



SVEA HOVRÄTT
Mark- och miljööverdomstolen
Rotel 060308

DOM
2019-01-21
Stockholm

Mål nr
M 2579-17

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Växjö tingsrätts, mark- och miljödomstolen, dom 2017-03-02 i mål nr M 3847-16,
se bilaga A

PARTER

Klagande

1. AH

2. BH

Samma adress som 1

3. CK

4. MK

Samma adress som 3

Motparter

1. Bygg- och miljönämnden i Torsås kommun
Box 503
385 25 Torsås

2. Windevo AB, 559147-7558

3. Region Gävleborg
Regionkontoret
801 88 Gävle

SAKEN

Beslut om försiktighetsmått på fastigheterna X, Y och Z i Torsås kommun

MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLENS DOMSLUT

Mark- och miljööverdomstolen avslår överklagandena.

Dok.Id 1370137

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 2290 103 17 Stockholm	Birger Jarls Torg 16	08-561 670 00 08-561 675 50 E-post: svea.hovratt@dom.se www.svea.se	08-561 675 59	måndag – fredag 09:00–15:00

YRKANDEN I MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLEN

AH och **BH** samt **CK** och **MK** har yrkat att verken förbjuds.

Windevo AB och **Region Gävleborg**, som numera är ägare till de i målen aktuella vindkraftverken, samt **Bygg- och miljönämnden i Torsås kommun** har motsatt sig att mark- och miljödomstolens dom ändras.

UTVECKLING AV TALAN I MARK-OCH MILJÖÖVERDOMSTOLEN

AH och **BH** har till stöd för sin talan vidhållit vad de tidigare anfört och lagt till bl.a. följande:

Den ringa ändring som mark- och miljödomstolens dom innebär är inte tillräcklig. Det måste till mycket mer för att skydda fladdermöss och andra djurarter som är aktiva i området. Om det överhuvudtaget ska finnas några vindkraftverk i Kvilla ska försiktighetsmålet avseende buller sättas ned till 30 dB(A). Beslutade kontrollprogram och försiktighetsmål är inte tillräckliga för att skydda fladdermössen. Att bolaget har väntat på en reviderad rapport från Naturvårdsverket är irrelevant då målet ska bedömas utifrån vad som gällde vid ansökningstillfället. Barbastellen var en potentiell riskart vid uppförandet av vindkraftverken. Även om det av Naturvårdsverkets rapport skulle framgå att så inte längre är fallet har även sydpipistrell och andra arter registrerats.

CK och **MK** har till stöd för sin talan vidhållit vad de tidigare anfört och lagt till bl.a. följande:

Om försiktighetsprincipen verkligen hade tillämpats hade vindkraftparken redan monterats ned. Det bör gälla ett skyddsavstånd om minst två kilometer mellan vindkraftverk och yngelkoloni för barbastell. Verksamheten strider mot artskydds-förordningen och lokaliseringsprincipen. Eftersom det inte är möjligt att genom föreskrivande av försiktighetsmål undgå konflikt med artskydds-förordningen ska

verksamheten inte tillåtas. Områdets karaktär tillsammans med förekomsten av skyddade fladdermusarter visar att det är helt olämpligt för vindkraftverksamhet. Beslutet är fattat på ett bristfälligt och även felaktigt underlag. Någon alternativ lokalisering har inte redovisats. Förutom barbastell förekommer också den hotade arten sydpipistrell. Den föreskrivna stoppregleringen verkar meningslös eftersom verken har snurrat oavsett hur svag vinden har varit. Ingen biotop- eller naturvärdesbedömning har genomförts i vindparksområdet. Fladdermusexperten, professor IA, har anfört till Torsås kommun att han anser att kommunens kontrollprogram sannolikt innebär bortkastade resurser om det inte kompletteras med data om insektssvärmning.

Nämnden har till stöd för sin talan vidhållit vad man tidigare anfört och lagt till bl.a. följande:

Nämnden har reviderat kontrollprogrammet med anledning av mark- och miljödomstolens dom och har beslutat om fortsatt utredning under två säsonger, 2018 och 2019, för att följa upp om en ökning från 5 m/s till 6 m/s har minskat dödligheten bland större brunfladdermus. Nämnden kan inom ramen för sin tillsyn besluta om nya eller reviderade försiktighetsmått om det skulle behövas. Två av Sveriges främsta fladdermusexperter, IA och JR, har yttrat sig. IA har inte haft några särskilda invändningar avseende innehållet eller inventeringen, men framhåvt vikten av att registrera insektssvärmningar. Lokaliseringen av vindkraft-verken är inte olämplig med beaktande av behovet av skydd för skyddsvärda arter. Risker för fladdermöss kan hanteras inom ramen för det beslutade fladdermusprogrammet samt genom nämndens miljötillsyn av verksamheten.

Windevo AB har till stöd för sin talan anfört bl.a. följande:

Under juni–oktober 2018 genomfördes ännu ett kontrollprogram rörande vindkraft-parkens potentiella påverkan på fladdermusbeståndet i området. Den slutliga rapporten är ännu inte färdigställd men slutsatserna är summerade i en rapport. I rapporten anförs att den tidigare verksamhetsutövaren inte kunnat presentera vind- och driftdata till Torsås kommun under vare sig 2016 eller 2017 för att på så sätt verifiera att den

stipulerade stoppregleringen uppfyllts. Vidare anføres att dödligheten bland framför allt större brunfladdermus förefaller vara högre än förväntat om stoppregleringen fungerat som tänkt. Därför rekommenderas i slutrapporten att kontrollprogrammet fortsätter under ytterligare två år, vilket Torsås kommun också krävt. Inga kadaver har ännu hittats under 2018. I rapporten framhålls att om den stipulerade stoppregleringen följs borde dödligheten reduceras kraftigt om än inte helt. Om den nuvarande stoppregleringen inte fyller sin funktion kan gränserna justeras. Det fortsatta kontrollprogrammet får utvisa om så är fallet. Det finns, med hänsyn till frågan om fladdermöss, inte anledning att avveckla vindkraftparken.

Bolaget har gett in en promemoria från EnviroPlanning AB avseende fladdermöss i Kvilla.

Region Gävleborg har till stöd för sin talan hänvisat till det som Windevo AB har anfört.

REMISSYTTRANDEN I MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLEN

Naturvårdsverket

Det underlag som har getts in i målet är godtagbart för att bedöma verkens påverkan på fladdermöss. Det är dock viktigt att beakta att osäkerhetsfaktorer kan göra att den faktiska dödligheten underskattas. Sannolikt skulle vissa osäkerheter kvarstå även om studierna gjordes betydligt mer omfattande. Med de förutsättningar som legat till grund för studien i aktuellt mål uppgick beräknad dödlighet till 3,5 - 6,5 fladdermöss per verk och år. De arter som påträffades var större brunfladdermus, dvärgpipistrell, nordfladdermus och gråskimlig fladdermus. Konsekvenserna av denna dödlighet är mycket svår att bedöma då det bl.a. saknas uppgifter om populationsstorlekar för de olika förekommande arterna. Uppgifter om populationsstorlekar saknas dock inte bara i denna studie utan i så gott som samtliga fall där påverkan på fladdermöss ska bedömas. Dödligheten påverkas även, och kompliceras, av interaktioner med andra faktorer som är mycket svåra att mäta. Jämfört med andra vindkraftsanläggningar är dödligheten av allt att döma hög men få jämförbara data finns.

I detta fall framgår av utredningen att större brunfladdermus är den art som varit mest olycksdrabbad. Den utgör en högriskart och är tillsammans med gråskimlig fladdermus en av de arter i Sverige som pekats ut som mest utsatt för kollisioner med vindkraftverk. Arten är inte rödlistad men upptagen på bilaga 4 i art- och habitatdirektivet och fridlyst i Sverige. Vad gäller barbastell är den viktigaste faktorn för att undvika negativ påverkan att skydda artens livsmiljöer. Kollisioner med vindkraftverk utgör sannolikt inte något väsentligt problem.

Vindkraftsetableringar är olämpliga i områden där det finns biotoper och landskapselement som är viktiga för fladdermöss. I detta fall utgörs dock själva vindparkområdet av en relativt homogen produktionsskog, dominerad av gran. Det är enligt de genomförda studierna få uppenbara naturvärden förknippade med fladdermöss i verkens närområde. På några kilometers avstånd finns dock mer skiftande landskap med odlingsmark, småbrutna gårdsmiljöer och ett större inslag av ädellövträd, dvs. många för fladdermöss gynnsamma lokaler. Uppenbarligen är miljön invid vindkraftverken också betydelsefull för fladdermössen och sannolikt lockas de dit genom anhopning av insekter. Fladdermöss kan regelbundet söka föda på flera kilometers avstånd från sina kolonier. Sammanfattningsvis går det inte att utesluta att den av vindkraftverken orsakade dödligheten kan utgöra en betydelsefull påverkansfaktor på de berörda fladdermusarternas bestånd, detta med hänsyn tagen till de stora osäkerhetsfaktorer som råder. Åtgärder bör därför vidtas för att minska kollisionsdödligheten och det är positivt med den skärpning som har gjorts av de försiktighetsmått som föreskrevs av nämnden. I och med den ändring som mark- och miljödomstolen har gjort kan föreskrivna försiktighetsmått och åtgärder i huvudsak anses som tillräckliga för att skydda de förekommande fladdermössen. Om det finns tekniska förutsättningar bör dock villkoret om stoppreglering justeras så att varaktigheten av minst tio minuter ändras till den kortare tid som är möjlig.

MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLENS DOMSKÄL

Mark- och miljööverdomstolen beslutade den 4 april 2014 att återförvisa mål nr M 7904-13 och M 10314-13 rörande de nu aktuella vindkraftverken i Kvilla till nämnden för vidare utredning vad gäller behovet av åtgärder till skydd för

fladdermöss. När det gällde verksamhetens miljöeffekter i övrigt ansåg domstolen att utredningen och övriga försiktighetsmått var tillräckliga. Mark- och miljööverdomstolen gör i denna del inte någon annan bedömning nu. Den fråga domstolen har att pröva är därmed om de försiktighetsmått och övriga åtgärder som föreskrivits till skydd för fladdermöss är tillräckliga.

När det först gäller frågan om underlaget i målet är tillräckligt konstaterar Mark- och miljööverdomstolen att Naturvårdsverket har pekat på att det finns osäkerheter i underlaget som kan innebära att den faktiska dödligheten av fladdermöss underskattas. Samtidigt har verket anfört att osäkerheter sannolikt skulle kvarstå även om studierna gjordes betydligt mer omfattande. Mot den bakgrunden anser domstolen att den utredning som finns i målet får godtas som underlag för den prövning som nu ska göras. De osäkerheter som kvarstår och risken för att dödligheten kan vara underskattad får i stället beaktas när behovet av försiktighetsmått eller andra åtgärder övervägs.

De klagande har invänt att platsen är olämplig för uppförande av vindkraftverk med hänsyn till förekomsten av fladdermöss.

För en verksamhet ska en plats väljas som är lämplig med hänsyn till att syftet med verksamheten kan uppnås med minsta intrång och olägenhet för människors hälsa och miljön (2 kap. 6 § miljöbalken). Mark- och miljööverdomstolen har i flera avgöranden anfört att artskyddsförordningen (2007:845) är att se som en precisering av vad som kan följa av de allmänna hänsynsreglerna när det gäller skydd av arter (se t.ex. MÖD 2013:13). Det innebär att domstolen med tillämpning av relevanta fridlysningsbestämmelser i artskyddsförordningen har att bedöma hur skyddade arter påverkas av den planerade verksamheten.

I detta fall riskerar vindkraftverk på den aktuella platsen att påverka flera olika arter av fladdermöss. Samtliga arter skyddas i artskyddsförordningen och i art- och habitatdirektivet (rådets direktiv 92/43/EEG). Domstolen har därmed att överväga om de försiktighetsmått och andra åtgärder som föreskrivits är tillräckliga för att verksamheten ska kunna tillåtas på platsen enligt 2 kap. 6 § miljöbalken.

Av utredningen i målet framgår att kollisioner med vindkraftverk sannolikt inte utgör något betydande problem för barbastell. Det som är av stor vikt för barbastell är i stället att bevara för arten viktiga livsmiljöer, vilka inte finns i vindkraftsområdet. Vad gäller övriga fladdermusarter i området, dvs. större brunfladdermus, dvärgpipistrell, nordfladdermus och gråskimlig fladdermus är risken för dödlighet kopplad till kollisioner med verken. Som framgår av bolagets utredning och av Naturvårdsverkets yttrande förefaller dödligheten bland fladdermöss, särskilt av större brunfladdermus, vid vindkraftparken ha varit hög år 2016 och 2017. Eftersom den tidigare verksamhetsutövaren inte har redovisat någon vind- eller driftdata för dessa år kan det dock inte uteslutas att den höga dödligheten beror på att vindkraftverken har varit igång i strid mot den föreskrivna stoppregleringen.

Naturvårdsverket har bedömt att föreskrivna försiktighetsmått, med den skärpning som mark- och miljödomstolen beslutat om, kan anses tillräckliga för att skydda de förekommande fladdermusarterna. Mot den bakgrunden och eftersom den förhållandevis höga dödligheten kan bero på att tidigare verksamhetsutövare inte följt föreskriven stoppreglering, anser Mark- och miljööverdomstolen att det inte finns anledning att för närvarande förbjuda vindkraftverken eller att besluta om ytterligare försiktighetsmått. I stället bör beslutade försiktighetsmått följas upp ytterligare på det sätt som nämnden beslutat om.

Mark- och miljööverdomstolen förutsätter att verksamhetsutövarna kommer att följa den beslutade stoppregleringen och att nämnden inom ramen för sitt tillsynsansvar enligt 26 kap. 1 § miljöbalken kontrollerar att så sker. Om utredningen skulle utvisa att dödligheten av fladdermöss är fortsatt hög, kan nämnden besluta om ytterligare försiktighetsmått, eller om sådana inte bedöms som tillräckliga, förbjuda verksamheten, se 26 kap. 9 § miljöbalken.

På grund av det som anförts ska överklagandena avslås.

Mark- och miljööverdomstolens dom får enligt 5 kap. 5 § lagen (2010:921) om mark- och miljödomstolar inte överklagas.

I avgörandet har deltagit hovrättsrådet Lars Borg, tekniska rådet Bengt Jonsson, hovrättsråden Malin Wik, referent, och Margaretha Gistorp samt tekniska rådet Mats Kager.

Föredragande har varit Liselotte Haraldsson.



VÄXJÖ TINGSRÄTT
Mark- och miljödomstolen

DOM
2017-03-02
meddelad i
Växjö

Mål nr M 3847-16

KLAGANDE

1. AH

Ombud: BH

2. BH

3. CK

4. MK

MOTPART

1. Bygg- och miljönämnden i Torsås kommun
Kalmarvägen 4
Box 503
385 25 Torsås

2. Greenextreme AB
Fabriksgatan 4
531 30 Lidköping

ÖVERKLAGAT BESLUT

Länsstyrelsen i Kalmar läns beslut från den 9 augusti 2016 i ärende nr 505-1995-2015, se bilaga 1

SAKEN

Beslut om försiktighetsmått på fastigheterna X, Y och Z i Torsås kommun

Dok.Id 389211

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 81 351 03 Växjö	Kungsgatan 8	0470-560 130	0470-560 125	måndag – fredag 08:00-16:00
		E-post: vaxjo.tingsratt@dom.se www.vaxjotingsratt.domstol.se		

DOMSLUT

Mark- och miljödomstolen ändrar länsstyrelsens beslut endast på så sätt att punkt ett i Bygg- och miljönämnden i Torsås kommuns beslut av den 28 januari 2015 får följande lydelse:

1. Stoppreglering ska gälla under perioden 15 juli till 30 september, oavsett temperatur. Stoppregleringen, som innebär att vindkraftverkens rotorerna står stilla, ska utföras när det vid navhöjd blåser mindre än 6 m/s med en varaktighet av minst 10 minuter, under perioden en timme före solnedgång till en timme efter soluppgång. Stoppregleringen ska gälla tills vidare men kan justeras av tillsynsmyndigheten om säkra resultat framkommer via kontrollprogrammet.

På anmodan från Bygg- och miljönämnden ska driftdata kopplat till datum och vindhastighet redovisas för möjlighet till uppföljning av stoppregleringen.

Mark- och miljödomstolen avslår överklagandena i övrigt.

BAKGRUND

Bygg- och miljönämnden i Torsås kommun (nämnden) beslutade den 26 oktober 2009, § 194, att föreskriva försiktighetsmått med anledning av en anmälan enligt miljöbalken om uppförande av fyra vindkraftverk på fastigheten X i Torsås kommun. I beslut den 17 maj 2011, § 70, föreskrev nämnden försiktighetsmått för två tillkommande verk på fastigheterna Y och Z i Torsås kommun. BH överklagade båda besluten till Länsstyrelsen i Kalmar län (länsstyrelsen) som avslog överklagandena. Han överklagade sedan länsstyrelsens beslut till mark- och miljödomstolen som avslog överklagandena i båda målen.

BH överklagade mark- och miljödomstolens båda avgöranden till Mark- och miljööverdomstolen. Mark- och miljööverdomstolen beslutade den 4 april 2014 i mål nr M 10314-13 och M 7904-13 att återförvisa båda målen till nämnden för vidare utredning vad gäller behovet av skydd för fladdermöss. I övrigt avslogs överklagandena.

Nämnden beslutade den 8 maj 2014 att verksamhetsutövaren Greenextreme AB (bolaget) skulle genomföra en inventering av fladdermusförekomsten inom minst 2 km radie från varje vindkraftverk inom anläggningen på fastigheterna X, Y och Z.

Efter att bolaget den 11 september 2014 inkommit med ett förslag till kontrollprogram för fladdermöss beslutade nämnden den 28 januari 2015, 2014/bmn 0272 att förelägga Greenextreme AB om följande försiktighetsmått och åtgärder för vindkraftanläggningen på fastigheterna X, Y och Z.

1. Under perioden från och med den 15 juli till och med den 30 september, från en timme före solnedgång till en timme efter soluppgång, när det under en varaktighet av minst 10 minuter blåser mindre än 5 m/s vid vindkraftverkens navhöjd ska vindkraftverkens rotor stå stilla (s.k. stoppreglering).

På anmodan från Bygg- och miljönämnden ska driftdata kopplat till datum och vindhastighet redovisas för möjlighet till uppföljning av stoppregleringen.

Samt att

2. Med start 1 mars 2015 genomföra kontrollprogram för fladdermöss med följande minimiinnehåll:

- Kontrollprogrammet enligt följande punkter ska genomföras av sakkunnig person eller företag med stor erfarenhet av liknande undersökningar och kompetens att artbestämma samtliga Sveriges fladdermöss.
- Kontrollprogrammet ska pågå under initialt tre år i följd med start år 2015. Bygg- och miljönämnden kan besluta om ytterligare undersökningsperioder under verkens livstid om resultaten inte är entydiga.
- Undersökningsperioden börjar den 1 mars och slutar den 30 oktober. Perioden kan ökas eller minskas efter utvärdering i delrapport för år 1 (2015).
- Undersökning ska ske i navhöjd och bashöjd (2-5 m ovan mark) på tillräckligt många verk för att spegla förutsättningarna för hela gruppen om sex verk, dock minst tre verk.
- Undersökning ska ske genom akustiska inspelningar av fladdermöss varje natt, under hela natten med utrustning som har tidsexpansionssystem.
- Undersökning av insektssvärmningar ska ske vid de vindkraftverk där undersökning av fladdermöss sker, samtliga år.
- Undersökningarna ska innefatta eftersök av dödade fladdermöss samtliga år utom år 1. Eftersök ska ske på morgonen varannan dag under perioder med hög aktivitet av fladdermöss. Delrapport för år 1 ska användas som underlag för att bestämma när aktiviteten är hög. En sökradie lika med verkens totalhöjd ska användas. Om terrängen är svår/omöjlig att genomsöka kan radien minskas, dock till minst 50 meter.
- Kalibreringar för eftersök (sök effektivitet, bortförsl, areal) ska göras år 1 och redovisas i delrapport för år 1. Värdena ska användas för att följande år räkna ut

mörkertalet och estimerat totalt antal dödade fladdermöss med utgångspunkt från fynddata.

- Delrapportering ska lämnas till Bygg- och miljönämnden senast den 15 januari varje år med start år 2016 innehållandes redovisning av aktivitet av samtliga fladdermusarter under hela undersökningsperioden, insektssvärmingar med koppling till aktivitet av fladdermöss, resultat från eftersök, omgivningsbeskrivning för undersökningsplatserna, förslag till korrigeringar av kontrollprogrammet inför kommande undersökningsperiod samt förslag till ändrade eller nya försiktighetsmått.
- Slutrapportering inklusive förslag till fortsatta undersökningar och förslag till nya eller ändrade försiktighetsmått redovisas för Bygg- och miljönämnden senast den 28 februari år 2018.

Samt att

3. Senast 4 veckor från mottagande av detta beslut redovisa en detaljerad plan framtagen av den sakkunniga person/företag som ska genomföra kontrollprogrammet enligt punkt 2 där följande uppgifter framgår:

- Detaljredovisning av genomförande av kontrollprogram enligt punkt 2.
- Redogörelse av den tekniska kapaciteten hos den som ska utföra kontrollprogrammet och erfarenhet av liknande undersökningar under motsvarande tidsrymder.
- Redogörelse för vilken utrustning som ska användas.
- Redogörelse för hur insamling av vinddata ska ske.
- Redogörelse för vilka vindkraftverk som ska undersökas med motivering för varför de anses vara representativa för hela gruppen om sex verk.
- Redogörelse för hur undersökning av insektssvärming ska ske (period, metod, frekvens byte av fällor, artbestämning etc.).

Baserat på de årliga delrapporteringarna kan Bygg- och miljönämnden besluta om justeringar av kontrollprogrammet inför kommande säsong.

Bygg- och miljönämnden kan under pågående, eller efter avslutad kontrollprogramsperiod besluta om nya eller ändrade försiktighetsmått för verksamheten.

Bygg- och miljönämnden förordnade även att beslutet ska gälla även om det överklagas.

Nämndens beslut överklagades till Länsstyrelsen i Kalmar län (länsstyrelsen) av A och BH, S och CR och M och CK. Länsstyrelsen ändrade nämndens beslut endast på så sätt att följande försiktighetsmått skrevs in i kontrollprogrammet:

Stoppreglering ska inträda vid <6 m/s under perioden 15 juli till 30 september oavsett temperatur. Stoppregleringen bör utföras när det varaktigt blåser <6 m/s under 10 minuters tid vid navhöjd från en timme före solnedgång till en timme efter soluppgång. Stoppregleringen ska gälla tills vidare men kan justeras av tillsynsmyndigheten om säkra resultat framkommer via kontrollprogrammet.

Länsstyrelsens beslut har nu överklagats till mark- och miljödomstolen av A och BH och M och CK.

Mark- och miljödomstolen har idag även meddelat dom i mål P 3137-16 avseende bygglov för vindkraftverk på fastigheterna X, Y och Z.

YRKANDEN M.M.

A och BH yrkar, som det får förstås, att mark- och miljödomstolen ska undanröja länsstyrelsens och nämndens beslut och förbjuda vindkraftverksamheten på fastigheterna X, Y och Z. Till stöd för yrkandet anförs i huvudsak följande.

Då ärendet tagits enligt försiktighetsprincipen anser A och BH att kommunen brustit i sin roll som tillsynsmyndighet. Att sedan länsstyrelsen inte tagit ärendet med ett större ansvar än som gjorts genom olika beslut är bara att beklaga. Då inte kommunen tagit sitt ansvar enligt de lagar som gäller är det länsstyrelsens skyldighet att se till att lagarna följs, vilket inte skett i detta ärende.

Eftersom uppgifterna om att det fanns fladdermöss i området var kända av myndigheterna redan 2005 var det redan då att betrakta som ett högriskområde.

Efter inventeringen av fladdermöss 2014, då det framkom uppgifter om ytterligare en rödlistad art (pipistrell) samt åtta andra arter av fladdermöss, stärktes A och BHs synpunkter om att Kvilla är ett högriskområde för fladdermöss ytterligare. Projektet bryter mot artskyddsförordningen.

Det finns inga som helst förmildrande omständigheter till att låta verken fortsätta finnas på den plats de idag är placerade bara för att bolaget föregått lagen och mycket pengar står på spel.

I länsstyrelsens beslut kan utläsas att B och AH inte överklagade det slutliga beslut som meddelades av Mark- och miljödomstolen i Växjö den 2 juni 2016. Skälet till detta var att domstolen i sitt beslut skrev att de saknade rätt att överklaga beslutet enligt bestämmelserna i 16 kap. 12 § MB. Domstolens uppfattning grundade sig på att länsstyrelsens beslut att avslå yrkandet om inhibition inte gick A och BH emot.

Inte heller denna gång tar länsstyrelsen sitt ansvar, utan går på kommunens linje och bedömer att stoppreglering tillsvidare är ett väsentligt försiktighetsmått för att skydda fladdermössen. Länsstyrelsens motiveringar till att låta verken fortsätta snurra är inte på något sätt övertygande då de endast baseras på bedömningar och då ordet tillsvidare ofta används i länsstyrelsens beslut. Detta övertygar inte, utan det krävs fakta.

A och BHs uppfattning är att det inte är tillräckligt med de åtgärder som framgår av länsstyrelsens beslut. Många fladdermöss har förmodligen fått sätta livet till och A och BH kan inte bo i sitt hus på grund av de negativa konsekvenserna från verken. Verksamheten kan inte tillåtas på denna plats.

Alla länsstyrelsens bedömningar borde undersökas innan beslut tas. Detta är en skyldighet mot människor, djur och övrig miljö.

C och MK yrkar att mark- och miljödomstolen ska förbjuda fortsatt vindkraftverksamhet på fastigheterna X, Y och Z i Torsås kommun. Till stöd för sitt yrkande har de i huvudsak anfört följande.

Länsstyrelsens beslut

Länsstyrelsen har i sitt beslut valt att ändra nämndens beslut om försiktighetsmått endast på så sätt att ett försiktighetsmått om stoppreglering ska skrivas in i kontrollprogrammet för vindkraftverksamheten på fastigheterna X, Y och Z i Torsås kommun.

Länsstyrelsen har konstruerat sitt beslut och utformat sina beslutsskäl på så sätt att man i sak och i bedömning inte bemöter eller tar upp det som är väsentligt för att utforma ett objektivet beslut såsom exempelvis de grundläggande frågorna om artskydd. Länsstyrelsens beslut är därför inget objektivet beslut utan ett i sak och utifrån länsstyrelsens bedömningar subjektivt anpassat beslut.

Artskydd och fladdermöss

Länsstyrelsen har i beslut, daterat 2014-10-24 med dnr 500-6587-2014, skrivit bl.a. följande vad avser fladdermöss i förhållande till vindkraftverken på fastigheterna X, Y samt Z

”Länsstyrelsen bedömer att förekomsten av fladdermöss i närheten till den aktuella vindkraftparken innebär att det finns en beaktansvärd risk för att fridlysta arter och deras fortplantningsområden eller viloplatsen kan komma att skadas på ett sätt som

är oförenligt med 4 § p 1, 2 och 4 artskyddsförordningen (2007:845) (jfr bl.a. Mark- och miljööverdomstolens dom 2013-04-11, M 7865-12).”

Artskyddsförordningens bestämmelser bygger på miljöbalkens bemyndigande att utfärda regler till skydd för hotade djur- och växtarter. Genom artskyddsförordningen har en väsentlig del av bestämmelserna i EU:s fågeldirektiv och habitatdirektiv genomförts i svensk lagstiftning. Förordningen omfattar dels de arter som skyddas enligt de båda direktiven, dels vissa andra vilt levande arter som är hotade i Sverige.

Trots att länsstyrelsen i sitt beslut anger att så kallad stoppreglering kan föreskrivas som försiktighetsmått så uppger länsstyrelsen i yttrande till domstolen i mål nr M 1006-13, som avser tillstånd till att driva gruppstation för vindkraftverk på fastigheterna C m.fl. i närheten av Kvilla, tre skäl till varför en buffert- eller skyddszon inte med enkelhet kan ersättas med stoppreglering. Domstolen skriver i sin dom i mål nr M 1006-13 bl.a. att ”Domstolen bedömer i likhet med miljöprövningsdelegationen att det inte framkommit tillräckliga skäl att frånga den av den sakkunnige föreslagna skyddszonen om ca två kilometer. Eftersom barbastellen är en art som Sverige har åtagit sig att skydda och det finns en reell risk för att barbasteller, och andra skyddsvärda fladdermöss, dödas eller störs av de planerade vindkraftverken, kan lokaliseringen av vindkraftverk inom denna zon, med hänsyn till försiktighetsprincipen enligt 2 kap 6 § och 3 kap 1 § miljöbalken, inte anses lämpligt. Det har enligt domstolens bedömning inte visats att det är möjligt att genom försiktighetsmått såsom stoppreglering förebygga, hindra eller motverka att den sökta verksamheten medför skada eller olägenhet för den hotade och skyddsvärda arten, med hänsyn till de beteenden hos barbastell som länsstyrelsen har framhållit.” ”Domstolen konstaterar också att den till ansökan fogade miljökonsekvensbeskrivningen saknar redogörelse för alternativa lokaliseringar, vilket i sig är en avgörande brist. Härigenom har sökanden inte heller visat att det inte finns platser, nära eller på större avstånd, där den inte tillståndsgivna delen av verksamheten kan bedrivas med mindre intrång och risk för störning.”

Länsstyrelsen skriver i sitt beslut att ”Länsstyrelsen bedömer att denna korrigerande av försiktighetsmålet om stoppreglering är tillräcklig i nuläget med avseende på de skyddade arter som finns i området.” Länsstyrelsen gör här en total felbedömning då man anser att korrigeringen av försiktighetsmålet om stoppreglering skulle vara tillräckligt med avseende på de skyddade arter som finns i området.

Domstolen skriver i sin dom i mål nr M 1006-13 att ”det har enligt domstolens bedömning inte visats att det är möjligt att genom försiktighetsmål såsom stoppreglering förebygga, hindra eller motverka att den sökta verksamheten medför skada eller olägenhet för den hotade och skyddsvärda arten, med hänsyn till de beteenden hos barbastell som länsstyrelsen har framhållit.”

Vidare skrev länsstyrelsen i beslut, daterat 2014-10-24 med dnr 500-6587-2014, bl.a. följande vad avser fladdermöss i förhållande till vindkraftverken på fastigheterna X, Y samt Z. ”Länsstyrelsen bedömer att förekomsten av fladdermöss i närheten till den aktuella vindkraftparken innebär att det finns en beaktansvärd risk för att fridlysta arter och deras fortplantningsområden eller viloplatsen kan komma att skadas på ett sätt som är oförenligt med 4 § p 1, 2 och 4 artskyddsförordningen (2007:845) (jfr bl. a. Mark- och miljööverdomstolens dom 2013-04-11, M 7865-12).” Detta ger oss den slutsatsen att stoppreglering inte är ett verksamt försiktighetsmål gentemot den rödlistade och skyddade fladdermusarten barbastell samt att vindkraftverksamheten inom fastigheterna X, Y samt Z med stor sannolikhet inte är i överensstämmelse med artskyddsförordningens bestämmelser.

Skyddsavstånd, stoppreglering, begreppet avsiktlighet samt dispens

Ett ställningstagande om begreppet avsiktligt är vad vi kan förstå helt avgörande för att kunna bedöma om det krävs dispens, (se prejudicerande domar från EU-domstolen i mål nr C-103/00, daterad 30 januari 2002, och mål nr C221/04, daterad 18 maj 2006).

IA har uttalat sig om stoppreglering i samband med prövningen av Strömby vindkraftpark enligt följande. ”Till viss del kan en så kallad stoppreglering av vindkraftverken - att man under vissa perioder stänger av vingarnas rörelser - vara en tillräcklig bra skyddsåtgärd för utsatta arter. Det här gäller dock inte för barbastell. Barbastellen flyger nämligen upp till ett avstånd om fyra kilometer från koloniplatserna, men flygningarna är betydligt vanligare i närområdet. Det är därför rimligt att en skyddszon på åtminstone två kilometer används.” Sakkunnigutlåtandet av IA inkom redan 2011-03-22.

IA och JR delar uppfattningen om 2 km-regeln

IA kommenterar Vindvals syntesrapport enligt följande. "Vindvals (Naturvårdsverket och Energimyndigheten) syntesrapport om vindkraftens effekter på fladdermöss och fåglar som just utkommit rekommenderar 2 km-regeln. JR som författat avsnittet om fladdermöss delar min uppfattning att stoppreglering kan vara effektiv men bör inte ersätta hänsynsgränsen 2 km för barbastell."

IA som tagit fram Naturvårdsverkets "Åtgärdsprogram för barbastell 2015 - 2019" beskriver bl.a. att barbastell flyger över trädkronorna varför stoppreglering inte är en tillräcklig skyddsåtgärd. Fri flygzon saknas i Kvilla mellan trädtoppar och rotorblad i lägsta läge.

I Naturvårdsverkets åtgärdsprogram för barbastell står att "i Frankrike har man med hjälp av ballong och detektor påvisat att barbasteller flyger över trädkronorna (Dürr 2012). I den största handboken om Europeiska fladdermöss (Dietz m.fl. 2007, 2011) konstateras också att barbastell ofta jagar över trädkronorna."

Inventerarens bedömning år 2014 om barbastell genomförd av Ecocom

Inventeraren gör bedömningen att det finns en eller flera kolonier av barbastell runt Kvilla vindkraftpark samt att barbastellens jaktområde är där vindkraftverken byggts. Bedömningen var även att det kan finnas en koloni av arten sydpipistrell som det bara finns en enda tidigare känd koloni av i Sverige. Inventeraren gör också bedömningen att om vindkraftparken inte varit byggd skulle det varit ett skyddsav-

stånd på 2 km från kolonierna enligt praxis. Skyddsavstånd på minst 2 km från närmaste koloni och jaktområde innebär att Kvilla vindkraftparks lokalisering är omringad av barbastellens boplatser och att jaktområdet är där vindkraftparken är lokaliserad.

Lövtunnlar

Området i Kvilla med omnejd är rikt på lövtunnlar med närhet till skogsbeten som också är en miljö som barbastellen enligt åtgärdsprogrammet föredrar. Detta talar också emot nuvarande lokalisering av vindkraftparken i Kvilla.

Mark- och miljödomstolen vid Östersunds tingsrätt

Mark- och miljödomstolen vid Östersunds tingsrätt har i dom i mål nr M 1394-14 daterad 2015-09-10 klargjort att då det inte är möjligt att genom föreskrivande av försiktighetsmått och skyddsåtgärder undgå konflikt med artskyddsförordningen ska verksamheten inte tillåtas. Domen stod sig i högre instans då prövningstillstånd inte meddelades enligt protokoll hos Mark- och miljööverdomstolen i mål nr M 8453-15 daterat 2015-11-19 och 2015-11-30.

Fladdermusinventeringen har inte utförts enligt absoluta krav

Länsstyrelsens har i det beslut vi nu överklagar inte tagit ställning i sak till om fladdermusinventeringen utförts enligt kommunens absoluta krav samt vad detta må få för konsekvenser. Domstolen bör därför ta ställning till vad som anförts i detta avseende.

Otillräckliga och undermåliga ansökningshandlingar

Nämnas bör också att varken besluten om bygglov eller besluten i ärenden om C-anmälan enligt 9 kap. miljöbalken inte innehöll några utredningar vare sig om alternativa lokaliseringar, kulturmiljö, artskydd (fladdermöss och fåglar) eller att informationen till särskilt berörda i stort uteblev.

Hade Torsås kommun och sökanden sett till att underlagen i ansökningshandlingarna varit mer kompletta och fullgoda för beslut samt att särskilt

berörda hade informerats i godtagbar omfattning hade med all säkerhet ett annat utfall skett i prövningen av vindkraftsetableringen.

Sammanfattning

Torsås kommun menar att Mark- och miljööverdomstolen i prövningen av andra vindkraftverk har klargjort att vindkraft inte innebär ett avsiktligt dödande eller störande enligt artskyddsförordningen (domar 2014-12-22 i M 2920-14 och M 4937-14). Ett ställningstagande om begreppet avsiktligt är vad vi kan förstå helt avgörande för att kunna bedöma om det krävs dispens.

Det är absolut nödvändigt att prövande myndighet/domstol tar ställning till om det som sker i Kvilla är att betrakta som avsiktlighet eftersom bolaget byggde först och gjorde fladdermusinventering först efter att verken uppförts och dessutom under pågående verksamhet trots att alla inblandade i ärendet visste om att barbastell finns i området utifrån länsstyrelsens egna inventeringar genomförda redan 2005. Länsstyrelsen har inte tagit ställning till om det som sker i Kvilla är avsiktligt och därmed otillåtet, om verksamheten kväver dispens och om sådan kan medges.

Länsstyrelsen har även frångått skyddsavstånd enligt praxis på minst 2 km i strid med inventerarens sakkunniga bedömning enligt vilken det skulle ha varit ett skyddsavstånd på 2 km om vindkraftverken inte varit uppförda.

DOMSKÄL

Mark- och miljödomstolens prövning

Mark- och miljööverdomstolen har i avgöranden den 4 april 2014 i mål nr M 7904-13 och M 10314-13 beslutat att återförvisa målen rörande de aktuella vindkraftverken till nämnden för vidare utredning vad gäller behovet av åtgärder till skydd för fladdermöss. Vad avsåg övriga delar av överklagandena ansåg Mark- och miljööverdomstolen att utredningen och meddelade försiktighetsmått var tillräckliga. Mark- och miljödomstolen finner inte skäl att göra någon annan bedömning.

Den fråga som mark- och miljödomstolen har att pröva är huruvida de försiktighetsmått och åtgärder som föreskrivits till skydd för fladdermöss är tillräckliga.

Artskydd

I 4 § artskyddsförordningen (2007:845) föreskrivs att i fråga om vilda fåglar och sådana vilt levande djurarter som i bilaga 1 till förordningen har markerats med N eller n, är det förbjudet att bl.a. avsiktligt fånga eller döda djur och att avsiktlig störa djur, särskilt under djurens parnings-, uppfödning-, övervintrings- och flyttperioder.

Av den inventering som utförts framgår att det i området finns skyddade fladdermusarter och att vindkraftverk kan utgöra en risk för dessa fladdermöss. Emellertid står det klart att bolagets avsikt med vindkraftetableringen inte är att döda eller störa fladdermössen i området. Därtill har nämnden, efter förslag från bolaget, utformat försiktighetsmått samt ett kontrollprogram med syfte att samla in kunskaper om fladdermössen i området för att vid behov kunna besluta om nya försiktighetsmått för verksamheten. Därav kan bolaget inte anses ha uppfört vindkraftverken med likgiltighet inför förbudet i artskyddsförordningen (jfr Mark- och miljööverdomstolens dom 2014-12-22 i mål nr M 2920-14). Mark- och miljödomstolen anser därför att vindkraftetableringen inte utgör ett avsiktligt dödande eller störande av fladdermöss och att den därför inte kan anses strida mot bestämmelserna i artskyddsförordningen.

Mark- och miljödomstolen gör följande bedömning.

Länsstyrelsen har beslutat att försiktighetsmått avseende stoppreglering skrivs in i kontrollprogrammet. Emellertid får det anses framgå av skälen till länsstyrelsens beslut att avsikten varit att ändra nämndens beslut på så sätt att försiktighetsmålet i punkt ett får annan lydelse.

Mark- och miljödomstolen instämmer i länsstyrelsens bedömning att de försiktighetsmått och åtgärder som föreskrivits av nämnden, med länsstyrelsens ändring, är tillräckliga med beaktande av att det finns möjlighet att i framtiden korrigera försiktighetsmåten om det behövs. Emellertid anser domstolen att ordet ”bör” i det av länsstyrelsen formulerade försiktighetsmålet ska ersättas med ”ska”. Dessutom har domstolen gjort mindre språkliga justeringar, med den lydelse som framgår av domslutet.

Sammanfattning

Sammantaget anser mark- och miljödomstolen att det inte framkommit skäl att förbjuda vindkraftanläggningen och att de föreskrivna försiktighetsmåten är tillräckliga. Vad de klagande har anfört i övrigt föranleder ingen annan bedömning.

Överklagandena ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 2 (DV 427)

Överklagande senast den 23 mars 2017.

Marie Gerrevall

Mats Käll

I domstolens avgörande har deltagit rådmannen Marie Gerrevall, ordförande, och tekniska rådet Mats Käll. Föredragande har varit beredningsjuristen Ida Lauridsen.