner att de miljömässiga vinsterna (fördelarna från allmän synpunkt) är marginella i ett nationellt perspektiv. Bolaget tolkar Energimyndighetens yttrande så att det får anses visat att vindkraftsparken innebär en betydande miljönytta. För egen del finner jag också att miljönyttan är betydande, bl.a. genom att den planerade vindkraftsproduktionen kan medföra att årliga utsläpp av 500 000 ton koldioxid undviks, på sätt Energimyndigheten påpekar.

Skadorna och olägenheterna, efter vidtagna försiktighetsåtgärder, består främst i skada på yrkesfisket och eventuell skada på torskens lekområden. Skada på yrkesfisket till följd av att trålning inom vindkraftsparken inte kommer att vara tillåten har uppskattats i ansökan. Bolaget påpekar att sedan fiskeförbud för torsk införts i området kommer denna skada att utebli, så länge detta trålningsförbud består.

Vad så slutligen gäller eventuella skador på torskens lekområden m.m. finner jag, enligt ovan, att dessa sannolikt begränsas till området närmast vindkraftverken, möjligen till själva vindkraftsparksområdet.

Vid en samlad bedömning finner jag att den ansökta verksamheten är tillåtlig enligt 11 kap. 6 § miljöbalken, varför Kammarkollegiets överklagande ska ogillas.

I den mån bedömningen av skadorna på torskens lekområden m.m. skulle vara så osäker att stoppregeln enligt 2 kap. 9 § första stycket miljöbalken skulle vara tillämplig, skulle Miljööverdomstolen enligt min mening överlämnat målet till regeringen med eget yttrande enligt 21 kap. 7 § första stycket (enligt 23 kap 7 § miljöbalken gäller i ansökningsmål nämnda lagrum också i Miljööverdomstolen).

Överröstad i dessa frågor ansluter jag mig i övrigt till Miljööverdomstolens majoritet.

Lars Hydén