



## ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Växjö tingsrätts, mark- och miljödomstolen, dom 2022-04-20 i mål nr M 6246-20, se bilaga A

## PARTER

### Klagande

1. Västerviks kommun  
593 80 Västervik

Ombud: Advokat A.L och biträdande jurist K.T

2. Länsstyrelsen i Kalmar län  
391 86 Kalmar

3. BirdLife Sverige

4. Tjust Fågelklubb

5. G.A

6. A.B

7. P.C

8. C.V

9. I.E

10. Y.E

11. K.G

12. R.Z

13. L.J

14. L.L

**Motpart**

Statkraft Vind AB

Ombud: Advokat I.S

**SAKEN**

Tillstånd till gruppstation med vindkraftverk på fastigheten A m.fl. i Västerviks kommun

---

**MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLENS DOMSLUT**

1. Mark- och miljööverdomstolen avvisar Västerviks kommuns talan i den del som avser överklagande av beslutet att bevilja tillstånd för de 16 vindkraftverk som gavs tillstånd genom Länsstyrelsen i Kalmar läns, miljöprövningsdelegationen, beslut den 17 november 2020, dnr 551-9528-18.

2. Med ändring av mark- och miljödomstolens dom upphäver Mark- och miljööverdomstolen Länsstyrelsen i Kalmar läns beslut den 17 november 2020, dnr 551-9528-18, samt avslår ansökan om tillstånd.
-

## BAKGRUND

Statkraft Vind AB (bolaget) har ansökt om tillstånd för gruppstation med maximalt 26 vindkraftverk på fastigheten A m.fl. i Västerviks kommun. Kommunfullmäktige i Västerviks kommun (kommunen) beslutade den 25 november 2019 att tillstyrka vindkraftsetableringen i dess helhet.

Den 17 november 2020 beslutade miljöprövningsdelegationen vid Länsstyrelsen i Kalmar län att lämna tillstånd för en gruppstation med maximalt 16 vindkraftverk. Beslutet överklagades till mark- och miljödomstolen av bolaget och flera privatpersoner.

Den 22 november 2021, under målets handläggning i mark- och miljödomstolen, beslutade kommunen att upphäva sitt tidigare beslut om tillstyrkande av vindkraftsetableringen. I beslutet angavs att detta innebär att det inte längre finns något kommunalt tillstyrkande för etableringen enligt 16 kap. 4 § miljöbalken.

Mark- och miljödomstolen dömde i målet den 20 april 2022 och beslutade bl.a. att lämna tillstånd till bolaget att uppföra ytterligare sex vindkraftverk.

## YRKANDEN I MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLEN

**Kommunen** har yrkat att Mark- och miljööverdomstolen i första hand ska avslå bolagets ansökan i dess helhet. I andra hand har kommunen yrkat att ansökan ska avslås såvitt avser de sex vindkraftverk som beviljades tillstånd i mark- och miljödomstolen.

**Länsstyrelsen i Kalmar län** har yrkat att Mark- och miljööverdomstolen ska upphäva mark- och miljödomstolens dom och fastställa miljöprövningsdelegationens beslut.

**BirdLife Sverige** och **Tjust Fågelklubb** har yrkat att Mark- och miljööverdomstolen ska avslå bolagets ansökan i dess helhet.

**G.A, A.B, P.C, C.V, I.E, Y.E, K.G, R.Z** och **L.L** har yrkat att Mark- och miljööverdomstolen ska upphäva mark- och miljödomstolens dom och återförvisa målet till mark- och miljödomstolen för ny prövning.

**L.J** har begärt att Mark- och miljööverdomstolen ska upphäva mark- och miljödomstolens dom.

**Bolaget** har motsatt sig ändring av mark- och miljödomstolens dom.

### UTVECKLING AV TALAN I MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLEN

**Kommunen** har anfört i huvudsak följande. Enligt praxis är det möjligt för en kommun att ändra sitt beslut om tillstyrkande under en pågående tillståndsprocess. Kommunen har inte någon skyldighet att motivera ett sådant beslut och det saknas laglig grund för att göra en lämplighetsbedömning av kommunens beslut om att inte längre tillstyrka ansökan, så som mark- och miljödomstolen gjort.

Kommunens beslut om att upphäva det tidigare tillstyrkandet av vindkraftsetableringen har vunnit laga kraft. Det innebär att det inte finns något kommunalt tillstyrkande i målet, varför inget tillstånd ska lämnas. Kommunens ståndpunkt avseende tillstyrkandet ska beaktas under den tid verksamhetens tillåtlighet är föremål för prövning, oavsett vilken instans som är prövningsmyndighet och vilken part som överklagat ett meddelat beslut. Mark- och miljödomstolens bedömning att 16 kap. 4 § miljöbalken endast är tillämplig vid prövningen av tillståndsfrågan i första instans saknar såväl lagstöd som stöd i förarbetsuttalanden. Det som den överprövande myndigheten har att beakta är huruvida kommunalt tillstyrkande finns vid tidpunkten för prövningen av verksamhetens tillåtlighet.

Beslut om kommunalt tillstyrkande kan överklagas genom laglighetsprövning. Utgångspunkten är att sådana beslut saknar rättskraft och att även lagakraftvunna beslut kan ändras eller återkallas. Det finns inte någon anledning att frånga den

huvudregeln i detta fall. Eftersom beslut om tillstyrkande saknar direkt rättsverkan för enskilda är de inte att betrakta som gynnande förvaltningsbeslut. Den som ska ansöka om tillstånd kan inte förvänta sig rättigheter innan ett tillstånd har meddelats och vunnit laga kraft. Med hänsyn till att tillstyrkandet inte har rättsverkan för enskilda och att tillståndet aldrig har vunnit laga kraft, har kommunens återkallelse inte någon tillbakaverkande kraft. Beslutet innebär inte heller någon nackdel för någon kommunmedlem. Beslutet att återkalla tillstyrkandet strider därför inte mot retroaktivitetsförbudet i 2 kap. 4 § kommunallagen (2017:725).

Regleringen av kommunalt tillstyrkande ger inte upphov till flera tolkningsalternativ. Det framgår tydligt av lagstiftningen att tillstånd endast får lämnas om kommunen tillstyrkt vindkraftsanläggningen. Därutöver finns rättspraxis och utredningar som konstaterat att kommuner har möjlighet att ändra inställning i fråga om tillstyrkande. Därmed lämnar den nationella rätten inte utrymme för en sådan direktivkonform tolkning som bolaget förordar. Även om det hade funnits osäkerhet rörande tolkningen av 16 kap. 4 § miljöbalken framgår det inte heller några konkreta krav i Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2018/2001 av den 11 december 2018 om främjande av användningen av energi från förnybara källor (förnybartdirektivet) som beslutet om återkallande av tillstyrkandet kan anses stå i strid med.

Miljöprövningsdelegationen meddelade endast tillstånd till 16 vindkraftverk. Eftersom det vid mark- och miljödomstolens prövning inte fanns något tillstyrkande har det i vart fall inte förelegat förutsättningar för att mark- och miljödomstolen att genom ändring av miljöprövningsdelegationens beslut meddela tillstånd till ytterligare sex vindkraftverk.

**Länsstyrelsen, BirdLife Sverige och Tjust Fågelklubb** har anfört i huvudsak detsamma som i mark- och miljödomstolen.

**G.A, A.B, P.C, C.V, I.E, Y.E, K.G, R.Z, L.J** och **L.L** har anfört i huvudsak följande. Det saknas förutsättningar att lämna tillstånd till vindkraftsanläggningen eftersom

kommunen har beslutat att upphäva det tidigare tillstyrkandet. Tillståndet kommer medföra att närliggande fastigheter sjunker i värde. På grund av de kraftverk som godkändes genom mark- och miljödomstolens dom kommer de att drabbas av störande buller, skadligt infraljud och skuggning. Eftersom man inte vet tillräckligt om skadeverkningarna av vindkraft bör man inte godkänna uppförande av nya kraftverk. De närboende har inte fått tillräcklig information om projektet, vilket har medfört att man inte har överklagat. Västra delen av etableringsområdet är inte lämpligt för vindbruk på grund av fågellivet.

**K.G** och **R.Z** har därutöver även gjort gällande att en av de särskilda ledamöterna vid mark- och miljödomstolen var jävig eftersom hen är närstående till en chefsdomare vid mark- och miljödomstolen.

**Bolaget** har anfört i huvudsak detsamma som i mark- och miljödomstolen med bl.a. följande tillägg och förtydliganden. Av förarbetena till 16 kap. 4 § miljöbalken framgår att lagstiftaren inte haft avsikten att på något sätt utöka kommunens inflytande vid införandet av bestämmelsen. Att tillåta kommunen att återkalla ett tillstyrkande när som helst under processen skulle därför strida mot bestämmelsens syfte, eftersom det skulle innebära att kommunen får ett betydligt större inflytande över processen än vad som var fallet tidigare, då kommunen utövade sitt inflytande genom planläggning och bygglov. I förarbetena anges vidare att det är viktigt att en kommun som är negativ till etablering av vindkraft redan under samrådsprocessen enligt 6 kap. miljöbalken tydligt ska redogöra för sin uppfattning, eftersom verksamhetsutövaren annars riskerar att dra på sig kostnader i onödan. Motiven visar därför också att lagstiftaren haft intentionen att lämnade tillstyrkanden inte kan dras tillbaka sent i processen.

Om Mark- och miljööverdomstolen skulle komma fram till att en kommun har möjlighet att återta ett tidigare tillstyrkande sent i en tillståndsprocess skulle det vara problematiskt ur ett rättssäkerhetsperspektiv. Att projektera och etablera vindkraftsanläggningar är en process som tar lång tid och innebär stora kostnader för verksamhetsutövaren. Detta gäller särskilt under tillståndsprocessen. Om kommunen först lämnar beslut om tillstyrkande, men sedan sent i processen återkallar tillstyrkandet och då avbryter processen, får det till följd att den enskilde verksamhetsutövaren får bära

kostnaden för detta. En sådan ordning är varken rättssäker eller förenlig med principen om gynnande förvaltningsbesluts orubblighet och förbudet mot retroaktiv lagstiftning. Detta gäller i synnerhet i den nu aktuella situationen med anledning av att kommunen inte heller har överklagat tidigare beslut.

Att tillåta kommunen att ändra sitt tillstyrkande när som helst under processen skulle strida mot målen i förnybartdirektivet och bestämmelserna i direktivets artikel 15 som föreskriver ett förenklat och förutsebart administrativt förfarande. Bestämmelsen i 16 kap. 4 § miljöbalken är allmänt hållen. En direktivkonform tolkning av bestämmelsen ger tydligt uttryck för att ett tillstyrkande inte ska kunna återkallas när som helst under en pågående process.

De genomförda ljudberäkningarna har visat att de föreslagna villkoren avseende buller utomhus kan innehållas. Även skuggning och hindersbelysning regleras i villkor. Det som har anförts av närboende rörande infraljud saknar vetenskapligt stöd, och det infraljud som vindkraft ger upphov till uppgår inte till en nivå som påverkar människor. Det finns inte heller någon entydig bild av att en vindkraftspark påverkar fastighetspriserna i området. Om det ändå skulle bli en sådan påverkan kan en sådan skada regleras som oförutsedd skada enligt 32 kap. miljöbalken.

## **MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLENS DOMSKÄL**

### **Talerätt**

Enligt 22 kap. 6 § andra stycket miljöbalken får en kommun i ansökningsmål i miljödomstol föra talan för att tillvarata miljöintressen och andra allmänna intressen inom kommunen. Bestämmelsen ska enligt 19 kap. 5 § 5 miljöbalken även tillämpas vid prövningen av miljöfarlig verksamhet i ärenden som prövas av länsstyrelser och kommuner.

Rätt att klaga på en överprövande instans beslut förutsätter att ett överklagande har skett hos den första instans där parten har haft möjlighet att klaga (se RÅ 2002 ref. 58 och NJA 2007 s. 786).



Kommunen har inte överklagat miljöprövningsdelegationens beslut att meddela tillstånd för 16 vindkraftverk till mark- och miljödomstolen. Kommunen har därför inte rätt att överklaga mark- och miljödomstolens dom i den del som avser dessa vindkraftverk till Mark- och miljööverdomstolen. Kommunens överklagande ska därför avvisas i den delen.

Det beviljade tillståndet har utökats med sex vindkraftverk genom mark- och miljödomstolens dom. Mark- och miljööverdomstolen bedömer att kommunen har rätt att överklaga detta beslut och tar därför upp kommunens överklagande till prövning i den delen.

### **Jäv**

Mark- och miljööverdomstolen anser inte att det som har framkommit om att en av de särskilda ledamöterna i mark- och miljödomstolen är närstående till en chefsrådman vid samma domstol innebär att det har förekommit jäv. Detta utgör därför inte skäl att undanröja mark- och miljödomstolens dom.

### **Mark- och miljööverdomstolens prövning i sak**

Enligt 16 kap. 4 § miljöbalken får tillstånd till en anläggning för vindkraft endast ges om den kommun där anläggningen avses att uppföras har tillstyrkt det.

Av Mark- och miljööverdomstolens praxis framgår att ett kommunalt medgivande är en materiell förutsättning för att bifalla en tillståndsansökan samt att det står kommunen fritt att under handläggningen av en tillståndsansökan återkalla ett tillstyrkande som har lämnats tidigare under processen (se MÖD 2018:6 och Mark- och miljööverdomstolens dom den 19 februari 2021 i mål M 10193-19). Denna uppfattning har med hänvisning till det sistnämnda avgörandet också upprepats i senare lagstiftningsarbeten (se SOU 2021:53 s. 62 och s. 105; jfr prop. 2021/22:210 s. 10).

Kommunen har i samband med miljöprövningsdelegationens prövning tillstyrkt den aktuella vindkraftsanläggningen i dess helhet. Kommunens beslut att inte längre tillstyrka ansökan har prövats enligt reglerna om förvaltningsbesvär efter överklagande från bolaget samt ett flertal enskilda. Frågan om beslutet strider mot de förvaltningsrättsliga principerna om förbud mot ändring av gynnande förvaltningsbeslut och det så kallade retroaktivitetsförbudet är således redan avgjord och kan inte prövas av Mark- och miljööverdomstolen i detta mål (jfr MÖD 2016:19).

Varken lydelsen av 16 kap. 4 § miljöbalken eller lagens förarbeten ger stöd för att kommunen skulle vara bunden av ett tillstyrkande under tillståndsprocessen. Det har inte heller angetts någon tid inom vilken kommunen ska lämna besked. Mark- och miljööverdomstolen anser att det inte finns utrymme för att tolka 16 kap. 4 § miljöbalken som att ett tillstyrkande skulle vara bindande för kommunen utifrån bestämmelsens lydelse och vad som framgår av förnybartdirektivet, så som bolaget har gjort gällande. Domstolen anser därför att kommunens beslut den 25 november 2019 att tillstyrka vindkraftsetableringen inte har någon bindande verkan.

Kommunen avger inte sitt ställningstagande i egenskap av part i processen (se Mark- och miljööverdomstolens dom den 19 februari 2021 i mål M 10193-19). Av Mark- och miljööverdomstolens avgörande MÖD 2010:21 framgår också att en kommuns beslut att inte tillstyrka en ansökan ska beaktas vid prövningen av ett överklagat beslut även om kommunen inte själv är klagande. Att kommunen inte själv har överklagat miljöprövningsdelegationens beslut innebär därför inte att beslutet att upphäva tillstyrkandet inte ska beaktas vid prövningen av ansökan.

Eftersom det inte längre föreligger något kommunalt tillstyrkande saknas det förutsättningar för att bevilja det sökta tillståndet. Med ändring av mark- och miljödomstolens dom och upphävande av miljöprövningsdelegationens beslut ska ansökan om tillstånd för gruppstation med vindkraftverk på fastigheten A m.fl. därför avslås.

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

I avgörandet har deltagit hovrättsråden Fredrik Ludwigs och Rikard Backelin, tekniska rådet Torbjörn Johansson samt tf. hovrättsassessorn Emil Carlborg, referent.

Föredragande har varit hovrättsfiskalen Frida Österlind.



VÄXJÖ TINGSRÄTT  
Mark- och miljödomstolen

**DOM**  
2022-04-20  
meddelad i  
Växjö

Mål nr M 6246-20

## PARTER

### Klagande och motparter

1. BirdLife Sverige
2. Statkraft Vind AB

Ombud: Advokat I.S

3. Tjust Fågelklubb

### Motparter

Länstyrelsen i Kalmar län  
391 86 Kalmar

## ÖVERKLAGAT BESLUT

Länstyrelsen, miljöprövningsdelegationen i Kalmar läns beslut den 17 november 2020 i ärende nr 551-9528-18, se bilaga 1

## SAKEN

Tillstånd till gruppstation med 16 vindkraftverk på fastigheten A m.fl.  
Västerviks kommun

---

## DOMSLUT

1. Mark- och miljödomstolen avslår Bird Life Sveriges och Tjust Fågelklubbs överklagande.
2. Mark- och miljödomstolen bifaller delvis Statkraft Vind AB:s överklagande och lämnar, med ändring av Miljöprövningsdelegationen vid Länstyrelsen i

Dok.Id 622287

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 81 351 03 Växjö	Kungsgatan 8	0470-560 100 E-post: <a href="mailto:mmd.vaxjo@dom.se">mmd.vaxjo@dom.se</a> <a href="http://www.domstol.se/vaxjo-tingsratt">www.domstol.se/vaxjo-tingsratt</a>		måndag – fredag 08:00–16:00

Kalmar läns tillståndsbeslut, bolaget tillstånd till ytterligare sex vindkraftverk med beteckningarna 01, 05, 11, 24, 25 och 26 enligt koordinater i bilaga 1 och karta i bilaga 2 till miljöprövningsdelegationens beslut.

3. Mark- och miljödomstolen ändrar villkor 2 i miljöprövningsdelegationens beslut till följande lydelse.

2. Vindkraftverken får endast placeras inom de rödskrafferade ytorna i bilaga 2, dock inom en maximal radie om 100 m från de ansökta fasta positionerna. Verk 25 får inte flyttas öster om den fasta ansökta positionen. Vindkraftverkens slutliga positioner ska bestämmas i samråd med tillsynsmyndigheten. (se även delegationspunkt A i miljöprövningsdelegationens beslut).

4. Mark- och miljödomstolen ändrar storleken på den ekonomiska säkerheten till 1 500 000 kr per verk.
-

## BAKGRUND

Miljöprövningsdelegationen (även kallad MPD) vid Länsstyrelsen i Kalmar län lämnade i beslut den 17 november 2020, dnr 551-9528-18, tillstånd enligt 9 kap. miljöbalken (MB) till Statkraft Vind AB (även kallat bolaget) för en gruppstation bestående av maximalt 16 vindkraftverk, som vart och ett får ha en totalhöjd på maximalt 220 meter, på fastigheten A m.fl. i Västerviks kommun. Tillståndet omfattar vindkraftverk med beteckning 02, 03, 04, 06, 07, 08, 09, 10, 12, 13, 14, 15, 18, 19, 21 och 23 enligt koordinater i bilaga 1 och karta i bilaga 2 till beslutet. MPD avslog bolagets yrkande om tillstånd för 10 vindkraftverk med beteckning 01, 05, 11, 16, 17, 20, 22, 24, 25 och 26 enligt nämnda bilagor. MPD beslutade vidare att tillståndet gäller i 35 år från det att tillståndsbeslutet vunnit laga kraft.

Miljöprövningsdelegationens beslut har överklagats av såväl bolaget som BirdLife Sverige och Tjust Fågelklubb.

Mark- och miljödomstolen har under handläggningen fått in ett beslut av den 22 november 2021 från kommunfullmäktige i Västerviks kommun i vilket kommunfullmäktiges beslut av den 25 november 2019 (§ 324) om etablering av vindkraftverk på fastigheten A m.fl. upphävs.

## YRKANDEN M.M.

**Bolaget** har yrkat

1. att mark- och miljödomstolen, med ändring av miljöprövningsdelegationens beslut, meddelar tillstånd enligt 9 kap. miljöbalken till uppförande av en gruppstation, som vart och ett får ha en totalhöjd på maximalt 220 meter
  - i första hand bestående av maximalt 26 vindkraftverk (01-26) enligt karta i bilaga 1 och koordinater i bilaga 2 till överklagandet,
  - i andra hand till maximalt 20 vindkraftverk (01-10, 12-15, 18-19, 21, 23-24, 26) enligt karta i bilaga 3 till överklagandet,- och
  - i tredje hand till maximalt 18 verk (01-10, 12-15, 18-19, 21, 23) enligt karta i bilaga 4 till överklagandet.

2. att villkor 2 i miljöprövningsdelegationens beslut ska ändras på så sätt att flyttmånen ökas
  - i första hand på så sätt att vindkraftverken får placeras inom en radie av 100 meter från ansökta fasta positioner, och
  - i andra hand att de beslutade 16 vindkraftverken i bilaga 1 till miljöprövningsdelegationens beslut samt vindkraftverken 1 och 5 får placeras inom en radie av 100 meter från ansökta fasta positioner och övriga vindkraftverk inom en radie av 50 meter från ansökta fasta positioner eller det avstånd som mark- och miljödomstolen finner lämpligt.
  
3. att miljöprövningsdelegationens beslut ändras så att den ekonomiska säkerheten bestäms till 1 250 000 kr per uppfört vindkraftverk.

Bolaget har vidare yrkat att mark- och miljödomstolen håller sammanträde i målet.

Som grund för yrkandena har bolaget anfört i huvudsak följande.

#### *Bakgrund*

Statkraft Vind AB ansökte den 16 december 2014 om tillstånd till uppförande och drift av en gruppstation med maximalt 34 vindkraftverk med en maximal totalhöjd om 220 meter inom ett avgränsat etableringsområde i Västerviks kommun. Miljöprövningsdelegationen vid Länsstyrelsen i Kalmar län (MPD) beslutade den 4 september 2017 att meddela bolaget tillstånd att anlägga och driva en vindkraftsanläggning bestående av maximalt 26 vindkraftverk med en totalhöjd på maximalt 220 meter inom ett mer begränsat område än det av bolaget ansökta. Växjö tingsrätt, mark- och miljödomstolen, upphävde den 27 november 2018 det överklagade beslutet och återförvisade målet till MPD för prövning om tillstånd kan meddelas enligt en fast layout. Svea hovrätt, Mark- och miljööverdomstolen, beslutade den 6 februari 2019 att inte meddela prövningstillstånd.

MPD har, för det nu aktuella målet, den 17 november 2020 meddelat bolaget tillstånd till en gruppstation bestående av maximalt 16 vindkraftverk med en maximal totalhöjd om 220 meter med en flyttmån på 50 meter. MPD har avslagit bolagets yrkande om tillstånd till tio vindkraftverk i det ansökta projektområdets västra del.

#### *Justerat etableringsområde med fasta positioner*

Kommunfullmäktige i Västerviks kommun har den 25 april 2016 tillstyrkt en etablering av en vindkraftpark i Tribbhult. Vid den förnyade prövningen i MPD meddelade Västerviks kommun till MPD den 13 december 2018 att kommunens tillstyrkan av ansökan omfattar ett etableringsområde som är mindre än både det av bolaget ansökta projektområdet och det område som beviljats tillstånd av MPD den 4 september 2017. En dialog fördes mellan bolaget och Västerviks kommun och ett justerat förslag presenterades med fasta positioner, färre antal vindkraftverk, utökad hänsyn med avseende på bl.a. buller och närliggande kulturmiljöer. Kommunfullmäktige beslutade den 25 november 2019 att tillstyrka bolagets justerade vindkraftsetablering i sin helhet.

#### *Projektområdet*

Ansökningsområdet utgörs främst av produktionsskog och den huvudsakliga markanvändningen är skogsbruk. Som också framgår av miljöprövningsdelegationens beslut uppvisar det föreslagna vindkraftsområdet få motstående intressen. I området förekommer inga skyddade områden enligt 7 kap. miljöbalken. Området är inte heller utpekad som riksintresse för natur, kultur eller friluftsliv. Däremot är delar av det västra området, där nu lokalisering av vindkraft avslås, utpekad som riksintresse för vindbruk. Området ligger inte inom friluftsområde eller område klassat som olämpligt för vindkraft enligt den kommunala översiktsplanen. Under arbetet med att utforma parken har hänsyn tagits till höga naturvärden och förekommande natur- och kulturvärden i området har undantagits vindkraftsetablering.

Miljöprövningsdelegationens motivering till varför projektområdets västra del inte kan tillåtas för en vindkraftlokalisering och varför tio av bolagets 26 ansökta verk



inte kan beviljas tillstånd, baseras på områdets värde för fåglar. Bolaget ifrågasätter inte att delar av området har ett visst värde för fågellivet. Däremot gör bolaget, med stöd av genomförda utredningar, inventeringar och bedömningar, en annan bedömning av verksamhetens påverkan på fågellivet än miljöprövningsdelegationen, länsstyrelsen och de lokala fågelföreningarna. Utredningarna för den aktuella vindkraftparken har visat att verksamhetens påverkan på fågellivet, bl.a. orre, tjäder, storlom och nattskärre, kommer att bli begränsad. Miljöprövningsdelegationens motivering av den minskade etableringsytan saknar därmed stöd i gjorda utredningar och analyser och framstår i stora delar som övergripande och generell, särskilt mot bakgrund av att den fasta layouten med en begränsad flyttmån innebär att områdets fågelvärden inte kommer att påverkas negativt eftersom områden som är värdefulla biotoper för fågellivet undantas och rekommendationer i Vindvals uppdaterade syntesrapport<sup>1</sup> innehålls. Verksamheten i förevarande fall kommer därmed inte ha någon sådan påverkan på någon fågelart att verksamhetens lokalisering kan anses olämplig eller otillåten.

Det kan därför ifrågasättas om miljöprövningsdelegationen i tillräcklig grad beaktat den avvägning som ska göras mellan 2 kap. 3 och 6 §§ miljöbalken samt 7 § i samma kapitel. Den ansökta verksamheten möjliggör ett betydande tillskott av fömybar elproduktion. Verksamheten är därmed väl förenlig med miljöbalkens portalparagraf i 1 kap. 1 § miljöbalken och bidrar till att hänsynsregeln i 2 kap. 7 § miljöbalken efterlevs. För ett effektivt utnyttjande av vindresursen och förverkligandet av vindkraftparken som sådan är det av stor vikt att verksamheten kan utformas enligt den planerade storleksordningen.

#### *Hänsyn kan tas till fågellivet*

Bolaget har i ansökan och i ett flertal yttranden under tillståndsprövningsprocessen, med stöd av utredningar och inventeringar, redogjort för hur påverkan på olika motstående intressen kommer att se ut samt hur ansökansområdet samt restriktionsområdena har utformats med anledning av skyddsvärda arter och naturtyper. Med anledning av miljöprövningsdelegationens beslut och de synpunkter som framkommit under processen, har bolaget låtit Richard Ottvall, disputerad ekolog och ornitolog med

drygt 30 års erfarenhet av inventeringar och forskningsarbete på fåglar i Sverige och utomlands samt medförfattare till Naturvårdsverkets syntesrapport om vindkraftens påverkan på fåglar och fladdermöss från 2017, inkomma med ett fördjupat underlag avseende vindkraftparkens risker för påverkan på fågellivet i området. Uppdraget har också varit att bedöma om tillräcklig hänsyn till fågellivet iakttagits och om det föreligger risk för de berörda arternas bevarandestatus.

### Nattskärra

Den svenska populationen av nattskärra är enligt Svensk Fågeltaxering utan tvekan en av de arter som det gått bäst för i Sverige under de senaste tio åren. Förekomsten av nattskärra i Tribbhult kan därför inte på något sätt anses vara unikt. Det är en missuppfattning att nattskärnan skulle vara särskilt störningskänslig och därmed vara utsatt vid etablering av vindkraftverksamhet och de mänskliga aktiviteter som kan uppstå vid en sådan etablering. En nyligen genomförd detaljstudie vid Höge Väg vindkraftpark har i stället visat att nattskärnor accepterar vindkraftverk i terrängen och att det är förändringar i skogsbruket genom avverkningar som främst påverkar förekomsten av nattskärnor. Nattskärnor har därmed snarare visat sig vara anpassningsbara till var i landskapet de bästa häckningsmiljöerna finns.

Till skillnad från vad miljöprövningsdelegationen anför i sitt beslut, anges i Vindvals uppdaterade syntesrapport från 2017 att skyddsavstånd till vindkraftverk inte är en effektiv åtgärd för att skydda nattskärra. Däremot har som en försiktighetsåtgärd rekommenderats att särskilt betydelsefulla miljöer med mer än 2 revir/km<sup>2</sup> bör undantas från vindkraft. I området bedöms det dock inte förekomma mer än 2 revir/km<sup>2</sup>, vilket också Fågelklubbens inventering visar. Den bästa livsmiljön för nattskärra i den västra delen av ansökansområdet, bedöms enligt Ottvall ligga öster om Fridhem och norr om det föreslagna vindkraftverket 24 och väster om platsen för verk 20 och verk 22. Det området är i stort undantaget från vindkraft i ansökan. Sedan tidigare har ett område öster om Stora Karlsgöl, som i inventeringen har pekats ut som lämplig biotop, också undantagits från etablering. Några ytterligare begränsningar eller att undanta hela området norr, väster och söder om Karsgölarna från vindkraftsutbyggnad på det sätt som miljöprövningsdelegationen anför är inte i

enlighet med Vindvals uppdaterade syntesrapport och kan inte anses nödvändigt för att minska påverkan på fågellivet eller proportionerligt. Ottvall bedömer vidare att risk för påverkan på nattskärren i området är marginell och att risken för påverkan av artens bevarandestatus bedöms som obefintlig.

#### Tjäder och orre

Tjäder och orre finns under hela året i det föreslagna vindparkområdet. Förekomsten av tjäder möjliggörs i ansökansområdet eftersom området utgörs av ett varierat skogslandskap som domineras av tall med inslag av impedimentmark och sumpskogar. Däremot bedöms inte området vara särskilt intressant för tjäder, utan liknande tjäderförekomster finns utbredd i norra delen av Kalmar län och ansökansområdet ligger inte heller isolerat från andra lämpliga tjäderskogar. Därför bör inte den här lokala populationen anses som särskilt viktig eller sårbar, utan risken för att tjädernas bevarandestatus i Kalmar län påverkas av den ansökta vindparken bedöms som obefintlig.

Orre har bedömts finnas i ansökansområdet i ungefär samma täthet som tjäder. Någon större spelplats finns inte. Trots att inga större spelplatser har identifierats, har miljöprövningsdelegationen anfört att den västra delen av etableringsområdet är viktig för den lokala populationen av orre eftersom orre inte enbart är beroende av de miljöer som fungerar som spelplatser för att kunna fortleva i ett område. Bolaget har därför, i enlighet med Vindvals uppdaterade syntesrapport som förespråkar ett ökat fokus på livsmiljöer, åtagit sig att undanta landområden vid sjöarna Stora och Lilla Karsgöl, Mörtgöl och Mögöl med hänsyn till orre, samt områden med naturvärdeklass 1 och 2, som omfattar hållmarker och våtmarker som är värdefulla biotoper för skogshöns och även nattskärren.

Orren har visat sig ha en anpassningsförmåga. I områden där vindkraftverk har placerats nära spelplatser tenderar spelplatserna att flyttas, däremot har antalet orrar inte minskat i områdena. Bedömningen är därför att orrarna i Tribbhults skogslandskap, som saknar uppenbara spelplatser och där livsmiljöer undantas från etablering, inte kan utgöra hinder från att anlägga vindkraftverk i västra delen. De

skyddsåtgärder som har föreslagits är därmed tillräckliga för att utesluta en negativ påverkan på bevarandestatusen för den lokala populationen av orre och tjäder i området.

#### Storlom

Genomförda fågelinventeringar har observerat storlom i Ögöl och Stora Karlsjön samt en ensam storlom som vid ett senare tillfälle har observerats i Tällsjön som ligger söder om de planerade vindkraftverken. Däremot har inte någon häckning konstaterats och inte heller några regelbundna rörelser mellan sjöarna i området. Mot den bakgrunden anser bolaget att det inte är nödvändigt att tillämpa rekommendationerna i Vindvals uppdaterade syntesrapport, vilket också överensstämmer med slutsatserna i Mark- och miljööverdomstolens dom den 16 december 2019 i mål nr M 1845-19. I Vindvals uppdaterade syntesrapport rekommenderas för storlom en skyddszon om minst en kilometer från vatten där lommar häckar samt om möjligt en km breda flygkorridorer mellan häcknings- och fiskevatten. Enligt Vindvals uppdaterade syntesrapport från 2017 bör inte enbart förekomst av arten i anslutning till ansökansområdet utgöra ett hinder för att bygga vindkraftverk.

Miljöprövningsdelegationen har i sitt beslut ansett att inga vindkraftverk bör tillåtas i en korridor mellan Sandsjön, Älgöl, Mörtgöl, Lilla Karsgöl, Stora Karsgöl, Ögöl och Tällsjön. Ingen hänsyn har tagits till att det i bolagets nu föreslagna layout med fasta placeringar med viss flyttmån tydliggörs att områden runt sjöarna undantas från verksetablering. Miljöprövningsdelegationen har inte heller beaktat att lokaliseringen av verken rent faktiskt har åstadkommit en flygkorridor på mellan 700 - 900 meter mellan sjöarna Sandsjön och Tällsjön via de mindre gölarna centralt i den västra delen av projektområdet. Ottvalls bedömning är att en sådan flygkorridor är tillräcklig och att risken för påverkan på det lokala beståndet av storlom är relativt liten. Någon ytterligare skyddsåtgärd kan därmed inte anses befogad.

Om den korridor med fria flygvägar som nu finns inte kan anses tillräcklig, åtar sig bolaget att undanta vindkraftverken 11, 17, 22, 25, 20, och 16 i enlighet med

andrahandsyrkandet. På så sätt uppnås en bredare vindkraftsfri flygkorridor för storlom mellan Sandsjön, Älgöl, Mörtgöl, Lilla Karsgöl, Stora Karsgöl, Ögöl och Tällsjön. Både fågelföreningarnas och länsstyrelsens synpunkter, vilka miljöprövningsdelegationen har delat, är därmed tillgodosedda. Bolaget vill i det sammanhanget understryka att en sådan skyddsåtgärd går utöver Vindvals uppdaterade syntesrapport med rekommenderade skyddsavstånd. I enlighet med Ottvalls bedömning anser bolaget att en sådan skyddsåtgärd är mer långtgående än vad som är befogat i det aktuella fallet med hänsyn till dokumenterad storlomsförekomst, rörelser i området och redan vidtagna skyddsåtgärder.

#### Ingen betydande påverkan på fågellivet

Bolaget har gett in flera fågelinventeringar och utredningar under ärendets handläggning. Bolaget anser att ingivna inventeringar, och Ottvalls underlag, visar att det inte föreligger någon konflikt mellan verksamheten och förekommande fågelarter. Ingenting tyder på att vare sig den lokala eller regionala bevarandestatusen för tjäder, orre, nattskärra eller storlom riskerar att hotas av en etablering av vindkraft i området i enlighet med bolagets ansökan. Verksamheten kommer därmed inte påverka någon fågelart på sådant sätt att verksamhetens lokalisering kan anses olämplig.

Bolaget har med beaktande av gjorda observationer av skogshöns och nattskärra helt undantagit verk från placering vid landområden vid sjöarna Stora och Lilla Karlsgöl, Mörtgöl och Mögöl, samt områden med naturvärdeklass 1 och 2, som omfattar hållmarker och våtmarker som är värdefulla biotoper för skogshöns och nattskärra. Två mindre områden vid Fridhem och Stora Karlsgöl, med lämplig biotop för nattskärra, undantas också. Med beaktande av att verkens slutliga placering är bestämd är det tydligt att rekommenderade skyddsavstånd följs och att av miljöprövningsdelegationen föreskrivna skyddsavstånd i flera fall går utöver rekommendationerna. Utförda inventeringar och utredningar får anses tillräckliga för att dra slutsatsen att några storlommar inte regelbundet häckar i det berörda området. Trots det har bolaget med den föreslagna layouten med fasta placeringar

möjliggjort en flygkorridor mellan sjöarna, vilket är ytterligare en skyddsåtgärd för storlommen utöver Vindvals rekommendationer.

*Flyttmånen är för begränsad och inte proportionerlig*

Med hänsyn till variationer i lokala markförutsättningar och för att placering av verk ska kunna optimeras ur ett miljöperspektiv samt kunna anpassas till den tekniska utvecklingen för att nyttja vindresursen så effektivt som möjligt, behövs det i tillstånd till vindkraftverk med fasta positioner också anges en flyttmån från denna position. Det måste finnas utrymme för att ta hänsyn till närmare kunskap om markförhållanden på platsen, något som erhålls först vid detaljprojekteringen, samt den senaste teknik som då finns tillgänglig. Den frihetsgrad som en flyttmån innebär är därför oerhört viktig för en optimal utformning av en vindkraftspark.

I flera relativt nyligt avgjorda rättsfall har Mark- och miljööverdomstolen godkänt 100 meters flyttmån för fasta positioner, se bl.a. Mark- och miljööverdomstolens avgörande den 4 september 2019 i mål nr M 6974-17 och MÖD 2019:5. Bolagets justerade yrkande om en flyttmån med en radie om maximalt 100 meter, med de anpassningar av flyttmånen som redan föreslagits i ansökan, överensstämmer därmed med praxis i fråga om flyttmån för tillståndsgivna fasta positioner.

De utpekade skyddsvärden som finns i ansökansområdets östra del kan inte anses vara högre än de motstående naturvärden i de rättsfall där en flyttmån på 100 meter bedömts lämplig, som bl.a. berörde de konkurrerande riksintressena vindkraft, rennäring och naturvård. En mindre generös flyttmån, på det sätt som miljöprövningsdelegationen har beslutat, är därför inte proportionerlig utan kan i stället medföra byggtekniska problem i samband med etablering av vindkraftverken samt i förlängningen att varje vindkraftverk kommer att producera mindre el, eller utsättas för mer slitage än om vindkraftverkens placeringar kan vara med flexibla. Även möjligheten att ta hänsyn till utpekade skyddsvärden minskar med en begränsad flyttmån, vilket innebär att villkoret riskerar att bli kontraproduktivt till sitt syfte.

Inte heller i ansökansområdets västra del finns sådana skyddsvärden som motiverar en mer begränsad flyttmån än praxis. Baserat på rekommendationerna i Vindvals uppdaterade syntesrapport är Ottvalls bedömning att samtliga verk i ansökan kan beviljas tillstånd eftersom tillräcklig hänsyn till fågellivet har tagits. Om t.ex. en större flyttmån skulle medges, kan bolaget använda sig av flyttmånen för vindkraftverk 11 för att möjliggöra en ännu bredare flygkorridor. Skulle en mer begränsad flyttmån än praxis behövas, är det enbart i projektområdets västra del som en sådan överhuvudtaget skulle kunna motiveras, dock inte för vindkraftverken 1 och 5 eftersom dessa verk under inga omständigheter kan bedömas påverka de lokala bestånden av nattskärre, tjäder, orre och storlom. Dessa vindkraftverk bör därmed under alla förhållanden tillåtas och ha en flyttmån med 100 meters radie i enlighet med tredjehandsyrkandet.

#### *Ekonomisk säkerhet*

Vid bestämmandet av säkerhetens storlek ska hänsyn tas till både samhällets intresse av att minimera risken för att drabbas av återställningskostnader, och verksamhetsutövarens intresse av att beloppet inte får vara oskäligt betungande. Bolaget får i sammanhanget understryka att den ansökta verksamheten ska bedrivas på en konkurrenskraftig marknad där ersättningen för producerad el måste sättas i relation till marginalproduktionen. Det är därför viktigt att den ekonomiska säkerheten utformas med beaktande av gällande praxis inom detta område.

Den största kostnaden vid beräkning av avvecklingskostnader för vindkraftverk är i regel hyra av en hög kran. Utbudet av sådana kranar bedöms sannolikt vara större vid tiden för avveckling av vindkraftverken och ökad konkurrens kommer att sänka kostnaden för eventuell kranhyra. Redan idag finns det andra metoder för att montera ned vindkraftverkens torn, maskinhus och rotoror än kranar av den typ som oftast antas i beräkningar, t.ex. genom kontrollerad sprängning. Dessutom går teknikutvecklingen för kranar framåt. Nuvarande beräkningar av kostnader för nedmontering av vindkraftverk överskattar med all säkerhet kostnaderna betydligt och att de innehåller många osäkra antaganden om förhållanden i framtiden.

En annan aspekt som har betydelse i omfattningar av avvecklingskostnaderna är etableringsområdets lokalisering i förhållande till befintlig infrastruktur såsom vägar. Tribbhult vindkraftpark har nära till det allmänna vägnätet med endast två km till E22.

Bolaget har jämfört storleken på den ekonomiska säkerheten med andra domar, bl.a. Mark- och miljööverdomstolens dom 2019-05-09 i mål nr M 4293-18 och Växjö tingsrätts, mark- och miljödomstolen, dom 2019-11-22 i mål nr M 4641-18, där ett lämpligt belopp för säkerheten har bedömts uppgå till 1 250 000 kr per verk. I båda domarna har de ansökta verkens totalhöjd uppgått till 240 meter jämfört med bolagets ansökta totalhöjd på 220 meter. Det saknas skäl att göra någon annan bedömning av den ekonomiska säkerheten i aktuellt fall. Säkerhetsbeloppet bör därför bestämmas till 1 250 000 kr även för vindkraftparken Tribbhult. I enlighet med M 4641-18 behöver ingen uppräknings av beloppet ske.

*En hållbar utveckling måste främjas*

Bolagets vindmätningar i området har visat att de bästa vindlägena finns i de nordvästra delarna. Delar av det området är också utpekade som riksintresse för vindbruk. De vindkraftverk som avslagits av miljöprövningsdelegationen innebär ett produktionsbortfall på 170 GWh/år, vilket motsvarar 37 procent av den ansökta vindkraftsparkens beräknade produktion. De västra delarna av projektområdet har därför stor betydelse för möjligheterna att producera förnybar el och projektets lönsamhet.

En större vindkraftspark innebär också dels att de fasta kostnaderna kan delas på fler vindkraftverk, dels en möjlighet till optimering av projektet som är av avgörande betydelse för projektets lönsamhet och sannolikhet för realisering. Att tillåta en vindkraftspark som även omfattar de västra delarna, innebär en bättre hushållning med vindresurserna i området och en ökad möjlighet att bidra till de nationella målen om 100 procent förnybar el år 2040. En sådan begränsning som miljöprövningsdelegationens beslut innebär, kan inte stå i proportion till nyttan i enlighet med vad som anges i 2 kap. 7 § miljöbalken.



Bolaget vidhåller därför att de försiktighetsmått som har föreslagits, tillsammans med de föreslagna fasta positionerna, måste anses utgöra en rimlig avvägning mellan intresset av att förhindra olägenheter för miljön samt intresset av att bedriva en rationell vindkraftsanläggning och möjligheten för utbyggnad av förnybar energi.

Bolaget har inkommit med förnyade beräkningar för lågfrekvent buller. Beräkningarna visar att Socialstyrelsens riktvärden för buller inomhus enligt Folkhälsomyndighetens allmänna råd om buller inomhus (FoHMFS 2014:13) innehålls med marginal. Villkor 10 i miljöprövningsdelegationens beslut följs därmed också.

*Kommunens veto - för sent av kommunen att återkalla tillstyrkan*

Bolaget har ingående argumenterat för kommunens veto, såväl i skrift som vid sammanträdet, och sammanfattningsvis anfört följande. Västerviks kommun har i detta fall mycket sent i tillståndsprocessen upphävt sitt beslut om tillstyrkande för Statkraft planerade vindkraftsetablering. Upphävandet har skett efter det att länsstyrelsen fattat beslut i ärendet på grundval av kommunens tillstyrkande och kort innan sammanträde skulle hållas och dom från mark- och miljödomstolen kan väntas meddelas.

Ett kommunalt återkallande av ett kommunalt tillstyrkande strider mot själva processen i miljöbalken. Domstolarna synes hittills på felaktiga grunder, utan att ha beaktat allmänna förvaltningsrättsliga principer, ha antagit att ett positivt tillstyrkandebeslut från kommunen kan ändras under miljöprövningen till ett negativt. Den ståndpunkten bryter mot principen om gynnande besluts orubblighet och proportionalitetsprincipen enligt förvaltningslagen samt mot förbudet i kommunalagen mot förbud med negativ verkan med tillbakaverkande kraft. Ett med detta mål parallellt fall har inte prövats. Om kommunen skulle tillåtas återkalla sitt beslut om kommunal tillstyrkan skulle det skapa en stor rättsosäkerhet för verksamhetsutövaren, som riskerar att dra på sig kostsamma prövningsprocesser i onödan, men

också för berörda fastighetsägare som har en berättigad förväntning att miljöprocessen med en tillståndsprövning av vindkraftparken ska fullföljas. Ett återkallande strider därmed också mot EKMR (Europakonventionen).

Kommunens återkallande av sin tillstyrkan är således oförenligt med processen i miljöbalken och kan inte läggas till grund för bedömningen av den fortsatta handläggningen av Tribbhult vindkraftpark.

Prövningsmyndigheten ska således bedöma tillåtligheten av projektet i förhållande till miljöbalken. Kommunfullmäktiges beslut ska därför bedömas inom ramen för miljöprövningen och det är för sent att återkalla tillstyrkan då

- syftet med kommunalt veto var att få en snabbare och enklare process från projektering, till genomförande inför en planerad kraftigt utökad vindkrafts-användning,
- syftet med kommunalt veto var inte att kommunen skulle få ett större inflytande än med prövningen enligt plan- och bygglagen,
- det blir en mycket osäker tillståndsprocess.

Inga förändringar av förutsättningar har skett varken i projekt eller kunskapsläge. Vindkraftsetableringen är förenlig med kommunens översiktsplan/vindbruksplan. Kommunen är väl insatt i de beslut som har fattats. Vare sig kommunen eller närboende har överklagat miljöprövningsdelegationens beslut. Dessutom finns ett lagakraftvunnet beslut om nätkoncession.

**Birdlife Sverige och Tjust Fågelklubb** (även kallade föreningarna) har, som de slutligen har framställt sin talan på sammanträdet, yrkat

- i första hand att mark- och miljödomstolen ska upphäva miljöprövningsdelegationens beslut i dess helhet, och
- i andra hand att mark- och miljödomstolen ska ändra miljöprövningsdelegationens beslut på så sätt att tillstånd endast ges till vindkraftverken med positionerna 03, 04, 06, 09, 10, 13, 15 och 19.

Som grund för yrkandena har föreningarna anfört i huvudsak följande.

*Grön infrastruktur och biologiska värden*

Tribbhultsområdet ingår som en del i ett sammanhängande relativt orört naturområde huvudsakligen bestående av barrskog med insprängda sjöar, ängar och fält. Med Naturvårdsverkets terminologi för grön infrastruktur omfattar området flera värdekärnor som innehåller utmärkta livsmiljöer för bl.a. skogsfåglar som tjäder, orre, duvhök, sparvuggla, pärluggla och spillkråka – arter som sammantaget indikerar skyddsvärd gammal barrskog. Föryngring av lodjur har konstaterats i området, vilket visar att markerna hyser djur som kräver betydande areal av påfallande ostörd natur. Det utgör även en viktig korridor för att brygga samman naturområden vid naturreservaten Västra Marströmmen och Mörtfors i söder med områden väster om Tribbhultsområdet kring Gissjön och i norr kring sjöarna Hjorten och Långsjön samt viktiga naturområden söder om Ankarsrum. En vindkraftpark innebär att betydande habitat försvinner med risk att den viktiga kontinuitet som eftersträvas inom grön infrastruktur går förlorad.

*Tjäder*

I mål M 10104-17 anför Mark- och miljööverdomstolen att ”Tjäder är upptagen i bilaga 1 till fågeldirektivet, vilket innebär att arten har ett sådant unionsintresse att särskilda skyddsområden behöver utses. Av artikel 4.4 fågeldirektivet framgår att medlemsstaterna även utanför särskilt utpekade skyddsområden ska sträva efter att undvika försämring av livsmiljöer.” I mål M 6419-16 gjorde Mark- och miljööverdomstolen bedömningen att anmäld skogsbruksåtgärd kunde komma att leda till att det berörda områdets kontinuerliga ekologiska funktion för tjäderpopulationen i området inte kan upprätthållas. Mark- och miljööverdomstolen fann att hänsyn måste tas till storleken på och förutsättningar för tjäderbeståndet på lokal och regional nivå. Eftersom åtgärderna kunde komma att skada eller förstöra ett fortplantningsområde och att det därför fanns en risk för att tjäders regionala bevarandestatus skulle påverkas negativt var de anmälda åtgärderna inte tillåtna. Vidare bekräftar de nyligen förkunnade domarna i mål M 9836-19 till 9839-19 att även arter som på nationell nivå uppfyller gynnsam bevarandestatus och som inte är

rödlistade omfattas av fågeldirektivets och artskyddsförordningens hänsynsregler på regional och lokal nivå. Enligt *Fåglarna i Sverige – antal och förekomst* finns mindre än 1 % av den svenska tjäderpopulationen i Kalmar län. Mark- och miljööverdomstolen konstaterar i ovan nämnda mål att hänsyn måste tas till storleken på och förutsättningarna för tjäderbeståndet på lokal och regional nivå. Den planerade vindkraftsparken vid Tribbhult ligger i ett område med för regionen stor förekomst av tjäder och området har likvärdiga förutsättningar som de för vilka Mark- och miljööverdomstolen beaktat regionalt skyddsbehov

Under åren 2019–2020 har Tjust Fågelklubb genomfört en inventering av tjäder i hela Västerviks kommun. En gles och fragmenterad förekomst av tjäder har konstaterats, varav en relativt stor delpopulation finns i området för den planerade vindkraftsparken. Under inventeringen har endast fem spelplatser med sannolikt minst fyra spelande tuppar konstaterats i hela kommunen. En av de konstaterade spelplatserna ligger inom det planerade vindkraftsområdet och ytterligare två troliga spelplatser finns inom det område som miljöprövningsdelegationen undantagit från bebyggelse.

#### *Storlom*

Storlom häckar i direkt anslutning till det föreslagna vindkraftsområdet vid Sandsjön och Tällsjön samt sannolikt även vid Öbälen. Enligt Naturvårdsverkets senaste syntesrapport för fåglar och vindkraft ska inga vindkraftsverk byggas inom en skyddszon om 1 km räknat från stranden av sjön där storlom häckar. Dessutom ska en skyddszon om minst 1 km hållas som flygkorridor mellan häckningssjöar och lommarnas fiskevatten/samlingsplatser. För att följa dessa rekommendationer måste fler verk (02, 07, 08, 12, 14, 18, 21 och 23) strykas från den planerade etableringen.

#### *Nattskärra*

Nordöstra Småland är ett kärnområde för nattskärrans utbredning i Sverige. Den planerade vindkraftsparken ligger inom detta kärnområde. Tjust Fågelklubb genomförde en inventering av nattskärra i juli 2014 och fann då en stor revirtäthet

längs skogsvägar från Grytfall till Tällsjön och från Grytfall till Marsgölehult (se rapporter i Artportalen). Baserat på denna inventering hyser området högst sannolikt mer än 50 revir av nattskärria, dvs. ett betydande bestånd med stor revirtäthet (medeltäthet 1,33 revir/km<sup>2</sup>, och sannolikt över 2 revir/km<sup>2</sup> i området norr, väster och söder om Karsgölarna). Föreningarnas uppfattning är att nattskärrans höga revirtäthet inom det planerade etableringsområdet bidrar till att det ska undantas från utbyggnad av vindkraft. Sådan exploatering riskerar att utgöra ett brott mot 4 §, p. 2 och p. 4 artskyddsförordningen

#### *Fladdermöss*

I Naturvårdsverkets senaste syntesrapport för fladdermöss och vindkraft anges att *”Det har visat sig att undersökningar som görs under några få nätter ibland missar förekomster av vissa arter som rör sig över stora områden och dyker upp på vissa platser bara då och då, men i kanske större antal vid varje tillfälle”* och vidare att *”Förstudier eller inventeringar, i den mån de behövs, bör alltså pågå under mer än några få dagar, helst under ett par månader alltså mycket längre än vad som har varit praxis hittills. Detta anser vi ska gälla både i norr och söder åtminstone tills vidare.”* Slutsatsen är att beslutsunderlaget för vindkraftparken vid Tribbhult kan vara ofullständigt. Den fladdermusinventering som ingår i ansökan utfördes 2014. Efter begäran från Västerviks kommun har observationerna nyligen lagts in i Artportalen. Utifrån dessa framstår en både art- och individrik fladdermusförekomst i området. Några arter är vanliga och talrika, två är sällsynta och fem eller sex av dem betraktas som högriskarter (trollfladdermus, nordfladdermus, dvärgpipistrell, gråskimlig fladdermus och större brunfladdermus enligt Naturvårdsverkets senaste syntesrapport för fladdermöss och vindkraft, men enligt åtgärdsprogrammet för barbastell bör även denna ingå).

Barbastell och fransfladdermus är två särskilt skyddsvärda arter som påträffades under inventeringen. För barbastell finns ett särskilt åtgärdsprogram. Arten påträffades på 17 platser spridda i området. Vid gårdsmiljön i Tribbhult bedömdes en yngelkoloni kunde finnas, vilket resulterade i en rekommendation om att inte uppföra några vindkraftverk närmare än 2 km från byn. Övriga observationer

tolkades som att det handlade om födosökande individer, med viss osäkerhet om förekomsten vid området syd Sandsjön – Grytfall – Gölpefall där det mycket väl kan finnas en koloni. Barbastellen har en lång aktivitetsperiod, då den är en av de tidigaste arterna på våren och flyger långt fram på senhösten (uppsöker sina övervintringsplatser först i oktober–november. Arten är även känd för att vara ute och flyga under mildväder på vintern. Den stoppreglering som miljöprövningsdelegationen beslutat saknar därmed täckning för en stor del av barbastellens aktivitetsperiod.

Mark- och miljööverdomstolens dom i mål M 3892-17 sammanfattas gällande fladdermöss så här av Energimyndigheten: *”Fladdermusinventeringen fann att fem högriskarter som är särskilt utsatta för risk för kollisioner med vindkraftverk finns i närområdet (nordfladdermus, dvärgpipistrell, större brunfladdermus, gråskimlig fladdermus och sydfladdermus)... Området har en mycket hög aktivitet av både skyddsvärda fågelarter och fladdermöss. Platsval och att undvika att bygga på särskilt känsliga områden är bästa skyddet för arterna. Stoppreglering (BAT-mode) räcker inte där fladdermustätheten är mycket hög och där sällsynta arter samt flera högriskarter har påträffats. Sökanden har inte visat att platsen är lämplig enligt 2 kap. 6 § miljöbalken. Med ändring av underinstanserna upphäver MÖD tillståndsbeslutet och avslår ansökan om tillstånd.”* Mark- och miljööverdomstolen tar i domslutet fasta på fladdermustäthet, förekomst av sällsynta arter samt förekomst av högriskarter. Vi menar att dessa kriterier för avslag föreligger i det föreslagna etableringsområdet vid Tribbhult.

Föreningarna avslutar med ett citat från åtgärdsprogrammet för barbastell: *”Utifrån analyser av de artrikaste områdena i Götaland kan man nu utgå från att antalet fladdermusarter utgör en värdefull indikation på områden med värdefull natur. Om man finner områden som hyser en för regionen fullständig, eller nästan fullständig artuppsättning av fladdermöss, visar detta att det finns naturkvalitéer som möjliggör överlevnad för alla dessa arter. Naturkvalitéerna kan till stor del bero på att diversiteten bland träd, buskar och markvegetation ger en sammanhängande god tillgång till flygande insekter under en lång säsong.”*

### *Sammanfattande bedömning*

Föreningarna hävdar att tillstånd inte ska ges till en vindkraftspark i detta område beroende på de konsekvenser anläggningen kommer att orsaka på särskilt skyddsvärda fågel- och fladdermusarter. Miljöbalken 2 kap. 6 § och 8 kap. har inte beaktats i tillräcklig utsträckning och anläggningen och dess verksamhet kommer att strida mot 4 § artskyddsförordningen. Argumenten som kan sammanfattas enligt nedan är följande.

- Området hyser en regionalt viktig tjäderpopulation som riskerar att förlora viktiga spelplatser.
- Storlom häckar i direkt anslutning till området, men varken den skyddszon eller de flygkorridorer som rekommenderas för arten har beaktats.
- Området ingår i kärnområde för den svenska populationen av nattskärra. Det lokala beståndet riskerar att utsättas för betydande störning och kollisionsrisk.
- Den planerade vindkraftsparken utgör ett hot mot den både art- och individrika förekomsten av fladdermöss i området. Den rika förekomsten av fladdermöss indikerar att området har betydande naturvärden.

**Bolaget** har bemött föreningarnas överklaganden och har i huvudsak hänvisat till vad som anförts ovan. Därutöver har bolaget anført bl.a. följande.

### *Tjäder*

Vid bolagets tjäderinventering har ingen spelplats med fler än två tuppar observerats. Bolagets inventering har inte heller endast fokuserat på spelplatser, utan även på artens olika livsmiljöer, vilket är i enlighet med rekommendationer i Vindvals syntesrapport 2017.1 I Vindvals syntesrapport talas inte längre om skyddszoner till spelplatser, utan i stället förordas att skogshönsens livsmiljöer, dvs. spelplatser, men också miljöer där hönorna föder upp ungar och miljöer där vuxna skogshöns spenderar övriga delar av året, ska skötas på ett sätt som gynnar skogshönsen. De skyddsåtgärder som föreslås av bolaget har därför fokuserat på att

identifiera och därefter undanta viktiga livsmiljöer och habitat, dvs. de är mer långtgående än vad BirdLife Sverige hänvisar till, vilket också är i enlighet med Svea hovrätts, Mark- och miljööverdomstolen, avgöranden i mål nr M 10104-17, M 9836-19 och M 9839-19.

#### *Storlom*

Enligt Vindvals syntesrapport utgår rekommendationerna om skyddszoner från häckning, dvs. en skyddszon om *minst* en kilometer från vatten där lommar häckar samt *om möjligt* en km breda flygkorridorer mellan häcknings- och fiskevatten. Enbart förekomst av arten i anslutning till ansökansområdet utgör inte ett hinder för att bygga vindkraftverk enligt Vindvals syntesrapport. Trots att rekommendationerna i Vindvals syntesrapport inte är direkt tillämpliga för det föreslagna etableringsområdet har bolaget i den nu föreslagna layouten med fasta placeringar med viss flyttmån tydliggjort att områden runt sjöar i området undantas från verks-etablering. Den föreslagna placeringen av verken innebär att en flygkorridor på mellan 700 - 900 meter skapas mellan sjöarna Sandsjön och Tällsjön, som ligger utanför etableringsområdet, via de mindre gölarna centralt i den västra delen av projektområdet. Ottvall har i sin fördjupade bedömning ansett att en sådan flygkorridor är tillräcklig och att någon ytterligare skyddsåtgärd inte kan anses befogad. Bolaget har dessutom, om den korridor med fria flygvägar som nu finns inte kan anses tillräcklig, åtagit sig, i andra hand och utöver rekommenderade skyddsavstånd i Vindvals syntesrapport, att undanta vindkraftverken 11, 17, 22, 25, 20, och 16 för att uppnå en ännu bredare vindkraftsfri flygkorridor för storlom mellan Sandsjön, Älgöl, Mörtgöl, Lilla Karsgöl, Stora Karsgöl, Ögöl och Tällsjön.

#### *Nattskärria*

I Vindvals syntesrapport anges att skyddsavstånd till vindkraftverk inte är en effektiv åtgärd för att skydda nattskärria. Däremot har som en försiktighetsåtgärd rekommenderats att särskilt betydelsefulla miljöer med mer än 2 revir/km<sup>2</sup> bör undantas från vindkraft. I området bedöms det dock inte förekomma mer än 2 revir/km<sup>2</sup>. Bolaget vill i det sammanhanget påpeka att BirdLife Sveriges uppgift i överklagandet om revirtäthet i området bygger på ett antagande och inte faktiska



observationer. Den inventering som fågelföreningen hänvisar till visade en medeltäthet på 1 revir/km<sup>2</sup>. Siffran har därefter räknats upp till 1,33 revir/km<sup>2</sup> utifrån ett rimligt antagande om att endast 75 procent av beståndet har observerats under en inventering. Som fågelföreningen själv har anfört har siffran därefter ytterligare justerats uppåt till 2 revir/km<sup>2</sup> med motiveringen att revirtätheten sannolikt var högre.

Bolaget har undantagit områden från vindkraftsetablering, bl.a. de två habitat för nattskärna som identifierades i samband med Callunas inventering av området år 2014. Vidare har områden med hållmarkstallskog (naturvärdesklass 1 och 2), lämpliga biotoper för arten, undantagits. Några ytterligare begränsningar är inte nödvändiga. Det finns t.ex. ingen större nytta med att undanta täta förekomster på hyggen eller i ungsogar. De förekomsterna kommer nämligen att flytta på sig så snart skogen vuxit sig äldre och tätare. I det sammanhanget ska åter igen påpekas att området domineras av produktionsskog.

#### *Fladdermöss*

Det område som har inventerats har varit mycket större än nu aktuellt etableringsområde. Störst aktivitet av fladdermöss har registrerats i anslutning till jordbruks- och beteslandskap i inventeringsområdets omgivningar. Områden i anslutning till dessa lokaler har därefter utgått till följd av att etableringsområdet har minskats från 40 km<sup>2</sup> till 19 km<sup>2</sup>. Enligt inventeringen är dessutom jordbrukslandskap inte det dominerande markslaget i det inventerade området. Inne i området där vindkraften planeras finns enligt inventeringsrapporten nästan ingen aktiv jordbruksmark. Inventeringen av fladdermöss har genomförts av expertis och i enlighet med praxis och godkända metoder. Autoboxar har varit utplacerade på 64 platser under totalt 75 nätter vid tre tillfällen under vår och högsommar samt ett tillfälle under sensommar. Utöver det har ytterligare 13 områden inventerats manuellt under sommartid. Till skillnad från vad BirdLife Sverige påstår i sitt överklagande är det tydligt att beslutsunderlaget för fladdermöss för vindkraftparken vid Tribbhult inte är ofullständigt, utan kan ligga till grund för en prövning av vindkraftparken. Enligt den genomförda inventeringen har flera arter av fladdermus noterats, bl.a. Nordisk

fladdermus (nordfladdermus), barbastell och fransfladdermus. Till skillnad mot vad BirdLife Sverige påstår har däremot antalet fladdermöss varit få. Den enda art som förekom i området med ett högre antal än sporadisk förekomst var Nordisk fladdermus (nordfladdermus), vilken är Sveriges vanligaste fladdermusart. Barbastell och fransfladdermus är inte högriskarter vad gäller vindkraft eftersom de inte flyger så högt att de riskerar att kollidera med rotorbladen. Vad gäller fransfladdermusen, har den enligt inventeringsunderlaget dessutom främst påträffats utanför det vid tidpunkten föreslagna större etableringsområdet som nu minskats ned väsentligt. Högre aktivitet har noterats av barbastell intill byn Tribbhult. Med anledning av förekomsten av barbastell ha skyddsåtgärder i form av en två km skyddszon föreslagits till byn Tribbhult. Skyddszoner har också föreslagits till äldre torpmiljöer inne i etableringsområdet som kan vara attraktiva för fladdermöss. BAT-mode, som anses som en tillräcklig skyddsåtgärd för fladdermöss, kommer dessutom att installeras på vindkraftverken i enlighet med Vindvals rekommenderade riktlinjer.

Av inventeringsunderlaget får det därmed vara klarlagt att fladdermustätheten runt det föreslagna etableringsområdet i Tribbhult inte är hög och att störst aktivitet har påträffats i utredningsområdets utkanter med större förekomst av jordbrukslandskap. BirdLife Sveriges påstående, med hänvisning till Mark- och miljööverdomstolens dom M 3892-17, att BAT-mode inte skulle vara en tillräcklig skyddsåtgärd tillsammans med föreslagna skyddszoner, är inte korrekt.

#### *Artskydd*

Mark- och miljödomstolen har i föreläggande, mot bakgrund av EU-domarna C-473/19 och C-474/19, berett bolaget tillfälle att yttra sig över om och i så fall på vilket sätt EU-domarna påverkar prövningen i målet samt om det föranleder någon justering av bolagets yrkanden.

De förenade målen C-473/19 och C-474/19 avser tolkning av artikel 12.1 rådets direktiv 92/43/EEG om bevarande av livsmiljöer samt vilda djur och växter (art- och habitatdirektivet) och artikel 5 i direktiv 2009/147/EG om bevarande av vilda

fåglar (fågeldirektivet). De förenade målen har omfattat dels fågelarter som omfattas av fågeldirektivet, varav flera är förtecknade i bilaga 1 till fågeldirektivet, dels arten *Rana arvalis* (åkergroda), som anges i punkt a i bilaga 4 till art- och habitatdirektivet, en art som omfattas av det strikta skydd som föreskrivs i detta direktiv.

Artikel 12.1 i art- och habitatdirektivet och artikel 5 i fågeldirektivet genomförs i svensk rätt genom 4 § första stycket artskyddsförordningen. Genom 4 § första stycket 1-3 genomförs de avsiktliga handlingar som är förbjudna enligt artikel 12.1 a-c art- och habitatdirektivet respektive artikel 5 a-d fågeldirektivet. Genom 4 § första stycket 4 införlivas artikel 12.1 d art- och habitatdirektivet.

*Ingen sådan påverkan att artskyddsförordningen aktualiseras*

Utredningarna för den aktuella vindkraftparken har visat att verksamhetens påverkan på fågellivet, bl.a. orre, tjäder, storlom och nattskärna, och fladdermusfaunan kommer att bli begränsad. Områdets fågelvärden kommer inte att påverkas negativt eftersom områden som är värdefulla biotoper för fågellivet undantas och rekommendationer i Vindvals syntesrapport innehålls. Med beaktande av vindkraftparkens lokalisering och verkens föreslagna placeringar samt de skyddsåtgärder som föreslås vidtas i form av bl.a. hänsynsområden där vindkraft undantas samt tillämpning av BAT-mode i enlighet med Vindvals rekommenderade riktlinjer, är det tydligt att skyddsavstånd följs och att verksamheten inte kommer att påverka någon fågelart enligt fågeldirektivet eller fladdermusart eller annan art enligt art- och habitatdirektivet på ett sådant sätt att verksamhetens lokalisering kan aktualisera förbuden i artskyddsförordningen. Verksamheten är därmed förenlig med de miljörättsliga reglerna, inklusive artskyddsförordningen, och innebär inte en förbjuden påverkan på de arter som skyddas enligt artskyddsförordningen. Den bedömningen är tillämplig även med beaktande av EU-domstolens avgöranden. Det finns mot den bakgrunden inte något skäl att ansöka om artskyddsdispens eftersom verksamheten inte strider mot artskyddsförordningen.

Någon justering av verksamheten, fler skyddsåtgärder eller nya eller ändrade yrkanden bedöms därför inte vara nödvändig. Om mark- och miljödomstolen ändå skulle anse att verksamheten står i strid med förbuden i artskyddsförordningen ansöker bolaget reservationsvis om dispens. Bolaget förbehåller sig i så fall att rätten att utveckla grunderna för en sådan dispens.

**Föreningarna** vidhåller att den planerade vindkraftparken inte uppfyller kravet på lämplig placering enligt 2 kap. 6 § miljöbalken. De verk som, i enlighet med vad vi tidigare framfört och främst i förhållande till arterna tjäder och storlom, skulle vara lättast att acceptera utifrån fågelskyddssynpunkt är verken 03, 04, 06, 09, 10, 13, 15 och 19. Utöver redan framlagda uppgifter har föreningarna framhållit bl.a. följande.

Behovet av produktionen av elektrisk energi med hjälp av vindkraft kan inte tas till intäkt för att åsidosätta miljöbalkens krav på bibehållande av ekologisk funktionalitet hos naturvärden som omfattas av artskyddsförordningens förbudsregler. Bolaget hävdar att *"nyttan av begränsningen, med hänsyn till fågellivet inom området, har inte stöd i utredningarna och analyserna i ärendet, utan grundar sig på antaganden om möjliga förhållanden"*. Vi vill därvid påpeka att bolagets analyser i ärendet också grundar sig på antaganden och möjliga förhållanden när det gäller vilken påverkan som vindkraftverken har på den berörda fågelfaunan. Uppförande av den aktuella vindkraftparken utgör nämligen inte ett tvingande skäl som har ett allt överskuggande allmänintresse, och de planerade vindkraftverken *kan* onekligen uppföras på annan plats. Miljöprövningsdelegationens begränsning av vindkraftparken står därmed i proportion till nyttan i förhållande till vad som anges i 2 kap. 7 § miljöbalken.

Oavsett aktuell trend är det föreningarnas bestämda uppfattning att det lilla beståndet av tjäder som finns kvar i Kalmar län måste skyddas för att artens utbredningsområde ska bibehållas, vilket är ett uttalat krav enligt fågeldirektivet. Tribbhultsområdet behövs som en viktig tjäderbiotop och den utgör en grön korridor för "kommunikation" av tjädrar mellan länets södra och norra delar.

*Tillkomna uppgifter och ny rättspraxis*

Beträffande storlom finns konstaterad häckning i Tällsjön och rapporter med starka häckningsindicier från Sandsjön och Öbälen. (Längre tillbaka i tiden har storlom häckat även i Ögöl.) Rapporter om födosökande storlom finns från Karsgölarna. Föreningarna vidhåller därmed behovet av flygkorridorer mellan nämnda sjöar och skyddszoner kring de sjöar där lommen häckar.

Uppgifter och observationer bekräftar att Tribbhultsområdet hyser en tämligen rik förekomst av tjäder. Inför planerna på etablering av en vindkraftpark avverkade Sveaskog stora områden öster om vägen som går förbi Tällsjön upp till Sandsjön/-Grytfall till dess anslutning med stora vägen mellan Bälö och Hjorted. Därmed blev området omvandlat till ”produktionsskog”. Skogsområdet väster om denna väg hyser fina tjäderbiotoper och där är fortfarande gott om tjäder, bl.a. runt den aktuella spelplatsen. Fram till för ca 20 år fanns en tjäderspelplats med mer än tolv tuppar strax sydväst om Stora Karsgöl. Orre spelar alltså mellan Stora och Lilla Karsgöl.

Nyligen kom en ny publicering, som behandlar just vindkraftens påverkan på tjäder, i Naturvårdsverkets rapportserie inom Vindval ( se *Capercaillie and Wind Energy – An international research project*. 2021. Vindval. Rapport 6977, Naturvårdsverket). Rapporten slår fast att tjädrar undviker annars lämpliga habitat i närheten av vindkraftverk och dess författare sammanfattar sina slutsatser i rekommendationen att vindkraftverk inte bör uppföras inom 865 meter från särskilt viktiga tjäderförekomster, vilket styrker föreningarnas uppfattning att 1 km skyddszon runt spelplatser av tjäder ska vara att anse som en vedertagen och högst rimlig skyddsåtgärd vid vindkraftsexploatering för att undvika att verksamheten träffas av förbuden i 4 § artskyddsförordningen.

Föreningarnas tolkning av C-473/19 och 474/19 *Skydda skogen* är att större naturvårdshänsyn måste tas i samband med vindkraftsexploateringar som tydligt riskerar att utgöra negativ påverkan på särskilt viktiga områden för fåglar och andra naturvärden, däribland spelplatser för skogshöns. Exempelvis är det högst troligt att nu

gällande skyddszoner i en del fall behöver utökas (eller åtminstone befästas), och att hänsyn måste tas även till spelplatser med färre individer.

**Länsstyrelsen i Kalmar län** (länsstyrelsen) har bestritt att MPD:s beslut ska ändras och anfört i huvudsak följande.

#### *Tillåtlighet*

Vindkraft är en förnybar energiform som syftar mot MB:s mål om hållbar utveckling. I MB:s portalparagraf anges hur balken ska tillämpas för att nå målet, bl.a. ska den biologiska mångfalden bevaras. I varje tillståndsprövning måste det därför göras en bedömning av om det är möjligt att den ansökta verksamheten kan samexistera med miljöintressen och andra intressen.

Statkraft anser att nyttan med vindkraft bör väga över vid en avvägning mellan nyttan av vindkraft och nyttan med begränsningen samt att MPD:s begränsning av vindkraftsanläggningen därmed inte står i proportion till nyttan i förhållande till vad som anges i 2 kap. 7 § MB. Miljöbalken ger inte något utrymme för en sådan avvägning som bolaget argumenterar för. Eventuell klimatnytta med en verksamhet kan inte vägas in i rimlighetsavvägningen. Det saknas således lagstöd för att sänka kraven på lokalisering och skyddsåtgärder för en vindkraftsanläggning på grund av dess klimatnytta.

Vindkraftsanläggningen i Tribbhult har varit föremål för bedömning av mark- och miljödomstolen tidigare, när ärendet återförvisades till MPD (mål M 4190-17). Domstolen gav då sitt stöd åt MPD:s inskränkning i den västra delen av det ansökta etableringsområdet när den uttalade följande: ”Därutöver kan etableringen i den västra delen av bolagets ansökta etableringsområde ifrågasättas utifrån de skäl som MPD har anfört vid sin begränsning av etableringsområdet.” Detta berör verk 01, 05, 11, 16, 20, 22, 24, 25 och 26. Statkraft har inte utfört några nya inventeringar som ger ny kunskap om fågellivet i området. Vägledning och praxis har inte heller utvecklats på ett sätt som gör att mindre hänsyn behöver tas till de fågelarter som är föremål för bedömning i det aktuella ärendet. Det saknas därför anledning att ändra

ställningstagandet kring den västra delen av ansökt etableringsområde. I enlighet med MPD:s beslut bör inte heller verk 17 tillåtas på grund av närheten till en utpekad stabil biotop för nattskärre. Samma skyddsavstånd bör användas som i mark- och miljödomstolens dom i mål M 921-16.

Den konsult som Statkraft har anlitat för fågelbedömningarna har visserligen medverkat som författare till Vindvals uppdaterade syntesrapport, men i detta ärende agerar denne som ombud och inte som oberoende expert. Konsulten anger att en kilometer breda flygkorridorer bör eftersträvas för storlom. Samtidigt bedömer konsulten att mellan 700 och 900 meter är tillräckligt i det aktuella området utan att motivera varför. När det gäller nattskärre är det noterbart att konsulten diskuterar revirtäthet för hela etableringsområdet och inte den högre revirtäthet som kan förväntas inom de delar i väster som bedömts viktiga för den lokala populationen. Länsstyrelsen vill understryka vikten av att göra en sammanvägd bedömning av vindkraftverkens påverkan på fågellivet i området och inte enbart art för art.

Statkraft framför att verk 1 och 5 under inga omständigheter kan bedömas påverka de lokala bestånden av nattskärre, tjäder, orre och storlom. Med ansökt flyttmån är det inte säkert att en flygkorridor för storlom på en kilometer kan upprätthållas mellan verk 5 och 7. Beträffande verk 1 kan dock länsstyrelsen instämma i bolagets bedömning gällande påverkan på fågellivet. Vindkraftsanläggningens placering i landskapet och utformningen av gruppstationen behöver emellertid beaktas. Boverket berör detta i ”Vindkraftshandboken – Planering och prövning av vindkraftverk på land och i kustnära vattenområden” utgiven år 2009. Boverket anger där att vindkraftsanläggningar bör hålla sig inom ett avgränsat område för att anläggningen ska ges en tydlig lokalisering och gruppen hållas ihop. Vidare anges att det är viktigt att en gruppformation upplevs vara ”planerad”, dvs. att etableringen inte upplevs ha kommit till på ett slumpartat sätt, vilket visar sig tydligt genom det sätt verken är placerade i förhållande till varandra. Gruppformationer med enkelt uppfattad geometri ger en mindre visuell störning. Länsstyrelsen inser utmaningen med att åstadkomma geometriska mönster när placeringen av enskilda verk behöver ta hänsyn till

olika faktorer i omgivningen. Att tillåta verk 1 och 5 som enda verk i den västra delen av etableringsområdet skulle dock bidra till att vindkraftsanläggningen skulle upplevas som alltför utspridd, vilket leder till ökad visuell påverkan.

#### *Flyttmån*

Statkraft hänvisar till två avgöranden i Mark- och miljööverdomstolen (även kallad MÖD). Frågan om flyttmånens storlek var inte föremål för bedömning i den ena domen och den andra domen ger ingen vägledning om vad som bör gälla generellt. Det saknas fast praxis kring flyttmånens storlek. Det är förutsättningarna i det enskilda fallet som får avgöra hur generös flyttmån kan vara. Det som är vanligt är fortfarande 50 eller 100 meter och det sistnämnda är inte alltid lämpligt. En större flyttmån ger en ökad flexibilitet för Statkraft. Effekterna av en större flyttmån måste dock beaktas, exempelvis konsekvenserna av att rotorbladen sveper in över utpekade skyddsvärden. Flera verk planeras i utkanten av ansökt verksamhetsområde. Tillståndet bör därför även utformas så att rotorbladen och deras svepytor håller sig inom angivet verksamhetsområde i enlighet med MÖD:s dom i mål M 6974-17.

#### *Ekonomisk säkerhet*

Den dom från MÖD som Statkraft hänvisar till (M 4293-18) utgår, i motsats till vad bolaget påstår, från lägre verk. I domen uppgick de ansökta verkens totalhöjd till 201 meter jämfört med bolagets ansökta totalhöjd om 220 meter. Högre verk är dyrare att montera ner och ta om hand, vilket motiverar ett högre belopp. I domen bedömdes endast om det fanns skäl att sänka säkerheten. Det är inte uteslutet att domstolen hade ansett att ett högre belopp hade varit motiverat, exempelvis om tillståndsmyndigheten eller någon part ansett att indexuppräknings skulle ske. Länsstyrelsen har tagit del av den kostnadsberäkning som ligger till grund för den säkerhet som fastställdes i domen. Beräkningen anger vad det skulle kosta att avveckla vindkraftverk, transformatorstation och kablar vid tidpunkten för beräkningen (år 2014). När säkerheten fastställdes togs ingen hänsyn till inflationen. Säkerheten måste dock vara betryggande under hela tillståndstiden. För täktverksamheter är det praxis att indexuppräknas säkerheten för tillståndstiden plus två år. Bergtäkter har numera ofta lika långa tillståndstider som vindkraftsanläggningar. Det är inkonsekvent at



tillämpa indexuppräknning för täktverksamheter men inte för vindkraftsanläggningar. Indexuppräknning krävs för att säkerheten ska vara betryggande under hela tillståndstiden. Hänvisning till relevanta domar finns i MPD:s beslut.

Länsstyrelsen anser sammanfattningsvis att MPD:s begränsning av antalet vindkraftverk och flyttmånen är väl avvägd och motiverad ur miljösynpunkt och att den ekonomiska säkerheten är rimlig.

**Tjust Fågelklubb** har efter sammanträdet inkommit med karta över fynd av storlom i Tribbhultsområdet åren 2014-2021 samt karta över fynd av storlom i Tribbhultsområdet med inritade hänsynszoner och platser för planerade vindkraftverk i syfte att förtydliga vad som tidigare anförts avseende storlom. Av deras redovisning styrker att verken 02, 07, 08, 12, 13, 14, 18, 21 och 23 inte ska uppföras med hänsyn till arten storloms skyddsbehov.

**Bolaget** har vidhållit att tillräckliga skyddsåtgärder har vidtagits med hänsyn till storlom och anför bl.a. följande. Tjust fågelklubb har i sin komplettering hänvisat till observationer av storlom och förespråkat en hänsynszon på en km till de sjöar där en observation har gjorts, oavsett om observationen rör en enstaka individ eller ett par utan konstaterad häckning. Av registreringarna i Artportalen för området i Tribbhult framgår att observationerna i flertalet fall rör enstaka individer. Vidare har ingen häckning konstaterats, utom möjligen i Tällsjön. Något stöd för att regelbunden häckning förekommer i någon av sjöarna saknas. I enlighet med BirdLifes rekommendationer och rekommendationerna i Vindvals uppdaterade syntesrapport, har en flygkorridor med en bredd om 700-900 meter mellan Tällsjön och Sandsjön och flera gölar däremellan lämnats. Avståndet till sjöar undviks dessutom med minst 100 meter. Statkraft menar därför att tillräckliga skyddsåtgärder har vidtagits med hänsyn till storlom.

**Länsstyrelsen** har motsatt sig att miljöprövningsdelegationens beslut ändras och anført bl.a. följande.

Tjust Fågelklubb har i skrivelse daterad den 17 december 2021 redovisat kompletterande information beträffande förekomsten av storlom i Tribbhultområdet. I underlaget redovisas en karta över fynden som rapporterats till Artportalen. Länsstyrelsen har granskat den information om fynden som finns i Artportalen. Fyndplatserna har angetts med olika noggrannhet, alltifrån  $\pm 1$  meter till  $\pm 1500$  meter, vilket åskådliggörs av de cirklar av varierande storlek som omger fynden i bilaga 1 i fågelklubbens skrivelse. Två fynd, ett i Tällsjön och ett i Öbälen, har aktivitetskategori ”trolig reproduktion” då de rapporterats in som två individer i permanent revir. Ytterligare två fynd, ett i Sandsjön och ett i Ögöl, har aktivitetskategori ”möjlig reproduktion” då de rapporterats in som observationer i häcktid i lämplig biotop.

I den uppdaterade syntesrapporten från år 2017 (Vindval Rapport 6740 – Vindkraftens påverkan på fåglar och fladdermöss – Syntesrapport) föreslås, förutom fria flygvägar, en kilometers skyddszon från vatten där storlommar häckar. Enligt rapporten bör skyddsavstånden räknas från stranden av häckningssjön, inte den exakta bopplatsen. Vid häckning i större sjöar rekommenderas dock att skyddsavstånden räknas från stranden av den del av sjön som ligger i direkt anslutning till häckningsplatsen.

Någon vägledning kring vad som bör räknas som en större sjö ges inte i syntesrapporten. Länsstyrelsen konstaterar dock att Tällsjön och Sandsjön är så pass stora att avstånden till närmaste tillståndsgivna vindkraftverk överstiger det rekommenderade skyddsavståndet om häckning sker centralt eller i de bortre delarna av dessa sjöar. Beträffande Öbälen får skyddsavståndet anses uppfyllt oavsett var i sjön häckning sker. Storlom har inventerats av sökanden, men ingen häckning har observerats. Fynden i Artportalen kompletterar de fynd som observerats i sökandens inventering, men inte heller de fynden pekar ut några häckningsplatser.

Länsstyrelsen bedömer att miljöprövningsdelegationen gjort en korrekt avvägning givet det underlag som fanns vid beslutstillfället. Det nya underlag som presenterats i överprovningen kompletterar tidigare redovisad fyndbild för storlom, men föranleder ingen annan bedömning.

Länsstyrelsen avstår från att yttra sig i frågan om det kommunala tillstyrkandet enligt 16 kap. 4 § miljöbalken.

Synpunkter i målet har även inkommit från följande.

**Svensk Vindenergi** har anfört bl.a. följande. En rättssäker, förutsägbar och effektiv tillståndsprocess är grundläggande för en storskalig utbyggnad av vindkraften. Den aktuella provningen, Tribbhults vindkraftspark, avser en etablering som sedan 2013 genomgått en lång och noggrann provningsprocess. Kommunen har tillstyrkt etableringen vid två tillfällen. Efter kommunens tillstyrkan den 25 november 2019 har länsstyrelsens miljöprövningsdelegation prövat etableringen och meddelat tillstånd. Att Västerviks kommun den 22 november 2021, långt efter att tillstånd meddelats, återkallat sin tillstyrkan kan inte utgöra hinder för mark- och miljödomstolen att fullfölja provningen som planerat.

I skrivelser med skadeståndskrav från **ett stort antal enskilda fastighetsägare runt Tribbhult**, vilka är adresserade till bolaget med kopia till domstolen, påpekas att vindkraftverk har en kraftig påverkan på sin omgivning, att djurlivet skadas och att hela landskapsbilden påverkas av dessa torn samt att samstämmig forskning visar att värdet på fastigheter sjunker då ljudet från vindkraftverken tillsammans med det faktum att de syns på långt avstånd gör att många drar sig för att köpa fastigheter i närheten av vindkraftverk.

**L.J** har bifogat excel-fil innehållande 274 fastighetsägare som har undertecknat ett skadeståndskrav mot vindkraftsbolaget om de fullföljer sina planer

på att etablera en vindkraftsindustri på Tribhults marker med omnejd. De under-  
tecknade skadeståndskraven finns i original om domstolen så behöver. De hoppas  
verkligen att de lever i en demokrati där man tar Västerviks Kommuns veto på fullt  
allvar. Det innebär att Statkraft inte har någon mark att etablera denna vindkrafts-  
industri på, då erforderligt tillstånd är tillbakadraget med vetot.

**K.L** har motsatt sig den aktuella vindkraftsetableringen och anfört bl.a. följande.  
Naturskyddsföreningen i Tjust har drivit ett projekt sedan 1980-talet att skapa den  
vandningsled som kallas Tjustleden. Tjustleden knyts i sin sydliga gräns mot  
Oskarshamns kommun ihop med Ostkustleden. I den nordliga delen övergår den i  
Östgötaleden. Båda dessa leder sträcker sig sedan vidare till många andra landskap.  
Tjustledens första etapp går från Mörtfors till Getterum och följer gamla historiska  
leder och platser. Den planerade vindkraftsanläggningen hamnar kontinuerligt i  
vandningsledens sträckning. Han hävdar att ett processfel har begåtts när man inte  
informerade och samrådde med Tjustledens skapare och vårdare.

### **DOMSKÄL**

Mark- och miljödomstolen har hållit sammanträde i målet.

*Ska ett återkallande av en tidigare kommunal tillstyrkan beaktas i målet?*

Enligt 16 kap. 4 § första stycket miljöbalken får tillstånd till en anläggning för  
vindkraft endast ges om den kommun där anläggningen avses att uppföras har till-  
styrkt det.

Detta innebär att länsstyrelsens miljöprövningsdelegation inte kan bevilja tillstånd  
till en tillståndspliktig vindkraftspark förrän kommunen har tillstyrkt ansökan,  
vilket således måste ske innan beslut i tillståndsprövningen fattas.

I det här fallet beslutade kommunfullmäktige i Västerviks kommun den 25 novem-  
ber 2019 att tillstyrka den aktuella vindkraftsetableringen i sin helhet med verk om  
26 stycken, då förslaget bedömdes utgöra en lämplig markanvändning för vind-  
kraftsetablering utifrån den vägledning som ges i översiktsplanen, tematiskt tillägg i

översiktsplanen. Miljöprövningsdelegationen beslutade den 17 november 2020 att bevilja Statkraft Vind AB tillstånd till 16 vindkraftverk.

Därefter har såväl bolaget som Birdlife Sverige och Tjust Fågelklubb överklagat miljöprövningsdelegationens beslut till mark- och miljödomstolen. Då hela tillståndet är överklagat har domstolen att pröva tillåtligheten för hela tillståndet samt de ytterligare verk som bolaget har yrkat tillstånd för (jfr MÖD 2014:36).

Under målets handläggning har kommunfullmäktige i Västerviks kommun i beslut den 22 november 2021 upphävt kommunfullmäktiges beslut den 25 november 2019 (§ 324) om etablering av vindkraftverk på fastigheten A m.fl., med tillägget; ”vilket innebär att det därmed inte längre finns någon kommunal tillstyrkan för etableringen enligt 16 kap. 4 § miljöbalken”. Bakgrunden till kommunens beslut om upphävande är bl.a. följande. Sedan beslutet om tillstyrkan fattades och de sammanvägda konsekvenserna av denna och de övriga vindkraftsetableringar som finns tillståndsgivna blivit mer allmänt kända har en stark och tydlig uppfattning om etableringarna framkommit hos de närboende. Vid beslutstillfället 2019 fanns ytterst få synpunkter från de närboende. Processerna kring denna typ av projekt pågår under lång tid och det är uppenbart svårt för den enskilde medborgaren att påverka och förstå omfattningen av en storskalig etablering.

Domstolen konstaterar att även om kommunfullmäktiges beslut är förenligt med kommunallagen vid en laglighetsprövning kvarstår frågan om kommunfullmäktige under pågående tillståndsprövning, utan att kommunen har överklagat miljöprövningsdelegationens beslut, ska anses ha rätt att frånga tidigare tillstyrkan av de aktuella vindkraftverken och hur 16 kap. 4 § första stycket miljöbalken ska tolkas vid en lämplighetsprövning (jfr MÖD M 2016-19).

Mark- och miljödomstolen noterar att, i de avgöranden från Mark- och miljööverdomstolen där kommunen inte har vidhållit sitt tidigare tillstyrkande, har kommunen varit part i processen genom att kommunen har varit klagande (jfr bl.a. MÖD

M 10193-19). I det nu aktuella målet har kommunen inte överklagat miljöprövningsdelegationens beslut till mark- och miljödomstolen och kommunen är därmed inte part i processen. Att kommunen som i det här fallet ändrat ståndpunkt enbart med hänvisning till att opinionsbildningen blivit annorlunda, kan inte vara förenligt med syftet i 16 kap. 4 § första stycket MB, eftersom det inte har skett någon förändring av markanvändningen vilken kommunen tidigare ansett som lämplig med hänvisning till översiktsplanen och det tematiska tillägget däri. Det kan inte anses vare sig rimligt eller rättssäkert att i en pågående tillståndsprocess, utan att kommunen har överklagat miljöprövningsdelegationens beslut, ta tillbaka en tidigare tillstyrkan.

I förarbetena till 16 kap. 4 § första stycket miljöbalken (se prop. 2008/09:146 s. 40) görs följande uttalande. ”En kommun som berörs av en ansökan om uppförande av vindkraft får ansökningshandlingarna på remiss enligt 22 kap. 4 § miljöbalken. Prövningsmyndigheten bör få ge tillstånd till verksamheten endast om kommunen har tillstyrkt ansökan. Detta bör gälla oavsett om verksamheten omfattas av krav på tillstånd eller om verksamhetsutövaren ansökt om ett s.k. frivilligt tillstånd.” Detta uttalande förtydligas i författningskommentaren till 16 kap. 4 § första stycket miljöbalken (se prop. 2008/09:146 s. 55) enligt följande. ”Paragrafen är ny och innebär att prövningsmyndigheten vid en prövning av en ansökan om tillstånd till uppförande av en vindkraftsanläggning endast får ge ett tillstånd om kommunen har tillstyrkt det.”

Som mark- och miljödomstolen tolkar ovan nämnda förarbeten till 16 kap. 4 § första stycket miljöbalken gäller det kommunala vetot enbart när tillståndsfrågan ska prövas i första instans, eftersom förarbetena anger ”prövningsmyndigheten”.

Om kommunen därefter har ändrat uppfattning måste kommunen enligt domstolens mening överklaga beslutet och ange skälen för detta. Så har emellertid inte skett i detta fall. Mark- och miljödomstolen finner därför att kommunens beslut av den 22 november 2021 om upphävande av tidigare tillstyrkan till vindkraftsetablering på fastigheten A m.fl. har gjorts för sent och att det därmed inte hindrar domstolens fortsatta prövning av överklagandena i sak.

Sammanfattningsvis innebär det ovan anförda att då kommunen inte har överklagat miljöprövningsdelegationens beslut anser mark- och miljödomstolen att kommunens ändrade inställning inte kan tillåtas påverka prövningen i målet.

#### *Prövning i sak*

Frågan i målet är om miljöprövningsdelegationens beslut om tillstånd till maximalt 16 verk ska upphävas med hänsyn till fåglar och fladdermöss i enlighet med Bird Life Sveriges och Tjust Fågelklubbs yrkanden eller om tillståndet ska kvarstå eller utökas i enlighet med bolagets yrkanden samt hur stor den ekonomiska säkerheten ska vara i så fall.

#### Påverkan på fladdermöss

Enligt mark- och miljödomstolen visar utredningen i målet att de försiktighetsmått med skyddsavstånd till gårdsmiljön i Tribbhult och torpmiljöerna samt med ett generellt villkorskrav om stoppreglering under känslig tid, s.k. BAT-mode är tillräckliga för att verksamheten ska kunna tillåtas. Även om ett flertal arter har påträffats framstår det inte som att området hyser några större tätheter av högriskarter. Mark- och miljödomstolen instämmer därför i den bedömning miljöprövningsdelegationen har gjort. Vad Tjust fågelklubb har anfört ändrar inte denna bedömning. Det saknas därför skäl att upphäva tillståndet till följd av påverkan på fladdermöss.

#### Påverkan på fåglar

Mark- och miljödomstolen anser att underlaget i målet avseende fågellivet är tillräckligt omfattande för att kunna pröva ansökan. Mark- och miljödomstolen konstaterar vidare att den av miljöprövningsdelegationen tillåtna verksamheten i allt väsentligt uppfyller rekommendationerna i Vindvals syntesrapport och att någon förbjuden påverkan på tjäder, orre, storlom och nattskärre inte kan förväntas. Vad Bird Life Sverige och Tjust fågelklubb anfört i denna del ändrar inte domstolens bedömning varför klagandenas överklagande av miljöprövningsdelegationens beslut såvitt avser fåglar ska avslås.

Fråga är nu om det i någon del finns skäl att medge ytterligare verk i enlighet med bolagets yrkanden. Såväl miljöprövningsdelegationen som mark- och miljödomstolen i mål M 4190-17 har tidigare funnit att projektområdets västra del ska undantas med hänsynen till mosaiken av områden med högre naturvärden. Samtidigt har bolaget enligt domstolens bedömning nu visat att det med fasta positioner i stället för boxmodell går att etablera vindkraftverk inom områden med produktionsskog och lägre naturvärden. Mark- och miljödomstolen konstaterar också att vissa av de av miljöprövningsdelegationen undantagna verken är placerade med betydande avstånd emellan varför några barriäreffekter inte kan förväntas.

Mot denna bakgrund anser mark- och miljödomstolen att även vindkraftverken 01, 05, 11, 24, 25 och 26 kan tillåtas då de ligger på tillräckliga respektavstånd från områden med högre naturvärden, sjöar och flygstråk mellan sjöar. Avståndet mellan verk 23 och 25 blir ca 900 m om flyttmånen för verk 25 begränsas helt i östlig riktning. Detta avstånd är med hänsyn till Vindvals rekommendationer för storlom enligt mark- och miljödomstolen tillräckligt för att flygvägarna norrifrån mot Tällsjön inte ska hindras på ett sätt som strider mot artskyddsförordningen.

Däremot framstår lokaliseringarna av verk 20 och 22 som olämpliga med hänsyn till närheten till Karsgöl och flygkorridoren mot Tällsjön. Även lokaliseringen av verk 16 framstår som olämplig med hänsyn till placeringen i omedelbar anslutning till områden med högre naturvärden och ingreppen vid vägdragningen. På samma sätt framstår lokaliseringen av verk 17 som olämplig med hänsyn till närheten till Karsgöl och Ögöl och område med högre revirtäthet för nattskärna. Mark- och miljödomstolen gör därför samma bedömning som miljöprövningsdelegationen har gjort vad avser dessa verk (16, 17, 20 och 22) och vad bolaget har anfört ändrar inte denna bedömning. Bolagets överklagande ska därför avslås i denna del.

#### Närboende

Mot bakgrund av att domstolen ovan funnit att de bärande skälen mot de ytterligare verken på grund av naturvärden och fågellivet i övrigt inte utgör hinder mot tillstånd konstaterar domstolen att lokaliseringen av de ytterligare sex verken (01, 05,



11, 24, 25 och 26) är lämplig och att det dessutom går att meddela sådana försiktighetsmått att verksamheten inte kan antas medföra olägenheter av väsentlig betydelse för människors hälsa och miljön i övrigt till följd av påverkan genom buller, skuggor och andra störningar på närboende i omgivningarna. Sådana försiktighetsmått finns redan i villkor 8 – 12 i miljöprövningsdelegationens beslut.

#### Flyttmån

Den av miljöprövningsdelegationen i villkor 2 fastställda flyttmånen om maximalt 50 m framstår som tämligen begränsad i förhållande till praxis med beaktande av att ytorna även begränsas av bolagets åtagande såvitt avser skyddsområden som ska undantas från anläggningarbeten och verksetablering. Mark- och miljödomstolen finner därför skäligt att utöka flyttmånen till maximalt 100 m med undantag för verk 25 där verket inte får placeras öster om den ansökta fasta positionen med hänsyn till flygkorridoren mellan Ögöl och Tällsjön. Villkor 2 ska därför ändras på sådant sätt som framgår av domslutet.

#### Ekonomisk säkerhet

Miljöprövningsdelegationen har fastställt storleken på den ekonomiska säkerheten till 1 800 000 kronor per verk. Bolaget har yrkat att beloppet sänks till 1 250 000 kr och därvidlag hänvisat till ett antal avgöranden samt att projektområdet är beläget nära E22. Mark- och miljödomstolen konstaterar att flera avgöranden ligger något eller några år bakåt i tiden samt att det inte heller är klargjort om hybridtorn eller ståltorn ska användas. Mot denna bakgrund anser mark- och miljödomstolen skäligt bör bestämmas till 1 500 000 kr per verk.

#### *Skadeståndskrav*

Mark- och miljödomstolen noterar att de skadeståndskrav som en mängd personer har riktat mot bolaget för det fall bolaget skulle fullfölja sina planer på att uppföra de ansökta vindkraftverken inte kan prövas inom ramen för detta mål.

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**, se bilaga 2 (MMD-02)

Överklagande senast den 11 maj 2022.

Cecilia Giese Hagberg

---

I domstolens avgörande har deltagit rådmannen Cecilia Giese Hagberg, ordförande, och tekniska rådet Carl-Philip Jönsson samt de särskilda ledamöterna Elisabet Ardö och Ann-Christin Vösu. Målet har handlagts av beredningsjuristen Charlotte Engell.