

# Rättsliga förutsättningar för havsbaserad vindkraft

Melina Malafry, Marcus C Öhman



RAPPORT 7028 | FEBRUARI 2022





# Rättsliga förutsättningar för havsbaserad vindkraft

av Melina Malafry och Marcus C Öhman

NATURVÅRDSVERKET

**Beställningar**

Ordertel: 08-505 933 40

E-post: natur@cm.se

Postadress: Arkitektkopia AB, Box 110 93, 161 11 Bromma

Internet: [www.naturvardsverket.se/publikationer](http://www.naturvardsverket.se/publikationer)

**Naturvårdsverket**

Tel: 010-698 10 00

E-post: [registrator@naturvardsverket.se](mailto:registrator@naturvardsverket.se)

Postadress: Naturvårdsverket, SE-106 48 Stockholm

Internet: [www.naturvardsverket.se](http://www.naturvardsverket.se)

ISBN 978-91-620-7028-1

ISSN 0282-7298

© Naturvårdsverket 2022

Tryck: Arkitektkopia AB, Bromma 2022

Omslagsfoto: Marcus C Öhman



# Förord

Forskningsprogrammet Vindval är ett samarbete mellan Energimyndigheten och Naturvårdsverket med uppgiften att ta fram och förmedla vetenskapligt baserade fakta om vindkraftens effekter på människa, natur och miljö. Inom programmet har hittills över 50 forskningsprojekt finansierats. Utöver detta har fyra syntesrapporter tagits fram, varav två har uppdaterats. I syntesrapporterna sammanställer och bedömer experter de samlade forskningsresultaten och erfarenheterna av vindkraftens effekter nationellt samt internationellt inom fyra områden: Människors intressen, fåglar och fladdermöss, marint liv och däggdjur på land.

Resultaten från Vindvals forskning har bidragit till underlag för miljökonsekvensbeskrivningar samt planerings- och tillståndprocesser i samband med etablering av vindkraftsanläggningar. Dessutom ska resultaten från Vindval komma till användning i tillsyn och kontrollprogram samt myndigheters vägledning. Ett av Vindvals fokusområden är planering och de avvägningar mellan miljö och socioekonomiska intressen som måste göras. Programmet ska utveckla metoder och verktyg för att göra sådana avvägningar. Vindval ställer höga krav vid vetenskaplig granskning av forskningsansökningar och forskningsresultat, samt vid beslut om att godkänna rapporter och publicering av projektens resultat.

Denna rapport är en delrapport inom projektet ”Marin MedVind – underlag för storskalig hållbar vindkraft till havs”. Rapportförfattare är Melina Malafry, juridiska institutionen, Uppsala universitet och Marcus C Öhman, AquaBiota Water Research.

Författarna, Melina Malafry, Juridiska institutionen, Uppsala universitet<sup>1</sup> och Marcus C Öhman, AquaBiota Water Research<sup>2</sup>, svarar för rapportens innehåll.

Stockholm den 25 januari 2022

Kerstin Jansbo  
programchef, Vindval

---

<sup>1</sup>Melina Malafry, postdoktor i klimat- och energirätt, Uppsala universitet (finansierad av *STandUP for energy* (strategiskt forskningsprogram)). Rapporten är ett bidrag till Marin Medvind, ett tvärvetenskapligt projekt med forskare på AquaBiota Water Research, finansierat av Vindval (Naturvårdsverket och Energimyndigheten) 2019–2021.

<sup>2</sup>Marcus C Öhman, docent i ekologi och utvecklingschef vid AquaBiota Water Research. Rapporten är ett bidrag till Marin Medvind, ett tvärvetenskapligt projekt finansierat av Vindval (Naturvårdsverket och Energimyndigheten).

# Innehåll

<b>Förord</b>	3
<b>Sammanfattning</b>	6
<b>Summary</b>	8
<b>1. Inledning</b>	10
<b>2. Syfte och metod</b>	14
2.1 Syfte, metod och material	14
2.2 Betydelsen av prövningsmyndigheternas beslut	15
<b>3. Jurisdiktion – betydelse för tillämpliga lagar</b>	16
3.1 Inledning	16
3.2 Tillämplig lag – Sveriges territorialhav	16
3.3 Tillämplig lag – Sveriges ekonomiska zon	17
3.4 Tillämplig lag – Kontinentalsockeln	18
<b>4. Den materiella prövningen av havsbaserad vindkraft enligt miljöbalkens grundläggande bestämmelser</b>	20
4.1 Inledning	20
4.2 Miljöbalkens hänsynsregler	20
4.3 Betydelsen av miljöbalkens hushållningsregler	23
<b>5. Processuella förutsättningar</b>	26
5.1 Inledning	26
5.2 Prövningens omfattning i vindkraftsärenden	26
5.3 Beslutsunderlag – vad ska en miljökonsekvensbeskrivning innehålla?	28
5.3.1 Inledning	28
5.3.2 Redovisning av alternativ	29
5.3.3 Särskilt om kumulativa effekter	29
5.4 Vem kan antas bli <i>berörd</i> till havs?	31
5.5 Möjlighet att använda boxmodellen i havet?	32
5.6 När är kommunal tillstyrkan nödvändig	33
<b>6. Domar och beslut om havsbaserade vindparker</b>	36
6.1 Inledning	36
6.2 Havsbaserade vindparker – domar av mark- och miljödomstolarna	36
6.2.1 Bockstigen	36
6.2.2 Lillgrundet	36
6.2.3 Finngrundet	37
6.2.4 Kattegatt I och II	37
6.2.5 Hake Fjord	38
6.2.6 Marviken	38
6.2.7 Storgrundet	38
6.2.8 Trolleboda	39
6.2.9 Taggen	39
6.2.10 Utgrunden II	40
6.2.11 Stenkalles grund	40

6.3	Beslut av och pågående ärenden hos regeringen	41
6.3.1	Inledning	41
6.3.2	Blekinge offshore	41
6.3.3	Gotlands, Ölands och Skånes havsvindparker	41
6.3.4	Stora Middelgrund	42
6.3.5	Kriegers Flak	42
6.3.6	Södra Midsjöbanken	43
6.4	Varför tillstånd nekats för havsbaserad vindkraft	44
<b>7.</b>	<b>Tillämplig EU-rätt om skydd av vatten- och havsmiljön</b>	<b>46</b>
7.1	Ramdirektivet för vatten	46
7.2	Havsmiljödirektivet	46
<b>8.</b>	<b>Tillämplig EU-rätt om skydd av biologisk mångfald – Natura 2000 och artskydd</b>	<b>49</b>
8.1	Inledning	49
8.2	Natura 2000 och havsbaserad vindkraft	50
8.2.1	När krävs ett Natura 2000-tillstånd?	50
8.2.2	Skydd av listade livsmiljöer som inte är utpekade som Natura 2000-områden?	52
8.2.3	När kan Natura-2000 tillstånd ges?	53
8.2.4	Vindkraft till havs i behov av Natura 2000-tillstånd	56
8.2.5	Möjligheten att erhålla tillstånd trots påverkan på Natura 2000-området?	57
8.2.6	Diskussion	59
8.3	Artskyddet och havsbaserad vindkraft	59
8.3.1	Inledning	59
8.3.2	Artskyddet enligt EU-rätten	61
8.3.3	Artskyddets omfattning	61
8.3.4	Vad betyder <i>avsiktligt</i> döda eller störa?	62
8.3.5	Vad betyder störa?	63
8.3.6	Möjligheten till dispens från artskyddsbestämmelserna	64
8.3.7	Diskussion	66
<b>9.</b>	<b>Hur påverkan på arter bedömts i rättstillämpningen</b>	<b>67</b>
9.1	Inledning	67
9.2	Tumlare	67
9.3	Fåglar	71
9.4	Fisk	74
9.5	Fladdermöss	76
<b>10.</b>	<b>Planlagstiftningens betydelse</b>	<b>78</b>
10.1	Inledning	78
10.2	Översiktsplaner	78
10.3	Havsplaner	80
<b>11.</b>	<b>Avslutande diskussion</b>	<b>83</b>
<b>12.</b>	<b>Källförteckning</b>	<b>86</b>

# Sammanfattning

Senast år 2050 ska EU vara klimatneutralt. För att nå det målet kommer det behövas stora satsningar på förnyelsebara energikällor. Havsbaserad vindkraft kan här spela en viktig roll. Utbyggnaden av havsbaserad vindkraft i Sverige är än så länge begränsad men det finns planer på att bygga vindparker i stora delar av Sveriges havsområden. Vid alla etableringar av vindkraft till havs är de rättsliga frågorna av avgörande betydelse.

Etableringar av vindparker regleras av ett antal lagar och regler. Det kan handla om lagar som reglerar vilka tillstånd som krävs i olika delar av havet, var en vindpark kan byggas, hur miljön får påverkas och vilka ekologiska faktorer som en vindkraftsentreprenör måste ta hänsyn till. Lokaliseringen är av central betydelse vid en tillståndsprocess. Om en etablering planeras inom Sveriges territorialvatten, dvs inom 12 nautiska mil (ca 22 km) från baslinjen, ska kommunen tillstyrka etableringen enligt 16 kap. 4 § MB, innan vindkraftsexploatören kan få tillstånd. Tillstånd söks då hos mark- och miljödomstol. Om en vindpark ska anläggas utanför territorialgränsen men inom Sveriges ekonomiska zon, som sträcker sig ut till 200 nautiska mil (ca 370 km), är det regeringen som fattar beslut om tillstånd utifrån lagen (1992:1140) om Sveriges ekonomiska zon (SEZ). Regeringen fattar även beslut om vindkraftsetableringar när lagen (1966:314) om kontinentalsockeln (KSL) berörs. Mål som kan påverka militärens intresse prövas också av regeringen, enligt 21 kap. 7 § MB, i de fall ansökan sker hos mark- och miljödomstol.

Oavsett vem som prövar tillåtligheten av vindparken, och enligt vilken lag, sker det en prövning av vindkraftsverksamheten mot de grundläggande bestämmelserna i miljöbalken, främst 2 kap. MB. Den sökande ska visa att MB:s krav efterlevs. Vid etablering av havsbaserad vindkraft krävs alltid att en miljökonsekvensbeskrivning (MKB) tas fram inför ansökningsprocessen. Den ska påvisa både hur en vindkraftsetablering kan påverka miljön och att tillräckligt med kunskap har tagits fram för att kunna göra en sådan bedömning. Det är utifrån miljökonsekvensbeskrivningen som den beslutande myndigheten gör en bedömning av miljömässiga risker. Det är i den individuella prövningen lokaliseringsprövningen sker i dag men havsplaner och översiktsplaner kan också spela en viss roll och ge vägledning om var det är önskvärt/lämpligt att lokalisera vindkraft. De planerna är dock inte juridiskt bindande i den individuella prövningen.

En viktig grundläggande utgångspunkt är att EU-rätten är överordnad den svenska rätten. EU-rättsliga frågor är därför av stor betydelse vid all tillståndsprövning. Vid prövning av vindkraft är särskilt EU:s art- och habitatdirektiv respektive fågeldirektiv relevanta. För att skydda viktiga livsmiljöer och arter ska Natura 2000-områden inrättas enligt art- och habitatdirektivet. Närheten till Natura 2000-områden kan på ett avgörande sätt påverka huruvida en vindpark kan byggas eller inte. Därför behöver det tydligt framgå i miljökonsekvensbeskrivningen hur typiska arter och livsmiljöer inom ett Natura 2000-område skulle kunna påverkas om en vindpark anläggs i dess närhet.

Även artskyddet är en fråga av betydelse vid etablering av havsbaserad vindkraft. Artskyddet regleras i art- och habitatdirektivet och fågeldirektivet och implementerats i svensk rätt i artskyddsförordningen (2007:845). Om det finns en



skyddsvärd art, eller för arten viktig livsmiljö, inom ett tilltänkt vindparksområde, ska verksamhetsutövaren undersöka dess förekomst och iaktta försiktighetsmått. Detta för att undvika att verksamheten påverkar arten på ett sätt som är förbjudet enligt artskyddsförordningen.

En havsbaserad vindpark består av ett antal vindkraftverk inom ett avgränsat havsområde, en s.k. polygon. Olika arter kan påverkas olika under vindparkens olika faser, dvs. anläggningsfas, driftsfas och avvecklingsfas. Under anläggningsfasen kan faktorer som påverkar det marina livet t.ex. vara en temporär ökning av ljud och frigörande av sediment. Under driftsfasen kan det handla om barriäreffekter för fåglar eller reveffekter för marina organismer. Avvecklingsfasen innebär att vindkraftverken nedmonteras vilket har en jämförelsevis begränsad miljöpåverkan. Viktiga faktorer när det gäller påverkan på det marina livet är vilken typ av vindkraftsfundament som används samt vilka skyddsåtgärder som tillämpas. Utöver anläggningen av vindkraftverk nedläggs även sjökablar som kan ha en lokal påverkan.

I denna rapport redogörs för ett flertal domar och beslut för att ge en bild av vilka omständigheter som kan vara avgörande för om ett tillstånd kan erhållas eller inte. En vanligt förekommande anledning till avslag är lokaliseringsfrågan där t.ex. närheten till Natura 2000-områden och försvarsanläggningar kan sätta stopp för etableringen. Andra avgörande faktorer kan handla om det marina livet t.ex. hur fiskar och marina däggdjur påverkas. Utöver nyetableringar av vindparker kan även avgöranden handla om förlängning av tidigare tillståndsbeslut, till exempel på grund av långdragna processer för anslutning till elnätet. Ändrade ansökningar innehåller ofta en ändring av vindkraftverkens storlek och antal då den tekniska utvecklingen har lett till att mer effektiva modeller av vindkraftverk kan användas än vid den ursprungliga ansökan.

En viktig utgångspunkt vid en vindkraftsetablering är att vara medveten om betydelsen av lokalisering i vidare bemärkelse, både i geografisk och rumslig skala. Det understryker vikten av en tidig helhetsbedömning utifrån de lokala förutsättningarna inför en eventuell etablering. Det är många parallella tillstånd, som kan prövas i flera instanser, vilket ger långa handläggningstider. Inom nuvarande prövningsregim skulle tid kunna sparas om hänsyn tas tidigt i processen, innan ansökan skickas in, för vilka beslutsmässiga utmaningar som kan finnas geografiskt och anpassa ansökan efter det för att skapa bättre förutsättningar för att undvika långdragna juridiska processer och möjliggöra lämpliga lokaliseringar för vindkraft till havs.

# Summary

The European Union aims at becoming climate neutral by 2050. To achieve this goal, large investments in renewable energy is needed. Offshore wind power can here play an important role. In Sweden, the development of offshore wind power has, so far, been limited. However, there are plans to build wind farms in large parts of Sweden's offshore areas. In the process of establishing offshore wind power, legal issues are of crucial importance.

The establishment of wind farms is regulated by several laws and regulations. Laws regulate what permits that are required in different parts of the sea, where a wind farm can be built, what is acceptable in terms of environmental effects and which ecological factors that a wind power contractor must consider. The location is of central importance in a permit process. If an establishment is planned within Sweden's territorial waters, i.e. within 12 nautical miles (approx. 22 km) from the baseline, the municipality have to approve the establishment in accordance with Chapter 16, Section 4 of the Environmental Code before the wind power operator can obtain a permit. Permission is sought from the Land and Environment Court.

If a wind farm is to be built outside the territorial boundary, but within Sweden's economic zone, which extends to 200 nautical miles (approx. 370 km), it is the Government that decides on permits based on the Swedish Exclusive Economic Zone Act. The Government also makes decisions on wind power establishments when the Act on the Continental Shelf is affected. Cases that may concern the interest of the Swedish armed forces are also assessed by the Government, according to Chapter 21, Section 7 of the Environmental Code. This applies when the application is made to the Land and Environment Court.

Regardless of who assesses the permissibility of a wind farm, and according to which law, the wind power operations are assessed against the basic provisions of the Environmental Code, primarily Chapter 2. As part of the permit process an environmental impact assessment (EIA) is always required. It must provide sufficient information and demonstrate how a wind power establishment can affect the environment. The EIA is crucial in providing the decision-making authority with necessary information on any environmental risks. It is in the individual assessment that the location examination takes place today, but maritime spatial planning can also play a role and provide guidance on where it is desirable or appropriate to locate wind power. However, those plans are not legally binding in the individual examination.

An important basic starting point in any legal process, also the ones relating to offshore wind power, is that EU law takes precedence over Swedish law. EU legal issues are therefore of great importance in all permit examinations. There are two EU-directives that are of central importance. These are the Council Directive 92/43/EEC of 21 May 1992 on the conservation of natural habitats and of wild fauna and flora (hereafter the Habitats Directive) and the Council Directive 2009/147/EC of the European parliament and of the council of 30 November 2009 on the conservation of wild birds (hereafter the Birds Directive). Both directives aim at protecting species and the biodiversity within EU. To protect important habitats and species, Natura 2000-sites must be established in accordance with the Habitats Directive.

The proximity to Natura 2000-sites can affect whether a wind farm can be built or not. Therefore, it needs to be clear in the EIA how typical species and habitats within a Natura 2000-area could be affected if a wind farm is built in its vicinity.

Species protection is also an issue of importance when establishing offshore wind power. Species protection is regulated in the Habitats Directive and the Birds Directive which has been implemented in Swedish law, in the Species Protection Ordinance (2007: 845). Species that need protection has to be addressed in the permit process as the operator must describe its occurrence and observe precautionary measures if needed. This is to avoid any activities that may affect the species in a way that is prohibited under the Species Protection Ordinance.

An offshore wind farm consists of a number of wind turbines within a defined sea area, a so-called polygon. Different species can be affected differently during the different phases of the wind farm i.e., the construction phase, the operational phase, and the decommissioning phase. During the construction phase, factors that affect marine life can be, for example, a temporary increase in noise and release of sediment. During the operational phase, there may be barrier effects on birds or reef effects influencing marine organisms. The decommissioning phase means that the wind turbines are dismantled, which has a comparatively limited environmental impact. Important factors regarding the impact on marine life are the type of wind power foundation used and the protective measures taken. In addition to the construction of wind turbines, submarine cables are also laid out which may have a local impact.

This report describes several judgments and decisions to provide a picture of the circumstances that may be decisive for whether a permit can be obtained or not. A common reason for rejection is that the location is not appropriate. Where, for example, the proximity to Natura 2000-sites, or a military facility, can hinder the establishment of a wind park. Other factors that have impeded the process involve marine life, such as how fish and marine mammals are affected. In addition to new establishments of wind farms, decisions can also be about extending previous permit decisions, which may be the result of a decision process on the connection to electricity grid that have prolonged. Modified applications often include a change in the size and number of wind turbines, as technical development has led to more efficient models.

A crucial starting point for a wind power establishment is to be aware of the importance of location in a broader sense, both on a geographical and spatial scale. This underlines the importance of an early overall assessment based on the local conditions prior to a possible establishment. The permit process, which precedes the establishment of wind power at sea, is usually time consuming, often taking several years. There are many parallel factors that need to be considered and they are tried in several formal procedures. This highlights the importance of being active early in the process, so an initial assessment can be made before the project is fully in progress. Here, location is of central importance, both in terms of juridical considerations, as well as in terms of environmental aspects.

# 1. Inledning

Inom EU har det länge funnits en vision om att EU ska vara koldioxidneutralt 2050. Nu har även en EU-förordning antagits som innebär att EU senast 2050 ska ha nettonollutsläpp av växthusgaser. Som ett delmål antogs ett bindande klimatmål som innebär att nettoutsläppen av växthusgaserna i EU ska minska med 55 % till 2030 jämfört med 1990.<sup>3</sup> Sveriges politiker har också över partigränserna kommit överens om att Sverige ska ha 100 % förnybar el 2040.<sup>4</sup> Därtill finns det en ökad efterfrågan på el i samhället. För att möta de politiska målen avseende energi och klimat samt den växande efterfrågan på el kan vindkraft till havs spela en viktig roll som ett förnybart alternativ till fossila energikällor.<sup>5</sup>

Samtidigt som det finns ett stort behov av förnybar el i vårt elsystem gäller frågan om hållbarhet även andra aspekter. Parallellt med strävan mot ett koldioxidneutralt energisystem finns det också en målsättning om att säkerställa att Europas biologiska mångfald senast 2030 ska vara på väg att återhämta sig.<sup>6</sup> Kommissionen har identifierat att vindkraft har en viktig roll att fylla i klimatomställningen också för att klimatförändringar är en av de största orsakerna till förlusten av biologisk mångfald, men betonar att det är viktigt att vindparkerna är lämpligt placerade och utformade så att de inte utgör hot mot sårbara livsmiljöer och arter.<sup>7</sup>

Vindkraft till havs har potential att producera förnybar el i stor omfattning, vilket ligger i linje med en klimatomställning. Givet att haven även utsatts för störning från andra aktiviteter, såsom fiske och sjötrafik, minskas utrymmet för ökad mänsklig påverkan i haven. Det blir svårt att erhålla tillstånd till en etablering av vindkraft till havs om risk föreligger att marint liv påverkas på ett otillåtet sätt enligt miljölagstiftningen. Beroende på var i haven vindparken lokaliseras kan den påverka marina arter, främst temporärt under etableringsfasen vad gäller exempelvis marina däggdjur och fisk, men också under driftsfasen vad gäller fåglar och fladdermöss.<sup>8</sup>

Exempel på påverkansfaktorer under etableringsfasen är att undervattensljud temporärt genereras eller att det blir en spridning av sediment i vattnet.<sup>9</sup> Sedimentspridning gäller främst vid anläggning av monopile-fundament och om det behöver borrar i botten. Höga undervattensljud kan påverka tumlare (*Phocoena phocoena*)

---

<sup>3</sup> EU-kommissionen (2021) Europaparlamentets och rådets förordning om inrättande av en ram för att uppnå klimatneutralitet och om ändring av förordningarna (EG) nr 401/2009 och (EU) 2018/1999 (europeisk klimatlag), artikel 2 och 4.

<sup>4</sup> *Energiöverenskommelsen*, <https://www.regeringen.se/49cc5b/contentassets/b88f0d28eb0e48e39eb4411de2aabe76/energioverenskommelse-20160610.pdf>, [energioverenskommelse-20160610.pdf](https://www.regeringen.se/49cc5b/contentassets/b88f0d28eb0e48e39eb4411de2aabe76/energioverenskommelse-20160610.pdf) (regeringen.se). 10 juni 2016.

<sup>5</sup> Kaldellis J, Zafirakis D (2011) The wind energy (r)evolution: A short review of a long history. *Renewable Energy*, 2011, 36:1887–1901. EU har även identifierat att havsbaserad vindkraft är en viktig komponent för att nå målet med koldioxidneutralitet 2050, se: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_20\\_2096](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_2096)

<sup>6</sup> Se exempelvis EU-kommissionen (2020), EU:s strategi för biologisk mångfald för 2030 – Ge naturen större plats i våra liv, COM(2020) 380 final. Se: [https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal\\_en](https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal_en)

<sup>7</sup> Europeiska kommissionen (2020), Kommissionens tillkännagivande – Vägledningsdokument om utbyggnad av vindkraft och EU:s naturvårdslagstiftning. C (2020) 7730 final, 18 november 2020, s. 11.

<sup>8</sup> För en närmare redogörelse se kapitel 9 i denna rapport.

<sup>9</sup> Miljöpåverkan genom sedimentspridning beror på botten typ. Se: Hammar L, Wikström A, Börjesson P, Rosenberg R (2008) Studier på småfisk vid Lillgrund vindpark. Effektstudier under konstruktionsarbeten och anläggning av gravitationsfundament. Rapport 5831 och Tsouvalas A (2020) Underwater noise emission due to offshore pile installation: A Review. *Energies* 13: 12.

och fisk negativt.<sup>10</sup> Det finns åtgärder för att minska påverkan under etableringsfasen, som att t.ex. använda så kallade bubbelgardiner som reducerar spridningen av ljud eller att skapa artificiella ljud som får fisk och tumlare att röra sig ifrån området.<sup>11</sup>

När vindparken är i drift kan det finnas både positiva och negativa miljöeffekter av parken. Flera studier har visat att artantalet och biomassan kan öka när det gäller fisk och bottenlevande organismer beroende på var vindkraftverken placeras och hur vindkraftsfundamenten ser ut.<sup>12</sup> Att tillföra en hård struktur som resulterar i att marina organismer söker sig till strukturen beskrivs som en reveffekt.<sup>13</sup> Det finns även studier som visar att tumlare kan söka sig till vindparker i drift för att söka föda.<sup>14</sup> Elektromagnetiska fält som uppstår kring sjökablarna har lyfts fram som en faktor som kan påverka fisk negativt, även om det verkar vara av mindre betydelse för flertalet arter.<sup>15</sup> Därutöver kan marina däggdjur, där säl och tumlare<sup>16</sup> ingår, också reagera på förändringar i livsmiljön orsakade av vindkraftsetableringar. Vissa fåglar kan också påverkas av vindkraft till havs. Utöver kollisionsrisken kan även vindkraftverken utgöra barriärer till viktiga födosöksområden eller utgöra hinder för migrerande fågelarter.<sup>17</sup> Fladdermöss är ytterligare en djurgrupp som kan påverkas av vindkraft om verken lokaliseras nära kusten.<sup>18</sup>

För att en vindkraftsetablering till havs ska vara hållbar ur miljösynpunkt är därför lokaliseringen av central betydelse.<sup>19</sup> Påverkan på marint liv kan skilja sig

---

<sup>10</sup> Bergström L, Kautsky L, Malm T, Ohlsson H, Wahlberg M, Rosenberg R, Åstrand N (2012) Vindkraftens effekter på marint liv – En syntesrapport, Rapport 6488, s. 8; Andersson, Sigray P, Persson LKG (2011) Ljud från vindkraftverk i havet och dess påverkan på fisk. Naturvårdsverket Vindval Rapport 6436; Brandon M, Casper BM, Smith ME, Halvorsen MB, Sun H, Carlson TJ, Popper AN (2013) Effects of exposure to pile driving sounds on fish inner ear tissues. *Comparative Biochemistry and Physiology* 166: 352–360 / Debusschere E, Hostens K, Adriaens D, Ampe B, Botteldooren D, De Boeck G, De Muynck A, Kumar Sinha A, Vandendriessche S, Van Hoorebeke L, Vincx M, Degraer S (2016) Acoustic stress responses in juvenile sea bass *Dicentrarchus labrax* induced by offshore pile driving. *Environmental Pollution* 208: 747–757.

<sup>11</sup> Van der Meij H, Kastelein R, van Eekelen E, van Koningsveld M (2015) Faunaguard: a scientific method for deterring marine fauna. *Terra et Aqua* 138: 17–24 and Tsovalas A, Metrikine AV (2016) Noise reduction by the application of an air-bubble curtain in offshore pile driving. *Journal of Sound and Vibration* 371: 150–170.

<sup>12</sup> Andersson MH, Öhman MC (2010) Fish and sessile assemblages associated with wind-turbine constructions in the Baltic Sea. *Marine and Freshwater Research* 61: 642–650 / Bergström L, Sundqvist F, Bergström U (2013) Effects of an offshore wind farm on temporal and spatial patterns in the demersal fish community. *Marine Ecology Progress Series* 485: 199–210. I nederländska Nordsjön har det utförts en studie vid en vindkraftspark som visar att tumlarnärvaron ökade efter anläggandet (ca 4–5 år efter anläggandet). Parken konstruerades under den tid på året när i princip inga tumlare var närvarande. Orsaken till ökningen är oklar, men två möjliga förklaringar är att födotillgången ökat inom parken, och/eller att bullernivåerna minskat pga minskad fartygs trafik. Se Scheidat M, Tougaard J, Brasseur S, Carstensen J, van Polanen Petel T, Teilmann J, Reijnders P (2011) Harbour porpoises (*Phocoena phocoena*) and wind farms: a case study in the Dutch North Sea. *Environmental Research Letters* 22: 025102.

<sup>13</sup> Det är den effekten som kan uppnås vid byggandet av artificiella rev som t.ex. Hummerreven utanför Göteborg. Reveffekten kan dock variera beroende på omgivande miljö, t.ex. så blir den sannolikt mer påtaglig i Västerhavet, pga. högre salthalter, jämfört med Östersjön. Se Länsstyrelsen (2007) Hummerrevsprojektet Slutrapport. Länsstyrelsens i Västra Götalands Län rapport nr 2007:41 och Bergström L, Kautsky L, Malm T, Ohlsson H, Wahlberg M, Rosenberg R, Capetillo NÅ (2012) Vindkraftens effekter på marint liv. Naturvårdsverket Vindval Rapport 6488.

<sup>14</sup> Vallejo GC, Grellier K, Nelson EJ, McGregor RM, Canning SJ, Caryl FM, McLean N (2017) Responses of two marine top predators to an offshore wind farm. *Ecology and evolution* 7: 8698–708.

<sup>15</sup> Öhman MC, Sigray P, Westerberg H (2007) Offshore windmills and the effects of electromagnetic fields on fish. *Ambio* 36: 630–633.

<sup>16</sup> Mindre tandval som förekommer naturligt i Västerhavet och Östersjön.

<sup>17</sup> Havs- och vattenmyndigheten (2012) God havsmiljö 2020. Marin strategi för Nordsjön och Östersjön Del 1: Inledande bedömning av miljötillstånd och socioekonomisk analys, 2012:19, s. 122.

<sup>18</sup> De Jong J, Håstad O, Victorsson J, Ödeen A (2019) Aktivitet av fladdermöss och insekter vid ett vindkraftverk. Naturvårdsverket Rapport 6902.

<sup>19</sup> Jfr 2 kap. 6 § MB. Se Energimyndigheten (2017) Havsbaserad vindkraft – En analys av samhällsekonomi och marknadspotential, Rapport ER 2017:3, p. 62.

stort beroende på var en vindpark etableras. Dessutom är lokaliseringen också en fråga om hur människor påverkas. Då motstående intressen främst finns nära kusten och vid grunt vatten, kan det vara att föredra att välja ett område på djupare vatten.<sup>20</sup> Det finns dock en gräns för hur djupt det kan vara. I dag går det att bygga verk ner till 60–70 m. Samtidigt finns det en utveckling vad gäller flytande fundament som öppnar för att bygga vindparker i djupare vatten. Miljöpåverkan skiljer sig också beroende på vilken teknisk konstruktion som väljs; monopiles, gravitationsfundament, fackverkskonstruktioner eller flytande fundament. Under etableringsfasen avger t.ex. monopiles mer ljud ifrån sig jämfört med andra fundament givet att de pålas ner i botten.

Än så länge har Sverige ett begränsat antal havsbaserade vindkraftverk i bruk. År 2017 var det fyra vindparker i drift och åtta vindparker som hade fått tillstånd.<sup>21</sup> De flesta ärendena på senare tid (mellan 2017–2021) är antingen pågående eller har fått avslag.<sup>22</sup> Flertalet givna tillstånd är s.k. ”skrivbordstillstånd”, vilka innebär att verksamhetsutövaren har ett tillstånd att bedriva verksamheten men har ännu inte börjat bygga vindparken. Orsaken till detta är i vissa fall att tillståndens villkor är så pass begränsade att det inte är möjligt att anlägga vindparken. I andra fall har det inte ansetts ekonomiskt lönsamt och i flera fall har tidsfördröjningen berott på koncessionsprövningen för dragning av sjökabel. Många av de befintliga tillstånden har blivit föråldrade och projektören söker därför om ändring av tillståndet, vilket främst gäller tillstånd att bygga högre vindkraftverk eller att senarelägga igångsättningstiden. Samtidigt som processen drar ut på tiden kan även andra förändringar ske som t.ex. att nyttjandet av föreslagna etableringsområden blir reglerade. Detta skulle t.ex. kunna vara bildandet av Natura 2000-områden vilket i så fall skulle innebära att ytterligare tillstånd skulle krävas för att bygga en vindpark.<sup>23</sup>

I denna rapport systematiseras, beskrivs och analyseras de juridiska frågor som är relevanta vid havsbaserad vindkraft.<sup>24</sup> I den inledande delen (kap. 1–5) beskrivs vilka processuella förutsättningar som råder, vilken lagstiftning som tillämpas i olika delar av havet, vilka tillstånd som krävs och mot vilka grundläggande miljöbestämmelser prövningen sker. I kap. 6 redovisas ett antal beslut och domar om havsbaserad vindkraft i syfte att sammanställa dem och utröna vilka omständigheter som är avgörande för om tillstånd nekats. Därefter (kap. 7–8) beskrivs och analyseras de EU-rättsliga frågorna som kan innebära konflikter med vindkraftsutveckling, både i undersöknings- etablerings- och driftsfasen. Särskilt fokus är här på EU:s fågeldirektiv och art- och habitatdirektiv. Frågan är om dessa direktiv

---

<sup>20</sup> Det har även Tegner och Egelund konstaterat, som skriver om rättsläget i Danmark där tillståndprocesserna för havsbaserad vindkraft är rätt så komplex. Tillståndprocessen är tredelad (1) tillåtelse till förundersökning (VE-lagen §22), (2) etableringstillstånd (25§), samt (3) produktionstillstånd (§ 29). Därtill kommer ett lokaliseringbestämt anbudsprocess för stora havsparker och kustnära havsparker, vilket innebär att lokaliseringen är bestämd innan man utfört en MKB, se Tegner Anker, H., and Egelund Olsen, B. (2019) Bläst på havet – om beslutningsprocesser för havvindmøller i Danmark. Miljörätten och den förhandlingsovilliga naturen. Vänbok till Gabriel Michanek. Red. Jan Darpö m.fl. s.13–34, på s 20–33.

<sup>21</sup> SWECO (2017) Havsbaserad vindkraft – potential och kostnader. 31 januari 2017.

<sup>22</sup> Se redogörelse för de domar och beslut som finns angående havsbaserad vindkraft i kapitel 6. Försvarets intresse har ofta satt stopp för havsbaserad vindkraft. Det finns även domar där vindkraft nekats tillstånd p.g.a. Natura 2000 och mer formella grunder som att förlängning av redan beviljat tillstånd ej kan ges.

<sup>23</sup> Se t.ex. Kriegers Flak, Södra Midsjöbanken och Stora Middelgrund. Se beskrivning under avsnitt 6.3.4, 6.3.5 och 6.3.6.

<sup>24</sup> Fokus för denna rapport är den materiella prövningen enligt miljöbalken och konflikter med EU:s vatten- och naturskyddslagstiftning. Det finns andra juridiska frågor som inte beaktas som t.ex. de som gäller specifikt för vattenverksamheter, såsom rådighet.

kan begränsa möjligheten att etablera vindkraft till havs. I kap 9 redogörs för de vanligast förekommande arterna som riskerar att påverkas av havsbaserad vindkraft och den praxis som finns kopplat till dem. I kap. 10 beskrivs och diskuteras översiktsplanernas och havsplanernas betydelse för den individuella prövningen av havsbaserad vindkraft. Slutligen, i kap 11 presenteras rapportens slutsatser och en diskussion om under vilka förutsättningar vindkraften till havs kan vara ett hållbart alternativ för en utbyggnad av den förnybara elproduktionen i Sverige.

## 2. Syfte och metod

### 2.1 Syfte, metod och material

Syftet med denna rapport är att systematisera och beskriva de rättsliga regler som vindkraftsprojektörer måste förhålla sig till samt utreda hur konflikter mellan havsbaserad vindkraft och motstående intressen hanteras enligt gällande rätt. För att utröna vad som är gällande rätt har en rättsdogmatisk metod använts, d.v.s. gällande rätt har uttolkats utifrån de rättsliga källorna (lagtext, praxis, förarbeten och doktrin).<sup>25</sup> De beslut och domar om havsbaserad vindkraft, som presenteras i kapitel 6 i denna rapport har utgjort en viktig utgångspunkt från vilken identifierats vilka konflikter och frågor som kan vara aktuella vid havsbaserad vindkraft.

Inledningsvis i rapporten beskrivs översiktligt vilka tillstånd som krävs i olika delar av havet i syfte att klargöra vilka materiella bestämmelser som blir aktuella vid prövningen. Därefter analyseras vilken betydelse de grundläggande materiella miljöreglerna i miljöbalkens 2–4 kap. har för prövningen av vindkraft till havs och de processuella förutsättningar som råder. Översiktsplaner och havsplaners betydelse för den individuella prövningen av havsbaserad vindkraft beaktas också i syfte att dels lyfta vilken juridisk betydelse som planerna har, dels identifiera vilka brister de nuvarande planeringsinstrumenten har. I rapportens senare del görs en analys av de EU-rättsliga konflikterna som kan bli aktuella, både med vattenlagstiftningen och naturskyddslagstiftningen, i syfte att utreda huruvida den berörda lagstiftningen påverkar etableringen av vindkraft till havs. Rapporten avslutas med slutsatser, reflektioner och en diskussion om vilka parametrar som är viktiga att beakta vid projektering av vindkraft till havs utifrån ett ekologiskt perspektiv.

När gällande rätt ska utrönas är det nödvändigt att beakta EU-rätten då den står över den nationella rätten enligt principen om EU-rättens företräde<sup>26</sup> och EU-domstolens tolkningsföreträde av EU-rätten.<sup>27</sup> När EU-domstolen har avgjort en fråga är den bindande för Sverige som medlemsstat (MS) inom EU och innebär att svenska prövningsmyndigheter antingen måste tolka den svenska lagen i ljuset av EU-rätten eller välja att inte tillämpa lagstiftning om den strider mot EU-rätten. De EU-rättsliga frågorna har därför beskrivits och analyserats särskilt utifrån betydelsen av de EU-rättsliga direktiven och inte primärt utifrån den svenska implementeringen av bestämmelserna.

Även annat material har använts till syfte att förstå vilken faktisk miljöpåverkan som vindkraft till havs kan ha på olika arter. Här har främst Naturvårdsverkets och Vindvals rapporter använts, men även rapporter av andra statliga myndigheter som Energimyndigheten och Havs- och vattenmyndigheten samt vetenskapliga artiklar. Även Naturvårdsverkets och Havs- och vattenmyndighetens yttranden i pågående ärenden har beaktats för att få en bild av vilka typer av villkor som i nuläget har

---

<sup>25</sup> Se exempelvis Jareborg N (2004) Rättsdogmatik som rättsvetenskap, SvJT s. 1–10 och Kleineman J (2018) Rättsdogmatisk metod i Nääv, M. och Zamboni, M (red) Juridisk metodlära, 2 uppl, Studentlitteratur s. 21–46.

<sup>26</sup> Principen om EU-rättens företräde framgår i gammal EU-rätts praxis. Se C-6/64, Costa v. ENEL. För en närmare beskrivning, se Bergström, C. F. et al. (2018) Lissabon Fördraget. Sieps, 2008:11, s. 41.

<sup>27</sup> Se artikel 267 fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget).



stöd i vetenskapen för att minimera påverkan på biologisk mångfald.<sup>28</sup> Yttrandena representerar myndigheternas syn på frågorna och kan således inte ligga till grund för några rättsliga slutsatser, men ger ändå en indikation på vad som kan vara ekologiskt relevanta faktorer att ta hänsyn till vid tillståndsprövningar för vindparker till havs.

## 2.2 Betydelsen av prövningsmyndigheternas beslut

Avgöranden från regeringen, mark- och miljödomstolarna (MMD) och Mark- och miljööverdomstolen (MÖD) diskuteras i rapporten, liksom beslut av länsstyrelsen i fråga om Natura 2000-tillstånd. Även om MÖDs avgöranden är vägledande måste de enskilda avgörandena ses i sitt sammanhang, då det sällan är exakt likadana omständigheter i skilda fall. Om t.ex. en vindpark är lokaliserad i Kattegatt råder andra förutsättningar än de som finns i delar av Östersjön.

Det är endast när domstolen avgör en principiell fråga som avgörandet är vägledande. Det går alltså inte att dra allt för långtgående generella slutsatser från enstaka domar och beslut. Avgörandena kan dock ge vägledning om tillvägagångssättet i liknande situationer med liknande omständigheter. Högsta domstolens (HD:s) avgöranden redogörs för i de fall de är relevanta.<sup>29</sup>

Även betydelsen av regeringens beslut måste beskrivas. I mål om havsbaserad vindkraft beslutar regeringen om det handlar om tillstånd i ekonomisk zon eller om det krävs tillstånd enligt lagen om kontinentalsockeln (KSL). Därutöver prövar regeringen alltid frågan om tillstånd enligt 21 kap. 7 § MB, om frågan berör Försvarsmakten. Beslutande myndighet ska då alltid överlämna ärendet till regeringen för en fullständig prövning. Således prövas alla mål som berör militärens intresse av regeringen.

Regeringen kan även i andra fall pröva *tillåtligheten* av en vindpark. Ett *tillstånd* krävs dock fortfarande av MMD. Kommunfullmäktige kan begära att regeringen ska pröva tillåtligheten vid t.ex. tillståndspliktig vindkraft enligt 17 kap. 4 a § p. 7 MB.<sup>30</sup> Huvudregeln, vid ett sådant förfarande, är att regeringens tillåtlighetsbeslut är bindande för tillståndsmyndigheterna.<sup>31</sup> Beslutande tillståndsmyndighet får endast lämna tillstånd och pröva sådana frågor som inte prövats av regeringen.<sup>32</sup> I vilken utsträckning prövningsmyndigheten är bunden av regeringens tillåtlighetsbeslut har klargjorts i praxis. HD konstaterade i fallet *Bunge* att det enligt EU-rätten ska göras en ”fullständig, exakt och slutlig bedömning i samlad form”, när ansökan om tillstånd avser en verksamhet som kan påverka ett Natura 2000-område.<sup>33</sup> Bundenheten av regeringens tillåtlighetsbeslut är därför inte lika absolut som domstolen tidigare utgått från.

---

<sup>28</sup> Det finns en strategisk uppdelning där Havs- och vattenmyndigheten inom sitt ansvarsområde ansvarar för de naturtyper och arter som finns i sjöar, vattendrag och hav och Naturvårdsverket ansvarar för de naturtyper och arter som primärt finns ovanför vattenytan, t.ex. fåglar.

<sup>29</sup> Mål om havsbaserad vindkraft inom territorialhavet börjar alltid i MMD och kan således överklagas hela vägen till HD. Det är dock sällan miljörättsliga avgöranden får prövningstillstånd i HD och det finns inte något avgörande som gäller havsbaserad vindkraft ännu (förutom talerätsfråga kopplat till vindpark till havs).

<sup>30</sup> Regeringen kan också pröva verksamheter enligt 17 kap. 1 och 3 §§ MB.

<sup>31</sup> HFD 2011 not.26 och MÖD 2009:38.

<sup>32</sup> MÖD 2009:38 och MÖD 2006:44 och prop. 1997/98 del 1 s. 443.

<sup>33</sup> NJA 2013 s 613.

## 3. Jurisdiktion – betydelse för tillämpliga lagar

### 3.1 Inledning

Havet är indelat i olika zoner som följer av den internationella rätten. Sverige har ratificerat FN:s Havsrättskonvention (UNCLOS), där det framgår bland annat inom vilka gränser stater har jurisdiktion över havsområden.<sup>34</sup> Konventionen reglerar frågor om fiske, sjöfart, fördelning av havets resurser och miljöskydd.<sup>35</sup> Konventionen utgör en viktig internationell grund för regleringen av havet.

I konventionen är olika zoner identifierade och det anges inom vilka områden där staten både har *rätt* att agera, och en *skyldighet* att agera, inom ramen för sin jurisdiktion. Det framgår av konventionen att statens territorialhav sträcker sig 12 nautiska mil (ca 22 km) från baslinjen (sträckning av kustens huvudriktning), inom vilket område staten har jurisdiktion.<sup>36</sup> Den ekonomiska zonen sträcker sig från baslinjen och ut till 200 nautiska mil (ca 370 km).<sup>37</sup> Den ekonomiska zonen kan vara mindre om det finns angränsande länder och dras då mitt emellan ländernas baslinje.

Staters jurisdiktion inom den ekonomiska zonen inkluderar även skydd och bevarande av den marina miljön.<sup>38</sup> I Sverige har bestämmelserna i havsrättskonventionen implementerats i Lag (2017:1272) om Sveriges sjöterritorium och maritima zoner och Lag (1992:1226) om Sveriges ekonomiska zon. De länder som är part till MARPOL har också en skyldighet att samarbeta globalt för att skydda och bevara den marina miljön enligt MARPOL-konventionen (International Convention for the Prevention of Pollution from Ships).<sup>39</sup> Det är dock inte möjligt för en stat att inrätta marina skyddsområden utanför sin jurisdiktion.

Syftet med detta kapitel är primärt att beskriva vilka tillstånd som krävs beroende på var i havet vindparken lokaliseras och mot vilka materiella bestämmelser i miljöbalken prövningen sker.

### 3.2 Tillämplig lag – Sveriges territorialhav

Sveriges territorialhav sträcker sig alltså 12 nautiska mil ut från baslinjen.<sup>40</sup> Utanför territorialgränsen finns Sveriges ekonomiska zon.<sup>41</sup> Inom territorialhavet kan stater anta lagar på samma sätt som på land. All relevant EU-lagstiftning och svensk

---

<sup>34</sup> United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS) (FN:s havsrättskonvention).

<sup>35</sup> FN:s havsrättskonvention.

<sup>36</sup> Artikel 2 och 3 FN:s havsrättskonvention.

<sup>37</sup> Artikel 57 FN:s havsrättskonvention.

<sup>38</sup> Artikel 56 FN:s havsrättskonvention.

<sup>39</sup> The International Convention for the Prevention of Pollution from Ships (MARPOL 73/78), artikel 197.

<sup>40</sup> Se Lag (2017:1272) om Sveriges sjöterritorium och maritima zoner, § 3.

<sup>41</sup> Se Lag (2017:1272) om Sveriges sjöterritorium och maritima zoner, § 7, bilaga 4.

lagstiftning är tillämplig på verksamheter inom territorialhavet. Vid etablering av vindkraft inom territorialhavet behöver verksamhetsutövaren både ett tillstånd för miljöfarlig verksamhet (9 kap. MB) och för vattenverksamhet (11 kap. MB).<sup>42</sup> Om vindkraftverken byggs inom territorialhavet behöver berörd kommun även tillstyrka verksamheten enligt 16 kap. 4 § MB. Därutöver behövs särskilt tillstånd enligt 7 kap. 28 a § om parken riskerar att påverka ett Natura 2000-område. Dessutom, om verksamheten innebär en sådan störning som omfattas av förbudsregeln i 4 § artskyddsförordningen är verksamheten inte tillåtlig. I dessa fall kan verksamheten endast tillåtas om artskyddsdispens meddelas enligt 14 § i samma förordning. Förutom tillstånd till själva parken krävs dessutom särskilda tillstånd för ledningsdragningen.<sup>43</sup> Det är således många parallella tillstånd som krävs för att etablera vindkraft till havs.

### 3.3 Tillämplig lag – Sveriges ekonomiska zon

Inom den ekonomiska zonen har kuststaten en viss suveränitet även om den är begränsad i jämförelse med territorialvattnet. En kuststat måste acceptera att andra stater har fri rörlighet för navigering och överflygning, utplacering av sjökablar och rörledningar och annan enligt internationell lag legitim användning av havet.<sup>44</sup>

EU:s medlemsstater ska iakttä gemenskapsrätten på de områden där de utövar sina suveräna rättigheter, d.v.s. även inom den ekonomiska zonen,<sup>45</sup> vilket fastslås av EU-domstolen i mål C-6/04. Domstolen klargjorde här att Storbritannien, som dåvarande medlemsstat i EU, måste genomföra art- och habitatdirektivet<sup>46</sup> på så sätt att lagstiftningen är tillämplig i den ekonomiska zonen. Den aktuella nationella lagstiftningen hade begränsat art- och habitatdirektivets tillämpningsområde till att endast gälla på nationellt territorium, vilket EU-domstolen alltså inte ansåg vara en korrekt implementering.<sup>47</sup> När vindkraftverk lokaliseras i ekonomisk zon måste således EU-rätten, i vart fall art- och habitatdirektivet, beaktas av såväl prövningsmyndigheter som verksamhetsutövare vid etablering av vindkraft.

För att kunna bygga vindkraft i Sveriges ekonomiska zon behövs det tillstånd från regeringen enligt 5 § lag (1992:1140) om Sveriges ekonomiska zon (SEZ). Ett sådant tillstånd kan begränsas med villkor som är nödvändiga för att skydda t.ex. miljön mot skador och olägenheter samt främja en långsiktigt god hushållning med mark och vatten. I enlighet med 6 § lagen om ekonomisk zon ska de grundläggande reglerna i miljöbalken tillämpas, d.v.s. kap. 2–4, kap. 5, 3–5 §§ och 18 § utöver relevanta bestämmelser i kap. 6.<sup>48</sup> Ansökan ska innehålla en miljökonsekvens-

---

<sup>42</sup> De materiella bestämmelserna som prövas enligt dessa kapitel i miljöbalken beskrivs närmare i kapitel 4.

<sup>43</sup> Det krävs koncession för elledningen/kabeln enligt ellagen. För kabeldragningen krävs även tillstånd för vattenverksamhet enligt 11 kap. MB och tillstånd enligt kontinentalsockeln i vissa delar av havet. Därutöver kan Natura 2000-tillstånd krävas och ev. dispenser enligt miljöbalken. Denna rapport kommer dock inte att gå in närmare på bestämmelserna i ellagen och villkor för koncession utöver de grundläggande bestämmelserna i miljöbalken som tillämpas i samtliga processer, se rapportens kapitel 4.

<sup>44</sup> Artikel 58.1 och artikel 87 FN:s havsrättskonvention.

<sup>45</sup> Se dock begränsningar i 10 § Lagen om ekonomisk zon och 7 kap. 32 § MB. Att bygga vindkraft till havs är dock ingen sådan ”rättighet” som eventuellt begränsas av regleringen i art- och habitatdirektivet varför det inte är så intressant i detta sammanhang.

<sup>46</sup> Rådets direktiv 92/43/EEG av den 21 maj 1992 om bevarande av livsmiljöer samt vilda djur och växter (Habitatdirektivet).

<sup>47</sup> C-6/04 Kommissionen mot Förenade kungariket, punkt 117.

<sup>48</sup> För en beskrivning av de grundläggande materiella bestämmelserna, se kapitel 4 i denna rapport.

beskrivning (MKB) som krävs enligt 6 kap. MB i enlighet med 6 a § lagen om Sveriges ekonomiska zon. Följaktligen är tillståndsförfarandet i enlighet med i princip samma grundläggande regler som om MMD hade hanterat ärendet. De särskilda bestämmelserna i 11 kap. MB tillämpas dock inte och inte heller bestämmelsen om kommunal tillstyrkan i 16 kap 4 § MB.

Även om de grundläggande bestämmelserna i miljöbalken tillämpas är en skillnad att ett regeringsbeslut endast kan överklagas till HFD i form av en *rättsprövning*<sup>49</sup> och inte överklagas *i sak*. Om ärendet hanteras av MMD och MMD:s dom överklagas till MÖD prövas målet däremot *i sak*. Den juridiska processen skiljer sig alltså åt beroende på var i vattnet vindparken är lokaliserad. De grundläggande bestämmelserna, d.v.s. bland annat hänsynsreglerna i 2 kap. MB och hushållningsbestämmelserna i 3–4 kap. MB är alltså tillämpliga i bägge fallen men processerna är inte lika transparenta.<sup>50</sup>

Natura 2000-bestämmelserna blir indirekt tillämpliga genom 6 § lag (1992:1140) om Sveriges ekonomiska zon.<sup>51</sup> I 7 kap 32 § MB klargörs det även att Natura 2000-bestämmelserna är tillämpliga i den ekonomiska zonen.<sup>52</sup> När det kommer till Natura 2000-områden i den ekonomiska zonen är det länsstyrelsen i det län som ligger närmast som är behörig prövningsmyndighet.<sup>53</sup> När det gäller artskyddets tillämplighet i den ekonomiska zonen finns inget tydligt lagrum att hänvisa till.<sup>54</sup> Från EU-domstolens avgörande C-6/04 kan dock utläsas att även artskyddet ska tillämpas i den ekonomiska zonen vid etablering av vindkraft.<sup>55</sup>

### 3.4 Tillämplig lag – Kontinentalsockeln

Kontinentalsockeln kan variera i bredd men sträcker sig maximalt 350 nautiska mil från baslinjen.<sup>56</sup> Om geologiska eller biologiska undersökningar av havsbotten ska utföras inför anläggandet av en vindpark behövs ett undersökningstillstånd enligt lagen (1966: 314) om kontinentalsockeln. Enligt 3 a § är vissa grundläggande kapitel i miljöbalken tillämpliga, t.ex. 2 kap. MB.<sup>57</sup> Bestämmelserna om Natura 2000 tillämpas även, vilket kan innebära att ett Natura 2000-tillstånd kan krävas redan i inventeringsfasen.

En undersökning inför en etablering av vindkraft där seismiska undersökningar utförs kan innebära att höga ljud genereras vilket kan vara skadligt för t.ex. tumlare

---

<sup>49</sup> Se lag (2006:304) om rättsprövning av vissa regeringsbeslut. Prövas endast om beslutet strider mot någon rättsregel, se 7 § lag (2006:304) om rättsprövning av vissa regeringsbeslut.

<sup>50</sup> Som anges ovan. Regeringens beslut kan endast "rättsprövas", d.v.s. det sker ingen överprövning *i sak*. Prövas endast om beslutet strider mot någon rättsregel, se 7 § lag (2006:304) om rättsprövning av vissa regeringsbeslut.

<sup>51</sup> Enligt 4 kap. 8 § MB får en användning av mark och vatten som kan påverka ett Natura 2000-område och som kräver tillstånd enligt 7 kap. 28 a § MB komma till stånd endast om ett sådant tillstånd har lämnats.

<sup>52</sup> Det finns dock inget sådant förtydligande när det gäller artskyddet vilket har identifierats i Dir. 2020:58.

<sup>53</sup> 7 kap. 32 § MB.

<sup>54</sup> Detta har uppmärksammats av artskyddsutredningen som föreslår att artskyddets tillämplighet i den ekonomiska zonen bör förtydligas med anledning till att artskyddsförordningen gäller "inom landet eller del av landet" enligt 8 kap. MB. Se SOU 2021:51.

<sup>55</sup> Med de begränsningar som står i 10 § lagen om ekonomisk zon och 7 kap. 32 § MB.

<sup>56</sup> Artikel 76 FN:s havsrättskonvention.

<sup>57</sup> Framförallt 2 kap och 5 kap 3–5 §§ MB. Det anges även att "bestämmelser om att tillstånd krävs för vissa verksamheter och åtgärder finns i 7 kap. 28 a – 29 b §§ miljöbalken". 3–4 kap. MB tillämpas om det handlar om utvinning av naturtillgångar och reglerna i 6 kap. MB (om betydande miljöpåverkan).

om de befinner sig i närheten, varför tillstånd, om det meddelas förenas med villkor för att minimera påverkan.<sup>58</sup>

Undersökningstillstånd kan vara ett lämpligt förfarande för regeringen att stoppa olämpliga verksamheter redan innan de påbörjas. Det kan förhindra att onödiga undersökningar sker för vindparker som sedan inte kan få tillstånd på grund av Natura-2000 begränsningar eller artskydd.<sup>59</sup> Även om prövningen avser olika frågor så kan inte en vindkraftsutbyggnad ske om en initial undersökning hindrats. Det finns dock ingen garanti att vindparken får tillstånd bara för att de initiala undersökningarna beviljats tillstånd.

Eftersom kablar måste placeras på havsbotten under anläggningsfasen är lagen (1966: 314) om kontinentalsockeln också tillämplig i det skedet. I enlighet med 2 a § är utplacering av sjökablar en sådan verksamhet där lagen är tillämplig. Ett tillstånd krävs från regeringen enligt 3 § och prövas enligt de bestämmelser som anges i § 3 a.<sup>60</sup> Det krävs även koncession enligt 2 kap. 1 § ellagen för att dra kablar i vattnet och tillstånd enligt miljöbalken för vattenverksamhet enligt 11 kap. MB samt andra nödvändiga tillstånd och dispenser beroende på vilka områden som påverkas av kabeldragningen.<sup>61</sup>

---

<sup>58</sup> Se t.ex. regeringens beslut den 19 juni 2019 i ärendenummer N2017/06309/BI. NV yttrade sig i ärendet och bedömde, med hänsyn till bl.a. tumlarens reproduktionscykel, att det inte fanns någon säker tid på året då undersökningar kunde äga rum i de aktuella områdena utan negativa effekter på tumlarna, se NV:s yttrande den 17 januari 2019, ärendenummer NV-08688-18.

<sup>59</sup> Vilket egentligen krävs enligt 4 kap 8 § MB innan tillstånd kan meddelas (visserligen enligt MB) men detta var inte en fråga som diskuterades i regeringens beslut om Öland, Gotland och Skånes vindkraftsparker. Men har ansetts vara en förutsättning för att ett eventuellt tillstånd ska kunna ges enligt lagen om Sveriges ekonomiska zoner (i Kriegers Flak, Södra Midsjöbanken och Stora Middelgrund).

<sup>60</sup> Se närmare beskrivning av de materiella bestämmelserna i kap 4 i denna rapport.

<sup>61</sup> I samtliga nämnda processer tillämpas miljöbalkens grundläggande kapitel. Se 1 kap. 8 a § ellagen som hänvisar till att bl.a. 2–4 kap. och 5 kap. 3–5 och 18 §§ MB ska tillämpas vid prövning av frågor om meddelande av nätkoncession.

# 4. Den materiella prövningen av havsbaserad vindkraft enligt miljöbalkens grundläggande bestämmelser

## 4.1 Inledning

Oavsett om en vindpark lokaliseras i territorialhavet, eller i den ekonomiska zonen, tillämpas de grundläggande bestämmelserna i miljöbalken. Vid etablering av vindkraft inom territorialhavet behövs ett tillstånd både för miljöfarlig verksamhet (9 kap. MB) och för vattenverksamhet (11 kap. MB).<sup>62</sup> Tillstånden hanteras ofta samtidigt hos MMD, enligt 21 kap. 3 § MB. I den materiella prövningen tillämpas miljöbalkens grundläggande bestämmelser i bl.a. 2–4 kap MB. Vid etablering av vindkraft inom den ekonomiska zonen tillämpas även de grundläggande bestämmelserna i miljöbalken, särskilt kap. 2–4 MB, vissa bestämmelser i kap. 5 och kap. 6 MB.<sup>63</sup> Nedan presenteras och analyseras i huvudsak miljöbalkens hänsynsregler (2 kap. MB) och miljöbalkens hushållningsbestämmelser (kap. 3–4) vad gäller deras betydelse i relation till havsbaserad vindkraft. De materiella bestämmelserna som har en EU-rättslig koppling beskrivs särskilt i enskilda kapitel i rapporten.<sup>64</sup>

## 4.2 Miljöbalkens hänsynsregler

Miljöprövningens stomme presenteras i miljöbalkens 2 kap.<sup>65</sup> Kapitlet innehåller miljöbalkens hänsynsregler och har ett vitt tillämpningsområde. Kapitlet riktar sig till såväl privatpersoner (som vidtar en åtgärd som inte är av försumbar betydelse) och till verksamhetsutövare som bedriver verksamheter av olika slag, till exempel bedriver vindkraftsverksamhet.<sup>66</sup> Som nämnt ovan är det ett kapitel i miljöbalken som måste beaktas vid *all* tillståndsprövning relaterat till havsbaserad vindkraft, oberoende av var i havet verken och kablarna är lokaliserade.

---

<sup>62</sup> Definitionen om vad som är en miljöfarlig verksamhet (9 kap. MB) och vattenverksamhet (11 kap. MB) kommer ej behandlas här. För en närmare beskrivning se Michanek G, Zetterberg C (2021) Den svenska miljörätten, 5e upplagan, s. 292–299 och s. 343–358. För en beskrivning av 2 kap. miljöbalken se s. 106 ff.

<sup>63</sup> Detta gäller samtliga processer både vid *undersökningstillstånd*, då tillstånd krävs enligt lagen om kontinentalsockeln, se § 3 a och *tillstånd* för verksamheten enligt lagen om ekonomisk zon, se § 6. Prövning enligt de grundläggande bestämmelserna i miljöbalken sker också vid koncession (tillstånd) enligt ellagen, se 1 kap. 8 a § (oberoende var i havet verken är lokaliserade).

<sup>64</sup> I rapportens kapitel 5.3 behandlas bestämmelserna i 6 kap. MB om miljöbedömningar och innehållet i en miljökonsekvensbeskrivning. I kapitel 7 behandlas bestämmelserna om miljö kvalitetsnormer i vatten. I kapitel 8 behandlas bestämmelserna om Natura 2000 och artskydd.

<sup>65</sup> För en närmare beskrivning av miljöbalkens hänsynsregler, se Michanek G, Zetterberg C (2021) Den svenska miljö-rätten, 5e upplagan, s. 106 ff.

<sup>66</sup> Se 2 kap 1 § MB.

En grundläggande bestämmelse i 2 kap. 1 § MB är att det är den sökande som ska visa att miljöbalkens krav i 2 kap. MB efterlevs. Med hänsyn till att havsbaserad vindkraft etableras av en verksamhetsutövare kan beslutande myndighet kräva relativt höga krav på bevisföringen.<sup>67</sup> Särskilt då havsbaserad vindkraft kan antas medföra *betydande miljöpåverkan* och att det därför krävs ett särskilt beslutsunderlag – en MKB.<sup>68</sup> En godtagbar MKB är dessutom en processförutsättning, varför det är viktigt att miljöbedömningen utförs korrekt och att beslutsunderlaget (miljökonsekvensbeskrivningen) visar att hänsynsreglerna har beaktats vid t.ex. val av teknik och lokalisering.<sup>69</sup>

Dessutom behöver den sökande ha tillräckligt med kunskap enligt 2 kap. 2 § MB. I förarbetena beskrivs bestämmelsen som viktig för att verksamhetsutövaren i förväg ska kunna överväga konsekvenserna för miljön av ett visst handlande.<sup>70</sup> På samma sätt som vid beaktande av beviskravet kan det variera vilken kunskap som krävs beroende på verksamhetens art och vem som ska utöva verksamheten. Avseende havsbaserad vindkraft är det i huvudsak verksamhetsutövare som utövar en verksamhet som dessutom kan antas medföra betydande miljöpåverkan enligt lagstiftningen,<sup>71</sup> varför beslutande myndighet kan kräva relativt hög kunskap. Enligt förarbetena kan det innebära att personal behöver utbildas och att ett program bör finnas för att följa forskningen och teknikutvecklingen inom dess område.<sup>72</sup>

Utöver dessa grundläggande bestämmelser om bevisbörd och kunskapskrav finns det vissa bestämmelser som är relevanta vid havsbaserad vindkraft som förutsätter att kunskap finns hos verksamhetsutövaren. Enligt 2 kap. 3 § MB behöver den sökande iakttä tillräckliga försiktighetsmått och använda ”bästa möjliga teknik”. Detta krav ska uppfyllas enligt 2 kap. 3 § 2 st ”så snart det finns skäl att anta att en verksamhet eller åtgärd kan medföra skada eller olägenhet för människors hälsa eller miljön.” Det andra stycket ger uttryck för att *försiktighetsprincipen* ska beaktas vid fastställande av försiktighetsmått. Med beaktande av att havsbaserad vindkraft är en sådan verksamhet som kan antas medföra betydande miljöpåverkan,<sup>73</sup> innebär det att denna bestämmelse måste beaktas. Då havsbaserad vindkraft främst stör den marina miljön under anläggningstiden kan försiktighetsmått till exempel innebära att undervattensbuller ska dämpas och begränsningar i anläggningstid införs.

Enligt 2 kap. 3 § MB ska även ”bästa möjliga teknik” användas vid yrkesmässig verksamhet. Enligt förarbetena handlar det inte bara om viss *teknologi* utan även på det sätt en anläggning utformas, uppförs, underhålls, drivs samt avvecklas och tas ur bruk. Vidare anges i förarbetena att tekniken ska från ekonomisk och teknisk synpunkt vara industriellt *möjlig* inom den specifika branschen, dvs tekniken ska vara tillgänglig på (världs)marknaden och inte bara förekomma på experimentstadiet.<sup>74</sup> Att tekniken ska vara ekonomiskt möjlig ”inom branschen typiskt sett”

---

<sup>67</sup> Jfr prop. 1997/98:45, del 1, s. 210.

<sup>68</sup> Se 6 kap. 21 § MB och 6 § Miljöbedömningsförordningen (2017:966).

<sup>69</sup> Särskilt viktigt att miljöbedömningen gått till på rätt sätt. T.ex. att samråd har utförts med de som kan antas bli berörda, vilket är en omständighet som inte kan avhjälpas i ett senare skede. Se t.ex. MÖD 2002:15.

<sup>70</sup> Prop. 1997/98:45, del 1, s. 212.

<sup>71</sup> Se 6 kap. 21 § MB och 6 § Miljöbedömningsförordningen (2017:966).

<sup>72</sup> Prop. 1997/98, del 2, s. 13 f.

<sup>73</sup> Se 6 kap. 21 § MB och 6 § Miljöbedömningsförordningen (2017:966).

<sup>74</sup> Prop. 1997/98, del II, s. 17.

innebär enligt doktrinen att en objektiv bedömning ska göras, dvs vad ett typiskt företag inom branschen kan klara ekonomiskt och inte utifrån det specifika företags ekonomiska förutsättningar.<sup>75</sup>

Vindkraftsbranschen har i dag flera olika typer av aktörer varför det kan vara svårt att avgöra vad som *i branschen typiskt sett* är bästa möjliga teknik från ekonomisk synvinkel. När det kommer till vad som är tillgängligt på marknaden kan teknikevalet vara mer eller mindre lämpligt beroende på flera faktorer som t.ex. de lokala förutsättningarna. Vad som anses vara ”bästa möjliga teknik” vad gäller havsbaserad vindkraft har inte prövats i formell mening. Det är dessutom svårt att avgöra vad som är bästa möjliga teknik då teknikutvecklingen går snabbt framåt. Vad som var *bästa möjliga teknik* när vindkraftsexploatören sökte tillstånd kan vara en annan än när vindparken får tillstånd, särskilt då det ofta tar många år innan vindkraftsetableringen gått igenom de olika tillståndsprocesserna som är nödvändiga innan anläggningen av en vindpark kan påbörjas. Flytande fundament skulle eventuellt kunna vara en teknik som frigör lägre halter suspenderat material och genererar mindre undervattensljud när vindparken anläggs varför argumentet skulle kunna vara att en sådan teknik ger upphov till mindre miljöpåverkan. Dessutom öppnar flytande fundament för etablering längre ut till havs vilket minimerar påverkan nära kusten och på grundare områden.

En annan viktig bestämmelse när det kommer till vindkraft är lokaliseringsregeln stadgad i 2 kap. 6 § MB. Enligt bestämmelsen ska den plats som är mest lämplig ur miljösynpunkt väljas. Bestämmelsen förutsätter därför att alternativa lokaliseringar har utretts.<sup>76</sup> När man bedömer om det är en lämplig lokalisering finns det många aspekter som ska beaktas, exempelvis skyddet av arter,<sup>77</sup> och om verksamheten riskerar att påverka något område som är skyddat enligt 7 kap. MB. När lämpligheten ska avgöras finns det också vägledning att tillgå i miljöbalkens hushållningsbestämmelser i 3 och 4 kap. MB. Utifrån de bestämmelserna går det att göra avvägningar mellan de olika intressena, för att avgöra om platsen är lämplig med hänsyn till de intressen som skyddas på platsen.<sup>78</sup> Översiktsplaner kan också ha viss betydelse vid platsval. MÖD har fastslagit att en översiktsplan är ett ”viktigt dokument som har stor betydelse vid lokaliseringsprövningen” till skillnad mot en vindkraftspolicy som i princip inte ges större tyngd än ett yttrande från kommunen.<sup>79</sup> Kommunen har alltså i dag visst inflytande när det kommer till lämplig lokalisering av vindkraftverk utöver regeln om kommunal tillstyrkan i 16 kap. 4 § MB.<sup>80</sup>

Enligt 2 kap. MB ska de försiktighetsmått iakttas som innebär att aktiviteten inte påverkar miljön på ett otillåtet sätt. När hänsynsreglerna beaktats i prövningen utmynnas dessa som regel i villkor som föreskriver tidsperioder när anläggning kan ske, gränsvärden för buller och stoppreglering av vindkraftverken etc. Kraven som ställs enligt dessa hänsynsregler får emellertid inte vara *orimliga*, d.v.s. miljö-

<sup>75</sup> Michanek G, Zetterberg C (2021) Den svenska miljörätten, 5e upplagan, s 122 f.

<sup>76</sup> Med hänsyn till bevisbördan i 2 kap. 1 § så måste verksamhetsutövaren visa att det är den lämpligaste platsen från miljösynpunkt. Om inte tillräckligt utrett kan ansökan avslås på denna grund, se MÖD 2009:48, där MÖD inte godtog att alternativa lokaliseringar bara utretts inom kommunen. Se även MÖD 2002:7.

<sup>77</sup> Se MÖD 2013:13. MÖD fastställde här att artskyddsförordningen är en specificering av 2 kap. miljöbalken.

<sup>78</sup> För en närmare beskrivning av hushållningsbestämmelserna i 3 och 4 kap. MB se Michanek G, Zetterberg C (2021) Den svenska miljörätten, 5e upplagan, s. 151 ff.

<sup>79</sup> MÖD 2009:4.

<sup>80</sup> Kommunal tillstyrkan beskrivs i rapportens kapitel 5.6.



nyttan med åtgärden måste överstiga kostnaden för åtgärden, enligt 2 kap. 7 § MB. Om området hyser bullerkänsliga arter och viss teknisk utformning av vindparken kan minska bullerpåverkan i en sådan utsträckning att miljönyttan med åtgärden överskrider kostnaden ska åtgärden vidtas. Om det krävs striktare åtgärder för att exempelvis undvika att tumlaren påverkas på ett otillåtet sätt enligt artskydds-förordningen är dock 2 kap. 7 § inte en begränsning.

## 4.3 Betydelsen av miljöbalkens hushållningsregler

Hushållning med mark- och vatten regleras i 3 och 4 kap. MB.<sup>81</sup> De utgör tillsammans med 2 kap. MB de grundläggande materiella miljöbestämmelserna i miljöbalken. Hushållningsbestämmelserna har betydelse vid den enskilda prövningen<sup>82</sup> och vid den kommunala planläggningen och havsplaneringen. Bestämmelserna är således det närmaste Sverige kommer till nationell styrning över hur mark- och vattenområden används i dag. Bestämmelserna har dock begränsad betydelse då utpekade riksintressen inte är juridiskt bindande i den enskilda prövningen. Huruvida beslutande myndighet kommer fram till att riksintressen kan sam-existera på en plats eller att ett visst intresse ska prioriteras beror på omständigheterna i det enskilda fallet.

I 3 kap. finns de grundläggande hushållningsbestämmelserna. Kapitlet innehåller olika typer av intressen som ska skyddas *så långt möjligt* mot åtgärder som kan skada området.<sup>83</sup> Om dessa nämnda områden är utpekade som riksintressen, anges i lagtexten att de *ska* skyddas. Områdena ska skyddas från ”påtagliga” skador och försvåranden. Enligt förarbetena anges att vad som åsyftas är åtgärder ”som kan ha en bestående negativ inverkan på det aktuella intresset eller som tillfälligt kan ha mycket stor negativ inverkan på detta”. Bagatellartad påverkan undantas.<sup>84</sup> Havsbaserad vindkraft kan både ha bestående negativ inverkan om det skyddsvärda påverkas av själva parken, men etableringen av vindparken kan också ha en tillfällig negativ inverkan av t.ex. undervattensbuller i etableringsfasen.

Även om inga riksintressen är utpekade i etableringsområdet måste således ändå vissa bestämmelser i 3 kap. beaktas då intressen som nämns i 3 kap. *ska skyddas så långt möjligt*. I kapitlet skyddas olika intressen, både *bevarandevärden* och vissa *utnyttjanden* av områden. ”Stora” orörda områden skyddas enligt 3 kap. 2 § MB och ekologiskt känsliga områden skyddas enligt 3 kap. 3 § MB. Mark- och vattenområden som har betydelse från allmän synpunkt på grund av t.ex. dess naturvärden ska också skyddas enligt 3 kap. 6 § MB. Det kan t.ex. vara ett område med ett rikt fågelliv.<sup>85</sup> Dessa områden kan potentiellt hindra etablering av havsbaserad vindkraft,

<sup>81</sup> För en närmare beskrivning av hushållningsbestämmelserna se Michanek G, Zetterberg C (2021) Den svenska miljörätten, 5e upplagan, s. 151 ff.

<sup>82</sup> Bestämmelserna tillämpas i de flesta beslut som berör havsbaserad vindkraft, dock inte alltid under lagen om kontinentalsockeln då de endast ska tillämpas om utvinning av naturtillgångar från kontinentalsockeln, se 3 a § lagen (1966:314) om kontinentalsockeln.

<sup>83</sup> Beroende på vad som skyddas är bestämmelsen formulerad på olika sätt. Exempelvis ska mark- och vattenområden som är särskilt känsliga från ekologisk synpunkt så långt möjligt skyddas mot åtgärder som kan skada naturmiljön enligt 3 kap. 3 § MB.

<sup>84</sup> Se prop. 997/98:45, del 2, s. 30.

<sup>85</sup> Se mer Michanek G, Zetterberg C (2021) Den svenska miljörätten, 5e upplagan, s. 156.

särskilt 3 kap. 3 § då havet kan innehålla områden som är ”särskilt känsliga från ekologisk synpunkt”. MÖD har tidigare bedömt att lokaliseringen inte var lämplig bl.a. med hänsyn till att etableringsområdet var ett lekornråde för torsk.<sup>86</sup> Områden som är särskilt lämpliga för bl.a. energiproduktion ska också skyddas enligt 3 kap. 8 § MB i den bemärkelsen att området inte bör användas för konkurrerande exploateringsföretag, t.ex. byggande av bostäder. Bestämmelsen kan också hindra beslut som innebär att området bevaras för naturskydd etc.<sup>87</sup> Enligt 3 kap. 9 § ska områden som har betydelse för totalförsvaret skyddas mot åtgärder som kan påtagligt motverka dess intressen. Här kan etablering av havsbaserad vindkraft hindra totalförsvaret att nyttja sina övningskjutområden och störa dess radarverksamhet etc. Om det föreligger flera intressen som ska skyddas utan att de är utpekade som riksintressen ska möjlig samexistens utredas i första hand, om det inte är möjligt ska det intresse som ”medför en från allmän synpunkt god hushållning” få företräde enligt 3 kap. 1 § MB.

När områdena enligt 3 kap. är utpekade som riksintressen ska de skyddas enligt paragrafernas andra stycke. Dessa riksintressen är sällan ensamma på en plats. Särskilt till havs där områden som är utpekade riksintressen för ”vindbruk”<sup>88</sup> ofta också är av riksintresse för naturvård och försvaret.<sup>89</sup> Dessutom har inte utpekandet av riksintressen till havs exkluderat områden som också är Natura 2000-områden, vilket innebär att flera av de områden som är utpekade som riksintresse för vindbruk också är skyddade enligt Natura 2000-nätverket.<sup>90</sup> Om det finns flera oförenliga riksintressen så avgörs det vilket intresse som har företräde enligt 3 kap. 10 § MB, d.v.s. det intresse som på *lämpligaste sätt främjar en långsiktig hushållning*.

Om området däremot behövs för totalförsvarets intresse så anges i lagtexten att det intresset ska ges företräde.<sup>91</sup> Det är regeringen som avgör tillståndsfrågan när försvarets intresse riskerar att påverkas. Enligt 21 kap. 7 § MB ska MMD i dessa fall överlämna ärendet till regeringen med ett yttrande. Totalförsvaret kan således hindra vindkraftsetableringar om den tilltänkta vindparken kan påverka dess intressen. Så blev fallet när det gällde vindparken *Taggen* där ett tillstånd aldrig kom till stånd på grund av totalförsvarets intresse.<sup>92</sup> Anläggningen av vindparken ansågs här hindras av en skjutbana som var lokaliserad 25 km därifrån. I ett annat fall, *Hanöbukten/Blekinge offshore*, avslog regeringen tillståndsansökan på grund av att det påverkade totalförsvarets intresse.<sup>93</sup> I det fallet fanns det fler aspekter att ta hänsyn till då det var ett viktigt luft- och vattenområde för flyg- och ubåtsträning

---

<sup>86</sup> Se MÖD 2009:48.

<sup>87</sup> Se mer Michanek G, Zetterberg C (2021) Den svenska miljörätten, 5e upplagan, s. 157. Notera dock att riksintressena inte kan hindra att Natura 2000-områden utses eftersom det är ett EU-rättsligt områdesskydd.

<sup>88</sup> Energimyndigheten är den ansvariga myndigheten för att peka ut områden som är av riksintresse för energiproduktion. Energimyndigheten har infört riksintresse för ”vindbruk”, som ett underintresse som ingår i riksintresse energiproduktion. I den fortsatta framställningen hänvisas därför till riksintresse vindbruk när bestämmelsen berörs.

<sup>89</sup> Se utpekade områden i Havs- och vattenmyndigheten (2019), Havsplaner för Bottniska viken, Östersjön och Västerhavet – Statlig planering i territorialhav och ekonomisk zon. Dnr 3628-2019, 16 december 2019.

<sup>90</sup> Energimyndigheten (2013) Riksintresse vindbruk 2013, 16 december 2013.

<sup>91</sup> Jfr 3 kap. 10 § samt 4 kap. 1 § MB.

<sup>92</sup> <https://group.vattenfall.com/se/var-verksamhet/vindprojekt/taggen>. Återförvisades först då ändringstillståndet även omfattade vattenverksamhet, se Mark- och miljööverdomstolens avgörande den 17 november 2017 i mål nr M 8189-17.

<sup>93</sup> Mark- och miljödomstolen hanterade först frågan, men eftersom ansökan påverkade militärens intresse måste den överlämnas ärendet till regeringen i enlighet med 21 kap 7 § 2 MB. Detta måste göras för hela tillståndet, mark- och miljödomstol får inte besluta om villkoren i någon del (MÖD 2005:13). Se regeringens beslut den 20 december 2016, dnr. M2013/00540/MR.

och vindparken ansågs kunna påverka de tekniska systemen och radarverksamheten i Hanöbukten.<sup>94</sup> Möjligheterna för vindkraft att kunna samexistera med försvarsmaktens behov är dock något som regeringen uppmanat Försvarsmakten att utreda.<sup>95</sup>

I 4 kap. anges särskilda områden i Sverige som alltid är av riksintresse. Områdena är skyddade mot åtgärder som återges i de specifika §§ i 4 kap. MB. Här återfinns även områden som är skyddade enligt Natura 2000-nätverket och om etableringen ska ske nära, eller i ett, sådant område kan alltså ett Natura 2000-tillstånd krävas innan tillstånd enligt miljöbalkens 9 och 11 kap. eller lagen om ekonomisk zon (4 kap. 8 § MB) kan meddelas. I övrigt kan nämnas att kuststräckor är skyddade från ingrepp med beaktande av friluftslivet och turismens intressen (4 kap. 2–4 §§ MB) samt att älvsträckor är skyddade från t.ex. utbyggnad av vattenkraft (4 kap. 6 § MB).

Förutom riksintresset för totalförsvaret har övriga riksintressen inte haft en avgörande roll vid etablering av vindkraft till havs enligt de domar och beslut som finns.<sup>96</sup> Om det är något som har potential att hindra ansökta utbyggnader av svensk vindkraft till havs att få tillstånd (utöver Försvarets intresse), är det framförallt EU:s naturskyddsdirektiv, särskilt bestämmelserna om skydd av arter och Natura 2000 (som visserligen också kan vara utpekade riksintressen för naturvård enligt 3 kap. 6 § MB och Natura 2000-områden är nämnda i 4 kap. 8 § MB). Huruvida EU:s naturskyddsdirektiv är ett hinder mot havsbaserad vindkraft utreds senare i kapitel 8.

---

<sup>94</sup> Regeringens beslut den 20 december 2016, dnr. M2013/00540/MR.

<sup>95</sup> Försvarsmakten fick i sitt regleringsbrev i uppdrag att öka möjligheterna till samexistens mellan försvaret och vindkraft., se 2020/21:2611 *Samexistens mellan vindkraftverk och Försvarsmaktens behov*.

<sup>96</sup> På land är riksintressekonflikter mer vanliga. T.ex. konflikten mellan rennäringens och vindkraften. Se Rapportens kapitel 6.

# 5. Processuella förutsättningar

## 5.1 Inledning

Inför en ansökan om att anlägga en vindpark till havs ska en miljöbedömning genomföras och en miljökonsekvensbeskrivning tas fram. Detta gäller oavsett om en vindpark lokaliseras i territorialhavet eller i den ekonomiska zonen. Det följer av praxis att det är en processförutsättning att miljöbedömningen har gått rätt till och att ansökan kompletteras med en godtagbar MKB för att beslutande myndighet ska kunna pröva om förutsättningar föreligger för att meddela tillstånd till verksamheten.<sup>97</sup> Nedan beskrivs kort om prövningens omfattning, vad en MKB ska innehålla och särskilda processuella frågor.

## 5.2 Prövningens omfattning i vindkraftsärenden

En sjökabel är en förutsättning för att vindkraftverken ska kunna knytas ihop med ledningsinfrastrukturen på land. En kabel läggs ned på botten eller spolats ned i botten och kan ha viss miljöpåverkan, främst under en begränsad tid under konstruktionsstadiet. Den marina miljön kan påverkas av sedimentspridning och i vissa fall kan det finnas risk för att miljögifter frigörs. Det är därför av vikt att även inkludera utplaceringen av sjökablar vid en bedömning av en vindkraftsetablering, då det inte är säkert att koncession för sjökabeln kan beviljas även om vindkraftparken beviljas tillstånd. I dag är det sällan möjligt då koncession för elledningen söks efter att tillstånd erhållits för vindkraftparken, vilket innebär att den exakta dragningen ännu inte är bestämd, men en ungefärlig dragning av kabeln torde vara möjligt att bedöma.

Vid ansökan om tillstånd enligt miljöbalken är verksamhetsutövaren skyldig att visa vilken miljöpåverkan som sker från eventuella *följdverksamheter*.<sup>98</sup> Elledning/elkabel är en sådan verksamhet som kan betraktas som en följdverksamhet.<sup>99</sup> Det är dessutom ett krav i MKB-lagstiftningen att sökande ska redogöra för indirekt och kumulativ påverkan av verksamheten där också ledningens miljöpåverkan ska vara med i underlaget.

---

<sup>97</sup> Se MÖD 2002:15. I uppmärksammade fall som nyligen avgjorts av MÖD och MMD har detta förtydligats. Cementa och LKAB har fått sina ansökningar om tillstånd avvisade på grund av brister i miljökonsekvensbeskrivningen. Se t.ex. Mark- och miljööverdomstolens beslut den 6 juli 2021 i mål nr M 1579-20 (Cementa) och Mark- och miljödomstolen vid Umeå tingsrätts beslut den 10 oktober 2021 i mål nr M 1888-18 (LKAB).

<sup>98</sup> 16 kap. 7 § MB – följdföretag – ”Vid prövningen enligt denna balk ska hänsyn tas till andra verksamheter eller särskilda anläggningar som kan komma att behövas för att verksamheten ska kunna komma till stånd eller bedrivas på ett ändamålsenligt sätt.”

<sup>99</sup> Prop. 1997/98:45 del 2 s. 208.

Det är även en öppning i 2 kap. 8 a § ellagen som innebär att frågor som prövats enligt miljöbalken behöver inte prövas på nytt i koncessionsärendet.<sup>100</sup> Genom att pröva frågor i vindkraftsärendet kan miljöprövningen i koncessionsärendet alltså underlättas.<sup>101</sup> Även om detta är en öppning för att beakta frågor inom miljöbalks-ärendet nyttjas den sällan. Frågan har dock tangerats vid en klagan över domvilla. Frågan i målet var om den klagande, skulle ha blivit inbjuden till samråd i processen kring koncession för kabeldragning till Taggens vindpark. Klaganden menade att kabeldragningen skulle påverka den marina miljön negativt på grund av sediment-spridning.<sup>102</sup> MÖD ansåg visserligen att klaganden var att anse som *berörd* men att frågan redan prövats i ärendet om vindkraftsetableringen, och därför inte behövde prövas igen. MÖD hänvisade till skrivelsen i 2 kap. 8 a § ellagen, där det anges att en fråga som redan är prövad i miljöbalksärendet inte behöver prövas igen angående nätkoncession enligt ellagen. Detta beslut, visserligen angående domvilla och resning, är intressant eftersom det hänvisar till 2 kap. 8 a § ellagen, vilket sällan görs i praxis.<sup>103</sup>

Att bedöma sjökablars miljöpåverkan i vindkraftsärenden är således både en juridisk förutsättning enligt miljöbalken, men också en juridisk möjlighet enligt ellagen.<sup>104</sup> Även om det enligt lagstiftningen är nödvändigt att beskriva ledningsdragningens miljöpåverkan är det svårt att genomföra i praktiken, då den exakta dragningen inte bestäms förrän efteråt i koncessionsprövningen.<sup>105</sup> Nuvarande uppdelade prövning innebär således en onödig tidsåtgång för verksamhetsutövaren och samhället i stort. Om vindkraftsprojekt till havs miljöprövades som *ett* projekt enligt lagstiftningen skulle tidsåtgången för att verkställa ett vindkraftsprojekt kunna minskas avsevärt.<sup>106</sup> Det vore av den anledningen bra att se över hur vindkraftsprojekt prövas i dag för att säkerställa att både kabeln och parken inte bara bedöms men också prövas i ett sammanhang, vilket skulle spara både tid och minimera risken (att eventuell koncession nekats) för projektören.

---

<sup>100</sup> Mark- och miljööverdomstolen hänvisade till denna bestämmelse när de avvisade överklaganden ang. frågor som redan prövats i miljöbalksärendet, se Mark- och miljööverdomstolen, slutligt beslut den 19 juni 2019 i mål nr M 11289-18.

<sup>101</sup> Se Mark- och miljööverdomstolen slutligt beslut den 19 juni 2019 i mål nr 11289-18.

<sup>102</sup> Mark- och miljööverdomstolen slutligt beslut den 19 juni 2019 i mål nr 11289-18. De klagande fick dock inte bifall för sin klagan över domvilla och ansökan om resning då de klagande fiskarna visserligen ansågs berörda men att påverkan på ålen redan hade bedömts i miljöbalksärendet, alltså vindkraftsärendet, Energimarknadsinspektionen behövde därför inte pröva frågan igen, se 2 kap. 8 a § ellagen.

<sup>103</sup> Ledningsdragningens miljöpåverkan har dock bedömts av MÖD angående havsbaserad vindkraft. Se Miljööverdomstolens dom den 16 oktober 2003 i mål nr M 718-03.

<sup>104</sup> Se 6 kap. MB och bestämmelse om följdverksamheter som diskuteras ovan.

<sup>105</sup> För vidare diskussion om frågan se: Malafry M (2016) Biodiversity Protection in an Aspiring Carbon-Neutral Society: A Legal Study on the Relationship between Renewable Energy and Biodiversity in a European Union Context, s. 234–266.

<sup>106</sup> Huruvida en miljöprövning skulle ersätta koncessionsprövningen har dock utretts generellt men utredningen kom fram till att nuvarande prövningssystem borde behållas, se SOU 2019:30. Utredningen hanterade dock inte frågan om just havsbaserad vindkraft skulle prövas särskilt.

## 5.3 Beslutsunderlag – vad ska en miljökonsekvensbeskrivning innehålla?

### 5.3.1 Inledning

För att bygga en vindpark till havs är det nödvändigt att en miljökonsekvensbeskrivning (MKB) tas fram.<sup>107</sup> En MKB är ett viktigt instrument vid tillståndsprövningen då det utgör det primära underlaget för projektets miljöpåverkan utifrån vilken den beslutande myndigheten ska bedöma vilka miljömässiga risker som det aktuella projektet medför.<sup>108</sup>

En MKB är framtagen i miljöbedömningsprocessen för den specifika verksamheten. En sådan *specifik miljöbedömning*, för en verksamhet som antas medföra *betydande miljöpåverkan*, börjar med ett samråd med myndigheter och andra berörda parter för att avgränsa miljökonsekvensbeskrivningen.<sup>109</sup>

På avgränsningssamrådet ska verksamhetsutövaren samråda om verksamhetens lokalisering, omfattning, utformning och de miljöeffekter som verksamheten kan antas medföra samt miljökonsekvensbeskrivningens innehåll och utformning.<sup>110</sup> Resultatet dokumenteras sedan i en MKB som lämnas in till prövningsmyndigheten.<sup>111</sup> Prövningsmyndigheten tar därefter över ansvaret för miljöbedömningsprocessen och bedömer först om miljökonsekvensbeskrivningen kan ligga till grund för prövningen och ger därefter tillfälle till synpunkter på miljökonsekvensbeskrivningen<sup>112</sup> innan prövningsmyndigheten slutför miljöbedömningen.<sup>113</sup> Om prövningsmyndigheten anser att miljökonsekvensbeskrivningen är bristfällig kan ansökan avvisas om det inte är möjligt att avhjälpa felet.<sup>114</sup>

Det är således nödvändigt att miljöbedömningen går rätt till för att en MKB ska anses vara godtagbar. Det är också viktigt att underlaget beskriver de miljöeffekter som verksamheten kan antas ha. Det övergripande syftet med en MKB är att bedöma projektets effekter på människors hälsa och på miljön, där både direkt, indirekt och kumulativ påverkan ska identifieras, beskrivas och bedömas.<sup>115</sup> Om verksamheten påverkar ett Natura 2000-område måste detta undersökas specifikt genom en särskild miljöbedömning.<sup>116</sup> Eftersom 6 kap. MB om miljöbedömningar främst är

---

<sup>107</sup> Vindkraftspark i vattnet räknas även som en vattenverksamhet (11 kap. MB) och kräver således alltid en MKB. I övrigt anses även landbaserad vindkraft av en viss storlek (om tillståndspliktig enligt 9 kap. MB) alltid medföra betydande miljöpåverkan och därmed ska en MKB alltid bifogas ansökan om tillstånd. Se 6 kap. 21 § MB och 6 § Miljöbedömningsförordningen (2017:966).

<sup>108</sup> Miljökonsekvensbedömning introducerades först i USA i National Environmental Policy Act från 1969. I Europa införde kommissionen konceptet 1980 men det var först 1985 som MKB-direktivet antogs. Se Direktiv 85/337 / EEG om bedömning av effekterna på vissa offentliga och privata projekt på miljön. För en mer grundläggande beskrivning om MKB-instrumentet se Michank, G. och Zetterberg, C. (2021) Den svenska miljörätten, Se upplagan, s. 206 ff.

<sup>109</sup> Se 6 kap 28, p. 1 a § och 6 kap. 30 § MB.

<sup>110</sup> Se 6 kap. 29 § MB.

<sup>111</sup> Se 6 kap. 28 §, p. 1 c MB.

<sup>112</sup> Se 6 kap. 28 §, p. 2 a MB. Miljökonsekvensbeskrivningen kungörs enligt 6 kap. 39–41 §§ MB.

<sup>113</sup> Se 6 kap. 28 §, p. 2 b MB och 42–43 §§ MB.

<sup>114</sup> En godtagbar MKB är en processförutsättning. Det är särskilt viktigt att samråd skett med berörda parter inför utformningen av en MKB då en sådan omständighet inte kan "läkas" senare i domstolsprocessen. se MÖD 2002:15.

<sup>115</sup> 6 kap. 2 § MB. Se också artikel 3 och artikel 4–12 MKB-direktivet. Artikel 5 och bilaga IV anger vilken specifik information som ska inkluderas.

<sup>116</sup> 7 kap 28 § MB och artikel 6(3) art- och habitatdirektivet.

en implementering av MKB-direktivet<sup>117</sup> är framställningen nedan främst en redogörelse utifrån direktivets lydelse och EU-rättslig praxis.

### 5.3.2 Redovisning av alternativ

I en EU-rättslig kontext anses det inte alltid vara juridiskt bindande att ange alternativ till den föreslagna aktiviteten.<sup>118</sup> Även om både den tidigare och nuvarande versionen av MKB-direktivet är relativt vagt utformad,<sup>119</sup> är den svenska implementeringen desto mer tydlig avseende detta.<sup>120</sup> För ett projekt som bedöms ha betydande miljöpåverkan, måste en MKB alltid inkludera en presentation av möjliga alternativa platser och möjliga alternativa utformningar av verksamheten. Det ska dessutom framgå varför ett visst alternativ väljs och en beskrivning av konsekvenser om aktiviteten inte skulle realiseras d.v.s. noll-alternativet.<sup>121</sup>

Som diskuteras nedan är projektören fortfarande skyldig att visa ”jämförbara sätt att nå samma mål.” Liknande krav finns i Esbokkonventionen där rimliga alternativ och noll-alternativ måste presenteras.<sup>122</sup> Om det finns *alternativa former* (jämförbara sätt att nå samma mål) ska de också redovisas.<sup>123</sup> Regeringen framhåller i förarbetena till miljöbalken att med ”jämförbara sätt att nå samma mål” menas möjliga alternativ till den planerade aktiviteten, t.ex. andra sätt att utvinna energi eller annan typ av kollektivtrafik (t.ex. utbyggnad av järnväg för höghastighetståg istället för en flygplats).<sup>124</sup> Även om det är ett krav att utreda alternativ, både form och plats, är dessa krav inte alltid säkerställda och det finns inga garantier att det mest miljövänliga alternativet kommer att väljas. Alternativet kan t.ex. anses vara *orimligt* i enlighet med bestämmelsen i 2 kap. 7 § MB.

### 5.3.3 Särskilt om kumulativa effekter

Utöver direkta och indirekta effekter ska kumulativa effekter beskrivas och bedömas i en MKB. EU-domstolens praxis har klargjort att MKB-direktivet har ett brett tillämpningsområde och ett omfattande mål, inklusive krav på bedömning av kumulativa effekter.<sup>125</sup> Detta fastställdes först i målet *Kommissionen mot Irland* och har sedan dess förstärkts i ett antal rättsfall.<sup>126</sup> Kravet på att beskriva kumulativa

---

<sup>117</sup> Se nyaste lydelsen av direktivet: Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/52/EU av den 16 april 2014 om ändring av direktiv 2011/92/EU om bedömning av inverkan på miljön av vissa offentliga och privata projekt (MKB-direktivet).

<sup>118</sup> Krämer föreslår att ett sådant krav förutsätter att alternativ har utretts. Se Krämer L (2012) EU Environmental Law, s. 157.

<sup>119</sup> Se äldre version av direktivet: artikel 5(3)(d), Direktiv 2011/92/EU och lydelsen i nuvarande direktiv, artikel 5(1)(d) Direktiv 2014/92/EU.

<sup>120</sup> Även om det inte är något krav kan det vara i verksamhetsutövarens intresse att visa alternativ, som visar alternativa former och platser. Det bör vara i verksamhetsutövarens intresse att ha utrett alternativ, om det huvudsakliga alternativet inte är acceptabelt, en annan form eller plats för aktiviteten kan vara det.

<sup>121</sup> 6 kap. 35 § MB. Se även 17 § miljöbedömningsförordningen.

<sup>122</sup> Se artikel 4 and bilaga II, del b Esbokkonventionen.

<sup>123</sup> 6 kap. 35 § MB.

<sup>124</sup> Prop. 1997/98:45, del 2, s. 64.

<sup>125</sup> Se EU-domstolens avgöranden I mål C-72/95, *Kraaijeveld and Others*, para. 30 and 31; och senare refererat till: Case C-435/97, *WWF and Others*, para. 40; C-2/07, *Abraham and Others*, para. 32, Case C-142/07, *Ecologistas en Acción-CODA*, para. 28; C-275/09, *Brussels Hoofdstedelijk Gewest and Others*, para. 29.

<sup>126</sup> EU-domstolens mål C-392/96, *Commission v. Ireland*, para 76; C-72/95, *Kraaijeveld and Others*, para. 39; Case C-2/07, *Abraham and Others*, para 27; Case C-142/07, *Ecologistas en Acción-CODA*, para. 44; and Case C-404/09, *Commission v. Spain*, para. 80. För projekt med gränsöverskridande natur, se EU-domstolens mål nr C-205/08 *Umweltanwalt von Kärnten*, paras. 51–55.

effekter specificeras också i MKB-direktivet.<sup>127</sup> Som exempel kan nämnas att EU-domstolen har konstaterat att även globala effekter ska beaktas.<sup>128</sup> Det framgår inte av domstolens beslut vad *globala effekter* innebär men givet att målet handlade om en flygplats kan det antas att domstolen hänvisade till lufttrafikens utsläpp som får globala konsekvenser. När det gäller projektets effekt på klimatet, genom växthusgasutsläpp, anges det nu också i MKB-direktivet, där det specificeras att sådan inverkan bör beskrivas och bedömas i en MKB.<sup>129</sup>

Det har också fastslagits av EU-domstolen att den som tar fram en MKB måste ta hänsyn till redan etablerade aktiviteter i området. Domstolen argumenterade i ett avgörande att artikel 3, givet MKB:s utvidgade omfattning och omfattande mål, bör ges en vid tolkning:

*”en analys av de kumulativa effekterna på miljön som projektet kan producera, om det beaktas tillsammans med andra projekt, i den mån en sådan analys är nödvändig för att säkerställa att bedömningen omfattar undersökning av all märkbar påverkan på miljön i projektet i fråga.”<sup>130</sup>*

EU-domstolen har också uttalat att vid bedömningen av andra projekts miljöpåverkan, kan inte bedömningen begränsas till vare sig kommunala eller nationella gränser.<sup>131</sup>

EU-domstolen menar att betydelsen av kumulativa effekter ska tolkas vitt; aktiviteter (oberoende av deras geografiska plats) ska ingå i bedömningen om de påverkar samma arter och livsmiljöer, som den aktuella verksamheten.<sup>132</sup> Detta innebär att en MKB till en ansökan för en havsbaserad vindpark, där det t.ex. finns tumlare även måste beskriva, analysera och utvärdera påverkan som härrör från andra aktiviteter. Det kan handla om både tillståndsgiven verksamhet (t.ex. påverkan från annan vindpark) eller verksamhet som inte kräver tillstånd (t.ex. påverkan från fiske eller sjötrafik).

Sammanfattningsvis är EU-domstolens avgöranden avseende betydelsen av kumulativa effekter ganska tydliga. Detta betyder att det finns en rättslig grund som motiverar en bredare bedömning av aktiviteter, t.ex. havsbaserad vindkraft, med avseende på deras inverkan tillsammans med andra aktiviteter, både aktiviteter av samma slag eller andra typer av aktiviteter som påverkar samma art/habitat. Dessutom ska relaterade aktiviteter, som är nödvändiga för en verksamhet att fungera, ingå i en sådan bedömning, t.ex. potentiell påverkan från sjökablar. Sådan påverkan måste också beskrivas och utvärderas i miljökonsekvensbeskrivningen för en ny vindkraftsinstallation. Även om detta krav har fått genomslag i ett antal fall i de

---

<sup>127</sup> Se artikel 3(1) och 5(1)(f) vilka refererar till Bilaga IV; p. 5(e) och (g) Bilaga IV (Del A) MKB-Direktivet. Beträffande urvalskriterier som avses i artikel 4(3) nämns kumulering med andra projekt, se bilaga III, 1(b) i MKB-Direktivet. Tidigare var kumulativa aspekter ej inkluderat i den svenska lagtexten, men nu återfinns begreppet i kap. 6 § 2 MB.

<sup>128</sup> Case C-2/07, *Abraham and Others*, para 28.

<sup>129</sup> Se artikel 3(1)(c) MKB-Direktivet.

<sup>130</sup> Case C-404/09, *Commission v. Spain*, para. 80.

<sup>131</sup> Case C-531/13, *Marktgemeinde Straßwalchen and Others*, p. 46–47. EU-domstolen refererar här utgången i mål nr C-205/08, *Umweltanwalt von Kärnten*, p. 55, där det konstaterades att effekter i andra länder skulle redovisas för att antyda att kommungränser inte är relevanta när man hanterar potentiella effekter av en aktivitet.

<sup>132</sup> Enligt artikel 3(e) i MKB-direktivet ska samspelet mellan faktorerna som avses i punkterna a–d också beskrivas i miljökonsekvensbeskrivningen. Detta innebär till exempel hur effekten av aktiviteten på den biologiska mångfalden interagerar med klimatet etc. Meningen med denna bestämmelse diskuteras emellertid inte i rättspraxis.



olika medlemsstaterna, har det inte alltid specificerats i nationell lagstiftning.<sup>133</sup> Det har även uppmärksamats att bedömning av kumulativa effekter bör integreras i större utsträckning i MKB-processen.<sup>134</sup> Nu har lagstiftningen förändrats sedan dessa studier och det finns också svensk praxis på att kumulativa effekter ska beaktas,<sup>135</sup> varför betydelsen av kumulativa effekter får anses vara rättsligt klarlagt. Nu när vindkraften utvecklas i allt snabbare takt till havs, både inom svensk ekonomisk zon samt i angränsande ekonomiska zoner kan kumulativa effekter innebära att vissa av de parker som planeras inte kan etableras då miljöpåverkan från de parker som redan är etablerade i t.ex. Tyskland, Polen och Danmark behöver tas in i bedömningen.

## 5.4 Vem kan antas bli *berörd* till havs?

Påverkan på människors livsmiljö minskar generellt ju längre ut från land en vindpark är lokaliserad. Det är framför allt visuell påverkan på landskapet som är aktuell, om människorna inte är så nära att buller, skuggning och ljus har en påverkan.

Det finns en skillnad på vem som har rätt att vara med i samrådsprocessen och vem som har rätt att överklaga beslut,<sup>136</sup> där fler har rätt att delta i samrådsprocessen än de som har rätt att klaga. I samrådsförfarandet ska ”enskilda som kan antas bli särskilt berörda” få vara med i samrådet och framföra sina synpunkter.<sup>137</sup> Noteras bör att det krävs endast att de kan *antas* vara berörda för att enskilda ska bli inbjudna till samråd. För att få klagorätt måste de *anses* vara berörda. HD har behandlat klagorättsfrågan men det finns endast avgörande från lägre instans vad avser deltagandefrågan.

När det gällde byggandet av vindparken *Taggen*<sup>138</sup> utanför Blekinges kust, ansågs inte de människor som bodde vid stranden vara påverkade av vindparken. Domstolen hänvisade till ett tidigare fall där det konstaterades att:

*”Eftersom en generös tillämpning är avsedd enligt propositionen bör som sakägare enligt MB i princip anses varje person som kan tillfogas skada eller utsättas för annan olägenhet genom den tillståndssökta verksamheten, om inte risken för skada och olägenhet är enbart teoretisk eller helt obetydlig”.*<sup>139</sup>

I *Taggen* ägde de personer som klagade fastigheter nära, eller längs, Hanöbukten. Både personer som ägde fastigheter avsedda för permanent boende och fritidsboende klagade. De hävdade att en etablering av vindparken kommer att ha en negativ inverkan på landskapet. De hävdade också att de kommer att bli störda av buller såväl som av blinkande lampor (varningslampor för flyget). Vindkraftparken var planerad att ligga 11–12 km från strandlinjen. HD ansåg inte, främst på grund

<sup>133</sup> T.ex. tidigare lydelse av MB. Detta har även observerats i litteraturen, se t.ex. Wärnbäck A, Hilding-Rydevik T (2009), Environmental Impact Assessment Review 29, s. 107–115.

<sup>134</sup> Se Therivel R, Ross B (2007), Environmental Impact Assessment Review 27, s. 365–385.

<sup>135</sup> I svensk rättspraxis fastställs att kumulativa effekter ska redovisas när man beräknar buller från vindkraftsaktiviteter i området, se Mark- och miljööverdomstolens dom den 21 september 2016 i mål nr M 10647-15 samt MÖD 2019:5 (kumulativ påverkan på rennaringen från vindkraft).

<sup>136</sup> 16 kap. 12 § MB.

<sup>137</sup> Se 6 kap. 30 § MB.

<sup>138</sup> NJA 2012:87.

<sup>139</sup> NJA 2004 s. 590.

av avståndet, att de klagande påverkades av vindkraftsetableringen och de ansågs därför inte ha rätt att klaga.<sup>140</sup>

Rätten att vara med i samrådsförfarandet anses vara vidare än klagorätten men MMD har bedömt att skyldigheten att inbjuda till samråd ändå är begränsad. När det gäller vindparken *Marviken*, i Östergötlands län, uppkom frågan då flera närboende (7,5 resp. 5,8 km från vindparken) klagade, då samrådet inte hade inkluderat dem. Domstolen ansåg att avståndet från vindparken var för stort och att det var visat genom foton att de närboende inte skulle påverkas, varför de inte kunde antas vara berörda.<sup>141</sup> Noteras bör att avgörandet var från MMD, alltså inte beslutat av högre instans. Därför kan det inte dras för långtgående slutsatser av utgången. Möjligen var det speciella topografiska omständigheter som påverkade bedömningen av om de närboende kunde antas vara påverkade eller inte. Avgörandet från HD avseende *Taggen*, går det däremot att dra vissa slutsatser av.<sup>142</sup> Även om det är en bedömning i det enskilda fallet är det mycket som talar för att om vindparken lokaliseras mer än 11 km från strandlinjen anses den normalt inte påverka närboende på ett sådant sätt att de anses bli *berörda* i miljöbalkens mening.

## 5.5 Möjlighet att använda boxmodellen i havet?

Vid etablering av vindparker såväl på land som till havs är det vanligt förekommande att ansökan görs enligt den så kallade boxmodellen. Det innebär att beslut utgår från hela vindparksområdet (polygonen) men att den slutliga exakta placeringen av vindkraftverken inom området bestäms senare. Som tidigare nämnt är det en viktig utgångspunkt vid tillståndsprövningar att det finns ett tillräckligt bra underlag så att beslutande myndighet ska kunna fatta ett väl avvägt beslut.<sup>143</sup> En förutsättning för att en boxmodell ska kunna användas är därför att det är möjligt att pröva vilken miljöpåverkan som riskerar att ske utifrån möjliga lokaliseringar inom boxen.

Boxmodellen är en önskvärd modell från industrins sida vid ansökan om vindkraft inte minst för att det ger en större frihet att justera placeringar utifrån förändrade omständigheter. Boxmodellen har dock avvisats av MÖD i ett antal fall som rör vindkraftsetableringar på land.<sup>144</sup> Anledningen till att boxmodellen inte accepteras av domstolen i dessa fall är att materialet i ärendet inte har varit tillräckligt heltäckande för att bedöma projektets miljöpåverkan utifrån möjliga konstellationer inom boxen. Det har då varit svårt för domstolen att bedöma de olägenheter som vindkraftverken skulle kunna ge upphov till, vilket i sin tur inneburit att lokaliseringen ansetts vara olämplig. Detta beror också på att det endast är villkor av mindre betydelse som går att delegera varför MÖD bedömt att det blir svårt att använda boxmodellen.<sup>145</sup>

---

<sup>140</sup> NJA 2012:87.

<sup>141</sup> Mark- och miljödomstolens dom vid Växjö tingsrätt den 18 november 2016 i mål nr M 2728-15.

<sup>142</sup> NJA 2012:87.

<sup>143</sup> Se t.ex. MÖD 2002:15.

<sup>144</sup> Se t.ex. MÖD 2017:27 and MÖD 2018:19, Mark- och miljööverdomstolens dom den 24 maj 2019 i mål nr M 3304-18 och mål nr M 3648-17 och Mark- och miljööverdomstolens dom den 2 oktober 2018 i mål nr M 9618-17.

<sup>145</sup> MÖD 2014:34 och MÖD 2016:31.

En grundprincip för tillståndsförfaranden enligt miljöbalken är att varje anläggning utförs efter en individuell bedömning baserat på en specifik plats. En bedömning av den verkliga miljöpåverkan kan därför anses vara svår att göra om det enda som anges är ett större område inom vilken vindkraftverken ska lokaliseras. Mark- och miljööverdomstolen har beslutat i ett avgörande att en flyttmån på 50–100 meter är acceptabel för att bedöma verksamhetens miljöpåverkan.<sup>146</sup> Det krävs att de alternativa platserna undersöks och utvärderas i miljökonsekvensbeskrivningen.<sup>147</sup> Boxmodellen har i och för sig också accepterats av MÖD när det handlat om mindre anläggningar.<sup>148</sup> Det verkar också ha betydelse vilken typ av miljöpåverkan verken har, då miljöpåverkan genom t.ex. buller är lättare att räkna på än påverkan på naturvärden.<sup>149</sup> Om det inte finns för många alternativa platser och om det finns ett begränsat utrymme där verken kan placeras kan boxmodellen godkännas.<sup>150</sup> MÖD har även ansett att en boxmodell kan accepteras om det är möjligt att fastställa miljöpåverkan från alla möjliga platser inom ”boxen”.<sup>151</sup> I Markbygden accepterade MÖD boxmodellen på grund av regeringsbeslutet i enlighet med 17 kap. MB.<sup>152</sup> Domstolen ansåg att de endast kunde bedöma villkoren för tillstånd inom ramen för regeringens tillåtlighetsbeslut, att de var bundna av beslutet i enlighet med Bunge (NJA 2013 s 613).<sup>153</sup>

För vindkraft till havs torde det därför vara möjligt att ansöka om tillstånd i enlighet med boxmodellen, om alternativa platser inom boxen har samma miljöpåverkan eller om ett ”worst case”-scenario prövas där bedömningen utgår från den sämsta lokaliseringen inom boxen. Det kan visserligen vara vanligare att den exakta lokaliseringen av varje enskilt verk inte är bestämd på förväg vid havsbaserad vindkraft, då det inte är lika enkelt att inventera området på för hand och det kan röra sig om stora områden. Om däremot en av flera möjliga platser inom boxen har för stor miljöpåverkan, t.ex. om lokaliseringen delvis är nära ett Natura 2000-område eller viktigt område för skyddad art, är det normalt inte lämpligt att ansöka enligt boxmodellen, varken för landbaserad eller havsbaserad vindkraft.

## 5.6 När är kommunal tillstyrkan nödvändig

Inom kommunens område måste kommunen aktivt tillstyrka en utbyggnad av tillståndspliktig vindkraftsetablering inom kommunen för att tillstånd ska kunna ges.<sup>154</sup> Det är först när verken placeras i ekonomisk zon som regeln om tillstyrkan av kommunen inte är tillämplig.<sup>155</sup> MÖD har nu klarlagt att kommunal tillstyrkan krävs

---

<sup>146</sup> Mark- och miljööverdomstolens dom den 25 april 2018 i mål nr M 6419-16.

<sup>147</sup> Mark- och miljööverdomstolens dom den 2 oktober 2018 i mål nr M 9618-17.

<sup>148</sup> Mark- och miljööverdomstolens dom den 3 maj 2018 i mål nr 1802-17.

<sup>149</sup> Se t.ex. Mark- och miljööverdomstolens dom den 9 maj 2019 i mål nummer M 4293-18. I det fallet var det endast 13 verk och den huvudsakliga miljöpåverkan var buller, varför det kan ha varit enklare att bedöma olika lokaliseringars miljöpåverkan än om det var naturvärden som påverkades.

<sup>150</sup> Mark- och miljööverdomstolens dom den 13 april 2018 i mål nr M 3648-17.

<sup>151</sup> MÖD 2014:34.

<sup>152</sup> Mark- och miljööverdomstolens dom den 19 juni 2018 i mål nr 6331-17.

<sup>153</sup> Kan ifrågasättas hur bundna de är av regeringens beslut, i vart fall när det handlar om EU-rätt, se Darpö, J. (2013) Bunge-täkten i Högsta domstolen, Miljöaktuellt 20 juni 2013.

<sup>154</sup> 16 kap. 4 § MB.

<sup>155</sup> I princip avses området inom territorialhavet (d.v.s. 12 nautiska mil från baslinjen). Exakt bedömning av var gränsen går framgår dock inte i miljöbalken utan regleras i annan lag och är inte en fråga som redogörs för i den här rapporten.

vid ändringstillstånd, och att den omständigheten att man behöver söka tillstånd talar för att miljöpåverkan blir annorlunda. Detta gäller således vid ”repowering”, d.v.s. uppgradering av verk som redan har tillstånd, till högre och mer effektiva verk.<sup>156</sup> MÖD ansåg att högre verk har en annan miljöpåverkan, varför kommunen alltså måste tillstyrka, även ändringstillstånd. En annan viktig aspekt av bestämmelsen är att kommunen inte är bunden av sitt beslut. Kommunen kan således ändra sin inställning under processens gång. Kommunal tillstyrkan har utretts nyligen och i doktrinen har regeln ifrågasatts utifrån EU-rätten.<sup>157</sup>

I utredningen – *en rättssäker vindkraftsprövning* – har föreslagits att tillstyrkan ska övergå till att vara en processförutsättning i form av ett ”lokaliseringsbesked”, vilket ska överensstämma med kommunens översiktsplan.<sup>158</sup> Att tidigarelägga kommunens möjlighet till inflytande ökar förutsebarheten för de som vill etablera vindkraft samtidigt som det säkerställer kommunens inflytande över markanvändningen inom kommunen. Det kan dock fortfarande ifrågasättas om ett sådant lokaliseringsbesked är en *nödvändig* och *proportionerlig* processförutsättning som är acceptabel enligt EU:s förnybarhetsdirektiv.<sup>159</sup> Dessutom kan ordningen ifrågasättas då översiktsplanen kan guida verksamhetsutövare in på områden som inte nödvändigtvis är lämpliga lokaliseringar ur miljösynpunkt och där verksamhetsutövaren svårligen kan få tillstånd. Om översiktsplanerna ska få en ökad roll för lokaliseringen av vindkraft måste även kommunen tydligare beakta motstående intressen i sin planering för att peka ut lämpliga lokaliseringar. Om kommunen planerat för vindkraft i sin översiktsplan innebär det att positivt lokaliseringsbesked ska meddelas, medan om vindkraft ej ännu är planerad är det först i lokaliseringsbeskedet som kommunens vilja framhålls.<sup>160</sup>

Kommunen ska emellertid i översiktsplanen peka ut riksintressena enligt 3 och 4 kap. MB och beskriva hur de tillgodoses.<sup>161</sup> Det finns dock ingen garanti för att riksintressen tillgodoses i en översiktsplan. Visserligen ska länsstyrelsen i granskningsyttrande ange om andra riksintressen inte tillgodoses i planen.<sup>162</sup> Kommunen måste redovisa länsstyrelsens granskningsyttrande med översiktsplanen men behöver inte revidera i sin översiktsplan om kommunen inte vill.<sup>163</sup> En sådan översiktsplan har dock begränsat värde i den efterföljande individuella prövningen. Om utredningens förslag blir verklighet riskerar dock kommunens ”lokaliseringsbesked”, som ska vara en processförutsättning, låsa in lokaliseringssprövningen enligt en översiktsplan som inte tillgodoser andra intressen. Eftersom det sker en prövning i det enskilda fallet kanske inte andra intressen riskeras att skadas, men det kan innebära att verksamhetsutövare planerar att etablera vindkraft i områden där det kan vara svårt att få

---

<sup>156</sup> MÖD 2018:6. Vid repowering krävs ibland ett nytt tillstånd då ändringen bedöms vara så stor att det inte går att pröva endast ändringen separat.

<sup>157</sup> Se SOU 2021:53 och t.ex. Darpö J (2020) Should locals have a say when it's blowing? The influence of municipalities in permit procedures for windpower installations in Sweden and Norway. Nordisk Miljörättslig Tidskrift 2020:1, s. 59–79, på s. 66 och Michanek G (2014) One national windpower objective and 290 self-governing municipalities. Renewable Energy Law in the EU: Legal Perspectives on Bottom-up Approaches, eds. Peters M, Schomerus T, Elgar E, s. 144..

<sup>158</sup> SOU 2021:53, s.129–139.

<sup>159</sup> Se Europaparlamentets och Rådets direktiv (EU) 2018/2001 av den 11 december 2018 om främjande av användningen av energi från förnybara energikällor, artikel 15. Se även diskussionen i doktrinen, ovan nämnt i not 136.

<sup>160</sup> SOU 2021:57, s.133 ff.

<sup>161</sup> 3 kap. 4 § plan- och bygglagen.

<sup>162</sup> 3 kap. 16 § plan- och bygglagen.

<sup>163</sup> 3 kap. 20 § plan- och bygglagen.

tillstånd enligt miljöbalken. Det leder således till onödiga processer och kostnader, både för verksamhetsutövarna och för samhället i stort. Framförallt ger det kommunen opropotionerligt stor makt att påverka hur utvecklingen av vindkraft ska se ut i Sverige.

# 6. Domar och beslut om havsbaserade vindparker

## 6.1 Inledning

Nedan redogörs för domar och beslut angående havsbaserad vindkraft i syfte att sammanställa avgörandena samt att utröna vilka omständigheter som kan vara avgörande för om tillstånd nekas. Domarna och besluten presenteras i kronologisk ordning, efter det senaste beslutet eller domen som tagits i ärendet. Därefter analyseras de domar som hanterar relationen till biologisk mångfald närmare i särskilda kapitel.<sup>164</sup> Det rör sig om ett flertal ärenden som prövats av MMD, några som prövats av regeringen, ett fåtal som har prövats av MÖD samt ett enskilt mål som avgjordes innan MMD inrättades. Ett beslut från Länsstyrelsen om Natura 2000-tillstånd redogörs också för.

Vid beslut om etablering av vindparker inom territorialhavet är MMD första instans eftersom en vindpark även är en vattenverksamhet.<sup>165</sup> Länsstyrelsen är första instans vid Natura 2000-tillstånd. De avgöranden som finns från MMD kan vara intressanta att beakta samtidigt som det är viktigt att notera att MMD inte är en prejudicerande eller vägledande instans.

## 6.2 Havsbaserade vindparker – domar av mark- och miljödomstolarna

### 6.2.1 Bockstigen

Bockstigen är den första havsbaserade parken i Sverige. Tillstånd beviljades av Länsstyrelsen i Gotlands län den 9 september 1996. Ärendet överklagades till Koncessionsnämnden för miljöskydd, men nämnden tog inte upp ärendet till prövning.<sup>166</sup>

### 6.2.2 Lillgrundet

När det gällde etableringen av vindparken Lillgrundet i Öresund beviljades tillstånd av MMD.<sup>167</sup> MÖD fastställde MMD:s dom.<sup>168</sup> I målet var det dels en fråga om miljö-

---

<sup>164</sup> Se kap. 8–9 i rapporten.

<sup>165</sup> 11 kap. 9 b § MB.

<sup>166</sup> Koncessionsnämndens beslut Nr B 297/96 den 20 december 1996, Dnr 241-416-96.

<sup>167</sup> Miljödomstolens vid Växjö tingsrätt dom den 20 december 2002 i mål nr m 416-01.

<sup>168</sup> Miljööverdomstolens dom den 16 oktober 2003 i mål nr M 718-03.

påverkan från ledningsdragningen (främst vad gäller elektromagnetisk strålning), dels en fråga om infraljudets påverkan på människor och djur. MÖD konstaterade att ansökan, utöver vindkraftparken, endast omfattade ledningsdragningen i vattnet (då vattenverksamhet), men att miljöpåverkan på land ändå måste vägas in i den aktuella prövningen. MÖD bedömde dock att det inte var rimligt (enligt 2 kap. 7 § MB) att bolaget ändrade lokalisering av anslutningspunkten.<sup>169</sup> Yrkande om begränsning av den magnetiska strålningen ovanför ledningen på land kunde dock inte beaktas med hänsyn till prövningens omfattning och avvisades därför. MÖD ansåg att det inte var motiverat att föreskriva begränsande villkor angående rotorrotation, infraljud eller driftsljud. Det kan noteras att prövningen omfattade främst påverkan på *människan* genom ljud i drift samt påverkan av den elektromagnetiska strålningen. Möjligen skulle det kunna bero på att kunskap om hur det marina livet skulle påverkas av havsbaserad vindkraft var begränsad vid prövningstillfället.

### 6.2.3 Finngrundet

Avgörandet från MMD avseende Finngrundet i södra Bottenhavet kan vara av särskilt intresse givet att det gällde en Natura 2000-prövning. Bolaget ansökte hos länsstyrelsen om Natura 2000-tillstånd, vilket nekades. Bolagets överklagande av länsstyrelsens beslut avslogs därefter av MMD.<sup>170</sup> De livsmiljöer som skyddades inom det aktuella Natura 2000-området var sublittorala sandbankar och rev.

MMD ansåg att utredningen i målet inte gav belägg för att bevarandestatusen för någon av dessa livsmiljöer skulle påverkas i negativ riktning. Däremot ansåg domstolen att utredningen gav anledning till oro vad gällde arten alfågel (*Clangula hyemalis*). Domstolen påpekade att det var ostridigt i målet att bankarna vid Finngrundet har stor betydelse för rastande eller övervintrande sjöfåglar, särskilt alfågeln, vilken enligt MMD är en typisk art för livsmiljön sublittorala sandbankar.<sup>171</sup> MMD ansåg att skadan som skulle uppstå på livsmiljön och således alfågeln inte skulle gå att undvika trots föreslagna försiktighetsmått varför ansökan avslogs.<sup>172</sup>

### 6.2.4 Kattegatt I och II

*Kattegatt I* och *Kattegatt II* är exempel på mål som avgjorts av MÖD. Det senare avgörandet kan anses vara vägledande, när det kommer till försiktighetsmått för tumlare och torsk (*Gadus morhua*). Målen behandlades inte inom samma tidsperiod men parkernas lokalisering var i princip densamma.

MMD nekade först tillstånd i *Kattegatt I*, vilket överklagades av bolaget. MÖD ansåg att lokaliseringen inte var lämplig, i synnerhet med hänsyn till att området var ett ekologiskt känsligt område enligt 3 kap. 3 § MB med hänvisning till torskens lek område. Vidare ansåg MÖD, med hänvisning till lokaliseringsregeln i 2 kap. 6 § MB, att utredningen av alternativa lokaliseringar var otillräcklig, då dessa

---

<sup>169</sup> En anslutning vid den andra punkten skulle kosta 13 500 000 kr medan den föreslagna lokaliseringen skulle kosta 5 500 000 kr.

<sup>170</sup> Mark- och miljödomstolen vid Nacka tingsrätts dom den 17 september 2013 i mål nr M 3905-12.

<sup>171</sup> Domstolen hänvisar till förslaget till Bevarandeplan samt Naturvårdsverket där det framgår att alfågeln en typisk art för livsmiljön sublittorala sandbankar. Även i Naturvårdsverkets vägledning, NV-04493-1 1, om sublittorala sandbankar listas alfågeln som en typisk eller karakteristisk art för den livsmiljön.

<sup>172</sup> Mark- och miljödomstolens vid Nacka tingsrätt dom den 17 september 2013 i mål nr M 3905-12.

begränsats till kommunen.<sup>173</sup> Enligt dåvarande Fiskeriverket (som 2011 ombildades till Havs- och vattenmyndigheten) ansågs inte försiktighetsmått vad gällde begränsad tid för anläggningsarbeten vara en tillräcklig åtgärd.

Ett annat bolag återkom med en ny ansökan om att bygga en vindpark inom i princip samma område några år senare (Kattegatt II). Bolaget nekades först tillstånd i MMD<sup>174</sup> men tillstånd beviljades av MÖD den 8 december 2015 i mål nr M 6960-14. Bolaget hade vid ansökningstillfället presenterat flera alternativa platser, men den mest lämpliga platsen ansågs ändå vara den plats som till viss del sammanföll med lokaliseringen i det tidigare avgörandet.<sup>175</sup> Torsken i området bedömdes ha återhämtat sig något sedan tidigare, men populationen ansågs fortfarande hotad. I domen föreskrevs villkor kopplade till anläggningstid med hänsyn till torsken och buller kopplat till tumlaren.<sup>176</sup>

### 6.2.5 Hake Fjord

Planerna på att bygga en vindpark med 15 vindkraftverk i Hake Fjord, norr om Göteborg, stoppades då MMD vid Vänersborgs tingsrätt nekade tillstånd.<sup>177</sup> MMD ansåg bland annat att boxmodellen inte var lämplig i målet då olika lokaliseringar inom det föreslagna området hade olika påverkan. Den valda lokaliseringen var inte lämplig enligt 2 kap. 6 § MB då den dels skulle påverka friluftsliv och sjöfart negativt, dels då det fanns en stor risk att förorenat sediment skulle kunna spridas. Domstolen bedömde dock att Natura 2000-området Torsviken inte skulle påverkas på ett sådant sätt att Natura 2000-tillstånd krävdes. Domstolen ansåg här att avståndet (ca 2–3 km) mellan vindparken och Torsviken var tillräckligt för att vindparken inte skulle påverka området, eller de fågelarter som skyddades genom området.

### 6.2.6 Marviken

MMD vid Växjö tingsrätt nekade tillstånd till en vindpark i Marviken i Norrköpings kommun. Bolaget fick avslag på sin ansökan med hänvisning till valet av plats, som inte ansågs lämplig ur miljösynpunkt enligt 2 kap. § 6 MB.<sup>178</sup> Ett Natura 2000-område var också beläget i närheten för att bl.a. skydda fiskgjuse (*Pandion haliaetus*), fisktärna (*Sterna hirundo*) och silvertärna (*Sterna paradisaea*). Vindparken bedömdes påverka området, varför ett Natura 2000-tillstånd krävdes. Bolaget hade inte utrett något landbaserat alternativ och de utredda områdena var i konflikt med riksintressen (bl.a. för totalförsvaret) och lokaliseringen innebar också problem när det gällde artskyddsbestämmelserna.<sup>179</sup>

### 6.2.7 Storgrundet

MMD vid Östersunds tingsrätt beviljade tillstånd till att uppföra en vindpark i Storgrundet, sydost om Söderhamn. Tillstånd beviljades för en vindpark om högst

---

<sup>173</sup> MÖD 2009:48.

<sup>174</sup> Mark- och miljödomstolens vid Vänersborgs tingsrätt dom den 25 juni 2014 i mål nr M 2036-12.

<sup>175</sup> Mark- och miljööverdomstolens dom den 8 december 2015 i mål nr M 6960-14, s. 6.

<sup>176</sup> Se mer under avsnitten i rapporten, om tumlare (kap. 9.2) och torsk (kap. 9.4).

<sup>177</sup> Mark och miljödomstolens vid Vänersborgs tingsrätt dom den 17 december 2014 i mål nr M 1130-13.

<sup>178</sup> Mark- och miljödomstolens vid Växjö tingsrätt dom den 18 november 2016 i mål nr M 2728-15.

<sup>179</sup> Ibid.



70 vindkraftverk som inte fick överstiga 180 m i höjd och rotordiameter på 150 m<sup>180</sup> eller med en sammanlagd uteffekt om högst 265 MW.<sup>181</sup> Bolaget beviljades senare förlängning av igångsättningstiden samt ändring av villkor (7) till att endast hänvisa till höjden på verken och inte rotordiameteren.<sup>182</sup> Som skäl till förlängning angavs att nätanslutning inte ännu var försäkrad, vilket var en förutsättning för att vindkraftsbygget skulle kunna påbörjas. Som skäl till ändring av villkor 7 angavs teknikutvecklingen då det inte längre var möjligt att hitta vindkraftverk med mindre rotordiameter än 150 meter.

## 6.2.8 Trolleboda

MMD vid Växjö tingsrätt beviljade först tillstånd till att uppföra och driva Trolleboda vindpark i södra Kalmarsund om högst 30 vindkraftverk med en totalhöjd som inte översteg 160 m.<sup>183</sup> Därefter förlängdes igångsättningstiden av MMD,<sup>184</sup> vilket motiverades av att ansvarigt bolag inväntade beslut om ledningsrätter. Domstolen ansåg att det var ett giltigt argument och beviljade därför ansökan enligt 24 kap 2 § MB. Ansökan om förlängning vid det senaste tillfället nekades dock av MMD<sup>185</sup> då bolaget hänvisade till det dåliga konjunkturläget, vilket domstolen inte godtog som giltigt skäl för förlängning. Domstolen angav att ”enbart förändrade ekonomiska förutsättningar” inte utgör giltigt skäl för förlängning.<sup>186</sup>

## 6.2.9 Taggen

Arbetet med att bygga Taggen vindpark i Hanöbukten inbegrep ett flertal vändor i domstolväsendet innan det slutligen resulterade i att tillstånd inte gavs på grund av att området var av intresse för totalförsvaret. Taggen beviljades dock först tillstånd av MMD vid Växjö tingsrätt 2011,<sup>187</sup> för att uppföra 83 verk med en totalhöjd om högst 170 m och en effekt av 300 MW vilket motsvarar produktion av el till ca 200 000 hushåll. Bolaget sökte därefter ändringstillstånd (enligt 16 kap. 2 § MB) för att öka totalhöjden till 220 m. MMD vid Växjö tingsrätt beviljade tillstånd 2016, men med ett antal villkorsändringar.<sup>188</sup> Villkor 17 och 18 tillkom<sup>189</sup> som avsåg samma försiktighetsmått för att minska undervattensljud från pålning med hänsyn till tumlare som tidigare föreskrivits med hänsyn till torsken.<sup>190</sup> Utöver försiktighets-

---

<sup>180</sup> Mark- och miljödomstolens vid Östersunds tingsrätt dom den 14 september 2010 i mål nr M 2977-08. Villkor 7 i domslutet.

<sup>181</sup> Lokaliserat ca 11 km utanför fastlandet i Söderhamns kommun, ca 3,5 km öster om ön Storjungfrun, i Söderhamns kommun.

<sup>182</sup> Mark- och miljödomstolens vid Östersunds tingsrätt dom den 6 februari 2017 i mål nr M 2090-16.

<sup>183</sup> Miljödomstolens vid Växjö tingsrätt har dom den 17 april 2008 i mål nr M 2415-06.

<sup>184</sup> Mark- och miljödomstolens vid Växjö tingsrätt dom den 30 mars 2012 i mål nr M 987-11.

<sup>185</sup> Mark- och miljödomstolens vid Växjö tingsrätt dom den 23 augusti 2017 i mål nr M 4999-18.

<sup>186</sup> Ibid, s. 8.

<sup>187</sup> Mark- och miljödomstolens vid Växjö tingsrätt dom den 11 juni 2011 i mål nr M 695-07.

<sup>188</sup> Mark- och miljödomstolens vid Växjö tingsrätt dom den 30 augusti 2016 i mål nr M 2757-15.

<sup>189</sup> Villkor 17: ”Pålning får inte ske under perioden fr.o.m. första november t.o.m. sista februari. Vid pålning under oktober månad och under perioderna fr.o.m. 1 mars t.o.m. 30 april ska sådana skyddsåtgärder vidtas att undervattensljudet inte överstiger värdena SEL 160 dB re 1µPa2s och SPL 190 dB re 1µPa på ett avstånd av 750 m från ljudkällan. Vid överskridande av något av ovanstående värden ska omedelbara åtgärder vidtas för att minska pålningsljudet. Vid uppföljande mätning får värdena inte överskridas.” Villkor 18: ”Inför pålningsarbeten ska akustiska skrämselmetoder i erforderlig omfattning, såsom skrämmor och pingers, användas. Vid pålning ska styrkan i hammarslagen successivt trappas upp, så kallad ramp-up.”

<sup>190</sup> Se Mark- och miljööverdomstolens dom den 8 december 2015 i mål nr M 6960-14.

mått och bullervärden begränsades nu även anläggningstiden med hänsyn till tumlare (och annat marint liv).<sup>191</sup>

Målet överklagades till MÖD som tog upp målet till prövning, MÖD prövade dock inte överklagandet i sak då de ansåg att ändringstillståndet inte kunde begränsas till endast den miljöfarliga verksamheten då det även handlade om vattenverksamhet. Domen undanröjdes och målet visades åter till MMD.<sup>192</sup> Efter att målet återförvisats till MMD uppdagades att området även var av intresse för totalförsvaret vilket slutligen ledde till att tillstånd inte gavs för att bygga vindparken Taggen. Frågan angående klagorätt har prövats av HD, där talerätt inte ansågs föreligga för boende längs Hanöbukten, 11–12 km ifrån vindparken.<sup>193</sup>

## 6.2.10 Utgrunden II

Tillstånd till att uppföra vindparken Utgrunden II i Kalmarsund beviljades av Miljödomstolen 2005.<sup>194</sup> Därefter medgav MMD förlängning av igångsättningstiden vid två tillfällen.<sup>195</sup> Den 24 juli 2019 ansökte bolaget återigen om förlängd igångsättningstid, vilket avslogs.<sup>196</sup> Beslutet motiverades av att det saknades lagstöd för ytterligare förlängning då tillståndet redan förlängts vid två tillfällen med sammanlagt 10 år.<sup>197</sup>

## 6.2.11 Stenkalles grund

Tillstånd till att uppföra en vindpark vid Stenkalles grund i Väneren beviljades 2013. MMD vid Vänersborgs tingsrätt beviljade tillstånd att uppföra och driva en gruppstation för vindkraft med högst 20 vindkraftverk.<sup>198</sup> Bolaget ansökte sedan om förlängning av byggnadstiden. Som skäl angav bolaget att processen kring linjekoncession dragit ut på tiden då det inte fanns erforderlig kapacitet i elnätet i anslutningspunkten. MMD ansåg att det var ett giltigt skäl och beviljade därför förlängning av byggnadstiden till den 1 september 2024 med samma villkor som i tidigare dom.<sup>199</sup>

---

<sup>191</sup> Se mer under avsnitten i rapporten, om tumlare (kap. 9.2) och torsk (kap. 9.4).

<sup>192</sup> Mark- och miljööverdomstolens dom den 17 november 2017 i mål nr M 8189-16.

<sup>193</sup> Högsta domstolens beslut den 14 oktober 2011 i mål M 5757-11.

<sup>194</sup> Miljödomstolens dom den 28 januari 2005 i mål nr M 344-02.

<sup>195</sup> Miljödomstolen har genom dom den 5 oktober 2010 i mål nr M 4076-09, på ansökan av EON, förlängt arbetstiden till den 31 december 2016 och Mark- och miljödomstolen har genom dom den 15 september 2015 i mål nr M 2485-15, på ansökan av Marcon Windpower AB, förlängt arbetstiden till den 31 december 2019.

<sup>196</sup> Mark- och miljödomstolens dom den 24 juli 2019 i mål nr M 917-19.

<sup>197</sup> Enligt 24 kap. 2 § miljöbalken kan mark- och miljödomstolen förlänga en fastställd arbetstid med högst tio år.

<sup>198</sup> Mark- och miljödomstolens vid Vänersborgs tingsrätt dom den 7 mars 2013 i mål nr M 2109-11.

<sup>199</sup> Mark- och miljödomstolens vid Vänersborgs tingsrätt dom den 5 augusti 2019 i mål nr M 3543-18.

## 6.3 Beslut av och pågående ärenden hos regeringen

### 6.3.1 Inledning

Nedan presenteras ett urval av regeringens beslut om tillstånd att uppföra vindparker i ekonomisk zon enligt miljöbalken och för att genomföra undersökning inför en etablering enligt lagen om kontinentalsockeln. Några av ärendena är sådana som tidigare har påbörjats, och fortfarande är aktuella, och några ärenden är nya.

### 6.3.2 Blekinge offshore

Blekinge Offshore AB ansökte till Mark- och miljödomstolen i Växjö om tillstånd till en havsbaserad vindpark i ett område i Hanöbukten. Målet överlämnades till regeringen enligt 21 kap. 7 § MB, då målet rörde totalförsvarets intressen. Regeringen beslutade att neka Blekinge Offshore tillstånd mot bakgrund av att området var av intresse för försvaret.<sup>200</sup>

Försvarmakten hade här angett att etableringen skulle *påtagligt motverka* totalförsvarets intressen och *försvåra* tillkomsten och utnyttjandet av sjöövningssområdet i Hanöbukten. I Hanöbukten hade försvaret omfattande övningsanläggningar som var genomtänkt placerade just där både på land och till havs (även luftutrymmet var av intresse). Området angavs även vara av strategisk betydelse i händelse av kris eller krig. Försvarmaktens samlade bedömning var att verksamheterna inte var förenliga då vindkraftparken skulle innebära att försvaret inte skulle kunna bedriva sin verksamhet.<sup>201</sup>

### 6.3.3 Gotlands, Ölands och Skånes havsvindparker

Som nämnts innan krävs det tillstånd även för undersökning av platsen inför en etablering av vindkraft till havs. Beslutet nedan är ett exempel på ett sådant beslut för att belysa vilka frågor som hanteras i den prövningen. Ett av regeringens beslut gällde tillstånd för bland annat seismiska undersökningar inför anläggande av tre vindparker, kallade Ölands, Skånes och Gotlands vindparker.<sup>202</sup> Naturvårdsverket yttrade sig i ärendet och angav att ansökan inte uppfyllde kraven i 2 kap. MB, särskilt artskyddsbestämmelserna, då tumlare riskerade att påverkas av undersökningarna.<sup>203</sup> De ansåg dessutom att Natura 2000-tillstånd krävdes.<sup>204</sup> Naturvårdsverket lyfte fram att med hänsyn till tumlarens reproduktionscykel var det problematiskt med undersökningar av området under i princip hela året och att det

---

<sup>200</sup> Regeringens beslut den 20 december 2016, M2013/00540/Me.

<sup>201</sup> Ibid, s. 3–6.

<sup>202</sup> Regeringens beslut den 19 juni 2019 i ärendenummer N 2017/06309/BI. Bolaget har även ansökt om tillstånd för nedläggning av kabel, se N2018/05942/FÖF, N2018/05943/FÖF, N2018/05944/FÖF.

<sup>203</sup> Både beteendepåverkan och eventuella fysiska skador. Naturvårdsverket ansåg att denna störning kunde innebära att tumlarens bevarandestatus påverkades negativt. NV var även negativa till villkor ang. pingers och ramp-up, då dessa metoder bedömdes kunna leda till sådan beteendeförändring som bör undvikas. Se NV:s yttrande i regeringens ärendenr N2017/06309/FÖF, den 17 jan 2019, ärendenr: NV-08688-18, s. 1.

<sup>204</sup> NV:s yttrande i regeringens ärendenr N2017/06309/FÖF, den 17 jan 2019, ärendenr: NV-08688-18, s. 2. Även Havs- och vattenmyndigheten var av samma uppfattning, se Regeringens beslut den 19 juni 2019 i ärendenummer N 2017/06309/BI, s. 8.

därför inte fanns några säkra perioder när dessa kunde genomföras.<sup>205</sup> Regeringen beslutade dock att bevilja tillstånd för undersökningar i områdena kring Skånes och Gotlands vindparker, men inte avseende Ölands havsvindpark. Regeringen avslag också ansökan i sin helhet vad gällde utforskning genom borring då den delen inte omfattades av samrådet. Regeringen beslutade dock att tillstånd delvis kunde ges med ett antal villkor angående bl.a. ”mjuk uppstart”,<sup>206</sup> begränsning i undersökningsperioder med hänsyn till tumlare<sup>207</sup> och även torsk.<sup>208</sup> Regeringen hänvisade till länsstyrelsen som beslutande myndighet i frågan avseende Natura 2000-tillstånd.<sup>209</sup> Regeringen beslutade att så kallade pingers som ger ifrån sig ljud för att skrämja bort tumlare inte skulle användas eftersom det ansågs kunna ge upphov till ytterligare störningar.<sup>210</sup>

#### 6.3.4. Stora Middelgrund

Vindparken Stora Middelgrund i Kattegatt är ett projekt som beviljats förlängning av tillstånd vid ett flertal tillfällen. Projektet ligger i den ekonomiska zonen. Initialt var det inte ett Natura 2000-område i anslutning till etableringsområdet. Numer är dock området utpekad som ett Natura 2000-område, varför ett Natura 2000-tillstånd krävs. Ansökan som prövades hos länsstyrelsen respektive mark- och miljödomstol angående tillstånd enligt 7 kap 28 a § MB avvisades med hänvisning till undermålig miljökonsekvensbeskrivning.<sup>211</sup> En ny ansökan angående Natura 2000-tillstånd har dock getts in till länsstyrelsen.<sup>212</sup> Ärendet om förlängning av tillstånd inom den ekonomiska zonen handläggs, i skrivande stund, av regeringen.

#### 6.3.5 Kriegers Flak

Regeringen beslutade den 29 juni 2006 att bevilja tillstånd till etableringen av Kriegers Flak vindpark i södra Östersjön, söder om Trelleborg. Sedan dess har bolaget ansökt om förlängning samt ändringar vid två tillfällen.<sup>213</sup> Den senaste ansökan är ännu inte prövad. Ansökan har nu kompletterats med ett Natura 2000-tillstånd,<sup>214</sup> vilket krävdes då området i angränsande delar och överlappande delar, numer är utsett som ett Natura 2000-område.<sup>215</sup>

---

<sup>205</sup> NV:s yttrande i regeringens ärendenr N2017/06309/FÖF, den 17 jan 2019, ärendenr: NV-08688-18, s. 4.

<sup>206</sup> D.v.s. att ljuden ökas successivt i styrka och tempo.

<sup>207</sup> Undersökningar får ej ske i området kring Skånes havsvindpark under perioden fr.o.m. den 1 aug t. o. m. den 30 april och i området kring Gotlands havsvindpark under perioden fr.o.m. den 1 maj t.o.m. den 31 okt. Se Regeringens beslut den 19 juni 2019 i ärendenummer N 2017/06309/BI, villkor 7, s. 3.

<sup>208</sup> Vad gäller till skydd för lekande torsk ska påverkande ljud minimeras under perioden fr.o.m. den 1 juni–31 juli (Arkonabassängen) och i perioden fr.o.m. den 1 maj t.o.m. den 31 aug (Gotlandsbassängen), se Regeringens beslut den 19 juni 2019 i ärendenummer N 2017/06309/BI, villkor 8, s. 3–4.

<sup>209</sup> Ibid, s. 12.

<sup>210</sup> Ibid, s. 13.

<sup>211</sup> Mark- och miljödomstolen vid Vänersborgs tingsrätts dom den 9 mars 2018 i mål nr M 1195-17.

<sup>212</sup> Vattenfall skickade in en ny ansökan den 31 mars 2021, Pågående ärende hos Länsstyrelsen i Hallands län, ärendenummer 3406-21.

<sup>213</sup> Regeringens beslut den 18 december 2014, M2012/2276/Me. Den nyaste ansökan om förlängning/ändring är ännu inte prövad, se regeringens ärendenummer M2018/02437/Me.

<sup>214</sup> Länsstyrelsen i Skånes beslut den 15 mars 2021, Dnr 521-416-2019.

<sup>215</sup> Om ett Natura 2000-tillstånd krävs så är det en förutsättning för att tillstånd ska kunna ges enligt annan lag. Se 4 kap. 8 § MB och prop. 2007/08:154, s. 10–11.

Länsstyrelsen i Skåne beviljade Natura 2000-tillstånd i beslut den 15 mars 2021.<sup>216</sup> Beslutet överklagades inte. Länsstyrelsen beviljade Natura 2000-tillstånd med omfattande villkor. Bland annat föreskrevs villkor för undervattensbuller,<sup>217</sup> att skrämselfteknikerna skulle anpassas till tumlaren<sup>218</sup> och tidsbegränsning i etableringsfasen.<sup>219</sup> Birdlife var kritiska till huruvida de kumulativa aspekterna hade beaktats i ansökan när det gäller påverkan på alfågeln population.<sup>220</sup> Länsstyrelsen ansåg dock att påverkan på alfågeln inte hindrade tillstånd inom den aktuella delen av Natura 2000-området, som inte låg på ett område på grundare vatten än 30 meter inom Natura 2000-området och därför inte var ett födosöksområde.<sup>221</sup> Regeringen har ännu inte meddelat tillstånd enligt lagen om ekonomisk zon, där bl.a. frågor om artskydd kvarstår.

### 6.3.6 Södra Midsjöbanken

På södra Midsjöbanken i Östersjön, sydost om Blekinge län, planeras en ny vindpark.<sup>222</sup> Parken planeras i ett område där ett Natura 2000-område riskerar att påverkas. Inom Natura 2000-området är rev och sublittorala sandbankar skyddade. Arter med högt skyddsvärde är tumlare, alfågel (*Clangula hyemalis*), ejder (*Somateria mollissima*) och tobisgrissla (*Cepphus grylle*). Regeringen har ännu inte beslutat om tillstånd kan ges till parken. Regeringen har bett sökanden att komplettera med ett Natura 2000-tillstånd från länsstyrelsen, vilket regeringen behöver innan de kan ta beslut enligt lagen om ekonomisk zon.<sup>223</sup>

Naturvårdsverket har i yttrande till regeringen angett att fåglar riskeras att påverkas genom förlust av naturliga livsmiljöer och att det föreligger en risk för negativ påverkan på alfågeln bevarandestatus. Naturvårdsverket ansåg därför att parken inte uppfyllde kravet i 2 kap. 6 § MB. Myndigheten föreslog dock att, för det fall tillstånd ges till parken, ett villkor bör föreskrivas angående tidsintervall när anläggningsarbeten inte är tillåtna (mellan 15 oktober och 30 april) med hänsyn till övervintrande alfågel.<sup>224</sup>

Vad gäller tumlare hänvisar Naturvårdsverket till yttrande från Havs- och vattenmyndigheten där det föreslås att impulsivt buller inte får ske mellan 1 juni och 1 september och att under resterande delar av året får impulsivt buller endast ske efter godkännande från ansvarig tillsynsmyndighet. I övrigt är Havs- och vattenmyndigheten positiva i det här fallet till att tillstånd ges inom ekonomisk

---

<sup>216</sup> Länsstyrelsen i Skånes beslut den 15 mars 2021, Dnr 521-416-2019.

<sup>217</sup> Ibid, villkor 3, vilket föreskrev bl.a. att undervattensbuller inte får överstiga värdena enkel puls SEL 131 dB tumlare viktat\* re 1µPa2s och enkel puls SEL 144 dB söl viktat\* re 1µPa2s på ett avstånd av 750 m från ljudkällan.

<sup>218</sup> Ibid, villkor 4.

<sup>219</sup> Ibid, villkor 6–8. Tidsbegränsningar avsåg anläggningsarbeten (1 april–31 maj), pålningsarbeten (1 nov–31 mars) och inom Natura 2000-området får ej installation av turbiner ske 1 jan–31 mars. Undersökningar inför anläggandet av vindparken får endast ske under perioden 1 nov–31 maj. Det finns också villkor om varaktigheten av ”ramp up” perioden om 30 minuter (villkor 5) och en begränsning i tid avseende hur länge pålning kan pågå per dag (6 h) i villkor 6. Därutöver avser villkor 9 inrättande av kontrollprogram och villkor 1 att verken inte får placeras inom en radie av 50 meter från naturtypen rev (1170).

<sup>220</sup> Länsstyrelsen i Skånes beslut den 15 mars 2021, Dnr 521-416-2019, s. 11.

<sup>221</sup> Ibid, s 14.

<sup>222</sup> Handläggs just nu av regeringen, ärendenummer M2012/00714/Me.

<sup>223</sup> Se 7 kap. 32 § och 4 kap. 8 § MB.

<sup>224</sup> Se NV:s yttrande, i regeringens ärendenr M2012/00714/Me, den 21 december 2017, ärendenr: NV-07306-17, s. 6.

zon.<sup>225</sup> Både Naturvårdsverket och Havs- och vattenmyndigheten framhåller dock att det krävs ett Natura 2000-tillstånd.

Värt att notera är att i den del av Midsjöbanken som är inom Polens ekonomiska zon planeras en polsk vindpark. Det innebär att frågan om kumulativa effekter blir aktuell då det skulle kunna öka den samlade påverkan på naturtyper och arter i området. Eftersom det är nödvändigt att vid en Natura 2000-prövning även beakta pågående och planerade verksamheters påverkan på området, kan den planerade verksamheten inom polsk ekonomisk zon hindra den svenska parken från att erhålla Natura 2000-tillstånd.<sup>226</sup>

## 6.4 Varför tillstånd nekats för havsbaserad vindkraft

Av besluten ovan kan utrönas ett antal avslagsgrunder och motiveringar till varför tillstånd inte beviljats. De flesta beslut och domar beskrivna i detta kapitel är inte från vägledande eller prejudicerande instanser men kan ändå ge en fingervisning om vilka omständigheter som kan ha betydelse vid prövningen.

Sammanfattningsvis har lokaliseringsregeln i 2 kap. 6 MB varit en vanlig avslagsgrund. Som beskrivits ovan kan lokaliseringen anses vara olämplig mot bakgrund av olika anledningar. Det kan vara enkom vissa intressen som t.ex. totalförsvaret som sätter stopp för vindkraft<sup>227</sup> eller otillåten påverkan på närliggande Natura 2000-område.<sup>228</sup> Många omständigheter tillsammans kan också innebära att det är en olämplig lokalisering. Omständigheter såsom närhet till Natura 2000-område och potentiell påverkan på skyddsvärda arter,<sup>229</sup> friluftsliv, sjötrafik och sediment-spridning av giftigt sediment<sup>230</sup> är omständigheter som nämnts i domstolens domskäl. Men det finns också ett avgörande från MÖD (Kattegatt II) där tillstånd meddelats för en vindpark med omfattande villkor för att undvika påverkan på

---

<sup>225</sup> Se Havs- och vattenmyndighetens yttrande, i regeringens ärendenr M2012/00714/Me, den 19 december 2017, ärendenummer 1920-12, 3216-17.

<sup>226</sup> 7 kap 28 b § MB, "Tillstånd enligt 28 a § får lämnas endast om verksamheten eller åtgärden ensam eller tillsammans med andra pågående eller planerade verksamheter eller åtgärder inte

1. kan skada den livsmiljö eller de livsmiljöer i området som avses att skyddas,  
2. medför att den art eller de arter som avses att skyddas utsätts för en störning som på ett betydande sätt kan försvåra bevarandet i området av arten eller arterna."

<sup>227</sup> Se tex. Blekinge offshore, Regeringens beslut den 20 december 2016, M2013/00540/Me. Även Taggen vindpark stoppades pga totalförsvarets intresse men det framgår inte av domskälen, se avsnitt 6.2.9 i Rapporten.

<sup>228</sup> Natura 2000-tillstånd nekades i Finngrundet, se Mark- och miljödomstolen vid Nacka tingsrätt dom den 17 september 2013 i mål nr M 3905-112. Natura 2000-tillstånd beviljades dock vid Kriegers Flak, se Länsstyrelsen i Skånes beslut den 15 mars 2021, Dnr 521-416-2019. Natura-2000 tillstånd är en förutsättning för att tillstånd till själva parken ska beviljas, se 4 kap. 8 § MB. Noteras kan att i flertalet av de fall som ligger i ekonomisk zon och därför prövas av regeringen finns det risk för att Natura 2000-områden påverkas varför Natura-2000 tillstånd krävs, se t.ex. Södra Midsjöbanken, ärendenummer M2012/00714/Me och Stora Middelgrund där ansökan om sådant tillstånd först avvisades, se Mark- och miljödomstolen vid Vänersborgs tingsrätts dom den 9 mars 2018 i mål nr M 1195-17. Vattenfall skickade in en ny ansökan den 31 mars 2021, pågående ärende hos Länsstyrelsen i Hallands län, ärendenummer 3406-21.

<sup>229</sup> Se t.ex. *Marviken*, Mark- och miljödomstolens vid Växjö tingsrätt dom den 18 november 2016 i mål nr M 2728-15. Närheten till Natura 2000-område var en omständighet av många till att tillstånd nekades mot bakgrund av 2 kap. 6 § MB.

<sup>230</sup> I *Hake Fjord*, innebar påverkan på friluftsliv och sjötrafik samt sedimentspridning av giftigt sediment att lokaliseringen var olämplig enligt 2 kap. 6 § MB, se Mark och miljödomstolens vid Vänersborgs tingsrätt dom den 17 december 2014 i mål nr M 1130-13.

tumlare och torsk, varför förekomsten av skyddsvärda arter inte nödvändigtvis innebär att lokaliseringen är olämplig.<sup>231</sup>

Av de meddelade tillstånden där verksamhetsutövaren senare ansökt om förlängd igångsättningstid enligt 24 kap. 2 § MB har tillstånd nekats om motiveringen varit konjunkturläget (dvs ekonomiska förutsättningar förändrats)<sup>232</sup> eller om mer än 10 år förflutit sedan tillstånd först beviljades.<sup>233</sup> Giltiga skäl för förlängning har dock ansetts föreligga om verksamhetsutövaren ansökt om förlängning p.g.a. att processen kring nätanslutningen dragit ut på tiden och således varit orsaken till att vindparken inte byggts.<sup>234</sup>

---

<sup>231</sup> Se *Kattegatt II*, MÖD 2009:48. Fallet kommer att beskrivas och analyseras närmare i rapportens kap. 9.2.

<sup>232</sup> Se *Trolleboda*, Mark- och miljödomstolens vid Växjö tingsrätt dom den 23 augusti 2017 i mål nr M 4999-18.

<sup>233</sup> Se *Utgrunden II*, Mark- och miljödomstolens dom den 24 juli 2019 i mål nr M 917-19.

<sup>234</sup> Se *Storgrundet*, Mark- och miljödomstolens vid Östersunds tingsrätt dom den 6 februari 2017 i mål nr M 2090-16 och *Stenkallesgrund*, Mark- och miljödomstolens vid Vänersborgs tingsrätt dom den 5 augusti 2019 i mål nr M 3543-18.

# 7. Tillämplig EU-rätt om skydd av vatten- och havsmiljön

## 7.1 Ramdirektivet för vatten

Ramdirektivet för vatten (RDV) är tillämpligt om vindkraftverken lokaliseras vid kusten inom 1 nautisk mil (1 852 m). Numer är det en ganska strikt tillämpning av de krav som följer av direktivet, när det gäller uppnåendet av god ekologisk status.<sup>235</sup> Om någon kvalitetsfaktor riskerar att försämrats är detta att betrakta som en ”försämring” enligt direktivet och verksamheten kan då inte tillåtas.<sup>236</sup> De flesta vindparker till havs är emellertid inte etablerade inom 1 nautisk mil från baslinjen, vilket innebär att RDV inte blir tillämpligt.

Sjökablar som dras till land från vindparker, dras dock igenom områden som omfattas av RDV. Om kabellaggningsen har en påverkan på vattenförekomsten, som innebär att det sker en försämring av vattenstatusen kan det bli svårt att få tillstånd (nätkoncession). En kabeldragning torde dock sällan medföra en sådan påverkan som omfattas av direktivet. Om en försämring inte kan undvikas genom att *alla möjliga* åtgärder vidtas, kan undantagsbestämmelserna i RDV bli tillämpliga.<sup>237</sup> RDV har i svensk rätt huvudsakligen genomförts genom bestämmelser om miljö kvalitetsnormer och åtgärdsprogram i 5 kap miljöbalken, vattenförvaltningsförordning (2004:66) och föreskrifter från Havs- och vattenmyndigheten samt länsstyrelserna.

## 7.2 Havsmiljödirektivet

Havsmiljödirektivet fastställer en ram ”inom vilken medlemsstaterna ska vidta de åtgärder som behövs för att uppnå eller upprätthålla en god miljöstatus i den marina miljön.”<sup>238</sup> Målsättningen ska nås genom att marina strategier utarbetas och genomförs för att bl.a. ”skydda och bevara den marina miljön, förhindra att den försämrats eller, där det låter sig göras, återställa marina ekosystem i områden där de har påverkats negativt.”<sup>239</sup> Det föreskrivs även att en ekosystembaserad metod för förvaltningen av aktiviteter ska tillämpas.<sup>240</sup> Havsmiljödirektivet har i svensk

---

<sup>235</sup> 5 kap. 4 § MB. Direktivet reglerar även kemisk status och kan vara relevant vid anläggning av vindkraft till havs.

<sup>236</sup> C-461/13 (Weserdomen). Se också 5 kap. 4 § MB.

<sup>237</sup> Direktiv 2000/60/EG – en ram för gemenskapens åtgärder på vattenpolitikens område (Ramvattendirektivet (RVD)), Artikel 4 (7). Krävs då t.ex. att ingen annan lösning är tekniskt möjlig eller att kostnaderna för alternativet är orimligt höga – 4(7)(d).

<sup>238</sup> Direktiv 2008/56/EG – om upprättande av en ram för gemenskapens åtgärder på havsmiljöpolitikens område (havsmiljödirektivet), Artikel 1 (1). Se även havsmiljöförordningen (2010:1341) avseende den svenska implementeringen.

<sup>239</sup> Havsmiljödirektivet, Artikel 1 (1)(a).

<sup>240</sup> Havsmiljödirektivet, Artikel 1 (3).



rätt huvudsakligen genomförts genom bestämmelser om miljö kvalitetsnormer och åtgärdsprogram i 5 kap miljöbalken, havsmiljöförordningen samt föreskrifter från Havs- och vattenmyndigheten. Två delar av denna marina strategi som den genomförts i Sverige är att fastställa vad god miljöstatus<sup>241</sup> innebär samt att ta fram MKN med indikatorer som ska fungera som ett verktyg för att kunna uppnå god miljöstatus. När förhållandena, som kännetecknar en god miljöstatus, fastställs av Havs- och vattenmyndigheten ska myndigheten bl.a. beakta de kvalitativa aspekterna som anges i HVMS 2012:18 bilaga 2. I bilaga 2, p. 11.1 anges att god miljöstatus kännetecknas av att ”aktiviteter som skapar tillräckligt höga ljudnivåer för att orsaka negativa effekter för enskilda populationer eller ekosystem, begränsas i tid och rum”.<sup>242</sup> Undervattensbuller, som är en fråga som kan gälla havsbaserad vindkraft, är alltså en omständighet som ska beaktas enligt havsmiljöförordningen.

Det finns ett antal fastställda miljö kvalitetsnormer (MKN) för havsmiljön som anges i Havs- och vattenmyndighetens föreskrifter.<sup>243</sup> Dessa MKN är sådana MKN som följer av EU-rätten enligt 5 kap. 2 § p. 4 MB.<sup>244</sup> Noterbart är att dessa normer inte har samma skarpa verkan som *gränsvärdesnormer*.<sup>245</sup> Innan Weserdomen rådde osäkerhet om huruvida miljö kvalitetsnormerna för ekologisk status skulle ha samma skarpa rättsverkan som normerna för kemisk ytvattenstatus. Att uppnående av god ekologisk status inte bara var att se som en målsättning utan som något som medlemsstaterna skulle uppnå klargjordes av Weserdomen. Med anledning av domen genomfördes ändringar av miljöbalken som gav miljö kvalitetsnormer för ekologisk status en skarpare rättsverkan.<sup>246</sup> Motsvarande skedde inte för havsmiljönormerna. Frågan är om det är en lagstiftningskonstruktion som är acceptabel enligt EU-rätten. Det kan i vart fall ifrågasättas om kravet på icke-försämring enligt havsmiljödirektivet borde tolkas, efter Weserdomen, som att innebörden är att likställa med en gränsvärdesnorm. Till skillnad mot RDV har miljö kvalitetsnormer förutom i mindre utsträckning hittills inte tillämpats direkt i den enskilda tillståndsprövningen. Eftersom normerna bl.a. omfattar aspekter såsom bottenpåverkan, påverkan på biologisk mångfald, farliga ämnen samt buller kan dock även havsmiljönormerna få betydelse för t.ex. platsval och villkorsutformning vid t.ex. havsbaserad vindkraft.

Havsmiljödirektivet kompletterar RDV i havet, dels genom att överlappa det senare i kustnära vatten genom att hantera aspekter som inte hanteras i kustvatten i RDV,<sup>247</sup> dels omfattar direktivet territorialhavet och den ekonomiska zonen. I båda direktiven finns ett krav på icke-försämring. Även om skrivelsen är liknande har den inte samma innebörd. Miljö kvalitetsnormerna för ekologisk status enligt RDV innebär ett mer detaljerat system med fler bedömningsgrunder (regleras i föreskrifter från HaV) jämfört med normerna för havsmiljön som har ett mindre antal indikatorer knutna till sig. I vissa fall saknas i dagsläget indikatorer. Arbete pågår dock både på EU- och nationell nivå för att utveckla indikatorer till havsmiljönormerna för att dessa ska bli mer heltäckande.

---

<sup>241</sup> God miljöstatus är en MKN enligt 17 § havsmiljöförordningen.

<sup>242</sup> HVMS 2012:18, bilaga 2, p. 11.

<sup>243</sup> HVMS 2012:18.

<sup>244</sup> HVMS 2012:18, § 6.

<sup>245</sup> Se 5 kap. 2 §, p.1 MB.

<sup>246</sup> Se 5 kap. 4 § MB.

<sup>247</sup> Såsom marint skräp och fisk.

Kravet på icke-försämring av den marina miljön kan innebära utmaningar för vindkraftföretag att i miljökonsekvensbeskrivningar visa på att verksamheten inte har en negativ påverkan. Även om MKN enligt havsmiljöförvaltningen inte har samma effekt som enligt vattenförvaltningen, kan normerna behöva hanteras inom den individuella prövningen. De kan också få en indirekt påverkan genom främst översiktsplanering och havsplanering. Enligt 2 kap. 10 § plan- och bygglagen (PBL) ska MKN följas. Där görs ingen skillnad på om normerna avser gränsvärdes- eller riktvärdesnormer eller är sådana normer som baseras på EU-rätten.<sup>248</sup>

Förutom havsmiljönormernas tillämpning och översiktsplaneringens och havsplaneringens inflytande över den individuella prövningen bör även åtgärdsprogram ses som vägledande. Många av de marinlevande arterna innehar också skydd genom Natura 2000-nätverket, varför den marina miljön skyddas även genom art- och habitatdirektivet. I Havs- och vattenmyndighetens föreskrifter anges t.ex. bifångst av tumlare som en indikator som ska beaktas vid bedömning av om god miljöstatus råder,<sup>249</sup> utöver att undervattensljud ska begränsas i tid och rum för att undvika negativ påverkan på enskilda arter.<sup>250</sup> Sedan är det många aktiviteter som inte är tillståndspliktiga, som har den största påverkan på det marina livet, t.ex. sjöfart, fiske och jordbruk, vilka är svårare att reglera då de inte omfattas av tillståndsplikten. Dessa verksamheters påverkan möts dock av miljökvalitetsnormer och åtgärder i beslutade åtgärdsprogram.

---

<sup>248</sup> Se 5 kap. 2 § MB.

<sup>249</sup> HVMFS 2012:28, bilaga 2, under kriterium "D1C1 Dödligheten per art till följd av bifångst är på en nivå som inte hotar arten och dess långsiktiga livskraft". Bifångst av tumlare anges som en indikator. Detta kriterium och indikator är nog främst kopplat till fisket men vindkraft till havs kan ha påverkan på tumlarens bevarandestatus på annat sätt.

<sup>250</sup> HVMFS 2012:18, bilaga 2, p. 11.1.

# 8. Tillämplig EU-rätt om skydd av biologisk mångfald – Natura 2000 och artskydd

## 8.1 Inledning

Art- och habitatdirektivet syftar till att ”bidra till att säkerställa den biologiska mångfalden genom bevarande av livsmiljöer samt vilda djur och växter i medlemsstaternas europeiska territorium som omfattas av fördraget”.<sup>251</sup> Fågeldirektivet har liknande syfte för *alla* vilda fåglar.<sup>252</sup> Både artskydd och områdesskydd (Natura 2000) ska skydda den biologiska mångfalden.

Som konstaterats ovan är art- och habitatdirektivet och fågeldirektivet tillämpliga både inom territorialhavet och Sveriges ekonomiska zon vid etablering av vindkraft.<sup>253</sup> När det gäller vindkraftsetablering i eller i närheten till ett Natura 2000-område är det tydligt att det behövs en tillståndsprovning, om det finns risk att området kan påverkas. Däremot är artskyddet mer svåröverskådligt. Att ett område hyser skyddade arter kan vara en omständighet, som upptäcks vid undersökning av området inför en miljökonsekvensbeskrivning (MKB). Eftersom vissa av de arter som skyddas av fågel- respektive art- och habitatdirektivet riskerar att påverkas av vindparker måste dessa bestämmelser ofta beaktas vid provningen.

Fågeldirektivet respektive art- och habitatdirektivet kräver att medlemsstaterna (MS) skapar ett skyddssystem för *alla* vilda fåglar enligt fågeldirektivet<sup>254</sup> och för arter som listas i Bilaga IV i art- och habitatdirektivet (artskydd). Artikel 5 fågeldirektivet och artikel 12 för fauna i art- och habitatdirektivet innehåller förbud av olika slag.<sup>255</sup>

Det finns dessutom ett krav på medlemsstater (MS) att skydda nyckelområden för olika arter och habitattyper som är listade i bilaga I och bilaga II art- och habitatdirektivet (Natura 2000) samt artikel 4.1 och 4.2 i fågeldirektivet.<sup>256</sup> Dessa områden kallas *Sites of community importance* (SCI) och *Special areas of conservation* (SAC) (art- och habitatdirektivet) respektive *Special protected areas* (SPA) om skyddet omfattar endast fåglar (fågeldirektivet). Dessa föreslagna områden är därefter undersökta av kommissionen i syfte att försäkra att tillräckligt stor del av habitattypen

---

<sup>251</sup> Art- och habitatdirektivet, artikel 2 (1).

<sup>252</sup> Se Artikel 1 fågeldirektivet.

<sup>253</sup> Följer av EU-domstolens dom C-6/04.

<sup>254</sup> Se Artikel 5 fågeldirektivet.

<sup>255</sup> Förbuden finns implementerade i 4 § artskyddsförordningen (2007:845).

<sup>256</sup> Notera att det är art- och habitatdirektivets bestämmelser om Natura 2000 som är tillämpliga enligt artikel 7 art- och habitatdirektivet.

eller artens levnadsmiljö är skyddad innan kommissionen godkänner utpekandet av området.<sup>257</sup>

Exempel på marina livsmiljöer som skyddas inom Natura 2000-områden är sublittoral sandbankar, rev, estuarier, laguner, ler- och sandbottnar (som blottas vid lågvatten), grunda vikar etc.<sup>258</sup> Marina arter som skyddas enligt Natura 2000-nätverket är t.ex. gråsäl, knubbsäl, vikare och tumlare.<sup>259</sup> Natura 2000-områden kan också utses för att skydda vissa fågelarter som antingen finns listade i bilaga 1 i fågeldirektivet eller är en fågelart som omfattas av artikel 4.2 fågeldirektivet. Alfågel, som ofta är aktuell vid etablering av havsbaserad vindkraft är en flyttfågel och är således en art som Natura 2000-områden ska utses för enligt artikel 4.2 fågeldirektivet, även om den inte är listad i bilaga 1.

## 8.2 Natura 2000 och havsbaserad vindkraft

### 8.2.1 När krävs ett Natura 2000-tillstånd?

Förutsättningarna för när ett tillstånd krävs och när ett sådant kan meddelas stipuleras i 7 kap. 28 a och 28 b §§ MB, vilket är en implementering av artikel 6.3 i art- och habitatdirektivet.<sup>260</sup> Där anges att:

*”3. Alla planer eller projekt som inte direkt hänger samman med eller är nödvändiga för skötseln och förvaltningen av ett område, men som enskilt eller i kombination med andra planer eller projekt kan påverka området på ett betydande sätt, skall på lämpligt sätt bedömas med avseende på konsekvenserna för målsättningen vad gäller bevarandet av området. Med ledning av slutsatserna från bedömningen av konsekvenserna för området och om inte annat följer av punkt 4, skall de behöriga nationella myndigheterna godkänna planen eller projektet först efter att ha försäkrat sig om att det berörda området inte kommer att ta skada och, om detta är lämpligt, efter att ha hört allmänhetens åsikt.”<sup>261</sup>*

Aktiviteten behöver alltså inte lokaliseras inom ett Natura 2000-område, utan kan vara lokaliserad utanför, men ändå riskera att påverka Natura 2000-området.<sup>262</sup> Samma bestämmelse gäller för Natura 2000-områden utpekade under fågeldirektivet.<sup>263</sup> Även om en vindpark lokaliseras långt ifrån ett Natura 2000-området kan den ändå ha en betydande påverkan på området enligt EU-kommissionen, särskilt om den innebär en ”delningseffekt eller hindrar områdets ekologiska kopplingar.”

---

<sup>257</sup> EU-kommissionen (2011), *EU Guidance on wind energy development in accordance with the EU nature legislation*, s. 19.

<sup>258</sup> Naturvårdsverket (2011) *Möjligheter till Vindkraftsetablering i Natura 2000-områden*, Rapport 6473, s. 37.

<sup>259</sup> *Ibid*, s. 38.

<sup>260</sup> För en mer ingående diskussion om Natura 2000 i Sverige, se Darpö, J (2007) *Natura 2000 i Sverige*. Del I: Om rättstillämpningen i miljödomstolarna (2007-08 NR 1) och Del II: Om processuella problem i tillämpningen av EG-reglerna (2007-08 NR 2). Se även Naturvårdsverkets handbok 2017:1 *Förutsättningar för prövningar och tillsyn i Natura 2000-områden*. Utgåva 1: <https://www.naturvardsverket.se/Om-Naturvardsverket/Publikationer/ISBN/0100/978-91-620-0180-3/>

<sup>261</sup> Notera skillnaden i språk. I den engelska översättningen är den andra meningen: ”only after having ascertained that it will not adversely affect the integrity of the site concerned”. Ordet *integritet* har följt med i praxis även om den svenska översättningen av direktivet inte nämner *integritet*. Art 6.3 har implementerats 7 kap. 28 a § (när tillstånd krävs) och 7 kap. 28 b (under vilka förutsättningar tillstånd kan ges).

<sup>262</sup> Se prop. 2000/01:111 69, *Skyddet för vissa djur- och växtarter och deras livsmiljöer*, s. 40 och MÖD 2012:34.

<sup>263</sup> Artikel 7 art- och habitatdirektivet.

Kommissionen menar att detta är normalfallet vid havsbaserade vindparker då dessa typiskt sett orsakar delningseffekter för födosökande havsfåglar och flyttfåglar.<sup>264</sup>

Enligt svenska förarbeten anges att om det finns en sannolikhet att verksamheten kan få betydande konsekvenser för ett Natura 2000-område ska verksamhetsutövaren se till att den nödvändiga bedömningen görs och att påverkan prövas.<sup>265</sup> EU-kommissionen poängterar att under förhandsbedömningsskedet, när bedömning görs om vindparken kan påverka Natura 2000-området på ett betydande sätt, bör alla effekter som projektet medför beaktas, d.v.s. alla verksamheter som ingår i de olika faserna, allt från förberedelse, konstruktion, drift och i tillämpliga fall nedläggning. Det gäller både direkta, indirekta, tillfälliga och permanenta, kort- och långsiktiga och kumulativa effekter på livsmiljön eller de arter som skyddas inom Natura 2000-området.<sup>266</sup> Vad som avses med *betydande effekter* är enligt kommissionen direkt förlust av livsmiljö, försämring av livsmiljöer, fragmentering av livsmiljöer och störning av arter och indirekta effekter.<sup>267</sup>

När bedömningen görs måste enligt lagens ordalydelse även kumulativ påverkan beaktas, inte bara projektets olika skeden utan påverkan från andra verksamheter. Enligt kommissionen är de kumulativa effekterna särskilt relevanta att beakta för vindkraftsutbyggnad, då utbyggningstakten ökar ständigt. Kumulativa miljöeffekter definieras enligt kommissionen som miljöpåverkan som orsakas av tidigare, befintliga och framtida verksamheter.<sup>268</sup>

Det är etablerat i EU-rättslig praxis att det endast krävs att det föreligger en *risk* att området kommer att påverkas, för att tillståndsplikten ska infinna sig.<sup>269</sup> EU-domstolen har konstaterat att tillstånd krävs, mot bakgrund av försiktighetsprincipen,<sup>270</sup> redan när:

*”... det på grundval av objektiva kriterier inte kan uteslutas att nämnda plan eller projekt har en betydande påverkan på det berörda området... En sådan tolkning av det villkor som gäller för bedömningen av en plans eller ett projekts konsekvenser för det berörda området innebär att en sådan bedömning skall göras när det föreligger tvivel om att ett visst agerande inte kan ha en betydande påverkan.”<sup>271</sup>*

Det är således en mycket låg tröskel för när ett Natura 2000-tillstånd krävs. Det är synnerligen svårt att säkerställa att en betydande påverkan kan uteslutas, varför det ofta krävs tillstånd enligt Natura 2000-bestämmelserna.

---

<sup>264</sup> Europeiska kommissionen (2020) Kommissionens tillkännagivande – Vägledningsdokument om utbyggnad av vindkraft och EU:s naturvårdslagstiftning. C(2020) 7730 final, 18 november 2020, s. 24.

<sup>265</sup> Prop. 2000/01:111 69, *Skyddet för vissa djur- och växtarter och deras livsmiljöer*, s. 68.

<sup>266</sup> Europeiska kommissionen (2020) Kommissionens tillkännagivande – Vägledningsdokument om utbyggnad av vindkraft och EU:s naturvårdslagstiftning. C(2020) 7730 final, 18 november 2020, s. 25.

<sup>267</sup> *Ibid*, s. 92–93.

<sup>268</sup> *Ibid*, s. 98. Se även s. 99 ff för metoder för att bedöma kumulativa effekter inom vindkraftssektorn.

<sup>269</sup> EU-domstolens dom den 7 september 2004 i mål nr C 127/02, *Waddenzee*.

<sup>270</sup> *Ibid*, p. 29.

<sup>271</sup> *Ibid*, p. 44.

## 8.2.2 Skydd av listade livsmiljöer som inte är utpekade som Natura 2000-områden?

EU:s medlemsstater har en skyldighet att peka ut Natura 2000-områden i den utsträckning som krävs enligt artikel 3.2 art- och habitatdirektivet, d.v.s. i den utsträckning som står i proportion till omfattningen av dessa livsmiljötyper och habitat för de arter som skyddas enligt artikel 3 punkt 1. Enligt artikel 4.2 art- och habitatdirektivet kan kriterierna för när ett område ska utses till Natura 2000 användas mer flexibelt (i samförstånd med kommissionen) i de fall en prioriterad livsmiljö utgör mer än 5 % av det nationella territoriet.

Områden utanför Natura 2000, särskilt de livsmiljöer som anses vara viktiga enligt art- och habitatdirektivet (listade i bilaga 1), anses vara viktiga områden för att säkerställa livsmiljöers och arters bevarandestatus på lång sikt.<sup>272</sup> Områdena utanför nätverket bidrar framförallt till att förbättra nätverkets konnektivitet, d.v.s. arters möjlighet att förflytta och sprida sig. Om viktiga livsmiljöer utsätts för störande aktiviteter kan det påverka livsmiljön och dess arter. Enligt artikel 10 i art- och habitatdirektivet ska medlemsstaterna, om *nödvändigt*, sträva efter att göra Natura 2000 mer ekologiskt sammanhängande. Artikeln utgör dock ingen rättslig skyldighet för medlemsstaterna att göra nätverket mer sammanhängande.<sup>273</sup>

Utsjöbankarna i Östersjön består av listade livsmiljöer, d.v.s. de livsmiljöer som finns listade i art- och habitatdirektivets bilaga 1. Sublittoral sandbank (1110) och rev (1170) är vanliga livsmiljöer i Östersjön. Dessutom skyddas dessa områden för bl.a. arten tumlare och alfågel. Alla sandbankar är dock inte utpekade som Natura 2000-områden. Frågan huruvida dessa listade livsmiljöer eller habitat för skyddade arter borde vara utpekade eller inte är en viktig fråga. EU-domstolen fastslog att Republiken Frankrike underlätit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 4.1 fågeldirektivet, dels genom att inte utpeka ett område som SSO, dels genom att inte vidta tillräckliga särskilda åtgärder för bevarande av området. EU-domstolen ansåg att eftersom området uppfyllde kriterierna för att klassificeras som SSO, men ändå inte var utpekad av medlemsstaten, borde särskilda bevarandeåtgärder ha vidtagits enligt artikel 6.2, 6.3 och 6.4 i art- och habitatdirektivet.<sup>274</sup> I ett annat mål har EU-domstolen fastslagit att vad avser prioriterade livsmiljöer eller prioriterade arter som omfattas av art- och habitatdirektivet ska medlemsstaterna vidta sådana skyddsåtgärder som är ägnad att tillvarata det ekologiska intresse som dessa områden har på nationell nivå. Det kan således konstateras att områden som borde vara utpekade till Natura 2000, men ännu inte är det, både vad gäller fåglar och prioriterade livsmiljöer eller prioriterade arter, således har ett relativt starkt skydd enligt ovan nämnda praxis.

EU-kommissionen har bedömt att Sveriges nuvarande nätverk är otillräckligt för vissa livsmiljöer och arter, särskilt vad gäller akvatiska livsmiljöer. De arter som nämns är bl.a. gråsäl (*Halichoerus grypus*) och tumlare (*Phocoena phocoena*).<sup>275</sup> Utpekandet av Natura 2000-områden för tumlare är därför inte ännu tillräckligt

<sup>272</sup> Europeiska kommissionen (2010) Grön infrastruktur, s. 1 f. Se även Nyström S. A. och Christiernsson, A. et al. (2020) Grön infrastruktur i havet – landskapsperspektiv i förvaltningen av Sveriges marina områden, Naturvårdsverkets rapport 6930.

<sup>273</sup> Se förslag i Nyström S. A. och Christiernsson, A. et al. (2020) Grön infrastruktur i havet – landskapsperspektiv i förvaltningen av Sveriges marina områden, Naturvårdsverkets rapport 6930.

<sup>274</sup> C-374/98, Kommissionen v. France, *Basses Corbier*

<sup>275</sup> C(2020) 2503 final av den 14 maj 2020, Bilaga 1.

enligt Kommissionen. Kommissionen uttalar även att Sveriges klassificering av SPA-områden inom sitt territorium inte är tillräcklig i antal och storlek, särskilt vad avser områden som är viktiga övervintringsplatser för alfågel (*Clangula hyemalis*).<sup>276</sup> Kommissionen anser följaktligen att Sverige har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 4.1 och 4.2 i fågeldirektivet genom att inte klassificera de mest lämpade områdena i fråga om antal och storlek i sina marina vatten som SPA-områden. Som ett belysande exempel lyfter kommissionen fram att Södra Midsjöbanken IBA (SE067)<sup>277</sup> borde ha utpekats i sin helhet och inte bara avseende 29,80 % av den geografiska ytan. Kommissionen anser att just detta område hör till de mest lämpade för bevarandet av alfågel och att Sverige borde ha klassificerat detta IBA-område som SPA-område. Den svenska regeringen har uttryckt att de har för avsikt att åtgärda de påpekande bristerna framöver.<sup>278</sup>

Således kan konstateras att eftersom kommissionen inte anser att Sverige utpekat tillräckligt många Natura 2000-områden i Östersjön för arterna tumlare och alfågel tyder det på att många av de livsmiljöer som är listade i art- och habitatdirektivet, särskilt för arten tumlare, och de områden som anses vara viktiga livsmiljöer för arten alfågel enligt fågeldirektivet (särskilt Södra Midsjöbanken), ska erhålla ett starkare skydd i den bemärkelsen som klargörs i den EU-rättsliga praxisen.

### 8.2.3 När kan Natura-2000 tillstånd ges?

Om ett Natura 2000-tillstånd krävs, kan projektet endast tillåtas om området inte påverkas på sådant sätt som regleras i 7 kap. 28 b MB.<sup>279</sup> Mer precist kan Natura 2000-tillstånd endast lämnas enligt 7 kap. 28 b § MB om verksamheten ensam eller tillsammans med andra pågående eller planerade verksamheter inte (1) kan skada livsmiljön (eller de livsmiljöer) som avses att skyddas eller (2) medför att den art/de arter som avses att skyddas utsätts för en störning som på ett betydande sätt kan försvåra bevarandet i området av arten/arterna. Enligt förarbetena ska ”kan skada” innebära att om livsmiljön skulle komma att försämrats ”rent fysiskt” kan tillstånd ej lämnas enligt bestämmelsen. Vad avser bedömningen om vad som avses med en försämring måste utgå med utgångspunkt i att området upprätthåller en gynnsam bevarandestatus för den art/de arter som är typiska för livsmiljön. En försämring kan således förutses om den yta som omfattas av livsmiljön minskar eller om viss nödvändig ”fysisk struktur eller funktion som livsmiljön har” skadas.<sup>280</sup>

---

<sup>276</sup> De svenska övervakningsdata från International Waterbirds Census visar att Hoburgs Bank, Norra Midsjöbanken och Södra Midsjöbanken är viktiga områden för populationen, inte bara i de svenska delarna av Östersjön utan även i Östersjön som helhet: Nilsson, L. (2012) Distribution and numbers of wintering sea ducks in Swedish offshore waters. *Ornis Svecica* 22: s. 39–59; och Nilsson L (2016) Changes in Numbers and distribution of wintering Long-tailed ducks *Clangula hyemalis* in Swedish waters during the last fifty years; samt Haas F, Nilsson L (2018) Inventeringar av rastande och övervintrande sjöfåglar, och gäss i Sverige. Årsrapport för 2017/18. Nationell Miljöövervakning på uppdrag av Naturvårdsverket. Lund. Länk: [https://www.fageltaxering.lu.se/sites/default/files/files/Rapporter/inventeringsjofaglargass2017\\_18.pdf](https://www.fageltaxering.lu.se/sites/default/files/files/Rapporter/inventeringsjofaglargass2017_18.pdf)

Se även: Larsson K (2018) Sjöfåglars utnyttjande av havsområden runt Gotland och Öland: betydelsen av marint områdesskydd, Rapport 2018:2.

<sup>277</sup> IBA: ”important bird and biodiversity area”.

<sup>278</sup> Regeringens promemoria, Svar på formell underrättelse om fullgörandet av skyldigheter enligt artiklarna 3.2 och 4.1 i direktiv 92/43/EEG om bevarande av livsmiljöer samt vilda djur och växter samt artikel 4.1 och 4.2 i direktiv 2009/147/EG om bevarande av vilda fåglar, s. 1–15.

<sup>279</sup> Se även artikel 6 (3) art- och habitatdirektivet. Natura 2000-tillstånd har beviljats för vindkraft till havs vid Kriegers flak av Länsstyrelsen i Skånes läns beslut den 15 mars 2021, Dnr 521-406-2019. Huruvida en korrekt bedömning gjorts i beslutet kan dock ifrågasättas då de kumulativa effekterna tillsynes inte beaktades.

<sup>280</sup> Prop. 2000/01:111 69, *Skyddet för vissa djur- och växtarter och deras livsmiljöer*, s. 68.

Verksamheten får inte heller ”störa” enligt punkt 2. Störningen avser störning av de skyddade arterna i området och inte de fysiska omständigheterna. Störningen måste också vara ”betydande”. Enligt förarbetena är störningens intensitet, varaktighet och frekvens viktiga faktorer i bedömningen. Bedömningen måste göras med utgångspunkt i syftet att upprätthålla en gynnsam bevarandestatus för den berörda arten. Om störningen har långsiktig negativ effekt på populationen i området kan det betraktas som en betydande störning. Om artens naturliga utbredningsområde minskar till följd av verksamheten kan också ses som en sådan störning.<sup>281</sup>

Ett Natura 2000-tillstånd nekades för vindparken vid *Finngrundet*.<sup>282</sup> Livsmiljön (sublittoral sandbankar och rev) ansågs i Finngrundet inte störas av etableringen men arten alfågel, som är en typisk art för naturtypen, ansågs ta skada. Domstolen bedömde utifrån Naturvårdsverkets vägledning (NV-04493-11) samt bevarandeplanen, att alfågeln var en typisk art för sandbankarna i området. Trots att Finngrundet-Östra Banken låg i utkanten av utbredningsområdet för alfågeln och att en fågelexpert uttalat att verksamheten inte skulle resultera i några negativa effekter på populationsnivå, ansåg MMD att arten skulle påverkas på ett otillåtet sätt. Det hade betydelse för MMD:s dom att arten var rödlistad och att vindparken skulle leda till att alfågeln skulle undvika området. MMD ansåg att eftersom alfågeln potentiellt skulle undvika vindparksområdet skulle artens utbredningsområde minska, vilket i sin tur skulle innebära påverkan på artens bevarandestatus. Domstolen ansåg att de argument som fågelexperten angett, vilka var att det inte var många individer som skulle påverkas fysiskt och att verken skulle ha en avhållande effekt, inte kunde tillmätas någon betydelse utifrån regelns utformning. Enligt lagtexten ska tillstånd vägras redan om livsmiljöerna *kan skadas*, vilket tyder på att en generös riskbedömning ska göras.<sup>283</sup> Vad gäller skyddet av de skyddsvärda arter som ligger till grund för utpekandet enligt bestämmelsen i 7 kap. 28 b p. 2 MB, ska bedömningen ske med utgångspunkt i syftet att upprätthålla en gynnsam bevarandestatus för arter som är typiska för området. En försämring kan förutses om *ytan* av arternas livsmiljö minskar eller om livsmiljön annars skadas med allvarliga konsekvenser för arterna. Vad som är tillåten påverkan på livsmiljön varierar därför beroende på vilka arter som skyddas. I Finngrundet ansåg MMD att livsmiljön skadades redan på den grunden att livsmiljön minskade i omfattning.<sup>284</sup>

I *Wadenzee* fastslogs att om tillstånd ska kunna ges för en aktivitet som riskerar att påverka området, förutsätter det att det enligt de behöriga myndigheternas övertygelse inte finns något *rimligt tvivel* beträffande frånvaron av en sådan påverkan på området.<sup>285</sup> EU-domstolen uttrycker sig enligt följande:

*”De behöriga nationella myndigheterna skall därmed... godkänna denna verksamhet först efter att ha försäkrat sig om att det berörda området inte kommer att ta skada av den. Så är fallet när det ur ett vetenskapligt perspektiv inte föreligger några rimliga tvivel om att verksamheten inte kan ha en skadlig inverkan...”*<sup>286</sup>

<sup>281</sup> Ibid, s. 69.

<sup>282</sup> Mark- och miljödomstolens vid Nacka tingsrätt dom den 17 september 2013 i mål nr M 3905-12.

<sup>283</sup> 7 kap 28 b § MB.

<sup>284</sup> *Finngrundet*, se Mark- och miljödomstolens vid Nacka tingsrätt dom den 17 september 2013 i mål nr M 3905-12. Närmare beskrivet nedan.

<sup>285</sup> EU-domstolens dom den 7 september 2004 i mål nr C 127/02, *Wadenzee*.

<sup>286</sup> Ibid, p. 59



Eftersom vetenskapligt underlag för att täcka alla frågor, och att forskningsresultat ofta lämnar utrymme för tolkningar, kan det vara svårt för myndigheter att bedöma att det inte finns något *rimligt vetenskapligt tvivel* om projekts påverkan på ett Natura 2000-område.<sup>287</sup> Ett Natura 2000-tillstånd torde därför vara svårt att erhålla om området riskerar att påverkas i den bemärkelsen som avses i 7 kap. 28 b MB.

Vad som faktiskt påverkar området på sådant sätt som stadgas i 7 kap. 28 b har inte ofta avgjorts i svensk praxis.<sup>288</sup> I EU-rättslig praxis har detta dock förtydligats. I *Sweetman*<sup>289</sup> fastställde domstolen i sin dom att artikel 6.3 måste tolkas så att:

*”... planer eller projekt... skadar detta områdes integritet, om de kan förhindra bibehållande på lång sikt av det berörda områdets grundläggande särdrag, vilka har samband med förekomsten av en prioriterad livsmiljö, vars bevarande har motiverat att området upptogs på listan över områden av gemenskapsintresse, i den mening som avses i detta direktiv. Vid denna bedömning ska försiktighetsprincipen tillämpas.”*<sup>290</sup>

Närmare bestämt fastställde domstolen vad det betyder ”att inte skada ett områdes integritet i egenskap av livsmiljö”:

*”Att inte skada ett områdes integritet i egenskap av livsmiljö, i den mening som avses i artikel 6.3 andra meningen i livsmiljödirektivet, betyder således att bibehålla en gynnsam bevarandestatus inom detta område. Detta förutsätter ... ett bibehållande på lång sikt av områdets grundläggande särdrag, vilka har samband med den livsmiljötyp vars bevarande har motiverat att detta område har angetts vara av gemenskapsintresse, i den mening som avses i direktivet.”*<sup>291</sup>

Detta innebär att om projektet påverkar de *konstituerande egenskaperna hos den naturliga livsmiljön* (som avgörs när ett område utses) är det en påverkan som inte är accepterad. Inom Natura 2000-områden måste MS ta lämpliga bevarandeåtgärder för att upprätthålla och återställa livsmiljöer och arter för vilka platsen har utsetts till en gynnsam bevarandestatus (artikel 6.1) och undvika skadliga aktiviteter som kan störa dessa arter, på ett betydande sätt, eller försämrar livsmiljöerna för de skyddade arterna eller livsmiljötyperna (artikel 6.2).

Vad som menas med *gynnsam bevarandestatus* är svårtolkat. I förordningen om områdesskydd beskrivs dock begreppet.<sup>292</sup> Kommissionen föreslår i sin vägledning, som refererar till artikel 1 (i), att gynnsam bevarandestatus är när arten upprätthåller sig i sin livsmiljö på lång sikt (artens population minskas ej). När det gäller en habitattyp uppnås en gynnsam bevarandestatus när livsmiljöns område är stabilt eller ökar och den specifika struktur och funktion som är nödvändig för dess långsiktiga underhåll finns i nuläget och kommer att finnas inom en över-

<sup>287</sup> Se Mark- och miljööverdomstolens dom den 30 juni 2018 i mål nr P 5567-17. I detta avgörande ansåg dock MÖD att bygglovet inte skulle påverka det närliggande Natura 2000 området på grund av att den sökande visat att det var geologiskt omöjligt att bygglovet skulle innebära en påverkan på Natura 2000 området.

<sup>288</sup> Se dock MÖD 2003:100, MÖD 2004:68 och MÖD 2012:34.

<sup>289</sup> EU-domstolens dom den 11 april 2013 i mål nr C-258/11 *Sweetman*.

<sup>290</sup> *Ibid*, p. 48.

<sup>291</sup> *Ibid*, p. 39.

<sup>292</sup> Se 16 § förordningen om områdesskydd.

skådlig framtid samt att de typiska arterna i området upprätthåller en gynnsam bevarandestatus.<sup>293</sup>

## 8.2.4 Vindkraft till havs i behov av Natura 2000-tillstånd

Vindparken *Kriegers flak* i södra Östersjön, söder om Trelleborg, består av separata projekt där etableringen befinner sig inom den tyska, danska och svenska ekonomiska zonen. Den del av vindparken som ligger på den svenska sidan är fortfarande inte byggd och en ansökan om ändring av befintligt tillstånd handläggs nu hos regeringen.<sup>294</sup> Tillstånd för anläggningen gavs ursprungligen 2006 och förlängd genomförandetid har tidigare beviljats en gång.<sup>295</sup> Efter att ansökan först initierades har ett Natura 2000-område (Sydvästskånes utsjövatten) utpekats. Eftersom en rättslig prövning sker utifrån omständigheterna vid prövningstillfället så krävdes nu ett Natura 2000-tillstånd, utöver det tillstånd som regeringen handlägger.<sup>296</sup> Natura 2000-området överlappar delvis, och angränsar till, vindkraftsområdet. Området skyddas främst p.g.a. förekomst av tumlare.<sup>297</sup>

Länsstyrelsen i Skåne beviljade Natura 2000-tillstånd i beslut den 15 mars 2021<sup>298</sup> vilket inte överklagades. Tillståndet beviljades med omfattande villkor. Bland annat föreskrevs villkor för undervattensbuller,<sup>299</sup> att skrämseleknikerna skulle anpassas till tumlaren<sup>300</sup> och att etableringsfasen skulle tidsbegränsas.<sup>301</sup> Birdlife anförde i tillståndsprocessen att den kumulativa negativa effekten på arten alfågel sannolikt kommer att förstärkas om den svenska parken uppförs då arten redan är påverkade av de befintliga vindkraftparkerna på Kriegers flak. Länsstyrelsen ansåg dock att påverkan på alfågeln inte hindrade tillstånd inom den aktuella delen av Natura 2000-området, som inte låg på ett område på grundare vatten än 30 meter inom Natura 2000-området.<sup>302</sup> Länsstyrelsen resonerade inte i beslutet kring en eventuell kumulativ påverkan på det berörda Natura 2000-området. Med beaktande av att Kriegers Flak har angränsande vindparker i både Danmark och Tyskland hade det varit önskvärt att den kumulativa effekten tydligare beskrivits i beslutsmotiveringen för att tydliggöra att den påverkan som sker från andra aktiviteter hade beaktats vid bedömningen om Natura 2000-tillstånd kunde beviljas enligt 7 kap. 28 b § MB.

---

<sup>293</sup> Artikel 1(e) art- och habitatdirektivet. Se nedan för en närmare analys av hur man ska fastställa artens bevarande status.

<sup>294</sup> Pågående ärende hos regeringen, ärendenummer: M2018/02437/Me.

<sup>295</sup> Se regeringens beslut den 29 juni 2006, M 2004/4159/F/M och regeringens beslut den 18 december 2014, M 2012/2276/Me.

<sup>296</sup> <https://group.vattenfall.com/se/var-verksamhet/vindprojekt/kriegers-flak/ansokan-om-andringstillstand>

<sup>297</sup> Länsstyrelsens utpekande den 13 juni 2016, dnr 511-1208-14.

<sup>298</sup> Länsstyrelsen i Skånes beslut den 15 mars 2021, Dnr 521-416-2019.

<sup>299</sup> Ibid, villkor 3, vilket föreskrev bl.a. att undervattensbuller inte får överstiga värdena enkel puls SEL 131 dB tumlare viktat\* re 1µPa2s och enkel puls SEL 144 dB säl viktat\* re 1µPa2s på ett avstånd av 750 m från ljudkällan.

<sup>300</sup> Ibid, villkor 4.

<sup>301</sup> Ibid, villkor 6–8. Tidsbegränsningar avsåg anläggningsarbeten (1 april–31 maj), pålningsarbeten (1 nov–31 mars) och inom Natura 2000-området får ej installation av turbiner ske 1 jan–31 mars. Undersökningar inför anläggandet av vindparken får endast ske under perioden 1 nov–31 maj. Det finns också villkor om varaktigheten av ”ramp up” perioden om 30 minuter (villkor 5) och en begränsning i tid avseende hur länge pålning kan pågå per dag (6 h) i villkor 6. Därutöver avser villkor 9 inrättande av kontrollprogram och villkor 1 att verken inte får placeras inom en radie av 50 meter från naturtypen rev (1170).

<sup>302</sup> Länsstyrelsen i Skånes beslut den 15 mars 2021, Dnr 521-416-2019, s 14.

Vattenfall planerar även att etablera en vindpark på *Stora Middelgrund*.<sup>303</sup> Vattenfall köpte nyligen parken men dess etablering är beroende av ett Natura 2000-tillstånd. Tidigare ägare hade initierat en Natura 2000-process, men ansökan avvisades då MMD ansåg att miljökonsekvensbeskrivningen var bristfällig.<sup>304</sup> En ny ansökan har nu lämnats in till länsstyrelsen.<sup>305</sup> I vindkraftsärendet vid *Södra Midsjöbanken* har regeringen ännu inte meddelat tillstånd för att bedriva vindkraft inom den ekonomiska zonen. I det ärendet har regeringen i handläggningen bett sökande att komplettera med ett Natura 2000-tillstånd.

*Finngrundet* visar att det är svårt att få ett Natura 2000-tillstånd om det har identifierats att ett sådant tillstånd krävs. Särskilt eftersom redan minskning av livsmiljö (till ytan) är en sådan indikation som innebär att den skyddade artens bevarandestatus försämras. Frågan är ännu inte avgjord av MÖD vad gäller havsbaserad vindkraft och Natura 2000. Länsstyrelsen beviljade dock Natura 2000-tillstånd till etableringen på *Kriegers Flak*, även om det var samma typ av livsmiljö och i princip samma arter som var aktuella. Den närmare lokaliseringen kan här ha varit avgörande. Även om alfågeln fanns i området var lokaliseringen av vindkraftverken inte lokaliserade på grundare vatten än 30 meter inom området, varför alfågeln inte bedömdes påverkas negativt. I länsstyrelsens beslut var det framförallt tumlaren som riskerades att påverkas negativt. Det kan dock ifrågasättas om de kumulativa aspekterna beaktades i Länsstyrelsens beslut och om utgången i så fall varit annorlunda.

## 8.2.5 Möjligheten att erhålla tillstånd trots påverkan på Natura 2000-området?

### 8.2.5.1 INLEDNING

Om inte tillstånd kan ges enligt 7 kap. 28 b kan tillstånd ändå ges under vissa förutsättningar som stadgas i 7 kap. 29 § MB (6.4 i art- och habitatdirektivet), vilket förutsätter att det inte finns några *alternativa lösningar* samt att vindparken ses som ett *väsentligt allmänintresse* och att *kompenserande* åtgärder vidtas.<sup>306</sup>

### 8.2.5.2 ALTERNATIVA LÖSNINGAR

Om undantagsbestämmelsen ska tillämpas krävs tillåtelse av regeringen enligt 7 kap. 29 § MB. Länsstyrelsen eller domstolen överlämnar då ärendet med ett yttrande till regeringen och meddelar, efter regeringens tillåtelse, ett tillstånd i dom. En förutsättning för att undantagsbestämmelserna ska bli tillämpliga är dock att det inte finns några alternativa lösningar.<sup>307</sup> Det gäller både alternativa lokaliseringar och alternativa utformningar av verksamheten (t.ex. produktionsform/

---

<sup>303</sup> I det tidigare avgörandet från regeringen ansågs inte parken påverka Natura 2000 området varför ett Natura 2000-tillstånd inte krävdes, se regeringens beslut M2006/2007/F/M. Vid ändringstillstånd har det dock uppmärksamats att Natura 2000-tillstånd krävs.

<sup>304</sup> Mark- och miljödomstolens vid Vänersborg tingsrätt dom den 9 mars 2018 i mål nr M 1195-17

<sup>305</sup> Vattenfall skickade in en ny ansökan den 31 mars 2021, Pågående ärende hos Länsstyrelsen i Hallands län, ärendenummer 3406-21.

<sup>306</sup> 7 kap. 29 § MB.

<sup>307</sup> Se artikel 16 i art- och habitatdirektivet, artikel 9 i fågeldirektivet samt artikel 4(5)-(7) i RVD.

teknikval).<sup>308</sup> Utöver alternativa lokaliseringar ska verksamhetsutövaren i teorin även visa att det inte finns några alternativa sätt att uppnå syftet med verksamheten, d.v.s. när det gäller havsbaserad vindkraft producera förnybar elektricitet i samma omfattning.<sup>309</sup> EU-kommissionen uttrycker i sin vägledning att vid bedömningen om huruvida det finns alternativa lösningar får inte ekonomiska kriterier ses som överordnade ekologiska kriterier.<sup>310</sup> Vid havsbaserad vindkraft torde det ofta finnas alternativa lokaliseringar/utformningar/teknikval som inte påverkar Natura 2000-områden på ett otillåtet sätt varför tillstånd kan nekas redan på den grunden.

### 8.2.5.3 VÄSENTLIGT ALLMÄNINTRESSE

Förutsatt att det inte finns några alternativa lösningar ska verksamheten också ha ett väsentligt allmänintresse. Frågan är om havsbaserad vindkraft måste ”genomföras av tvingande orsaker som har ett väsentligt allmänintresse”?<sup>311</sup> Av den begränsade praxisen på området finns inte mycket vägledning att hämta när det gäller tolkningen av vad som är ett sådant intresse. EU-kommissionens yttranden över sådana projekt som MS har anmält till kommissionen finns tillgängliga men de ger ingen direkt definition av vad väsentligt allmänintresse innebär. Av EU-kommissionens yttranden kan det endast utläsas att det krävs att det är en viktig verksamhet som ger ett väsentligt allmänintresse, t.ex. stora infrastrukturprojekt som motorvägar, tåginfrastruktur eller elledningar som sträcker sig över nationella gränser, s.k. *projects of common interests*.<sup>312</sup> Frågan är om storskalig vindkraftsproduktion kan vara av sådant intresse, mot bakgrund av rådande klimatförändringar och elbrist. EU-domstolen har inte tidigare uttalat att en enskild vindpark kan vara av den digniteten, men verkligheten förändras och så gör beslutsfattandet.<sup>313</sup>

### 8.2.5.4 KOMPENSERANDE ÅTGÄRDER

Ett sista steg i bedömningen är huruvida det är möjligt att kompensera för de förlorade miljövärdena på så sätt att ”syftet med att skydda det berörda området ändå kan tillgodoses”.<sup>314</sup> Det är alltså en bedömning som ska göras först *efter* att man konstaterat att det inte finns några *möjliga alternativ* och att verksamheten måste genomföras p.g.a. *väsentligt allmänintresse*.

*Kompenserande åtgärder* är inte att förväxla med *försiktighetsmått*. När länsstyrelsen eller domstolen bedömer om Natura 2000-tillstånd kan meddelas, och under vilka villkor ett sådant tillstånd kan meddelas har vidtagna eller planerade försiktighetsmått en betydelse. Det är alltså inte möjligt att *kompensera* på förhand,

---

<sup>308</sup> EU-domstolen har dock uttryckt att visa alternativa lösningar är en förutsättning för att undantagsbestämmelsen ska kunna tillämpas, se C-239/04, Kommissionen v. Portugal, para. 24.

<sup>309</sup> Det här ser man sällan i domstolsavgöranden men är ett kriterium som har potential att leda till mer hållbara energisystem, se Malafry M (2016) Biodiversity Protection in an Aspiring Carbon-Neutral Society: A Legal Study on the Relationship between Renewable Energy and Biodiversity in a European Union Context, s. 274–275.

<sup>310</sup> EU-kommissionen (2007) Guidance Document on Article 6 (4) of the Habitats Directive, s 7.

<sup>311</sup> 7 kap. 29 §, p. 2 MB.

<sup>312</sup> Förordning (EU) nr 347/2013 av den 17 april 2013 om riktlinjer för transeuropeiska energiinfrastrukturer och om upphävande av beslut nr 1364/2006/EG och om ändring av förordningarna (EG) nr 713/2009, (EG) nr 714/2009 och (EG) nr 715/2009

<sup>313</sup> EU-domstolen har dock uttalat att ett vattenkraftverk skulle kunna vara ett sånt intresse inom ramen för undantagsbestämmelserna från RVD, se C-346/14, *Schwarze Sulm*.

<sup>314</sup> 7 kap 29 §, p. 3 MB.

för att undvika tillståndsplikt. Den omständigheten kan utläsas direkt av lagtexten, men har även förtydligats av EU-domstolen.<sup>315</sup> Frågan är också om det är *möjligt* att kompensera för tumlarens minskade levnadsmiljö eller för förlust av livsmiljö för den övervintrande alfågeln från ett ekologiskt perspektiv. Om t.ex. sandbankarna används till vindkraft är det svårt att hitta någon yta att kompensera på, då området är i havet.

## 8.2.6 Diskussion

Ett problem är att områden utpekade som riksintressen för vindbruk till havs inte har exkluderat områden som samtidigt är Natura 2000.<sup>316</sup> Detta kan ge verksamhetsutövaren en felaktig bild av var det är lämpligt att faktiskt bygga vindkraft. Som redogjordes för ovan kan det vara svårt att erhålla ett Natura 2000-tillstånd eller i vart fall tidskrävande då tiden för tillståndsprocessen förlängs. Ett sådant tillstånd krävs i de flesta fall för att verksamheten ska få bedrivas, om vindparken ska lokaliseras i eller i nära anslutning till ett Natura 2000-område.<sup>317</sup>

Än så länge finns det två avgörande i frågan. Ett från MMD – *Finngrundet* – där tillstånd inte gavs<sup>318</sup> och ett beslut av länsstyrelsen där tillstånd beviljades angående *Kriegers Flak*. Länsstyrelsens beslut överklagades inte och är därför ej prövat av högre instans. Det kan dock ifrågasättas om länsstyrelsen gjort en korrekt bedömning mot bakgrund av bestämmelsen i 7 kap. 28 b MB då det inte är transparent om de kumulativa effekterna beaktades i beslutsfattandet.<sup>319</sup> Det är fortfarande tveksamt om de kommande Natura 2000-prövningarna nu kommer att beviljas. Dels beror det på *var* verken är lokaliserade i förhållande till Natura 2000-området samt vindparkens utformning, omfattning och teknikval, dels av vilken anledning området är skyddat, för att bedöma om Natura 2000-tillstånd kan meddelas eller ej. Det är dessutom inte sannolikt att tillstånd kan ges mot bakgrund av undantagsbestämmelserna då en vindpark kan anses kunna lokaliseras på annan plats, svårigen kan anses som ett projekt som är av väsentligt allmänintresse och förlusten av livsmiljö torde vara svår att kompensera ute till havs (om det t.ex. rör sig om habitatförlust på sandbank).

## 8.3 Artskyddet och havsbaserad vindkraft

### 8.3.1 Inledning

Artskyddet är en viktig fråga vid etablering av havsbaserad vindkraft, både inom svenskt territorium och i den ekonomiska zonen.<sup>320</sup> Vad gäller etablering av

<sup>315</sup> Se EU-domstolens dom C-521/12, T.C. *Briels and Others v. minister van Infrastructuur en Milieu*.

<sup>316</sup> Energimyndigheten (2013) Riksintresse vindbruk 2013, 16 december 2013.

<sup>317</sup> Även Naturvårdsverket är av denna uppfattning, se Naturvårdsverket (2011) Möjligheter till Vindkraftsetablering i Natura 2000-områden, Rapport 6473, s. 28.

<sup>318</sup> *Finngrundet*, se Mark- och miljödomstolens vid Nacka tingsrätt dom den 17 september 2013 i mål nr M 3905-12.

<sup>319</sup> Visserligen kan länsstyrelsen ha beaktat den kumulativa påverkan men inte uttryckt hur de resonerat i sitt beslut. Eftersom lagtexten uttryckligen kräver en sådan bedömning hade en motivering utifrån bestämmelsens lydelse varit önskvärd.

<sup>320</sup> Se Artskyddsförordning (2007:845), Art- och habitatdirektivet (direktiv 92/43/EEG), Fågeldirektivet (direktiv 2009/147/EG) och EU-kommissionen (2007), Vägledning om strikt skydd för djurarter av intresse för gemenskapen i enlighet med rådets direktiv 92/43/EEG om bevarande av livsmiljöer. Se även C-6/04 om tillämpning av art- och habitatdirektivet i den ekonomiska zonen.

havsbaserad vindkraft kan dess tillämpning dock vara mer otydlig än t.ex. när ett Natura-2000 tillstånd krävs. Att bedöma när artskyddet blir aktuellt är inte lika förutsägbart som att ett Natura 2000-tillstånd krävs om etableringen är nära ett Natura 2000-område. MÖD har konstaterat att artskyddsförordningen är en precisering av 2 kap. MB varför artskyddsbestämmelserna blir aktuella i den individuella prövningen.<sup>321</sup> Om det finns en indikation på att det är en lämplig livsmiljö för en skyddsvärd art eller att arten har syns till i området, innebär det att verksamhetsutövaren nog måste undersöka hur och om arten vistas i området och iakttas försiktighetsmått i syftet att undvika att verksamheten påverkar arten på ett sätt som är förbjudet enligt artskyddsförordningen (2007:845).<sup>322</sup>

Artskyddet regleras i artikel 12 EU:s art- och habitatdirektiv för alla listade arter och specifikt för alla vilda fåglar i artikel 5 i EU:s fågeldirektiv. De artiklarna är implementerade i svensk rätt i 4 § artskyddsförordningen (både vad gäller arter skyddade genom fågeldirektivet och art- och habitatdirektivet). I 4 § artskyddsförordningen, framgår att det är, vad gäller vissa skyddade arter, förbjudet att t.ex. avsiktligt döda och störa djur, särskilt under djurens parnings-, uppfödning-, övervintrings- och flyttperioder.<sup>323</sup> Det är även förbjudet att skada eller förstöra djurens fortplantningsområden eller viloplatser, oavsett avsikt.<sup>324</sup> Denna bestämmelse innebär att försiktighet bör iakttas vid etablering av vindkraft för att undvika att förbuden i artskyddsförordningen träder in, om det är någon av de skyddsvärda arterna i omgivningen.<sup>325</sup>

Alla vilda fåglar är skyddade enligt artskyddsförordningen, vilket innebär att om en viss fågelart riskerar att påverkas av vindparken så måste erforderliga åtgärder vidtas. När det gäller sjöfågel är bankerna viktiga övervintringsplatser för arterna. Bankerna är också platser med gynnsamma förutsättningar för etablering av vindkraft. Sjöfågel riskerar inte primärt att kollidera med vindkraftverken, utan störs främst genom att de undviker platser där vindkraft finns.<sup>326</sup> Detta innebär att om vindparken är lokaliserad nära, eller i, en viktig livsmiljö, en övervintringsplats eller ett födosöksområde, riskerar arten att störas.

Tidigare har enligt svensk praxis artskyddsförbuden aktualiseras först om artens populationsstatus har påverkats av verksamheten i de fall den primära avsikten inte har varit att döda eller störa arten. EU-domstolen har nu klarlagt att de arter som är listade och skyddade i artikel 12 art- och habitatdirektivet skyddas oberoende av artens bevarandestatus.<sup>327</sup> Nedan redogörs för artskyddets betydelse i EU-direktiven och sedan hur bestämmelserna numer ska tolkas enligt EU-domstolen.

---

<sup>321</sup> MÖD 2013:13.

<sup>322</sup> Förtydligades även i EU-domstolens avgörande i de förenade målen C-473/19 och C-474/19 *Skydda skogen*.

<sup>323</sup> 4 §, p. 1 och 2 artskyddsförordningen.

<sup>324</sup> 4 § p. 4 artskyddsförordningen.

<sup>325</sup> Se Bilaga 1 artskyddsförordningen. De arter som är markerade med ett N eller n omfattas av skyddet samt alla vilda fåglar.

<sup>326</sup> Se resonemang i Mark- och miljödomstolen vid Nacka tingsrätts dom den 17 september 2013 i mål nr M 3905-12 och <https://birdlife.se/fokus-pa-alfageln-visste-du-att/>

<sup>327</sup> Se EU-domstolens avgörande i de förenade målen C-473/19 och C-474/19 *Skydda skogen*, punkt. 66. För en analys av domen, se Darpo, J. (2021), *Soppa eller soppor i skogen – Om EU-rätten och artskyddet i skogsbruket – Del 1*. InfoTorg Juridik-Rättsbanken, 2021-04-07.

### 8.3.2 Artskyddet enligt EU-rätten

Artskyddet regleras primärt i EU direktiv, närmare bestämt i artikel 12 art- och habitatdirektivet respektive artikel 5 fågeldirektivet. Bestämmelserna är liknande men skiljer sig ändå åt på vissa punkter som kommer att redogöras för nedan.

Artikel 12 i art- och habitatdirektivet omfattar ett *strikt* skyddssystem för vissa listade arter enligt bilaga 4 art- och habitatdirektivet. Det är förbjudet att *avsiktligen* döda eller störa dessa listade arter, särskilt under viktiga perioder för arten, t.ex. parnings- och övervintringsperioder.<sup>328</sup> Det är dessutom förbjudet att avsiktligen förstöra eller samla in ägg i naturen och oavsett avsikt är det förbjudet att skada eller förstöra parnings- eller rastplatser för dessa listade arter.

Motsvarigheten i fågeldirektivet finns stadgat i artikel 5. Där framgår det indirekt att *alla* vilda fåglar som förekommer inom medlemsstaternas territorium är skyddade.<sup>329</sup> Medlemsstaterna är skyldiga att inrätta ett *generellt* skyddssystem för dessa arter. Notera att här skiljer sig fågeldirektivet från art- och habitatdirektivet. Enligt art- och habitatdirektivet ska ett *strikt* skyddssystem inrättas för listade arter medan i fågeldirektivet handlar det om ett *generellt* skyddssystem som omfattar alla vilda fågelarter. Därutöver är jakt under vissa förutsättningar undantaget från fågeldirektivet.<sup>330</sup> I likhet med art- och habitatdirektivet är det förbjudet att *avsiktligt* döda arterna. Det är dessutom förbjudet att avsiktligt störa vilda fåglar under förutsättning att störningen ”inte saknar betydelse för att uppnå syftet” med direktivet.<sup>331</sup> Därutöver krävs det avsikt för att förbudet ska träda in om arternas bon och ägg skadas.<sup>332</sup> Det krävs däremot ingen avsikt för att omfattas av förbudet vid insamling av ägg i naturen.<sup>333</sup> Det är också förbjudet att förvara fåglar av sådana arter som inte får jagas eller fångas.<sup>334</sup> Men det är främst begreppet ”störa” som blir aktuellt vid vindkraft till havs om det inte handlar om fåglar som kolliderar och ”dödas” av turbinerna.

Direktivens lydelse skiljer sig alltså delvis åt men i Sverige har förbuden från båda direktiven implementerats i § 4 artskyddsförordningen.<sup>335</sup> Nedan kommer EU-domstolens avgörande *Skydda Skogen* att redogöras för i syfte att bringa klarhet i hur direktiven ska tolkas, särskilt artikel 12 i art- och habitatdirektivet.

### 8.3.3 Artskyddets omfattning

Hur långtgående artskyddet är har nyligen tydliggjorts av EU-domstolen.<sup>336</sup> Domstolen utgår främst från artikel 12 art- och habitatdirektivet i sitt avgörande. Hur fågeldirektivet ska tolkas utifrån domen är dock mer otydligt. Domstolen betonar att vid tolkning av en unionsbestämmelse måste inte bara dess lydelse beaktas, ”utan också sammanhanget och de mål som eftersträvas med de föreskrifter som bestämmelsen ingår i”.

<sup>328</sup> Se artikel 12 a och b art- och habitatdirektivet.

<sup>329</sup> Artikel 5 hänvisar till artikel 1 fågeldirektivet där det framgår.

<sup>330</sup> Se artikel 7 fågeldirektivet.

<sup>331</sup> Se artikel 5 a och d fågeldirektivet.

<sup>332</sup> Se artikel 5 b fågeldirektivet

<sup>333</sup> Se artikel 5 c fågeldirektivet.

<sup>334</sup> Se artikel 5 e fågeldirektivet

<sup>335</sup> För en närmare redogörelse av artskyddet och vindkraft, se Darpö J, Lindahl H (2015) Vindkraft, fåglar och brister i höjden. Om artskyddet vid prövningen av vindkraftverk – analys, del II. JP Miljönet, 8 oktober 2015.

<sup>336</sup> Se de förenade målen C-473/19 och C-474/19 *Skydda skogen*.

Eftersom syftet med fågeldirektivet är att införa ett *generellt* skyddssystem för de fågelarter som avses i artikel 1 fågeldirektivet, d.v.s., ”bevarandet av samtliga fågelarter som naturligt förekommer inom medlemsstaternas europeiska territorium på vilket fördraget tillämpas”,<sup>337</sup> krävs enligt EU-domstolen att medlemsstaterna införa ett heltäckande och effektivt regelverk, i syfte att säkerställa att förbuden i artikel 5 efterlevs.<sup>338</sup>

Vad gäller arter skyddade enligt artikel 12 art- och habitatdirektivet är domstolen tydligare. Domstolen uttalar att förbuden i artikel 12.1 a–c är oberoende av den faktiska risken för att artens bevarandestatus påverkas,<sup>339</sup> och oavsett om arten uppnått gynnsam bevarandestatus.<sup>340</sup> EU-domstolen menar däremot att artens bevarandestatus är relevant vid tillämpningen av artikel 16 i art- och habitatdirektivet, d.v.s. huruvida undantag kan medges från artikel 12 art- och habitatdirektivet.<sup>341</sup>

Eftersom Sveriges implementering av art- och habitatdirektivet även inkluderar implementering av fågeldirektivet finns det oklarheter i hur fåglar nu ska hanteras inom ramen för artskyddsförordningens lydelse. Då fågeldirektivet syftar till att etablera ett *generellt skyddssystem* och art- och habitatdirektivet ett *strikt skyddssystem* för enbart listade arter kan tillämpningen skilja sig. Generaladvokat Kokott argumenterar utifrån denna skillnad att det utökade avsiktsbegreppet, d.v.s. att det räcker med ett *medvetet risktagande*, endast kan tillämpas på sådana fågelarter som är sällsynta eller starkt hotade och att förbuden i artikel 5 därför endast ska träda i kraft om nödvändigt för att säkerställa att målet med artikel 2 fågeldirektivet nås.<sup>342</sup> Kokotts yttrande är inget annat än en rättsvetenskaplig tolkning av direktiven och har således inget betydande rättskällevärde, men med beaktande av att EU-domstolen betonar att bestämmelserna måste tolkas i ljuset av dess *ordalydelse* och *i det sammanhang* bestämmelsen förekommer, kan hennes yttrande ändå förefalla relevant för tolkningen av fågeldirektivet. Mot bakgrund av detta torde fåglar ha ett starkt skydd kopplat till fågeldirektivets *lydelse* och *sammanhang*, d.v.s. inte lika starkt som de arter som är listade i art- och habitatdirektivet, men ändå erhålla ett relativt starkt skydd, särskilt kopplat till de fågelarter som är sällsynta eller starkt hotade. Men rättsläget är oklart när det gäller räckvidden av artikel 5 i fågeldirektivet då EU-domstolen delvis duckade för den frågan.

### 8.3.4 Vad betyder *avsiktligt* döda eller störa?

Huruvida uppförande av en vindpark innebär ett avsiktligt dödande har varit föremål för både svensk och EU-rättslig praxis och hänvisats till i kommissionens

<sup>337</sup> Se artikel 1.1 fågeldirektivet och de förenade målen C-473/19 och C-474/19 *Skydda skogen*, punkterna 33–34.

<sup>338</sup> EU-domstolen uttalar även att medlemsstaterna har andra skyldigheter enligt fågeldirektivet, bl. a. att vidta nödvändiga åtgärder för arten enligt artikel 2 och att bevara och återställa tillräckligt varierande och stora livsmiljöer för samtliga fågelarter som nämns i artikel 1 fågeldirektivet enligt artikel 3. Se de förenade målen C-473/19 och C-474/19 *Skydda skogen*, punkterna 40 och 41. Se även C-44/95, *Royal Society for the Protection of Birds*, punkt 3.

<sup>339</sup> *Ibid*, punkt 56.

<sup>340</sup> *Ibid*, punkt 65.

<sup>341</sup> *Ibid*, punkt 58.

<sup>342</sup> Förslag till avgörande av generaladvokat Juliane Kokott föredraget den 10 september 2020 i C473/19 och C-474/19, *Skydda skogen*.



vägledning.<sup>343</sup> EU-domstolen har i flertal avgöranden bedömt vad som menas med ”avsiktligt”.<sup>344</sup> I C-221/04 uttalade domstolen att för ett avsiktligt dödande krävs att:

”... personen i fråga har velat fånga eller döda ett exemplar av en skyddad djurart, eller åtminstone godtagit risken för en sådan fångst eller ett sådant dödande.”<sup>345</sup>

Detta avgörande har i senare praxis hänvisats till vad gäller hur avsiktsbegreppet ska tolkas enligt art- och habitatdirektivet.<sup>346</sup> Slutsats kan därför dras att det endast krävs ett *medvetet risktagande* för att avsiktsbegreppet ska anses vara uppfyllt. I de flesta länder som jämförs i en komparativ studie krävs avsiktlighet, förutom i Tyskland där det istället är en högre tröskel för att förbudet ska träda i kraft. Det krävs nämligen att det föreligger en ”signifikant ökning av risken” att döda arten, jämfört med normal dödlighet av arten.<sup>347</sup> Vidare har Tyskland och Nederländerna en tolkning som skiljer sig från de andra länderna då förbudet gäller för varje enskild art och inte sett till populationen av arten.<sup>348</sup> Nu efter EU-domstolens avgörande i *Skydda Skogen*, får det dock anses klarlagt att det endast krävs ett medvetet risktagande för att avsiktsbegreppet ska vara uppfyllt i art- och habitatdirektivets mening. Risken för att en art kommer att dödas av en verksamhet är inte alltid lätt att bedöma och det krävs en riskbedömning i det enskilda fallet. Det är också svårt att definiera vad ”störa” innebär och när det förbudet träder in. Nedan redogörs för begreppet.

### 8.3.5 Vad betyder störa?

”Störa” är inte definierat i varken EU-direktiven eller artskyddsförordningen, men viss vägledning finns i EU-kommissionens handledningsdokument om artikel 12.<sup>349</sup> Där anges att en störning kan vara t.ex. i form av ljus eller buller, även om störningen inte direkt påverkar arten men indirekt (t.ex. att fladdermöss behöver mer energi för att fly och således påverkar artens sannolikhet för överlevnad under vinterhalvåret). Intensitet, varaktighet och frekvens är omständigheter som ska

---

<sup>343</sup> EU-kommissionen (2007), Guidance document on the strict protection of animal species of Community interest under the Habitats Directive 92/43/EEC, Brussels 2007, p. 36. Se exempelvis MÖD 2014:47 och MÖD 2014:48. Utgången i dessa mål var dock diskuterade i doktrinen, se Fröberg, M., and Ekdahl, H. (2015), JP Miljönet, 23 januari 2015; Darpö J, Lindahl H (2015) JP Miljönet, 8 oktober 2015; Fröberg, M. (2015), JP Miljönet, 9 November 2015; and Michanek, G. (2016), Bertil Bengtsson 90 år, s. 375–389. I MÖD 2015:3 klargjorde dock MÖD att en etablering av en skidanläggning kunde ses som ett avsiktligt agerande (medvetet risktagande) med hänsyn till anläggningens påverkan på kungsörn. Frågan i målet var visserligen om dispens, vilket inte heller ansågs kunna meddelas.

<sup>344</sup> C-103/00 (Commission vs. Greece) och C-221/04 (Commission vs. Spain) ECJ 20 January 2002, C-103/00, Commission vs. Greece, ofta refererad som Zakyntos or Caretta Caretta case. ECJ 18 May 2006, Commission v Spain, Case C-221/04, often referred to as the Castilla y León or Lutra Lutra case. Diskuteras även i EU-domstolens avgörande i de förenade målen C-473/19 och C-474/19 *Skydda skogen*, där domstolen uttalar att: ”Domstolen har slagit fast att för att kravet på avsiktlighet i artikel 12.1 a i livsmiljödirektivet ska anses vara uppfyllt krävs det att personen i fråga har velat fånga eller döda ett exemplar av en skyddad djurart, eller åtminstone godtagit risken för en sådan fångst eller ett sådant dödande”, punkt 51.

<sup>345</sup> C-221/04, punkt 71.

<sup>346</sup> Se de förenade målen C-473/19 och C-474/19, punkt 51.

<sup>347</sup> Backes C, Ackerboom S (2018) Renewable energy projects and species protection. A comparison into the application of the EU species protection regulation with respect to renewable energy projects in the Netherlands, United Kingdom, Belgium, Denmark and Germany. Utrecht Centre for Water, Ocean and Sustainability Law, 28 May 2018, s. 24.

<sup>348</sup> Ibid, s. 26. Stämmer således mer överens med EU-domstolens uttalande i de förenade målen C-473/19 och C-474/19 *Skydda skogen*, där det betonas att artens bevarandestatus inte har betydelse för skyddet.

<sup>349</sup> EU-kommissionen (2007), Vägledning om strikt skydd för djurarter av intresse för gemenskapen i enlighet med rådets direktiv 92/43/EEG om bevarande av livsmiljöer.

beaktas vid en bedömning av en störnings påverkan.<sup>350</sup> DT-Bird, en typ av övervakningssystem som kan vara kopplat till varningsljud, har därför ansetts vara en försiktighetsåtgärd som inte kan accepteras med hänsyn till att systemet kan leda till en utestängningseffekt från viktiga födosöksområden och eftersom effektiviteten av DT-Bird ännu inte är styrkt.<sup>351</sup> Regeringen har ansett att pingers (som används för att skrämja bort tumlare vid anläggningsfas) inte bör användas på grund av att de bedöms ge upphov till störning.<sup>352</sup>

Hur en störning påverkar kan i allra högsta grad skilja sig åt mellan arter. Känsligheten för störning kan också variera med årstid, tid på dygnet och temperatur. Särskilt tidpunkter för fortplantning, uppfödning, vinterdvala eller flytt lyfts ofta fram som särskilt viktiga att ta hänsyn till.<sup>353</sup> En störning som påverkar artens chanser till överlevnad, reproduktion eller utbredning är otillåten.<sup>354</sup> Arten tumlare riskerar att påverkas beteendemässigt om en verksamhet genererar höga ljudvolymmer, om de uppehåller sig i närheten av en anläggningsplats för vindkraft och s.k. monopilefundament används. Sådan ljudexponering kan även ge upphov till permanenta skador hos arten.<sup>355</sup>

### 8.3.6 Möjligheten till dispens från artskyddsbestämmelserna

Undantagsbestämmelserna finns i artikel 9 fågeldirektivet och art. 16 i art- och habitat-direktivet. Dessa undantagsbestämmelser är inte identiska men ändå implementerade i samma svenska bestämmelse, 14 § artskyddsförordningen. De dispensgrunder som stadgas i 14 § artskyddsförordningen, som kan bli aktuella vid etablering av vindkraft, är liknande de som stadgas i 7 kap. 29 MB. Dispens kan ges från artskyddet om det inte finns någon annan lämplig lösning (1), om dispensen inte försvårar upprätthållandet av en gynnsam bevarandestatus hos artens bestånd i dess naturliga utbredningsområde (2), och om dispensen behövs av hänsyn till allmän hälsa och säkerhet eller av andra tvingande skäl som har ett allt överskuggande allmänintresse (3 c).

Art- och habitatdirektivet och fågeldirektivet har en liknande lydelse men det kan noteras att i fågeldirektiv anges dock inte ”tvingande orsaker som har ett väsentligt allmänintresse”, som en grund för att undantagsregeln ska bli tillämplig, till skillnad mot lydelsen i art- och habitatdirektivet och den svenska bestämmelsen. Detta innebär i teorin att undantag från artskyddet kan meddelas som inte är befogade enligt fågeldirektivet, när det gäller t.ex. stora vindkraftsprojekt.<sup>356</sup> En annan skillnad är att i art- och habitatdirektivet krävs utöver att det inte finns några lämpliga alternativ, att:

*”... undantaget inte försvårar upprätthållandet av en gynnsam bevarandestatus hos bestånden av de berörda arterna i deras naturliga utbredningsområde...”*<sup>357</sup>

<sup>350</sup> Ibid, s. 26–29.

<sup>351</sup> Mark- och miljödomstolen vid Växjö tingsrätts dom den 18 november 2016 i mål nr M 2728-15, s. 49.

<sup>352</sup> Regeringens beslut den 19 juni 2019 i ärendenummer N 2017/06309/BI, s. 13.

<sup>353</sup> Art och habitatdirektivet (92/43/EEG) Artikel 12 (1)(b).

<sup>354</sup> Naturvårdsverkets handbok 2009:2, s. 22.

<sup>355</sup> Se Rapportens kapitel 9.2.

<sup>356</sup> Strider dock mot EU-rätten och en sådan dispens torde inte beviljas av domstol.

<sup>357</sup> Se artikel 16, 1 st. art- och habitatdirektivet.

EU-kommissionen har i sin vägledning konstaterat att om ett undantag sannolikt kommer att ha en betydande negativ effekt på den berörda populationen, i dag eller i framtiden, eller om arten påverkas på en biogeografisk nivå i en medlemsstat, bör den behöriga myndigheten inte tillåta åtgärden eller verksamheten.<sup>358</sup> Därutöver måste undantaget vara motiverat av ” tvingande orsaker som har ett väsentligt allmänintresse”.<sup>359</sup>

Undantagsbestämmelserna från artskyddet har inte heller använts i många andra länder inom EU. Undantag har dock beviljats i Nederländerna.<sup>360</sup> I Nederländerna är art 16, 1 c mest frekvent tillämpad, d.v.s. att det rör sig om ett väsentligt allmänintresse (främst med hänsyn till fladdermöss). Avseende fåglar har det ansetts vara ”av hänsyn till allmän hälsa och säkerhet” etc. De argument som har accepterats är då att hållbara energiprojekt (t.ex. vindkraft) bidrar till att minska klimatförändringarna och därför hjälper till att skydda flora och fauna, varför de indirekt uppfyller de nämnda kriterierna.<sup>361</sup>

När det gäller artskydd är inte försiktighetsmått och kompensationsåtgärder lika distingerade som när det handlar om Natura 2000, där EU-domstolen klargjort att kompenserade åtgärder inte är något som kan göras för att undvika att arten/habitatet påverkas. När det gäller artskyddet, specifikt i den del som stadgas i artikel 12.1. d har Kommissionen i sin vägledning angett att:

*“Försiktighetsmått syftar till att minimera eller till och med hindra den negativa effekten av en aktivitet genom en rad förebyggande åtgärder. De kan emellertid också gå utöver detta och inkludera åtgärder som aktivt förbättrar eller förvaltar en viss parningplats/viloplats så att den inte – när som helst – lider av nedsatt eller förlorad ekologisk funktionalitet”.*<sup>362</sup>

Det finns dock ingen EU-praxis som bekräftar kommissionens tolkning ovan. Det kan ifrågasätta om detta synsätt kan utläsas från artikel 12 art. art- och habitatdirektivets ordalydelse.

I Nederländerna ses kompenserande åtgärder som försiktighetsmått när det gäller artskydd, så länge åtgärderna minskar påverkan på arten. I Storbritannien görs inte heller en tydlig åtskillnad mellan åtgärderna, däremot i Danmark så görs en tydligare skillnad.<sup>363</sup> Det är dock oklart huruvida denna tolkning är accepterad av EU-domstolen varför rättsläget får anses vara oklart.

---

<sup>358</sup> EU-kommissionen (2007), Guidance document on the strict protection of animal species of Community interest under the Habitats Directive 92/43/EEC, Brussels 2007, p. 62.

<sup>359</sup> Se artikel 16 (1)(c). art- och habitatdirektivet.

<sup>360</sup> Backes C, Ackerboom S (2018) Renewable energy projects and species protection. A comparison into the application of the EU species protection regulation with respect to renewable energy projects in the Netherlands, United Kingdom, Belgium, Denmark and Germany. Utrecht Centre for Water, Ocean and Sustainability Law, 28 May 2018, s. 28.

<sup>361</sup> Ibid, s. 27.

<sup>362</sup> EU-kommissionen (2007), Guidance document on the strict protection of animal species of Community interest under the Habitats Directive 92/43/EEC, Brussels 2007, s. 47 ff.

<sup>363</sup> Backes C, Ackerboom S (2018) Renewable energy projects and species protection. A comparison into the application of the EU species protection regulation with respect to renewable energy projects in the Netherlands, United Kingdom, Belgium, Denmark and Germany. Utrecht Centre for Water, Ocean and Sustainability Law, 28 May 2018, s. 40.

### 8.3.7 Diskussion

Artskyddsbestämmelserna i art- och habitatdirektivet och fågeldirektivet utgör potentiella hinder mot etablering av havsbaserad vindkraft. Som reglerna är utformade och hur de tillämpats i EU-rättslig praxis, blir det svårt för prövningsmyndigheten att ge tillstånd för havsbaserad vindkraft om förbuden i artskyddet träder in. Det är däremot oklart när dessa förbud träder in vad avser alla fågelarter. Vad gäller tumlaren innebär inte EU-domstolens avgörande *Skydda Skogen* så stora förändringar då arten även tidigare ansetts skyddad på individnivå enligt svensk praxis.

Det är mycket som talar för att tillämpning av undantagsbestämmelsen inte är ett realistiskt alternativ i flertalet medlemsstater i EU. Även om undantagsbestämmelsen har använts i den nederländska kontexten så betyder det inte att det är tillämbart i andra länder med andra förutsättningar. Sverige, till skillnad från Nederländerna, har en mycket lång kust vilket öppnar för fler alternativa platser. I nästa avsnitt redogörs för hur artskyddet hanterats i svensk praxis, i synnerhet hur det i rättstillämpningen har föreskrivits försiktighetsmått i syfte att undvika att artskyddet träder in så att verksamheten kan tillåtas.

# 9. Hur påverkan på arter bedömts i rättstillämpningen

## 9.1 Inledning

Centralt i beslutsprocessen, när vindparkers miljöpåverkan bedöms, är var de ska byggas, i vilken omfattning och vilken teknisk utformning parken har. Antalet vindkraftverk kan reduceras, och positionen eller parkens lokalisering kan ändras, för att undvika påverkan på skyddsvärda arter. Verksamhetsutövaren ska alltid välja den mest lämpliga lokaliseringen ur miljösynpunkt enligt 2 kap. 6 § MB. Det är dock sällan som byggandet en vindpark hindrats utifrån enkom artskyddet. I de flesta fall har prövningsmyndigheter föreskrivit villkor för tillståndet som innebär att parken inte kommer i konflikt med förbuden i artskyddsförordningen. Nedan följer en redogörelse för de villkor som svensk domstol föreskrivit i förhållande till ett urval av arter som kan påverkas av etableringen av havsbaserad vindkraft.

## 9.2 Tumlare

Tumlare är en tandval med stor spridning runt jordens norra halvklot. I Sverige förekommer den i Skagerack, Kattegatt och södra Östersjön. Enligt Artdatabankens listning är den livskraftig i Skagerack och Kattegatt.<sup>364</sup> Populationen i Östersjön är listad som akut hotad<sup>365</sup> med ca 500 individer även om viss ökning har noterats under den gångna tioårsperioden.<sup>366</sup> Det största hotet mot tumlare är bifångster, dvs att tumlare oavsiktligt fångas i fisket.<sup>367</sup>

Tumlare anses vara en indikatorart för undervattensbuller eftersom arten har mycket bra hörsel.<sup>368</sup> Tumlare påverkas olika under de olika faserna av ett vindkraftsprojekt till havs, från eventuella seismiska undersökningar till konstruktion, driftsfas och avveckling. Störande ljud kan ge upphov till beteendereaktioner hos tumlare

---

<sup>364</sup> Se <https://artfakta.se/naturvard/taxon/phocoena-phocoena-100106>

<sup>365</sup> Se <https://artfakta.se/naturvard/taxon/phocoena-phocoena-baltic-population--232475>

<sup>366</sup> Owen K, Sköld M, Carlström J (2020) An increase in detection rates of the critically endangered Baltic Proper harbor porpoise in Swedish waters in recent years. *Conservation Science and Practice* 2021: e468.

<sup>367</sup> Havs- och vattenmyndigheten (2021) Åtgärdsprogram för tumlare, *Phocoena phocoena* (Linnaeus, 1758). Rapport 2021:11.

<sup>368</sup> Bergström L, Kautsky L, Malm T, Ohlsson H, Wahlberg M, Rosenberg R, Åstrand N (2012) Vindkraftens effekter på marint liv – En syntesrapport, Rapport 6488, s.9. Se även Amundin, Mats, delfinforskare på Kolmården, "Vindkraft hotar Östersjöns tumlare", 24 januari 2019. Det finns inte många studier där driftsbuller är mätt kopplat till tumlarens hörselkurva men enligt experter finns det i vart fall en studie. I den studien mättes buller vid tre parker (0,45–2 MW, dvs väldigt små verk) i svenska och danska vatten och skattar att bullret är hörbart för tumlare inom 70 m (för sälar upp till flera km). Se Tougaard J, Henriksen OD, Miller LA. (2009) Underwater noise from three types of offshore wind turbines: Estimation of impact zones for harbor porpoises and harbor seals. *The Journal of the Acoustical Society of America*. 2009 Jun;125(6):3766-73.

och vid mycket höga ljudnivåer kan det orsaka fysisk skada.<sup>369</sup> Det har visat sig i studier att tumlare kan bli bortskrämda flera kilometer från byggnadsplatsen för vindkraftverk under anläggningsfasen av monopile-fundament.<sup>370</sup> Situationen har dock förbättrats givet utvecklingen vad gäller skyddsåtgärder. Det finns emellertid också studier som visar att havsbaserad vindkraft, efter att den byggts, har ökat närvaron av tumlare på grund av bättre tillgång till mat och eventuellt som ett resultat av att fisket och sjötrafiken minskat i området.<sup>371</sup>

Arten skyddas både genom det generella artskyddet och genom Natura 2000-bestämmelserna, då den ingår både i bilaga 2 och 4 i art- och habitatdirektivet. EU-domstolen har fastslagit att det är en art för vilken Natura 2000-områden måste utses i tillräcklig omfattning.<sup>372</sup> Om detta inte sker åsidosätter staten sina skyldigheter enligt artikel 3.2 i art- och habitatdirektivet genom att inte ”bidra till bildandet av Natura 2000 i en utsträckning som står i proportion till omfattningen på dess territorium av habitat för denna art.” EU-kommissionen har riktat kritik mot Sverige för att inte säkerställa skyddet för tumlare, främst med beaktande av fisket, men också för att Sverige inte utsett Natura 2000-områden i tillräcklig omfattning för arten.<sup>373</sup>

I målet *Kattegatt II* från MÖD tog domstolen ställning till om tumlare skulle påverkas av en vindkraftsetablering.<sup>374</sup> Domstolen bedömde mer specifikt hur etableringen av en vindpark med monopiles och fackverksfundament (jacket fundament) skulle påverka arten. Den specifika frågan var om etableringen av vindparken kunde ske utan att arten påverkades på ett sådant sätt som är otillåtet enligt artskyddsförordningen.<sup>375</sup> MÖD uppmärksammade att arten tumlare angavs som sårbar (VU) enligt både Artdatabanken<sup>376</sup> och HELCOM:s rödlista och hade inte tillräcklig bevarandestatus enligt art- och habitatdirektivet. Arten omfattades av både det generella artskyddet samt Natura 2000-området Stora Middelgrund och Röde Bank samt Lilla Middelgrund (som ligger ca 20 km från platsen). Dessutom fanns det ett viktigt uppehållsområde för köns mogna honor 10 km ifrån den potentiella lokaliseringen.

Domstolen konstaterade att etableringen av vindkraft riskerade att påverka arten beteendemässigt, främst som en följd av det ljud som genereras under anläggandet av vindkraftverk när monopile-fundament pålas ner i botten. MÖD bedömde här att påverkan på individnivå kunde inverka på artens populationsstatus och var således tillräcklig för att förbudet enligt 4 § artskyddsförordningen skulle träda in. MÖD ansåg alltså att varje enskild tumlare var skyddad.<sup>377</sup> Domstolen hänvisade till en tysk studie vad gäller skydd av tumlare från ljudexponering vid anläggandet av havsbaserade vindkraftverk i Nordsjön. Tyska myndigheter hade fastställt ett

---

<sup>369</sup> Bergström L, Kautsky L, Malm T, Ohlsson H, Wahlberg M, Rosenberg R, Åstrand N (2012) Vindkraftens effekter på marint liv – En syntesrapport, Rapport 6488, s. 58.

<sup>370</sup> Ibid.

<sup>371</sup> Scheidat MJ, Tougaard S, Brasseur J, Carstensen T, van Polanen Petel J, Teilmann, Reijnders P (2011) Harbour porpoises (*Phocoena phocoena*) and wind farms: a case study in the Dutch North Sea, Environmental Research Letters 6: 025102.

<sup>372</sup> EU-domstolens dom (sjätte avdelningen) av den 18 oktober 2018 i mål nr C-669/16.

<sup>373</sup> Se Europeiska kommissionen (2020), 2020/2207 C(2020) 2503 final av den 14 maj 2020.

<sup>374</sup> Mark- och miljööverdomstolens dom den 8 december 2015 i mål nr M 6960-14.

<sup>375</sup> Ibid.

<sup>376</sup> I dag anses den vara livskraftig utom i Östersjön, se: <https://artfakta.se/naturvard/taxon/phocoena-phocoena-100106>

<sup>377</sup> Ibid, s. 51.

dubbelt gränsvärde för bullernivåer (det som uppnås först ska tillämpas) som innebär att beteendeförändring inte får ske längre bort än 8 km från pålningen.<sup>378</sup> Utöver bullervärden föreskrevs även att bolaget måste vidta åtgärder för att få individer att undvika området, genom att använda s.k. pingers, som skrämmer bort tumlare, samt att verksamhetsutövaren skulle använda sig av metoden ”ramp-up” (d.v.s. en successiv ökning av undervattensljudet), vilket innebär att tumlarna får en chans att röra sig från verksamhetsområdet innan ljudet från installationen når full styrka.<sup>379</sup> Havs- och vattenmyndigheten tillstyrkte ansökan med teknikneutralt gränsvärde för undervattensbuller och övriga försiktighetsmått samt krav på egenkontroll.

Vid en sammantagen bedömning, med iakttagande av de villkor som föreskrivits, ansåg MÖD att det inte förelåg någon risk för sådan störning eller annan påverkan på tumlare som anges i 4 § artskyddsförordningen. Domstolen ansåg dock att bullervärdet, som föreslogs utformas som ett riktvärde, i stället skulle utformas som ett gränsvärde, då dess innehållande ansågs vara en förutsättning för att tillstånd skulle kunna ges. Eftersom området för etablering av vindkraft var 20 km från närmaste Natura 2000-område, bedömdes inte verksamheten påverka det skyddade området och Natura 2000-tillstånd ansågs därför inte behövas. Domstolen gav tillstånd till vindparken med villkor avseende bullervärden,<sup>380</sup> försiktighetsmått och kontrollprogram. Det noterades att det fanns en viktig livsmiljö för tumlarna 10 km från platsen. Domstolen ansåg inte att parken skulle påverka platsen eftersom störningarna sträckte sig mindre än 10 km.<sup>381</sup>

I ett annat avgörande avseende vindparken *Taggen* diskuterade MMD försiktighetsmått relaterat till påverkan på tumlare. MMD föreskrev då villkor angående begränsning av anläggningstiden med hänsyn till tumlaren (och annat marint liv),<sup>382</sup> liksom de villkor som föreskrevs i *Kattegatt II*, avseende försiktighetsvillkor kopplat till torskens lekperiod. Sökanden klagade på dessa villkor då de ansåg att det var ett orimligt krav eftersom det inte fanns någon torsk i området,<sup>383</sup> och yrkade att MMD skulle ändra villkoret (villkor 17) så att pålning kunde ske under perioden 1 oktober t.o.m. 30 april om skyddsåtgärder iakttogs.<sup>384</sup> Bolaget ansåg att pålning kunde ske

<sup>378</sup> Ett värde på SEL 160 dB re 1 pPa s vid ett avstånd på 750 meter från ljudkällan innebär enligt det tyska konceptet att ljudet kommer att avta till nivåer under SEL 140 dB re 1 pPa s på ett avstånd av ca 8 kilometer från ljudkällan.

<sup>379</sup> Sådana sedvanliga skrämelmetoder, såsom pingers, fick inte användas vid den seismiska undersökningen vid Gotland och Skånes havsvindparker, se regeringens beslut den 19 juni 2019 i ärendenummer N 2017/06309/BI.

<sup>380</sup> Mark- och miljödomstolens dom den 8 december 2015 i mål nr M 6960-14. Mark- och miljööverdomstolen har funnit att bolaget visat att värdet SEL 160 dB re 1  $\mu$ Pa<sup>2</sup> s vid ett avstånd på 750 meter från verksamheten kan innehållas och att det innebär att ett värde på SEL 140 dB re 1  $\mu$ Pa<sup>2</sup> s kan innehållas 8 kilometer från verksamheten, s.61.

<sup>381</sup> Mark- och miljödomstolens dom den 8 december 2015 i mål nr M 6960-14. s.53.

<sup>382</sup> Se villkor 17 i Mark- och miljödomstolens, vid Växjö tingsrätt, dom den 30 augusti 2016 M 2757-15. ”Pålning får inte ske under perioden fr.o.m. första november t.o.m. sista februari. Vid pålning under oktober månad och under perioderna fr.o.m. 1 mars t.o.m. 30 april ska sådana skyddsåtgärder vidtas att undervattensljudet inte överstiger värdena SEL 160 dB re 1 $\mu$ Pa<sup>2</sup>s och SPL 190 dB re 1 $\mu$ Pa på ett avstånd av 750 m från ljudkällan. Vid överskridande av något av ovanstående värden ska omedelbara åtgärder vidtas för att minska pålningsljudet. Vid uppföljande mätning får värdena inte överskridas.” Villkor 18 föreskrev även andra försiktighetsvillkor: ”Inför pålningsarbeten ska akustiska skrämelmetoder i erforderlig omfattning, såsom skrämmer och pingers, användas. Vid pålning ska styrkan i hammarlagen successivt trappas upp, så kallad ramp-up.”

<sup>383</sup> Men området var ett potentiellt lekområde för skrubbskädda, se Mark- och miljödomstolen vid Växjö tingsrätts avgörande den 30 augusti 2016 i mål nr M 2757-15, s. 9. Domstolen noterar i sitt domskäl att bullervärdena även kunde gynna andra arter än tumlare ”Det bör noteras att begränsningarna också kan vara till nytta för andra organismer som störs av ljudet, särskilt arter som inte enkelt kan förflytta sig längre sträckor vid tillämpning av bortskrämningsmetoder med ökande ljudstyrka”, s. 29.

<sup>384</sup> Mark- och miljööverdomstolens avgörande den 17 november 2017 i mål nr M 8189- 19. Bolaget föreslog följande lydelse: ”Vid pålning under perioden 1 oktober t.o.m. 30 april ska sådana skyddsåtgärder vidtas att undervattensljudet inte överstiger värdena SEL 160 dB re 1 $\mu$ Pa<sup>2</sup>s och SPL 190 dB re 1 $\mu$ Pa på ett avstånd av 750 m från ljudkällan.”

under hela året med begränsad påverkan på tumlare, om föreslagna försiktighetsmått beaktades. Att förbjuda pålning under vintermånaderna menade de alltså vara orimligt enligt 2 kap. 7 § MB. Villkoret angav inga bullervärden under sommar-månaderna. En kontroll av hur många tumlare som befann sig i området skulle dock göras för att eventuellt senare föreskriva bullervillkor.<sup>385</sup> MÖD prövade dock inte dessa villkor då målet återförvisades till MMD.<sup>386</sup>

I ett avgörande från regeringen angående anläggande av naturgasledningar<sup>387</sup> – Nordstream 2 AG – var även påverkan på tumlare föremål för prövning.<sup>388</sup> Rörledningen skulle placeras som närmast 4 km respektive 5 km ifrån Natura 2000-områdena som var utpekade till skydd för tumlaren. Regeringen bedömde att arbetet med att lägga ut ledningen endast skulle påverka naturmiljön i begränsad omfattning.

Det finns även ett antal vindkraftsärenden till havs där Naturvårdsverket och Havs- och vattenmyndigheten har föreslagit villkor, för det fall tillstånd ska ges. När det gäller t.ex. vindparken på *Kriegers flak*, där regeringen ska besluta om förlängning och ändring av tillståndet att bygga i ekonomisk zon, yttrade sig Havs- och vattenmyndigheten i maj 2021 och angav att det numer finns förutsättningar för att meddela tillstånd inom den ekonomiska zonen förutsatt att de föreslagna villkoren justeras. Tidsrestriktioner med hänsyn till Östersjötumblaren och andra försiktighets- och skyddsåtgärder föreslogs med hänsyn till skydd av bälthavspopulationen. Havs- och vattenmyndigheten ansåg att de villkor som föreskrivits i Natura 2000-tillståndet angående undervattensbuller ska föreskrivas i tillståndet i den ekonomiska zonen.<sup>389</sup> Havs- och vattenmyndigheten förordade dock vissa ändringar och tillägg av villkor 11, 12 och 24. Bland annat föreslog myndigheten att skrämselmetoderna skulle anpassas till tumlaren och att ramp-up skulle tillämpas efter varje uppehåll i bankandet när monopile-fundament pålas ner i botten.<sup>390</sup>

I ett annat ärende hos regeringen, som avsåg en ansökan om tillstånd för seismiska undersökningar enligt lagen om kontinentalsockeln inom tre områden: Ölands, Skånes och Gotlands Havsvindparker, yttrade sig Naturvårdsverket också angående påverkan på arten tumlare. Naturvårdsverket ansåg att 2 kap. MB inte var uppfyllt varför tillstånd inte skulle kunna ges.<sup>391</sup> Naturvårdsverket menade att de undervattensljud som genereras vid undersökningar, av de slag som bolaget planerade att utföra, riskerade att skada tumlaren. Det gällde dels att ljudet kunde påverka beteendet hos tumlaren, dels att fysiska skador inte kunde uteslutas. Störningarna skulle således kunna påverka artens bevarandestatus i Östersjön. Naturvårdsverket ansåg att även sedvanliga skyddsåtgärder som pingers skulle undvikas då de skulle kunna stressa tumlare mer än nödvändigt.<sup>392</sup> Med den motiveringen ansåg Naturvårdsverket att kraven i 2 kap. MB inte var uppfyllda. Naturvårdsverket ansåg

<sup>385</sup> Se Mark- och miljödomstolen vid Växjö tingsrätts avgörande den 30 augusti 2016 i mål nr M 2757-15, s. 29.

<sup>386</sup> Mark- och miljööverdomstolens dom den 17 november 2017 i mål nr M 8189-16.

<sup>387</sup> Utgångspunkten enligt artikel 179 i FN:s havsrättskonvention är att alla stater har rätt att lägga rörledningar på en kuststats kontinentalsockel inom den ekonomiska zonen.

<sup>388</sup> Regeringens beslut den 7 juni 2018, N2016/55812/FÖF, s. 30.

<sup>389</sup> Se Havs- och vattenmyndighetens yttrande den 11 maj 2021, i regeringens ärendenr M2018/02437/Me, Dnr 2279-13 M2018/02437, s. 3. Se också beskrivning av Länsstyrelsen i Skånes beslut under rubrik 7.2.5.

<sup>390</sup> *Ibid*, s. 4.

<sup>391</sup> NV:s yttrande i regeringens ärendenr N2017/06309/FÖF, den 17 jan 2019, ärendenr: NV-08688-18.

<sup>392</sup> *Ibid*, s. 1. Se även NV:s yttrande, i regeringens ärendenr M2018/02437/Me (Kriegers flak), den 26 mars 2020, ärendenummer NV-01414-20, s. 5.



även att ett Natura 2000-tillstånd krävdes, då undersökningsområdena låg i nära angränsning till Natura 2000-områden, som dessutom var avsatta bl.a. för att skydda tumlare.<sup>393</sup> Områdena ansågs således vara mycket betydelsefulla för östersjöpopulationen. Naturvårdsverket poängterade att Hoburgs Bank och Midsjöbankarna utgör de viktigaste kärnområdena för östersjötummlaren. Naturvårdsverket ansåg också att bolagets försiktighetsåtgärder inte var tillräckliga då undersökningsåtgärderna riskerade att resultera i ett flyktbeteende vilket t.ex. skulle kunna innebära att hona och kalv separeras. Begränsning i tid ansåg Naturvårdsverket inte vara tillräckligt då områdena är känsliga alla tider på året.<sup>394</sup> Naturvårdsverket menade att försiktighetsprincipen borde få större genomslag givet att tummlaren är akut hotad i Östersjön. Regeringen beslutade att tillstånd endast kunde ges för de områden som avsåg Gotland och Skåne, men inte Öland. Beslutet förenades med ett antal begränsande villkor.<sup>395</sup> Regeringen beslutade också att pingers, som skrämmer bort tumlare, inte skulle användas.<sup>396</sup>

Det är svårt att dra alltför långtgående slutsatser från dessa ärenden och domar, speciellt då det handlar om pågående ärenden och *Taggen* ej prövats av MÖD. En iakttagelse av intresse när det gäller *Taggen* är att MMD lyft möjligheten att reglera tidsperioden för anläggningsarbeten för att skydda tumlare (och andra marina arter som potentiellt kunde påverkas). Detta skulle kunna visa att domstolen iakttagit försiktighetsprincipen, med hänsyn till att det ännu inte är klarlagt i vilken omfattning tummlaren påverkas av etablering av vindkraft.<sup>397</sup> Regeringen har inte heller tillåtit användandet av pingers, då de inte bedömts vara anpassade för tummlaren, vilket också betyder att arten inte får störas mer än nödvändigt.

## 9.3 Fåglar

Fåglar kan påverkas av vindparker då de skulle kunna utgöra hinder för sjöfåglar som uppehåller sig i området eller migrerande fåglar som passerar. Det finns också en potentiell risk att fåglar kan förolyckas om de blir träffade av rotorbladen. Hur fåglar påverkas kan bero på flera faktorer som t.ex. hur kustnära verken är, om de är lokaliserade inom ett viktigt flygsträck eller nära övervintrings- eller födosöksplatser. Noterbart är dock att ett flertal studier visar att fåglar har en god förmåga

---

<sup>393</sup> De Natura 2000-områden som omfattas är *Hoburgs bank och Midsjöbankarna* (SE0330308) (Ölands Havsvindpark ligger i området och Gotlands Havsvindpark gränsar till samma område) och *Sydvästskånes utsjövatten* (SE0430187) (Skånes havsvindpark gränsar mot området). Samtliga dessa områden är utpekade till skydd för bl.a. tummlaren. Området (Hoburgs Bank och Norra Midsjöbanken) är även s.k. MPA (Marine Protected Areas), enligt Helcomkonventionen.

<sup>394</sup> Här kan en skillnad utläsas i vilka begränsningsvillkor som är tillräckliga i olika delar av havet. I just det här området ansågs det inte finnas lämplig tid när anläggning kunde ske enligt naturvårdsverket medan regeringen ansåg att undersökning var möjlig avseende två av parkerna. I *Kattegatt II* ansågs det emellertid möjligt att anlägga vindkraftverken året runt med hänsyn till tummlaren, om visa försiktighetsmått iaktogs enligt MÖD. Det bör också ha betydelse i vilken del av havet vindparken anläggs då tummlaren är akut hotad i Östersjön men inte i Kattegatt.

<sup>395</sup> Regeringens beslut den 19 juni 2019 i ärendenummer N 2017/06309/BI, se för mer detaljerad beskrivning av regeringens beslut, kap. 5.3.6.

<sup>396</sup> Regeringens beslut den 19 juni 2019 i ärendenummer N 2017/06309/BI, s.13.

<sup>397</sup> Studie där tumlarnärvaron ökade, se Scheidat M, Tougaard J, Brasseur S, Carstensen J, van Polanen Petel T, Teilmann J, Reijnders P (2011) Harbour porpoises (*Phocoena phocoena*) and wind farms: a case study in the Dutch North Sea. *Environmental Research Letters* 22: 025102. Studie där tumlarnärvaron minskade, se Teilmann J, Carstensen J (2012) Negative long term effects on harbour porpoises from a large scale offshore wind farm in the Baltic—evidence of slow recovery. *Environmental Research Letters*. 2012 Dec 6;7(4):045101.

att undvika vindkraftverk och att det är högst begränsad andel som förolyckas samt att energikostnaden för att flyga förbi vindkraftverk kan vara låg jämfört med många andra utmaningar fåglar möter.<sup>398</sup>

Alla vilda fåglar är skyddade enligt artskyddsförordningen. En viktig utgångspunkt är att fastställa att artskyddsförordningen är en specifikation av de allmänna hänsynsreglerna i 2 kap. MB, som alltid ska tillämpas vid tillståndsprövningar enligt miljöbalken. En annan viktig utgångspunkt är att det är verksamhetsutövaren som har bevisbördan<sup>399</sup> och måste visa att det ej föreligger en beaktansvärd risk att en skyddsvärd art kan skadas. En tillräckligt bra utredning är en processförutsättning för att beslutande myndighet ska kunna bedöma om miljöbalkens krav är uppfyllda. Det är alltså en förutsättning att ansökan är underbyggd med en bra utredning.<sup>400</sup> Om det finns indikationer på att utredningen är bristfällig kan inte ansvarig myndighet besluta, eller en domstol döma, i frågan.<sup>401</sup>

Om vindkraftverk utgör en risk vad gäller kollision och undanträngning finns det anledning att undvika att bygga anläggningar i områden som kan vara viktiga för arten, t.ex. häcknings-, övervintringsplatser och migrationsträck. Hur fåglar påverkas varierar beroende på art och hur arten normalt betar sig.<sup>402</sup> Sjöfågel och sträckande fågel kan passera vindparker men kollisioner kan förekomma. Sjöfåglar kan också uppehålla sig i vissa områden till havs för födosök t.ex. vid utsjöbankar.

När det gäller rättsliga avgöranden avseende påverkan på fågel och vindkraft domineras de av domar om landbaserad vindkraft. I vissa avseenden torde den praxisen också kunna ha relevans till havs. Samtidigt finns det ekologiska skillnader. Det är betydligt fler fåglar på land och det är en större dynamik och variation i hur de rör sig. Dessutom är landskapet mer varierat på land än till havs.

Beroende på om området utgör ett viktigt habitat för en känslig fågelart, utgör ett flygsträck eller är ett kärnområde för arten, så kan domstolen göra olika bedömningar vad gäller skyddsavstånd. Domstolen hänvisar ofta till Vindvals rapport om *Vindkraftens påverkan på fåglar och fladdermöss*, där avstånd beskrivs som en viktig faktor.<sup>403</sup>

Om exploitören emellertid visar att det inte finns någon beaktansvärd risk för att arten påverkas av aktiviteten anses den inte vara i konflikt med artskyddsförordningen.<sup>404</sup> Om en beaktansvärd risk föreligger ska exploitören visa vilka försiktighetsmått som ska vidtas för att undvika påverkan. MÖD har konstaterat att utredningen i målet därför behöver innehålla tillräckligt med material för att

---

<sup>398</sup> Masden EA, Haydon DT, Fox AD, Furness RWM (2010) Barriers to movement: modelling energetic costs of avoiding marine wind farms amongst breeding seabirds. *Marine Pollution Bulletin* 60: 1085–1091 / Fox AD, Petersen IK (2019) Offshore wind farms and their effects on birds. *Dansk Ornitologisk Forenings Tidsskrift* 113: 86–101.

<sup>399</sup> 2 kap. 1 § MB.

<sup>400</sup> Se t.ex. Mark- och miljööverdomstolens dom den 16 april 2014 i mål nr M 7167-13 där domstolen ansåg att utredningen var för bristfällig för att ligga till grund för att bedöma om det var en lämplig lokalisering enligt 2 kap. 6 §. Se också Mark- och miljööverdomstolens avgörande den 12 oktober 2016 i mål nummer M 3668-16.

<sup>401</sup> Se dock Mark- och miljööverdomstolens dom den 22 december 2014 i mål nr M 2920-14, där domstolen ansåg att utredningen var tillräcklig. Samtidigt som de ansåg att fåglarna påverkades avsevärt mot bakgrund av tillgängligt material. Se även Miljödomstolen i Östersund slutligt Beslut den 13 september 2007 i mål nr M 61-07.

<sup>402</sup> Naturvårdsverket (2011) *Möjligheter till Vindkraftsetablering i Natura 2000-områden*, Rapport 6473, s. 22.

<sup>403</sup> Rydell J m.fl. (2017), *Vindkraftens påverkan på fåglar och fladdermöss*, Uppdaterad syntesrapport, Rapport 6740. Se t.ex. hänvisning i Mark- och miljööverdomstolens dom den 8 maj 2017 i mål nr M 5329-16. I det här fallet var det inget kärnområde för kungsörn varför 3 km från närmaste bo var accepterat.

<sup>404</sup> MÖD 2013:13. Se också Mark- och miljööverdomstolens dom den 29 mars 2016 i mål nr M 6039-15

underlätta en sådan bedömning.<sup>405</sup> Försiktighetsmått är svåra att föreskriva om vindparken riskerar att påverka en fågelart. Det krävs ofta en ändrad lokalisering för att undvika påverkan. Ibland kan domstolen även bevilja tillstånd för endast delar av ansökan. Det finns tekniska lösningar som t.ex. DT-Bird som avser att skrämman bort fåglar från rotorbladen. Dessa har dock ofta nekats som åtgärd då det finns oklarheter i om sådana anordningar är effektiva sätt att undvika fågelkollisioner.<sup>406</sup>

När det gäller kungsörn och havsörn finns det risker för kollision beroende på var vindparken lokaliseras i havet. Om vindkraftsparken ligger nära kusten torde kollisionrisken vara större för fågelarter som i huvudsak finns på land men söker föda i havet. Migrerande rovfåglar kan även attraheras av verken om de ligger längre ut i vattnet.<sup>407</sup> MÖD har i ett antal rättsfall accepterat ett avstånd på 3 km till närmaste bo för kungsörn.<sup>408</sup> Men domstolen anser också att nödvändigt skyddsavstånd mellan örnen bo och vindkraftverk borde vara flexibelt beroende på t.ex. områdets topografi och vad som är känt om örnen rörelsemönster, eller om området är ett kärnområde för kungsörn.<sup>409</sup> MÖD har bedömt att redan indikationer på att kungsörn tidigare har haft häckningsplatser i området innebär att lokaliseringen inte är lämplig enligt 2 kap. 6 § MB.<sup>410</sup> MÖD har också bedömt att om området utgör ett viktigt kärnområde är de exakta avstånden till bon mindre relevant utan hänsyn bör tas till att häckningsplatser kan variera över tid, att området har hög aktivitet av fåglar och till vindkraftverkens läge i förhållande till häckningsplatser och flygvägar.<sup>411</sup>

Utöver avstånd till fågelbon är frågor om hur verksamheten ska förhålla sig till migrationssträck och andra fågelsträck viktiga. Naturvårdsverket har föreslagit villkor i ärendet om *Kriegers Flak*, med ett bemyndigande till tillsynsmyndigheten att besluta om stoppreglering vid vissa tidpunkter om det anses nödvändigt på grund av flyttande rovfåglar eller andra flyttande fåglar.<sup>412</sup> Här kan de rekommendationer som Helcom tagit fram vara vägledande. Rekommendationen syftar till att säkerställa viktiga fågelhabitat och migrationsvägar i Östersjön från negativa effekter

---

<sup>405</sup> Se MÖD 2013:13, p.4 I det specifika fallet ansåg domstolen att utredningen var tillräcklig men avgörandet har blivit kritiserat.

<sup>406</sup> Mark- och miljödomstolen vid Växjö tingsrätts dom den 18 november 2016 i mål nr M 2728-15, s. 49. När det kommer till villkor vid koncession för elledningar, enligt ellagen, se dock, t.ex. Mark- och miljööverdomstolens dom den 13 april 2018 i mål nr M 4629 – 17 (där villkoret visserligen upphävdes p.g.a. annan orsak). Se också avgöranden från Mark- och miljödomstolen vid Nacka tingsrätts dom den 6 juli 2017 i mål nr M 2045-17 och M 2046-17, den 17 januari 2018 i mål nr M 2810-17 och den 12 november 2018 i mål nr M 6891-17.

<sup>407</sup> Naturvårdsverkets yttrande, i regeringens ärendenr M2018/02437/Me (Kriegers flak), den 26 mars 2020, ärendenummer NV-01414-20, s. 7.

<sup>408</sup> Se t.ex. Mark- och miljööverdomstolens beslut den 11 april 2013 i mål nr M 7865-12 och Mark- och miljööverdomstolens dom den 19 juni 2018 i mål nr M 6331-17. Domen föreskrev även villkor angående avstånd för anläggningsarbeten (1 km) och transporter (500 m) samt avstånd till spelplats för orre (1 km).

<sup>409</sup> Mark- och miljööverdomstolens dom den 3 april 2014 i mål nr M 2504-13.

<sup>410</sup> Se t.ex. Mark- och miljööverdomstolens dom den 3 april 2014 i mål nr M 2504-13. Där avslag MÖD ansökan mot bakgrund av att kungsörn skulle påverkas negativt. I området fanns fågelbon för kungsörn, men de var ej bebodda. Det var även studier som åberopades i målet som visade att kungsörn kunde drivas från platsen där vindkraftverken var lokaliserade samt att det fanns sträckande och spelflygande kungsörn i området. Området var dessutom eventuellt bebott av nattskärna och det fanns spelplatser för tjäder. Andra skyddsvärda fågelarter hade också observerats.

<sup>411</sup> Mark- och miljööverdomstolens dom den 18 maj 2018 i mål nr M 4319-17.

<sup>412</sup> Naturvårdsverkets yttrande, i regeringens ärendenr M2018/02437/Me (Kriegers flak), den 26 mars 2020, ärendenummer NV-01414-20, 7–8. Se även Naturvårdsverkets yttrande, i regeringens ärendenr M2018/02437/Me, den 12 maj 2021, ärendenr NV-01414-21, s. 3 och 6.

av vindkraft och vågkraft till havs.<sup>413</sup> En viktig fråga som lyfts fram är att banker och grunda kustområden är betydelsefulla habitat för många övervintrande sjöfåglar.<sup>414</sup>

Det finns ännu inte mycket praxis vad gäller sjöfågel. Det finns däremot ett antal pågående ärenden angående tillstånd att uppföra vindkraftverk inom den ekonomiska zonen, som specifikt berör alfågeln.<sup>415</sup> Naturvårdsverket har yttrat sig i bl.a. ärendet om vindparken på *Södra Midsjöbanken* och vindparken på *Kriegers flak*. Naturvårdsverket har ställt sig negativ till båda etableringarna men har för det fall tillstånd ges (vilket de i första hand bestridigt), angett vissa försiktighetsmått kopplat till bl.a. alfågeln. I *Södra Midsjöbanken* har Naturvårdsverket angett att villkor angående begränsning i anläggningstid ska föreskrivas, mellan 15 oktober och 30 april.<sup>416</sup> I ärendet om *Kriegers flak* hade Naturvårdsverket först angett att villkor skulle föreskrivas om att ett buffertavstånd om 2 km till det närliggande Natura 2000 området (där vattendjupet underskrider 30 m) skulle iakttas.<sup>417</sup> Detta med hänsyn till att alfågeln inte dyker djupare än 30 m när de söker föda. Detta yrkande har dock Naturvårdsverket gått ifrån då det numer är klarlagt att sådana grundområden inte omfattas av etableringen.<sup>418</sup> Naturvårdsverket ansåg dock fortfarande att vindparken riskerade att medföra undanträngningseffekter för alfågel, särskilt med beaktande av de tyska och danska parkernas påverkan på arten.<sup>419</sup>

## 9.4 Fisk

Havsbaserad vindkraft kan påverka fisk på olika sätt. Under konstruktionsfasen, då ett vindkraftverk monteras på havsbotten, kan det bli höga ljud och en ökad mängd sediment i vattnet, vilket kan påverka fisk om de uppehåller sig i närheten.<sup>420</sup>

Förhöjda ljudnivåer uppstår framför allt när monopile-fundament monteras då de pålas ner i botten.<sup>421</sup> Att anlägga ett fundament tar under goda förhållanden mindre än en dag, och installationen av hela strukturen med torn, rotor och maskinhus tar i regel några dagar till en vecka.<sup>422</sup> Emellertid kan fisk påverkas av flertalet fundament i en vindpark varför potentiell påverkan kan ske under längre tid. Det finns olika skyddsåtgärder som t.ex. dubbel bubbelgardin och Hydro Sound Damper

---

<sup>413</sup> Helcom, Recommendation 34 E/1, 3 oktober 2013.

<sup>414</sup> Ibid, s. 3.

<sup>415</sup> Se regeringens ärendenr M2012/00714/Me (Södra Midsjöbanken) och M2018/02437/Me (Kriegers flak) bl.a.

<sup>416</sup> Se NV:s yttrande, i regeringens ärendenr M2012/00714/Me, den 21 december 2017, ärendenr: NV-07306-17.

<sup>417</sup> Naturvårdsverkets yttrande, i regeringens ärendenr M2018/02437/Me (Kriegers flak), den 26 mars 2020, ärendenummer NV-01414-20.

<sup>418</sup> Naturvårdsverkets yttrande, i regeringens ärendenr M2018/02437/Me, den 12 maj 2021, ärendenr NV-01414-21, s. 2.

<sup>419</sup> Ibid, s. 1–2.

<sup>420</sup> Se Karlsson M, Kraufvelin P, Östman Ö (2020). Kunskapssammanställning om effekter på fisk och skaldjur av muddring och dumpning i akvatiska miljöer. En syntes av grumlingens dos och varaktighet. Aqua reports 2020:1 / Hammar L, Wikström A, Börjesson P, Rosenberg R (2008) Studier på småfisk vid Lillgrund vindpark. Effektstudier under konstruktionsarbeten och anläggning av gravitationsfundament. Naturvårdsverkets rapport 5831 / Andersson, Sigray P, Persson LKG (2011) Ljud från vindkraftverk i havet och dess påverkan på fisk. Naturvårdsverket Vindval Rapport 6436.

<sup>421</sup> Tsouvalas A (2020) Underwater noise emission due to offshore pile installation: A Review. Energies 13: 12.

<sup>422</sup> Lacal-Aránateguía R, Yustab JM, Domínguez-Navarro JA (2018) Offshore wind installation: Analysing the evidence behind improvements in installation time. Renewable and sustainable energy reviews 92: 133–145

som reducerar ljudspridningen.<sup>423</sup> Dessutom går det att med hjälp av artificiellt ljud få fisken att flytta ifrån ett område innan anläggningsarbetet påbörjas.<sup>424</sup>

När det gäller sediment i vattnet (suspenderat material) uppkommer det framför allt de gånger när monopile-fundament behöver borras ner i botten. Förhöjda mängder sediment i vattnet kan påverka fisk om de uppehåller sig i närheten. Låga koncentrationer blir mer varaktiga och sprids längre än högre koncentrationer. I en kunskaps-sammanställning har det föreslagits att koncentrationer lägre än 100 mg/l, i max två veckor, är en nivå många arter klarar av.<sup>425</sup>

Under driftsfasen är den mest tydliga påverkan en så kallad reveffekt då det kan bli en ökad mängd fisk runt verken.<sup>426</sup> Reveffekten är en följd av att befintliga fiskar, i och utanför en vindpark, söker sig till strukturen men också att fisklarver, som en följd av reproduktion, hamnar på strukturen.

Reveffekten gäller även torsk som är vanligt förekommande i anslutning till vindkraftverk.<sup>427</sup> Dessutom brukar etableringen av vindparker innebära att fisket i området reduceras eller upphör. Detta gynnar torsken i området eftersom torskfisket kan stoppas. Det kan också vara positivt för torsk om bottentrålning upphör då livet på botten återhämtar sig där en stor del av torskens föda återfinns.<sup>428</sup> Torsken är av särskilt intresse eftersom det är en viktig matfisk och att den är listad som sårbar enligt Artdatabanken (2020).<sup>429</sup> Torsken har lyfts fram som viktig att ta hänsyn till när det gäller lek och hur de påverkas av ljud.<sup>430</sup>

Påverkan på fisk har bedömts två gånger av MÖD, specifikt vad gäller påverkan på torsk. Avgörandena av MÖD avsåg en vindpark inom samma geografiska område. MÖD satte stopp för etableringen av en vindpark i det tidigare avgörandet från 2009 där domstolen bedömde att lokaliseringen för vindparken var extra känslig från ekologisk synpunkt och skulle därför skyddas *så långt möjligt* från aktiviteter som kan skada miljön, enligt 3 kap. 3 § MB.<sup>431</sup> MÖD beviljade dock tillstånd i det senare avgörandet från 2015.<sup>432</sup> MÖD föreskrev där villkor med försiktighetsmått kopplade till anläggningsfasen, vilka innebar bl.a. att konstruktionsfasen begränsades i tid för

---

<sup>423</sup> Tsouvalas A, Metrikine AV (2016) Noise reduction by the application of an air-bubble curtain in offshore pile driving. *Journal of Sound and Vibration* 371: 150–170.

<sup>424</sup> van der Meij H, Kastelein R, van Eekelen E, van Koningsveld M (2015) FaunaGuard: a scientific method for deterring marine fauna. *Terra et Aqua* 138: 17–24.

<sup>425</sup> Karlsson M, Kraufvelin P, Östman Ö (2020) Kunskaps-sammanställning om effekter på fisk och skaldjur av muddring och dumpning i akvatiska miljöer. En syntes av grumlingens dos och varaktighet. *Aqua reports* 2020:1.

<sup>426</sup> Andersson MH, Öhman MC (2010) Fish and sessile assemblages associated with wind-turbine constructions in the Baltic Sea. *Marine and Freshwater Research* 61: 642–650 / Bergström L, Sundqvist F, Bergström U (2013) Effects of an offshore wind farm on temporal and spatial patterns in the demersal fish community. *Marine Ecology Progress Series* 485: 199–210.

<sup>427</sup> Bergström L, Sundqvist F, Bergström U (2013) Effects of an offshore wind farm on temporal and spatial patterns in the demersal fish community. *Marine Ecology Progress Series* 485: 199–210 / Reubens JT, Maarten DR, Degraer S, Vincx M (2014) Diel variation in feeding and movement patterns of juvenile Atlantic cod at offshore wind farms. *Journal of Sea Research* 85: 214–221 / Van Hal R, Griffioen AB, van Keeken OA (2017) Changes in fish communities on a small spatial scale, an effect of increased habitat complexity by an offshore wind farm. *Marine Environmental Research* 126: 26–36.

<sup>428</sup> Palanques A, Guillén J, Puig P (2001) Impact of bottom trawling on water turbidity and muddy sediment of an un-fished continental shelf. *Limnology and Oceanography*, 46: 1100–1110.

<sup>429</sup> <https://artfakta.se/naturvard/taxon/gadus-morhua-206142>

<sup>430</sup> Hammar L, Wikström A, Molander S (2014) Assessing ecological risks of offshore wind power on Kattegat cod. *Renewable Energy* 66: 414–424.

<sup>431</sup> Se 3 kap. 3 § MB. Den paragrafen var hänvisad till i tidigare avgörande när tillstånd nekade, se Mark- och miljööverdomstolens dom den 5 mars 2009 i mål nr M 294-08.

<sup>432</sup> Mark- och miljödomstolens dom den 8 december 2015 i mål nr M 6960-14, s. 55–57.

att undvika att torken stördes under dess lekperiod.<sup>433</sup> Värt att notera är att Fiskeriverket (nuvarande Havs- och vattenmyndigheten) i tidigare ärende inte accepterat begränsning i anläggningstid.<sup>434</sup> I avgörandet från 2015 var det även en diskussion om huruvida torsken påverkades under driftsfasen. Länsstyrelsen i Västra Götalands län angav bl.a. att torsken riskerade att påverkas av ljudet under driftsfasen. Bolaget hade visat studier som angav det motsatta. Havs- och vattenmyndigheten bedömde att risken för olägenheter och skador på torsk under driftsfasen var liten. MÖD bedömde även de att risken för påverkan var så pass liten att ett tillstånd inte kunde hindras p.g.a. 3 kap. 3 § MB.<sup>435</sup> Det kan således utläsas en eventuell förändring av praxis med hänsyn till vilka försiktighetsmått som är acceptabla vad avser påverkan på torsk. Tidigare godtogs ej tidsbegränsning vid anläggningsfas vilket nu godtagits i målet från 2015. Detta ska dock läsas i ljuset av att bolaget nu hade utrett alternativa lokaliseringar inom flertalet kommuner och att den valda lokaliseringen hade bedömts vara den bästa.

## 9.5 Fladdermöss

Vindkraft kan skada fladdermöss.<sup>436</sup> När det gäller havsbaserad vindkraft är påverkan av mindre betydelse eftersom fladdermöss är mindre benägna att röra sig över öppet vatten än t.ex. sjöfågel. Det förekommer dock att fladdermöss söker föda över havet och att de, liksom flertalet fågelarter, flyttar mellan årstider.<sup>437</sup> Det är numera möjligt att föreskriva villkor i tillstånd för vindkraft om vilka tidpunkter verksamheten kan bedrivas för att undvika kollisioner.<sup>438</sup> MÖD har ansett att villkor om temporära avstängningar är tekniskt möjligt att genomföra varför sådana villkor kan föreskrivas i tillståndet. Avstängningarna skulle ske när medelvindhastigheten under 10 minuter är lägre än 5 m/s vid verkens nav, fr.o.m. den 15 juli t.o.m. den 30 september.<sup>439</sup>

I ett senare avgörande från MÖD angående fladdermöss, hade länsstyrelsen angett liknande villkor men under en längre tidsperiod, t.o.m. den 10 oktober, d.v.s. 10 dagar längre.<sup>440</sup> Länsstyrelsen motiverade detta villkor med att det förekom högriskarter och rödlistade arter i området.<sup>441</sup> MMD hade avslagit ansökan med hänsyn till påverkan på fladdermöss men MÖD ansåg att vindkraftverken kunde bedrivas med de villkor som länsstyrelsen hade fastställt. MÖD angav som skäl att det var visat, med den kompletterande utredningen, att den valda platsen

---

<sup>433</sup> Villkoret var utformat enligt följande: ”Pålning får inte ske under perioden fr.o.m. första november t.o.m. sista februari. Vid pålning under oktober månad och under perioderna fr.o.m. 1 mars t.o.m. 30 april ska sådana skyddsåtgärder vidtas att undervattensljudet inte överstiger värdena SEL 160 dB re 1µPa<sub>2s</sub> och SPL 190 dB re 1µPa på ett avstånd av 750 m från ljudkällan. Vid överskridande av något av ovanstående värden ska omedelbara åtgärder vidtas för att minska pålningsljudet. Vid uppföljande mätning får värdena inte överskridas.” Se Mark- och miljödomstolens dom den 8 december 2015 i mål nr M 6960-14.

<sup>434</sup> Mark- och miljööverdomstolens dom den 5 mars 2009 i mål nr M 294-08.

<sup>435</sup> Mark- och miljödomstolens dom den 8 december 2015 i mål nr M 6960-14, s. 57.

<sup>436</sup> Rydell J, Ottvall R, Pettersson S, Green M (2017) Vindkraftens påverkan på fåglar och fladdermöss. Uppdaterad syntesrapport 2017. Vindvals rapport 6740.

<sup>437</sup> Hatch SK, Connelly EE, Divoll TJ, Stenhouse IJ, Williams KA (2013) Offshore observations of Eastern Red Bats (*Lasiurus borealis*) in the Mid-Atlantic United States using multiple survey methods. PLoS ONE 8(12): e83803.

<sup>438</sup> Mark- och miljööverdomstolens dom den 10 december 2015 i mål nr M 11101-14 och M 11073-14.

<sup>439</sup> Ibid.

<sup>440</sup> Mark- och miljööverdomstolens dom den 12 december 2019 i mål nr 9211-18.

<sup>441</sup> Länsstyrelsen i Östra Götaland, Miljöprövningsdelegationens beslut den 23 februari 2017, dnr 551 2408-10, s. 19.

för vindparken hade en förhållandevis artrik förekomst av fladdermöss och att vissa fladdermössarter kunde ta skada på individnivå. MÖD ansåg dock att med det föreskrivna villkoret om stoppreglering, att vindparken inte skulle påverka någon av fladdermössarterna på populationsnivå.<sup>442</sup> Efter EU-domstolens dom i *Skydda Skogen* torde dock detta uttalande inte längre vara relevant.<sup>443</sup> Att tidsperioden utökats 10 dagar, i det senaste avgörandet, kan ha att göra med rådande klimatförändringar eller som länsstyrelsen anger att det förekom högriskarter och rödlistade arter i området, då det kanske var motiverat med mer långtgående försiktighetsmått. MÖD har dock i mer aktuella mål kommit fram till att i vissa fall kan sådan stoppreglering inte vara tillräcklig, p.g.a. hög artrikedom av fladdermöss, varför MÖD har föreskrivit att sådan ”stoppreglering” ska följas upp av tillsynsmyndigheten.<sup>444</sup>

I det pågående ärendet om *Kriegers Flak* har påverkan på fladdermöss berörts i yttrande från Naturvårdsverket som angav att den påverkan som riskerar att ske på fladdermöss kan hanteras med skyddsåtgärder, såsom stoppreglering. Vidare angav de att det är ett sådant villkor som ska föreskrivas i tillståndet, detta särskilt med beaktande av det generella skyddet av arter som nyligen förtydligats i EU-rättslig praxis.<sup>445</sup>

---

<sup>442</sup> Mark- och miljööverdomstolens dom den 12 december 2019 i mål nr 9211-18, s 6.

<sup>443</sup> EU-domstolens avgörande i de förenade målen C-473/19 och C-474/19, *Skydda skogen*.

<sup>444</sup> Se exempelvis Mark- och miljööverdomstolens dom den 20 oktober 2020 i mål nr M 10548-19. Domstolen ansåg visserligen att ett förbud mot fortsatt drift inte kunde beslutas i dagsläget men att om det vid egenkontroll skulle visa sig att exempelvis dödligheten för fladdermöss vid vindkraftverkets drift trots stoppreglering är högre än vad som nu påvisats har nämnden möjlighet att besluta om justering av stoppregleringen, ytterligare försiktighetsmått eller förbjuda verksamheten. Se även Mark- och miljööverdomstolens dom den 21 januari 2019 i mål nr M 2579-17

<sup>445</sup> *Ibid*, s. 4.

# 10. Planlagstiftningens betydelse

## 10.1 Inledning

Den planering som främst berör havet är havsplaneringen.<sup>446</sup> Även översiktsplaner kan ha betydelse.<sup>447</sup> Översiktsplaner och havsplaner överlappar delvis varandra i territorialhavet. Om det finns både en översiktsplan och en havsplan ska havsplanen tillämpas i de yttersta områdena och översiktsplanen i kustområdet.<sup>448</sup> Riksintresse för vindbruk kan utpekas i både översiktsplaner och havsplaner men inte ofta i detaljplaner, om inte etableringen på ett direkt sätt berör tät bebyggelse på land. Översiktsplaner och havsplaner är endast vägledande i den individuella prövningsprocessen medan detaljplaner är juridiskt bindande. En bra planering är positivt för ett senare beslutsfattande, men inventeringen av arter etc. är oftast inte gjord med någon närmare detaljeringsgrad vid planeringsstadiet. Det är först i den individuella prövningen som vindparken prövas fullt ut. En bra underbyggd översiktsplan, vilket MÖD har betonat,<sup>449</sup> kan dock vara vägledande vid beslutsfattandet, men planen är inte juridiskt bindande. Havsplaner kan vara ett bra instrument för att utreda lämpliga lokaliseringar till havs för vindkraft, men de kommande havsplanerna är inte heller juridiskt bindande och har således även de en begränsad juridisk betydelse.

Planering har dock potential att vara ett bra instrument för att utreda vilka områden som är lämpliga för vindkraft, särskilt då det ofta är bättre att utreda (från ett översiktligt perspektiv) hur t.ex. vissa arter påverkas av vindkraft. I en översiktsplan kan man visserligen ha ett bredare perspektiv men det är svårt att beakta detaljerna kring en vindkraftsetablering då det förutsätter en viss detaljrikedom i planeringen. Nedan följer en kortare redogörelse för översiktsplanernas och havsplanernas betydelse för havsbaserad vindkraft.

## 10.2 Översiktsplaner

Planering är i Sverige en kommunal angelägenhet.<sup>450</sup> Inom territorialhavet är både den kommunala fysiska planeringen och havsplaneringen tillämplig. Den kommunala planeringen, liksom det kommunala vetot som möjliggör för kommuner att

---

<sup>446</sup> Se Havsplaneringsförordning, 2015:400.

<sup>447</sup> Se PBL 3 kap.

<sup>448</sup> Havs- och vattenmyndigheten (2019), Havsplaner för Bottniska viken, Östersjön och Västerhavet – Statlig planering i territorialhav och ekonomisk zon. Dnr 3628-2019, 16 december 2019, s.28.

<sup>449</sup> Se t.ex. Mark- och miljööverdomstolens dom den 30 november 2012 i mål nr P 78-12. Jfr också Mark- och miljödomstolens dom den 18 november 2016 i mål nummer 3659-16.

<sup>450</sup> 1 kap 2 § PBL. Pettersson och Söderholm pekar på att detta är ett problem då vi har nationella och EU-rättsliga målsättningar för energi som kommunen i praktiken ej behöver beakta. See Pettersson M, Söderholm P (2011) Offshore wind power policy and planning in Sweden. Energy Policy 39: 518-525. Se också förslag om ett vertikalt och horisontellt planeringssystem för vindkraftsutbyggnad, se Malafry M (2016) Biodiversity Protection in an Aspiring Carbon-Neutral Society: A Legal Study on the Relationship between Renewable Energy and Biodiversity in a European Union Context, s. 278 ff.



utan motivering sätta stopp för en vindkraftsetablering gäller inom kommunens gränser<sup>451</sup>, dvs inte i den ekonomiska zonen. Vindkraft förekommer i kommunens översiktsplaner som utpekade riksintressen för vindbruk.<sup>452</sup> Vissa kommuner har även särskilda plandokument för vindkraft. Den juridiska betydelsen av översiktsplaner är som sagt begränsad och kan endast vägleda exploatörer och beslutsfattare.<sup>453</sup>

Det anges i plan- och bygglagen (2010:900) (PBL) att i en översiktsplan ska kommunen ange ”inriktningen för den långsiktiga utvecklingen av den fysiska miljön.”<sup>454</sup> Av översiktsplanen ska t.ex. framgå grunddragen vad avser den avsedda markanvändningen, hur kommunen avser att tillgodose utpekade riksintressen och hur de ska följa MKN, och ”hur kommunen i den fysiska planeringen avser att ta hänsyn till och samordna översiktsplanen med relevanta nationella och regionala mål, planer och program av betydelse för en hållbar utveckling inom kommunen.”<sup>455</sup> I den senaste punkten anges en koppling till nationella målsättningar och till hållbar utveckling, men det är en koppling som inte är möjlig att tillförsäkra. Kommunen ska alltså i översiktsplanen ange hur de ska tillgodose de utpekade riksintressena, men inte förklara hur dessa intressen fungerar eller hur de ska prioriteras. Eftersom ansvaret för planeringen främst åligger kommunerna i Sverige saknas av förklarliga skäl tydlig nationell styrning. Sverige anses ha ett mer decentraliserat planeringssystem jämfört med t.ex. Danmark, Norge och Storbritannien.<sup>456</sup>

Det enda styrande vid översiktsplaneringen från nationell nivå är riksintresseinstrumentet, som egentligen inte innebär någon garanti att dessa intressen tillgodoses och intressena är dessutom inte samordnade utan utpekade på olika håll från olika perspektiv. Staten har i princip endast kontroll av att intressena tillgodoses genom länsstyrelsen, som genom sitt *granskningsyttrande* kan ge sin syn på planen, bl.a. ange om planen tillgodoser riksintressena i 3–4 kap. MB.<sup>457</sup> Enligt förslaget till havsplaner ska länsstyrelsen även uppmärksamma i sitt granskningsyttrande om översiktsplanen strider mot den syn som är redovisad i havsplanen.<sup>458</sup> Kommunen behöver däremot inte beakta vad länsstyrelsen skriver i sitt granskningsyttrande, men yttrandet publiceras med planen och har betydelse senare vid den enskilda prövningssituationen.

En annan bestämmelse som sällan blir intressant för vindkraft, men för kabeldragningen är att koncession inte får meddelas i strid med gällande detaljplan och områdesbestämmelser.<sup>459</sup> Vattenområden är sällan detaljplanelagda, men närmare land kan detaljplaneläggning vara vanligare. Vid Kriegers flak visade detaljplanen

---

<sup>451</sup> 16 kap. 4 § MB.

<sup>452</sup> Utpekade av Energimyndigheten.

<sup>453</sup> I 3 kap. 3 § Plan och bygglagen (PBL) anges att översiktsplaner ej är rättsligt bindande. Se t.ex. Mark- och miljööverdomstolens dom den 30 november 2012 i mål nr P 78-12. Jfr också Mark- och miljödomstolens dom den 18 november 2016 i mål nummer 3659-16.

<sup>454</sup> 3 kap. 2 § PBL.

<sup>455</sup> 3 kap. 5 §, punkt 4 PBL.

<sup>456</sup> Se Pettersson M, och Söderholm P (2011) Offshore wind power policy and planning in Sweden. Energy Policy 39: 518–525.

<sup>457</sup> Se 3 kap. 16 §, p.1. PBL.

<sup>458</sup> Havs- och Vattenmyndigheten (2019), Havsplaner för bottniska viken, Östersjön och Bottenviken. Förslag till regeringen. 14 mars 2019, Dnr. 666-19.

<sup>459</sup> Detsamma gäller tillstånd enligt MB, se 2 kap 6 § 3 st MB ” Ett tillstånd eller en dispens får inte ges i strid med en detaljplan eller områdesbestämmelser enligt plan- och bygglagen (2010:900). Små avvikelser får dock göras, om syftet med planen eller bestämmelserna inte motverkas.”

punktprickad mark men regeringen ansåg dock att koncession kunde meddelas. Regeringen motiverar ej sitt beslut särskilt väl utan bara konstaterar att regeln finns och vad den betyder samt att överklagandena ska avslås.<sup>460</sup> Detaljplaner kan alltså ha en *frånstyrande* effekt vad gäller vindkraft men vindkraft planeras sällan i detaljplaner.<sup>461</sup> Krav på detaljplan vad gäller vindkraft, inträder endast om vindkraftverk ska uppföras inom ett område där det råder stor efterfrågan på mark för byggnader eller andra anläggningar, vilket det sällan gör då vindkraftverk sällan lokaliseras i tätbebyggda områden. Detta krav torde vara ännu mer sällsynt i vattenområden, om inte vindkraftverken lokaliseras nära kusten, intill tät bebyggelse.

Sammanfattningsvis har översiktsplaner en begränsad betydelse för etablering av vindkraft till havs. Översiktsplaner är inte heller juridiskt bindande. I planprocessen ska bl.a. intressena enligt 3 kap. MB beaktas men det är ingen garanti att dessa intressen tillgodoses. Det är först i den individuella prövningen som domstolen avgör vilket intresse som får företräde (om konflikt) samt avgör om åtgärden kan vidtas utan att påverka det aktuella intresset på ett otillåtet sätt. Det är dessutom i den individuella prövningen som den beslutande myndigheten avgör om platsen är lämplig.<sup>462</sup> Om översiktsplaneringen är välgrundad kan dock planen vara vägledande vid bedömning av om lokaliseringen är lämplig.<sup>463</sup>

## 10.3 Havspaner

Havspanerna ska ”bidra till att god miljöstatus i havsmiljön nås och upprätthålls”, ”havets resurser används hållbart så att havsanknutna näringar kan utvecklas” och att ”samexistens främjas mellan olika verksamheter och användningsområden”. Det huvudsakliga syftet är att havspanerna ska bidra till en långsiktigt hållbar utveckling.<sup>464</sup>

I de föreslagna havspanerna<sup>465</sup> har Havs- och vattenmyndigheten bl.a. identifierat områden för havsbaserad vindkraft. I förslaget som skickades till regeringen i slutet av 2019 identifierades konflikter som kan uppstå, främst med totalförsvarets intresse och naturvård (särskilt tumlare och alfågel). Förslagen i havspaneringen grundar sig på avvägningar mellan olika intressen och en lämplighetsbedömning utifrån läge, beskaffenhet och behov. I havspanen anges att havspanens konsekvenser bedöms utifrån ekologiska, ekonomiska och sociala perspektiv.<sup>466</sup>

<sup>460</sup> Se regeringens beslut 1 september 2016, M2015/00021/Ee. Regeringen bedömde nog att ledningen kunde dras utan att inverka på detaljplanens syfte, att ledningsdragningen innebar en mindre avvikelse.

<sup>461</sup> I *Kattegatt* fanns det dock en detaljplan som upphävdes för att tillåta högre verk, se MÖD 2016:5. Handlade dock om miljöorganisationers klagorätt enligt 13 kap. 12 § PBL. Ett beslut att upphäva en detaljplan för vindkraft ansågs inte medföra *betydande miljöpåverkan* eftersom konsekvensen av upphävandet var att området blev oreglerat. En miljöorganisation saknade därför klagorätt. Denna praxis har dock förändrats då miljöorganisationer numer anses ha klagorätt vid vissa planbeslut som har med miljön att göra, se t.ex. NJA 2020 s 641 och Mark- och miljööverdomstolens avgörande den 21 december 2018 i mål nr P 10684-17.

<sup>462</sup> 2 kap. 6 § MB.

<sup>463</sup> Se t.ex. Mark- och miljööverdomstolens dom den 30 november 2012 i mål nr P 78-12 samt MÖD 2009: 4. Malafry föreslår att det krävs ett vertikalt och horisontellt integrerat planeringssystem för vindkraft, Malafry, M, *Biodiversity Protection in an Aspiring Carbon Neutral Society*, 2016, s. 278 ff.

<sup>464</sup> Havs- och vattenmyndigheten (2019) Havspaner för Bottniska viken, Östersjön och Västerhavet – Statlig planering i territorialhav och ekonomisk zon. Dnr 3628-2019, 16 december 2019, s. 9.

<sup>465</sup> Havspanerna är ett resultat av EU-rätten. Sverige har införlivat EU:s ramdirektiv för havspanering (2014/89/EU) i svensk lagstiftning genom miljöbalken (1998:808) och havspaneringsförordningen (2015:400).

<sup>466</sup> Havs- och vattenmyndigheten (2019) Havspaner för Bottniska viken, Östersjön och Västerhavet – Statlig planering i territorialhav och ekonomisk zon. Dnr 3628-2019, 16 december 2019, s. 4

Tanken är att planen ska bidra till hållbar tillväxt och samtidigt bidra till att god havsmiljö nås och upprätthålls. Med god havsmiljö hänvisas främst till det nationella miljö kvalitetsmålet *Hav i balans samt levande kust och skärgård* och dess preciseringar. Med god havsmiljö inbegrips *god miljöstatus* i enlighet med havsmiljöförordningen. Närmare bestämt – vad som menas med hållbar tillväxt – beskrivs enligt följande:

*”Tillväxten är hållbar när vi ekonomiskt, miljömässigt och socialt kan tillfredsställa våra behov i dag, samtidigt som vi ger förutsättningar för kommande generationer att tillgodose sina behov. En viktig utgångspunkt för havsplaneringen är att hållbar tillväxt förutsätter väl fungerande ekosystem. I enlighet med ekosystemansatsens helhetsperspektiv beaktas därför ekosystemets funktioner utifrån flera tidsperspektiv samt direkta, indirekta och samlade, kumulativa effekter av anspråk i havet.”<sup>467</sup>*

Målet *god miljöstatus* – som skulle nås till 2020 har inte uppnåtts, vilket inte heller förutspåtts inom ramen för det nationella arbetet med EU:s havsmiljödirektiv.<sup>468</sup> Tanken är att havsplaneringen ska bidra till att den målsättningen nås.

Frågan är vilken dignitet havsplanerna kommer att få, i de fall där områden för vindkraft är utpekade. Det är regeringen som slutligen beslutar om havsplanerna. Havsplanen visar alltså statens strategiska och hållbara syn på hur havsområden ska användas.<sup>469</sup> Havsplanerna torde således vara mer betydelsefulla än översiktsplaner, även om det framgår att havsplanerna endast är vägledande. När länsstyrelsen tillförsäkrar att riksintressen tillgodoses (i planeringen och i beslutsfattande), måste länsstyrelsen utgå från havsplanen när sådan är tillgänglig.<sup>470</sup>

I förslaget till de svenska havsplanerna identifieras att försvarsintresset ofta står i vägen för vindkraftsutbyggnad till havs. I förslaget till havsplaner skrivs dock inledningsvis att ”fasta installationer kan samexistera med försvarsintresset under vissa förutsättningar med rätt process gällande planering och genomförande” för att senare peka ut att just energiutvinning och försvarsintresset är i många områden svåra att kombinera.<sup>471</sup> Det identifieras dock att i vissa områden går det att kombinera intressena om särskild hänsyn tas till totalförsvarets intressen.<sup>472</sup>

I förslaget till havsplaner pekas även fisket ut som en potentiell konflikt med vindkraftsintresset. Fasta anläggningar inom ett energiutvinningsområde kan försvåra möjligheten till yrkesfiske (t.ex. trålning).<sup>473</sup> Denna potentiella konflikt har ännu inte ställts på sin spets. En vindkraftspark kan troligen inte påverka fisket i tillräckligt stor utsträckning för att ses som en begränsning då fisket borde kunna

---

<sup>467</sup> Ibid, s. 33.

<sup>468</sup> Se Havs- och vattenmyndigheten (2018) Marin strategi för Nordsjön och Östersjön 2018–2023, Bedömning av miljötillstånd och socioekonomisk analys.

<sup>469</sup> Havs- och vattenmyndigheten (2019), Havsplaner för Bottniska viken, Östersjön och Västerhavet – Statlig planering i territorialhav och ekonomisk zon. Dnr 3628-2019, 16 december 2019, s. 27.

<sup>470</sup> Se 3 § förordningen (1998:896) om hushållning med mark- och vattenområden.

<sup>471</sup> Havs- och vattenmyndigheten (2019), Havsplaner för Bottniska viken, Östersjön och Västerhavet – Statlig planering i territorialhav och ekonomisk zon. Dnr 3628-2019, 16 december 2019, s. 57.

<sup>472</sup> Ibid.

<sup>473</sup> Ibid, s. 59.

bedrivs på annan plats och etableringsområdet torde vara begränsat. I framtiden – när havsbaserad vindkraft blivit allt vanligare – kan detta dock bli en fråga för rättstillämparen.<sup>474</sup>

Många utsjöbankar i södra Östersjön är av intresse för vindkraft respektive naturvård.<sup>475</sup> Enligt förslaget till havsplan finns det planer för vindkraft i Polen, i den polska ekonomiska zonen på Södra Midsjöbanken.<sup>476</sup> Planförslaget anger dock att särskild hänsyn till höga naturvärden i området bör tas eftersom tumlare förekommer där och att det är en övervintringslokal för sjöfågel. I förslaget anges Södra Midsjöbanken som ett *utredningsområde*, vilket innebär att området inte helt utesluts från att vara ett lämpligt område för vindkraft trots de naturvärden som där identifierats.<sup>477</sup>

Havsplanerna, som de är föreslagna i dag, ger därför inte en realistisk bild av vilka områden som nödvändigtvis är lämpliga lokaliseringar för havsbaserad vindkraft. Möjligtvis kan vindkraften samexistera med totalförsvarets intressen och naturvårdens intressen; villkor kan införas i tillstånd för att undvika påverkan på arter och Natura 2000-områden i viss utsträckning. Samexistens kan alltså vara *möjlig* men inte nödvändigtvis *lämplig*.

En hållbar etablering av vindkraft till havs förutsätter en grundlig plan, sett till platsens olika förutsättningar för vindkraft i syfte att undvika långa och onödiga juridiska processer och eventuellt onödig miljöpåverkan. Om utredningens förslag<sup>478</sup> blir verklighet och kommunens vilja att ha vindkraft inom kommunens gränser tydligare ska avspeglas i översiktsplanen behöver nuvarande planeringssystem tydligare integrera övriga miljöfrågor i planeringen, på ett sätt så att realistiska förslag för områden för vindkraft pekas ut. Även om dagens planer inte är juridiskt bindande är det den vägledning som verksamhetsutövare har för att identifiera var det är lämpligt att etablera vindkraft. Om förslaget blir verklighet kan det innebära att verksamhetsutövare blir ännu mer begränsade i sin lokaliseringssökning, vilket kan leda till att miljötillstånd inte meddelas av prövningsmyndigheten då lokaliseringen inte är *lämplig* från miljösynpunkt.

---

<sup>474</sup> Denna konflikt är en konflikt som har intressanta EU-rättsliga dimensioner.

<sup>475</sup> Havs- och vattenmyndigheten (2019), Havsplaner för Bottniska viken, Östersjön och Västerhavet – Statlig planering i territorialhav och ekonomisk zon. Dnr 3628-2019, 16 december 2019, s. 99. De yttersta östra och västra delarna av Norra Midsjöbanken och en del av Södra Midsjöbanken omfattas av riksintresseanspråk för vindbruk. Båda bankarna, förutom en del av Södra Midsjöbanken, omfattas av Natura 2000.

<sup>476</sup> Havs- och vattenmyndigheten (2019), Havsplaner för Bottniska viken, Östersjön och Västerhavet – Statlig planering i territorialhav och ekonomisk zon. Dnr 3628-2019, 16 december 2019, s. 100. Även Sverige planerar en park som i nuläget ligger för beredning hos regeringen.

<sup>477</sup> Ibid, s. 99.

<sup>478</sup> Se en discussion om utredningens förslag om att införa ett lokaliseringsbesked utifrån översiktsplan i rapportens kapitel 5.6.

# 11. Avslutande diskussion

Vindkraft till havs har potential att vara ett bra alternativ för storskalig förnybar elproduktion. Det finns dessutom idag studier som lyfter fram de positiva effekterna vindkraftsetableringar kan ha på marint liv t.ex. som en följd av att vindkraftsfundamenten fungerar som artificiella rev eller att överfiske eller skadligt fiske, t.ex. bottentrålning, hindras inom en vindpark. En vindpark kan därför bli en fredad zon för marint liv. Vindkraft till havs kan dock ha en temporär negativ påverkan på fisk och marina däggdjur under etableringsfasen. Det kan även utgöra en barriär för fåglar och fladdermöss under driftsfasen, med undanträngningseffekter och kollisionrisker som följd.

Tillämplig lag, och nödvändiga tillstånd, beror på hur långt ut i havet vindkraftverken befinner sig. På det svenska territoriet och i territorialhavet är all svensk och EU-rättslig lagstiftning tillämplig och tillstånd prövas då av mark- och miljödomstolen i första instans. I den ekonomiska zonen krävs det ett tillstånd av regeringen, där tillämpliga bestämmelser i miljöbalken framgår av lagen om ekonomisk zon. Prövningen är i de fallen således mer begränsad och processen mindre transparent än om den verksamhet som prövas finns på det svenska territoriet. Oavsett var vindparken är lokaliserad krävs många separata tillstånd för ett vindkraftsprojekt, både vad gäller själva parken och ledningsdragningen som krävs för att ansluta parken till elnätet. Sammantaget ger detta långa handläggningstider.

Vid etablering av vindkraft är EU-rättslig reglering tillämplig i både territorialhavet och den ekonomiska zonen, t.ex. när det gäller Natura 2000-bestämmelserna och artskyddet. Om ett Natura 2000-tillstånd krävs måste verksamhetsutövaren få ett tillstånd av länsstyrelsen. Det torde inte vara någon skillnad ur naturskyddssynpunkt, om vindparken lokaliseras inom territorialhavet eller den ekonomiska zonen, eftersom det i princip är samma grundläggande bestämmelser i miljöbalken som tillämpas när det kommer till de vanliga miljörättsliga konflikterna. Det är dock regeringen som prövar frågan om tillstånd inom den ekonomiska zonen och det är inte möjligt att överklaga ett sådant beslut på samma sätt som en dom av mark- och miljödomstolarna. Ett beslut av regeringen kan endast *rättsprövas*<sup>479</sup> och således ej prövas i sak, utan endast på mer formella grunder.

Översiktsplaner och havsplaner har begränsad påverkan på utvecklingen av vindkraft. Det finns lite nationell styrande verkan när det gäller planer i Sverige. Riksintressen är i princip det enda instrumentet i Sverige för att styra mark- och vattenanvändningen från nationell nivå. Eftersom de utpekade riksintressena inte tar hänsyn till andra intressen och inte är juridiskt bindande, blir instrumentet dock inte särskilt betydelsefullt.

Om parken riskerar att påverka ett Natura 2000-område torde möjligheten att erhålla ett tillstånd vara begränsad.<sup>480</sup> Acceptabelt avstånd till närmaste Natura

---

<sup>479</sup> Se förutsättningar i Lag (2006:304) om rättsprövning av vissa regeringsbeslut.

<sup>480</sup> Se *Finngrundet*. Mark- och miljödomstolens vid Nacka tingsrätt dom den 17 september 2013 i mål nr M 3905-12. I Kriegers Flak beviljades dock Natura 2000-tillstånd av länsstyrelsen i Skånes län i beslut den 15 mars 2021, Dnr 521-406-2019. Beslutet överklagades inte och har därför inte prövats av högre instans. Beslutet kan framförallt ifrågasättas då det inte är transparent om myndigheten beaktade de kumulativa effekterna från närliggande parker i Danmark och Tysklands ekonomiska zon.

2000-område, för att undvika påverkan är ej klarlagt. Det beror på vilka livsmiljöer och arter som skyddas genom området, vilken typ av påverkan som sker vid etableringen, och hur parken närmare är utformad. I vissa fall kan etablering vara möjlig förutsatt att vindparken inte påverkar Natura 2000-området på ett otillåtet sätt. En sådan lokalisering innebär dock en ytterligare tillståndsprocess, vilket innebär att den juridiska processen blir mer tidskrävande. Utöver naturvårdsintresset kan det alltså finnas processekonomiska vinster med att lokalisera vindkraft där den inte påverkar Natura 2000-områden.

När det gäller artskyddet har domstolen föreskrivit villkor för att undvika att etableringen av vindkraft påverkar arter i strid med artskyddsförordningen. Det är således juridiskt möjligt att villkora vindkraftsutbyggnaden för de vanligaste förekommande arterna, men frågan om villkorandet gör det *praktiskt* möjligt att bygga vindkraftverk under dessa begränsningar. Tidsbegränsningarna för tumlare och torsk som angetts i tillståndsbeslut och för övervintrande alfågel, enligt Naturvårdsverkets förslag, innebär att tidsperioden för etablering av vindkraft kan bli högst begränsad om flera arter påverkas av samma park.

Det EU-rättsliga avgörandet *Skydda Skogen* kan innebära att det för listade arter enligt art- och habitatdirektivet inte längre är tillräckligt med dessa villkorade försiktighetsmått då arterna numer är skyddade på *individnivå*, oberoende av artens bevarandestatus. Mer långtgående krav kan då ställas av domstolen vad avser dessa grundläggande hänsynsregler vad gäller *lokalisering* och *bästa möjliga teknik* för att undvika att fridlysta arter påverkas på ett otillåtet sätt. Begränsningen att det ska vara rimliga krav enligt 2 kap. 7 § MB är inte en begränsning för vilka krav man kan ställa enligt 2 kap. MB då artskyddet aktualiseras. Alternativet är att tillstånd då inte kan ges om inte artskyddsdispens erhålles, vilket troligen inte är en framkomlig väg att gå utifrån regelns utformning.

Teknikval och lämplig lokalisering är av central betydelse då effekterna varierar mellan olika fundamentstyper av vindkraft och från en plats till en annan. De fundament som är vanliga i dag, monopiles, jacketfundament och gravitationsfundament, är begränsade av djup (ner till ca 70 m). Problemet är att på dessa grunda områden finns ofta andra intressen och skyddade arter, varför lokaliseringen ofta inte är lämplig. Det marina livet kan dessutom skilja sig åt inom olika delar av havet. Det är därför viktigt att vindparkerna lokaliseras på en lämplig plats för att minimera vindparkens negativa effekter på skyddsvärda arter. Finns det konflikter med t.ex. artskyddsförordningen, eller Natura 2000-bestämmelserna, blir det dessutom betydligt svårare och mer tidskrävande att få tillstånd.

Vad som anses vara ”bästa möjliga teknik” (enligt 2 kap. 3 § MB) i vindkraftsbranschen är ännu inte prövat av domstolen. Utvecklingen på den tekniska sidan går dock snabbt fram. Bottenbaserade fundament ger upphov till olika typer av påverkan. En intressant utveckling i sammanhanget är att det finns ett ökat intresse för flytande vindkraftverk från vindkraftsindustrin, som möjliggör etablering ännu längre ut till havs på större djup vilket skulle kunna ha en mindre miljöpåverkan.<sup>481</sup> Sådana fundament har tidigare ansetts vara allt för dyra och inte realistiska alternativ i Östersjön<sup>482</sup>, men idag finns det ett större intresse för flytande fundament både

<sup>481</sup> Den rättsliga praxis som finns är dock teknikneutral eller baserad på användandet av monopiles. Se Naturvårdsverket (2011) Möjligheter till Vindkraftsetablering i Natura 2000-områden, Rapport 6473, s. 40.

<sup>482</sup> Energimyndigheten (2017), Havsbaserad vindkraft – En analys av samhällsekonomi och marknadspotential, Rapport ER 2017:3.

i Västerhavet och Östersjön. Det finns också andra fundamentstyper under utveckling. Dessutom finns det en utveckling vad gäller tekniska skyddsåtgärder. Det visar vikten av att tillståndsprocessen följer med i utvecklingen då tidigare sanningar kan bli obsoleta.

Fartygstrafiken och fiske är två verksamheter som inte tillståndsprövas på samma sätt som havsbaserad vindkraft. Verksamheterna kan dock ha en stark påverkan på den biologiska mångfalden och den marina miljön. Etableringen av havsbaserad vindkraft visar på ett behov av en övergripande översyn av hur nyttjande av havet styrs och regleras.<sup>483</sup> Eftersom dessa verksamheter och näringar redan har påverkat de marina arterna negativt i så pass stor utsträckning, finns det mindre marginaler för nya verksamheter, såsom vindkraft. Här kan det finnas anledning att se över lagstiftningen för att komma till rätta med problemen och de olika utmaningarna i haven. En mer genomtänkt reglering av fartygsverksamhet och fiske kan behöva komma tillstånd för att skapa utrymme för den havsbaserade vindkraften. Det finns inte möjlighet att beakta denna problematik i den individuella prövningssituationen eftersom prövningsmyndigheten utgår från omständigheterna vid prövningstillfället. Om en skyddsvärd art finns i området, som riskerar att påverkas på ett otillåtet sätt, är en etablering inte möjlig, även om påverkan från vindkraften kanske inte är stor jämfört med påverkan från andra verksamheter.

Sammanfattningsvis är havet en viktig plats för många intressen. Samexistens kan dock vara möjlig när det gäller etableringen av havsbaserad vindkraft. Som utgångspunkt är det viktigt att vara medveten om betydelsen av lokaliseringen i vidare bemärkelse. En avvägning bör göras inför en möjlig etablering där helheten beaktas avseende gällande lagar och regler samt även geografi, ekologi, miljö, skyddsstatus och potentiella konflikter. En tidig helhetsbedömning blir vägledande inför en eventuell etablering. Här kan det finnas stora skillnader i olika delar av svenska vatten. Samtidigt har Sverige en av Europas längsta kuster. Det finns stora områden där vindkraft kan lokaliseras med begränsad påverkan vad gäller t.ex. skyddsvärda habitat och arter. Dessutom går tekniken framåt där möjliga etableringar längre ut till havs öppnar för nya möjligheter, inte minst då de generellt har större förutsättningar för en mindre miljöpåverkan.

---

<sup>483</sup> Vilket kan vara svårt då havet omfattas av många internationella överenskommelser och konventioner.

# 12. Källförteckning

## Offentligt tryck

Prop. 1997/98:45 del 1 och 2.

Prop. 2000/01 s 40.

Prop. 2007/08:154.

SOU 2019:30

SOU 2021:51

SOU 2021:53

## Rättsfall

### EU-domstolens avgöranden

Case 6/64, *Costa v. ENEL*.

C-44/95, *Royal Society for the Protection of Birds*.

C-72/95, *Kraaijeveld and Others*.

C-392/96, *Commission v. Ireland*.

C-435/97, *WWF and Others*.

C-374/98, *Basses Corbier*.

C-103/00, *Commission v. Greece*.

C-127/02, *Waddenvereniging och Vogelsbeschermingvereniging (Wadensee)*.

C-117/03 *Dragaggi*.

C-6/04, *Kommissionen mot Förenade kungariket*.

C-221/04, *Commission v. Spain*.

C-239/04, *Comissionen v. Portugese Republic*.

C-2/07, *Abraham and Others*.

C-142/07, *Ecologistas en Acción-CODA*.

C-205/08, *Umweltanwalt von Kärnten*.

C-275/09, *Brussels Hoofdstedelijk Gewest and Others*.

C-404/09, *Commission v. Spain, Alto Sil*.

C-2/10, *Azienda Agro-Zootecnica Franchini and Eolica di Altamura (Puglia)*.

C-258/11, *Sweetman v. An Bord Pleanála (Sweetman)*.

C-521/12, *T.C. Briels and Others v. minister van Infrastructuur en Milieu*.

C-531/13, *Marktgemeinde Straßwalchen and Others*.

C-461/13, *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland e.V. mot Bundesrepublik Deutschland (Weserdomen)*.

C-346/14, *Schwarze Sulm*.

C-669/16, *Commission v United Kingdom*.

C-674/17 *Luonnonsuojeluyhdistys Tapiola*.

C-473/19 och C-474/19, *Skydda skogen*.

### Avgöranden från Högsta Domstolen

NJA 2004 s. 590

NJA 2013 s. 613

NJA 2012:87

NJA 2020 s. 641

Högsta domstolens beslut den 14 oktober 2011 i mål M 5757-11.



### **Avgöranden från Högsta Förvaltningsdomstolen (HFD)**

HFD 2011 not.26.

Högsta Förvaltningsdomstolens dom den 21 december 2018 i mål nr 4848-18.

### **Referat av MÖD**

MÖD 2005:13

MÖD 2006:44

MÖD 2007:50

MÖD 2009: 38

MÖD 2012:34

MÖD 2002:15

MÖD 2013:13

MÖD 2014:34

MÖD 2015:3

MÖD 2016:5

MÖD 2016:31

MÖD 2017:7

MÖD 2017:27

MÖD 2018:6

MÖD 2018:9

MÖD 2019:5

### **Domar och beslut av MÖD**

Miljööverdomstolens dom den 16 oktober 2003 i mål nr M 718-03.

Mark- och miljööverdomstolens dom den 5 mars 2009 i mål nr M 294-08.

Mark- och miljööverdomstolens dom den 29 maj 2012 i mål nr M 7639-11.

Mark- och miljööverdomstolens dom den 4 juli 2012 i mål nr M 8344-11.

Mark- och miljööverdomstolens dom den 30 november 2012 i mål nr P 78-12.

Mark- och miljööverdomstolens beslut den 11 april 2013 i mål nr M 7865-12.

Mark- och miljööverdomstolens dom den 23 augusti 2013 i mål nr M 10072-12.

Mark- och miljööverdomstolens dom den 3 april 2014 i mål nr M 2504-13.

Mark- och miljööverdomstolens dom den 16 april 2014 i mål nr M 7167-13

Mark- och miljööverdomstolens dom den 14 oktober 2014 i mål nr M 10231-13.

Mark- och miljööverdomstolens dom den 22 december 2014 i mål nr M 2920-14.

Mark- och miljööverdomstolens dom den 6 februari 2015 i mål nr P 2537-14.

Mark- och miljööverdomstolens dom den 9 mars 2015 i mål nr P 5593-14.

Mark- och miljööverdomstolens dom den 30 oktober 2015 i mål nr M 9616-14.

Mark- och miljööverdomstolens dom den 8 december 2015 i mål nr M 6960-14.

Mark- och miljööverdomstolens dom den 10 december 2015 i mål nr M 1001-14.

Mark- och miljööverdomstolens dom den 3 februari 2016 i mål nr 2214-15.

Mark- och miljööverdomstolens dom den 29 mars 2016 i mål nr M 6039-15.

Mark- och miljööverdomstolens dom den 21 september 2016 i mål nr M 10647-15.

Mark- och miljööverdomstolens dom den 12 oktober 2016 i mål nr M 3668-16.

Mark- och miljööverdomstolens dom den 6 november 2016 i mål nr M 3892-17.

Mark- och miljööverdomstolens dom den 18 november 2016 i mål nummer 3659-16.

Mark- och miljööverdomstolens dom den 21 december 2016 i mål nr M 1413-16.

Mark- och miljööverdomstolens dom den 8 maj 2017 i mål nr M 5329-16.

Mark- och miljööverdomstolens dom den 17 november 2017 i mål nr M 8189-16.

Mark- och miljööverdomstolens dom den 13 april 2018 i mål nr M 3648-17.

Mark- och miljööverdomstolens dom den 13 april 2018 i mål nr M 4629-17.

Mark- och miljööverdomstolens dom den 25 april 2018 i mål nr M 6419-16.  
Mark- och miljööverdomstolens dom den 3 maj 2018 i mål nr 1802-17.  
Mark- och miljööverdomstolens dom den 18 maj 2018 i mål nr M 4319-17.  
Mark- och miljööverdomstolens dom den 13 juni 2018 i mål nr M 6313-17.  
Mark- och miljööverdomstolens dom den 13 juni 2018 i mål nr P 7648-17.  
Mark- och miljööverdomstolens dom den 18 juni 2018 i mål nr M 4249-17.  
Mark- och miljööverdomstolens dom den 19 juni 2018 i mål nr M 6331-17.  
Mark- och miljööverdomstolens dom den 26 juni 2018 i mål nr P 5061-17.  
Mark- och miljööverdomstolens dom den 30 juni 2018 i mål nr P 5567-17.  
Mark- och miljööverdomstolens dom den 2 oktober 2018 i mål nr M 9618-17.  
Mark- och miljööverdomstolens dom den 21 december 2018 i mål nr P 10684-17.  
Mark- och miljööverdomstolens dom den 21 januari 2019 i mål nr M 2579-17.  
Mark- och miljööverdomstolens dom den 9 maj 2019 i mål nr M 4293-18.  
Mark- och miljööverdomstolens dom den 24 maj 2019 i mål nr M 3304-18.  
Mark- och miljööverdomstolens dom den 24 maj 2019 i mål nr M 3648-17.  
Mark- och miljööverdomstolens slutligt beslut den 19 juni 2019 i mål nr 11289-18.  
Mark- och miljööverdomstolens dom den 12 december 2019 i mål nr 9211-18.  
Mark- och miljööverdomstolens beslut den 6 juli 2021 i mål nr M 1579-20.

### **Domar från mark- och miljödomstol**

#### *Växjö tingsrätt*

Miljödomstolens vid Växjö tingsrätt dom den 20 december 2002 i mål nr m 416-01.  
Miljödomstolens vid Växjö tingsrätt dom den 28 januari 2005 i mål nr M 344-02.  
Miljödomstolens vid Växjö tingsrätt dom den 17 april 2008 i mål nr M 2415-06.  
Miljödomstolens vid Växjö tingsrätt dom den 5 oktober 2010 i mål nr M 4076-09.  
Mark- och miljödomstolens vid Växjö tingsrätt dom den 11 juni 2011 i mål nr M 695-07.  
Mark- och miljödomstolens vid Växjö tingsrätt dom den 30 mars 2012 i mål nr M 987-11.  
Mark- och miljödomstolens vid Växjö tingsrätts dom den 15 september 2015 i mål nr M 2485-15.  
Mark- och miljödomstolens vid Växjö tingsrätt dom den 30 augusti 2016 i mål nr M 2757-15.  
Mark- och miljödomstolens vid Växjö tingsrätt dom den 18 november 2016 i mål nr M 2728-15.  
Mark- och miljödomstolens vid Växjö tingsrätt dom den 23 augusti 2017 i mål nr M 4999-18.  
Mark- och miljödomstolens vid Växjö tingsrätt dom den 24 juli 2019 i mål nr M 917-19.

#### *Vänersborgs tingsrätt*

Mark- och miljödomstolens vid Vänersborgs tingsrätt dom den 16 juli 2010, i mål M 1155-08.  
Mark- och miljödomstolens vid Vänersborgs tingsrätt dom den 7 mars 2013 i mål nr M 2109-11.  
Mark- och miljödomstolens vid Vänersborgs tingsrätt dom den 25 juni 2014 i mål nr M 2036-12.  
Mark och miljödomstolens vid Vänersborgs tingsrätt dom den 17 december 2014 i mål nr M 1130-13.

Mark- och miljödomstolens vid Vänersborg tingsrätt dom den 9 april 2015 i mål nr M 433-15.

Mark- och miljödomstolens vid Vänersborg tingsrätts dom den 9 mars 2018 i mål nr M 1195-17.

Mark- och miljödomstolens vid Vänersborg tingsrätts dom den 5 augusti 2019 i mål nr M 3543-18.

#### *Nacka tingsrätt*

Mark- och miljödomstolens vid Nacka tingsrätt dom den 17 september 2013 i mål nr M 3905-12.

Mark- och miljödomstolens vid Nacka tingsrätts dom den 6 juli 2017 i mål nr M 2046-17.

Mark- och miljödomstolens vid Nacka tingsrätt dom den 17 januari 2018 i mål nr M 2810-17.

Mark- och miljödomstolens vid Nacka tingsrätt dom den 12 november 2018 i mål nr M 6891-17.

#### *Östersunds tingsrätt*

Miljödomstolen i Östersund slutligt beslut den 13 september 2007 i mål nr M 61-07.

Mark- och miljödomstolens vid Östersunds tingsrätt dom den 14 september 2010 i mål nr M 2977-08.

Mark- och miljödomstolens vid Östersunds tingsrätt dom den 6 februari 2017 i mål nr M 2090-16.

#### *Umeå tingsrätt*

Mark och miljödomstolen vid Umeå tingsrätts beslut den 10 oktober 2021 i mål nr M 1888-18.

Regeringsbeslut etc.

Regeringens beslut den 29 juni 2006, M 2004/4159/F/M.

Regeringens beslut den 22 maj 2008, M2006/2007/F/M.

Regeringens beslut den 18 december 2014, M2012/2276/Me.

Regeringens beslut den 1 september 2016, M2015/00021/Ee.

Regeringens beslut den 20 december 2016, M2013/00540/Me.

Regeringens beslut den 7 juni 2018, N 2016/05812/FÖF (*Nord stream*).

Regeringens beslut den 19 juni 2019 i ärendenummer N 2017/06309/BI.

Regeringens promemoria, Svar på formell underrättelse om fullgörandet av skyldigheter enligt artiklarna 3.2 och 4.1 i direktiv 92/43/EEG om bevarande av livsmiljöer samt vilda djur och växter samt artikel 4.1 och 4.2 i direktiv 2009/147/EG om bevarande av vilda fåglar.

#### **Koncessionsnämndens beslut**

Koncessionsnämndens beslut Nr B 297/96 den 20 december 1996, Dnr 241-416-96.

#### **Beslut från övriga myndigheter**

Energimarknadsinspektionens beslut den 15 mars 2010, 2008-103140 (Kriegers Flak).

Länsstyrelsens utpekande den 13 juni 2016, dnr 511-1208-14.

Länsstyrelsen i Östra Götaland, Miljöprövningsdelegationens beslut den 23 februari 2017, dnr 551 2408-10.

Länsstyrelsen i Skånes län beslut den 15 mars 2021, Dnr 521-406-2019.

#### **Havs- och vattenmyndighetens föreskrifter**

HVMAFS 2012:28

## Doktrin

Andersson MH, Öhman MC (2010) Fish and sessile assemblages associated with wind-turbine constructions in the Baltic Sea. *Marine and Freshwater Research* 61: 642–650.

Honniball AN (2016) The Exclusive Jurisdiction of Flag States: A Limitation on Pro-active Port States? *The International Journal of Marine and Coastal Law* 31, s. 499–530.

Backes C, Ackerboom S (2018) Renewable energy projects and species protection. A comparison into the application of the EU species protection regulation with respect to renewable energy projects in the Netherlands, United Kingdom, Belgium, Denmark and Germany. *Utrecht Centre for Water, Ocean and Sustainability Law*, 28 May 2018. [https://www.uu.nl/sites/default/files/res\\_biodiversity\\_a\\_comparison.pdf](https://www.uu.nl/sites/default/files/res_biodiversity_a_comparison.pdf)

Bergström CF et al. (2018) Lissabon Fördraget. Sieps, 2008:11.

Bergström L, Sundqvist F, Bergström U (2013) Effects of an offshore wind farm on temporal and spatial patterns in the demersal fish community. *Marine Ecology Progress Series* 485: 199–210.

Christiernsson A, Michanek G, Nilsson P (2015) Marine Natura 2000 and Fishery – The Case of Sweden. *Journal for european environmental & planning law* 12.

Darpö J (2007) Natura 2000 i Sverige. Del I: Om rättstillämpningen i miljödomstolarna (2007-08 NR 1) och Del II: Om processuella problem i tillämpningen av EG-reglerna (2007-08 NR 2).

Darpö J (2013) Bunge-täkten i Högsta domstolen, Miljöaktuellt 20 juni 2013.

Darpö J, Lindahl H (2015) Vindkraft, fåglar och brister i höjden. Om artskyddet vid prövningen av vindkraftverk – analys, del II. JP Miljönet, 8 oktober 2015.

Darpö J (2020) Hur många fick lov? Och varför fick de andra nobben? Statistik och betraktelser över tillstånd till vindkraft på land och till havs? Working Paper Juridiska Fakulteten Uppsala universitet 2020:1.

Darpö J (2020) Should locals have a say when it's blowing? The influence of municipalities in permit procedures for windpower installations in Sweden and Norway. *Nordisk Miljörättslig Tidskrift* 2020:1, s. 59–79.

Darpö J (2021) Soppa eller soppor i skogen – Om EU-rätten och artskyddet i skogsbruket – Del 1. InfoTorg Juridik-Rättsbanken, 2021-04-07.

Fox AD, IK Petersen (2019) Offshore wind farms and their effects on birds. *Dansk Ornitologisk Forenings Tidsskrift* 113: 86–101.

Haas F, Nilsson L (2018) Inventeringar av rastande och övervintrande sjöfåglar, och gäss i Sverige. Årsrapport för 2017/18. Nationell Miljöövervakning på uppdrag av Naturvårdsverket. Lund. Länk: [https://www.fageltaxering.lu.se/sites/default/files/files/Rapporter/inventeringsjofaglargass2017\\_18.pdf](https://www.fageltaxering.lu.se/sites/default/files/files/Rapporter/inventeringsjofaglargass2017_18.pdf)

Jareborg, N (2004) Rättsdogmatik som rättsvetenskap, SvJT s. 1–10.

Kaldellis J, Zafirakis D (2011) The wind energy (r)evolution: A short review of a long history. *Renewable Energy* 36:1887–1901.

Karlsson M, Kraufvelin P, Östman Ö (2020) Kunskapssammanställning om effekter på fisk och skaldjur av muddring och dumpning i akvatiska miljöer. En syntes av grumlingens dos och varaktighet. Aqua reports 2020:1.

Kleineman, J (2018) Rättsdogmatisk metod i Nääv, M. och Zamboni, M (red) Juridisk metodlära, 2 uppl, Studentlitteratur s. 21–46.

Krämer L (2012) EU Environmental Law.

Krämer L (2018) The EU Directive 2014/89, Establishing a Framework for Maritime Spatial Planning, Journal for European Environmental and planning law, ss. 24–41.

Larsson K (2018) Sjöfåglars utnyttjande av havsområden runt Gotland och Öland: betydelsen av marint områdesskydd, Rapport 2018:2.

<https://www.lansstyrelsen.se/download/18.4e0415ee166afb5932428b24/1543399144502/2018-2%20Sj%C3%B6f%C3%A5glars%20utnyttjande%20av%20havsomr%C3%A5den%20runt%20Gotland%20och%20%C3%96land%20-%20betydelsen%20av%20marint%20omr%C3%A5desskydd.pdf>

Lacal-Aránateguia R, Yustab JM, Domínguez-Navarro JA (2018) Offshore wind installation: Analysing the evidence behind improvements in installation time. Renewable and sustainable energy reviews 92: 133–145.

Malafry M (2016) Biodiversity Protection in an Aspiring Carbon-Neutral Society: A Legal Study on the Relationship between Renewable Energy and Biodiversity in a European Union Context.

Masden EA, Haydon DT, Fox AD, Furness RWM (2010) Barriers to movement: modeling energetic costs of avoiding marine wind farms amongst breeding seabirds. Marine Pollution Bulletin 60: 1085–1091.

Michanek G (2014) One national windpower objective and 290 self-governing municipalities. Renewable Energy Law in the EU: Legal Perspectives on Bottom-up Approaches, eds. M. Peters & T. Schomerus, Edward Elgar.

Michanek G, Zetterberg C (2021) Den svenska miljörätten, 5e upplagan.

Nilsson L (2012) Distribution and numbers of wintering sea ducks in Swedish offshore waters. *Ornis Svecica* 22: s. 39–59. Länk: [https://www.researchgate.net/publication/286370369\\_Distribution\\_and\\_numbers\\_of\\_wintering\\_sea\\_ducks\\_in\\_Swedish\\_offshore\\_waters](https://www.researchgate.net/publication/286370369_Distribution_and_numbers_of_wintering_sea_ducks_in_Swedish_offshore_waters)

Nilsson L (2016) Changes in Numbers and distribution of wintering Long-tailed ducks *Clangula hyemalis* in Swedish waters during the last fifty years. Länk: [https://www.researchgate.net/publication/341593801\\_Changes\\_in\\_numbers\\_and\\_distribution\\_of\\_wintering\\_Long-tailed\\_Ducks\\_Clangula\\_hyemalis\\_in\\_Swedish\\_waters\\_during\\_the\\_last\\_fifty\\_years](https://www.researchgate.net/publication/341593801_Changes_in_numbers_and_distribution_of_wintering_Long-tailed_Ducks_Clangula_hyemalis_in_Swedish_waters_during_the_last_fifty_years) (PDF) Changes in numbers and distribution of wintering Long-tailed Ducks *Clangula hyemalis* in Swedish waters during the last fifty years (researchgate.net)

Palanques A, Guillén J, Puig P (2001) Impact of bottom trawling on water turbidity and muddy sediment of an unfished continental shelf. *Limnology and Oceanography*, 46: 1100–1110.

Pettersson M, Söderström P (2011) Offshore wind power policy and planning in Sweden. *Energy Policy* 39(2), ss. 518–525.

Portman ME, Duff JA, Köppel J, Reisert J, Higgins ME (2009) Offshore wind energy development in the exclusive economic zone: Legal and policy supports and impediments in Germany and the US. *Energy Policy*, Elsevier, vol. 37, s. 3596–3607.

Reubens JT, Maarten DR, Degraer S, Vincx M (2014) Diel variation in feeding and movement patterns of juvenile Atlantic cod at offshore wind farms. *Journal of Sea Research* 85: 214–221.

Scheidat MJ, Tougaard S, Brasseur J, Carstensen T, van Polanen PJ, Teilmann, Reijnders P (2011) Harbour porpoises (*Phocoena phocoena*) and wind farms: a case study in the Dutch North Sea, *Environmental Research Letters* 6: 025102, 2011.

Tegner AH, Egelund OB (2019) Blåst på havet – om beslutningsprocesser för havsvindmøller i Danmark. Miljörätten och den förhandlingsovilliga naturen. Vänbok till Gabriel Michanek. Red. Jan Darpö m.fl, s.13 – 34.

Teilmann J, Carstensen J (2012) Negative long term effects on harbour porpoises from a large scale offshore wind farm in the Baltic—evidence of slow recovery. *Environmental Research Letters*. 6;7(4):045101.

Therivel R, Ross B (2007), *Environmental Impact Assessment Review* 27, s. 365–385.

Tsouvalas A, Metrikine AV (2016) Noise reduction by the application of an air-bubble curtain in offshore pile driving. *Journal of Sound and Vibration* 371: 150–170.

Tsouvalas A (2020) Underwater noise emission due to offshore pile installation: A Review. *Energies* 13: 12.

Tougaard J, Henriksen OD, Miller LA (2009) Underwater noise from three types of offshore wind turbines: Estimation of impact zones for harbor porpoises and harbor seals. *The Journal of the Acoustical Society of America*. 2009 Jun;125(6):3766-73.

Vallejo GC, Grellier K, Nelson EJ, McGregor RM, Canning SJ, Caryl FM, McLean N (2017) Responses of two marine top predators to an offshore wind farm. *Ecology and evolution*. 2017 Nov;7(21):8698-708.

Van Hal R, Griffioen AB, van Keeken OA (2017) Changes in fish communities on a small spatial scale, an effect of increased habitat complexity by an offshore wind farm. *Marine Environmental Research* 126: 26–36.

Van der Meij H, Kastelein R, van Eekelen E, van Koningsveld M (2015) FaunaGuard: a scientific method for deterring marine fauna. *Terra et Aqua* 138: 17–24.

Wärnbäck A, Hilding-Rydevik T (2009) *Environmental Impact Assessment Review* 29, s. 107–115.

Öhman MC, Sigraay P, Westerberg H (2007) Offshore windmills and the effects of electromagnetic fields on fish. *Ambio* 36: 630–633.

### **Havs- och vattenmyndighetens rapporter**

Havs- och vattenmyndigheten (2012). God havsmiljö 2020. Marin strategi för Nordsjön och Östersjön Del 1: Inledande bedömning av miljötillstånd och socioekonomisk analys, Rapport 2012:19.

Havs- och vattenmyndigheten (2018). Marin strategi för Nordsjön och Östersjön 2018–2023. Bedömning av miljötillstånd och socioekonomisk analys, Rapport 2018:27.

Havs- och Vattenmyndigheten (2019), Havsplaner för Bottniska viken, Östersjön och Västerhavet. Förslag till regeringen. Dnr 666-19, 14 mars 2019.

Havs- och vattenmyndigheten (2019), Havsplaner för Bottniska viken, Östersjön och Västerhavet – Statlig planering i territorialhav och ekonomisk zon. Dnr 3628-2019, 16 december 2019.

Havs- och vattenmyndigheten (2021) Åtgärdsprogram för tumlare, *Phocoena phocoena* (Linnaeus, 1758). Rapport 2021:11.

### **Rapporter Naturvårdsverket och Vindval**

Andersson, Sigra P, Persson LKG (2011) Ljud från vindkraftverk i havet och dess påverkan på fisk. Naturvårdsverket Vindval Rapport 6436.

Axenrot, T. och Didrikas, T. (2012) Effekter av havsbaserad vindkraft på pelagisk fisk, Rapport 6481.

Bergström, L., Kautsky, L., Malm, T., Ohlsson, H., Wahlberg, M., Rosenberg, R. & Åstrand, N. (2012) Vindkraftens effekter på marint liv – En syntesrapport, Rapport 6488.

De Jong J, Håstad O, Victorsson J, Ödeen A (2019) Aktivitet av fladdermöss och insekter vid ett vindkraftverk. Naturvårdsverket Rapport 6902.

Hammar L, Wikström A, Börjesson P, Rosenberg R (2008) Studier på småfisk vid Lillgrund vindpark. Effektstudier under konstruktionsarbeten och anläggning av gravitationsfundament. Naturvårdsverkets rapport 5831.

Naturvårdsverkets vägledning (2011) Vägledning för svenska naturtyper i habitatdirektivets bilaga 1, 2110 Fördyner, NV-04493-11.

Naturvårdsverket (2011) Möjligheter till Vindkraftsetablering i Natura 2000-områden, Rapport 6473.

Naturvårdsverkets handbok 2017:1 Förutsättningar för provningar och tillsyn i Natura 2000-områden. Utgåva 1: <https://www.naturvardsverket.se/Om-Naturvardsverket/Publikationer/ISBN/0100/978-91-620-0180-3/>

Nyström S. A. och Christiernsson, A. et al. (2020) Grön infrastruktur i havet – landskapsperspektiv i förvaltningen av Sveriges marina områden, Naturvårdsverkets rapport 6930.

Rydell, J., Ottvall, R., Pettersson S. och Green M. (2017) Vindkraftens påverkan på fåglar och fladdermöss. Uppdaterad syntesrapport 2017. Vindvals rapport 6740.

### **Naturvårdsverkets och Havs- och vattenmyndighetens yttranden**

Naturvårdsverkets yttrande i regeringens ärendenr M2012/00714/Me, den 21 december 2017, ärendenr: NV-07306-17.

Naturvårdsverkets yttrande i regeringens ärendenr: N2017/06309/FÖF, den 17 januari 2019, ärendenr: NV-08688-18.

Naturvårdsverkets yttrande i regeringens ärendenr: M2018/02437/Me, den 26 mars 2020, ärendenr: NV-01414-20.

Naturvårdsverkets yttrande i regeringens ärendenr: M2018/02437/Me, den 12 maj 2021, ärendenr NV-01414-21.

Havs- och vattenmyndighetens yttrande i regeringens ärendenr: M2012/00714/Me, den 19 december 2017, ärendenummer 1920-12, 3216-17.

Havs- och vattenmyndighetens yttrande i regeringens ärendenr: M2018/02437/Me, den 11 maj 2021, ärendenr: 2279-13 M2018/02437.

### **Energimyndighetens rapporter**

Energimyndigheten (2017), Havsbaserad vindkraft – En analys av samhällsekonomi och marknadspotential, Rapport ER 2017:3.

Energimyndigheten (2013) Riksintresse vindbruk 2013, 16 december 2013.

### **Energimarknadsinspektionens rapporter**

Energimarknadsinspektionen (2018), Rapport 2018:06.

### **Internetkällor**

<https://www.dn.se/ekonomi/anders-ygeman-elkunderna-kan-fa-betala-framtidens-havsbaserade-vindkraft/>

[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_19\\_4749](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_4749)

<https://group.vattenfall.com/se/var-verksamhet/vindprojekt/taggen>

<https://group.vattenfall.com/se/var-verksamhet/vindprojekt/kriegers-flak/ansokan-om-andringstillstand>

<https://artfakta.se/naturvard/taxon/phocoena-phocoena-baltic-population--232475>

<https://artfakta.se/naturvard/taxon/phocoena-phocoena-100106>

<https://artfakta.se/naturvard/taxon/gadus-morhua-206142>

<https://artfakta.se/naturvard/taxon/102108>

[https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal\\_en](https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal_en)

[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_20\\_2096](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_2096)

### **Övriga rapporter och vägledningar etc.**

The World Commission on Environment and Development (1987), Our Common Future.

EU-kommissionen (2007), Guidance document on the strict protection of animal species of Community interest under the Habitats Directive 92/43/EEC.

EU-kommissionen (2007), Guidance Document on Article 6 (4) of the Habitats Directive.

EU-kommissionen (2007), Vägledning om strikt skydd för djurarter av intresse för gemenskapen i enlighet med rådets direktiv 92/43/EEG om bevarande av livsmiljöer.

EU-kommissionen (2008), Gemenskapens riktlinjer för statligt stöd till miljöskydd (2008/C 82/01).

Europeiska kommissionen (2010), Grön infrastruktur.

EU-kommissionen (2011) EU Guidance on wind energy development in accordance with the EU nature legislation.



Europeiska kommissionen (2020), 2020/2207 C(2020) 2503 final av den 14 maj 2020.

Europeiska kommissionen (2020), Kommissionens tillkännagivande – Vägledningsdokument om utbyggnad av vindkraft och EU:s naturvårdslagstiftning. C(2020) 7730 final, 18 november 2020.

Helcom, Recommendation 34 E/1, 3 oktober 2013.

SWECO (2017), Havsbaserad vindkraft -potential och kostnader, 31 januari 2017.

Länsstyrelsen (2007) Hummerrevsprojektet Slutrapport. Länsstyrelsens i Västra Götalands Län rapport nr 2007:41.

Förslag till avgörande av generaladvokat Juliane Kokott föredraget den 10 september 2020 i C473/19 och C-474/19, *Skydda skogen*.

Rapporten uttrycker nödvändigtvis inte Naturvårdsverkets ställningstagande. Författaren svarar själv för innehållet och anges vid referens till rapporten.

## Rättsliga förutsättningar för havsbaserad vindkraft

Rapporten innehåller beskrivningar och analyser av juridiska frågor kopplade till havsbaserad vindkraft. Det innefattar vilken lagstiftning som tillämpas i olika delar av havet, tillstånd som krävs och mot vilka miljöbestämmelser prövningen sker. Forskarna analyserar de EU-rättsliga frågor som kan innebära konflikter med utveckling av vindkraft, med fokus på EU:s fågeldirektiv samt art- och habitatdirektivet. I rapporten redogörs för de vanligast förekommande arterna som riskerar att påverkas av havsbaserad vindkraft och rättslig praxis kopplat till dem. Översiktsplanerna och havsplanernas betydelse för den individuella prövningen av havsbaserad vindkraft tas upp i rapporten som även innehåller en diskussion om under vilka förutsättningar vindkraft till havs kan vara ett hållbart alternativ för utbyggnad av förnybar elproduktion i Sverige.

