

2024-04-30

Länsstyrelsen i Gotlands län
gotland@lansstyrelsen.se

Överklagande av Länsstyrelsen i Gotlands läns beslut (531-1303-2022) enligt 7 kap. 28 a § miljöbalken att tillåta vindkraftparken Aurora

Gotlands Ornitologiska Förening överklagar Länsstyrelsen i Gotlands läns beslut i ärende Dnr 531-1303-2022 (2024-04-03) avseende tillstånd enligt 7 kap. 28 a § miljöbalken för AUR Energipark AB (Exploatören) till den havsbaserade vindparken Aurora med tillhörande verksamhet i Egentliga Östersjön.

Yrkanden

GOF yrkar att:

1. Mark- och miljödomstolen **avslår ansökan.**
1. Mark- och miljödomstolen, om yrkande 1 inte bifalls, **upphäver beslutet och återförvisar ärendet** till Länsstyrelsen för förnyad behandling innefattande en prövning enligt 7 kap 28 a § miljöbalken omfattande även Natura 2000-områdena Stora Karlsö (SE0340023) och Lilla Karlsö (SE0340025).
1. Mark- och miljödomstolen, om varken yrkande 1 eller 2 bifalls, **ändrar beslutet** på så sätt att det framgår att verksamheten behöver kompletterande tillstånd enligt 7 kap. 28 a § miljöbalken med avseende på Natura 2000-områdena Stora Karlsö (SE0340023) och Lilla Karlsö (SE0340025).

Föreningen yrkar även edition av all rådata från de migrationsstudier och fågelinventeringar för vindkraftsparkerna Pleione och Aurora, som Exploatören gjort eller låtit utföra åren 2022 och 2023 samt de eventuella bearbetningar av data från 2023 som bolaget förfogar över.

Grunder

Exploatörens verksamhet kan på ett betydande sätt påverka miljön i Natura 2000-områdena Stora Karlsö och Lilla Karlsö, varför ett tillstånd måste innefatta en bedömning enligt 7 kap. 27 b § miljöbalken (MB) med avseende på dessa områden.

Exploatören har inte visat att dess verksamhet inte kan skada livsmiljöerna i Natura 2000-området Hoburgs bank och Midsjöbankarna och inte visat att dess verksamhet inte medför att östersjötumlare och alfågel utsätts för störningar som på ett betydande sätt kan försvåra bevarandet i området av dessa arter. Exploatören har inte heller visat att dess verksamhet inte kan skada livsmiljöerna i Natura 2000-områdena Stora Karlsö och Lilla Karlsö.

Den rättsliga bakgrunden

Regleringen i miljöbalken

Enligt 4 kap. 8 § MB får användning av mark och vatten som kan påverka ett Natura 2000-område ske endast om tillstånd ges enligt 7 kap. 28 a § när användningen omfattar verksamheter eller åtgärder som på ett betydande sätt kan påverka miljön i området. Ett Natura 2000-område är också i sin helhet riksintresse (4 kap. 1 §).

Enligt 7 kap. 28 b § får sådant tillstånd lämnas endast om verksamheten eller åtgärden tillsammans med andra pågående eller planerade verksamheter eller åtgärder inte kan skada den livsmiljö eller de livsmiljöer i området som avses att skyddas eller medför att den art eller de arter som avses att skyddas utsätts för en störning som på ett betydande sätt kan försvåra bevarandet i området av arten eller arterna.

Lagstiftningen är avsedd att genomföra vissa krav i livsmiljödirektivet (direktiv 92/43/EEG) och fågeldirektivet (direktiv 79/409/EEG). Tillståndsförfarandet innebär att verksamheter och åtgärder som kan äventyra skyddet för vissa djur- och växtarter och deras livsmiljöer ska bedömas på det sätt som direktiven kräver. Det rör sig om arter och livsmiljöer som gemenskapen har intresse av att skydda och som ingår i ett europeiskt ekologiskt sammanhängande nät av områden (Natura 2000). (Se prop. 2000/01:111.)

Artikel 6 i livsmiljödirektivet innehåller en bestämmelse om att medlemsstaterna måste vidta lämpliga åtgärder för att förhindra försämring av livsmiljöerna och habitaterna samt för att förhindra störningar som kan ha betydande konsekvenser för direktivets mål (artikel 6.2). Bestämmelse avser allt som det är rimligt att förvänta sig av en medlemsstat för att förebygga att betydande försämringar, skador eller störningar inträffar. Den svenska språkversionen av artikel 6.2 är olyckligt formulerad. Där står att ”medlemsstaterna skall i de särskilda bevarandeområdena vidta lämpliga åtgärder för att förhindra försämring...”. Bestämmelsen ska inte tolkas som att skyddsåtgärder bara behöver vidtas i områdena, utan de behöver vidtas också utanför områdena för att förhindra en försämring i områdena. Den engelska versionen lyder ”*Member States shall take appropriate steps to avoid, in the special areas of conservation, the deterioration...*”. Det framhålls i förarbetena till lagen att den engelska texten gör det tydligare att det är försämringar i de särskilda bevarandeområdena som ska undvikas oavsett om de orsakas av förhållanden utanför områdena. Lagen får alltså inte tillämpas så att åtgärder utanför ett Natura 2000-område får äventyra syftet med skyddet. (Jfr prop. 2000/01:111 s. 40.)

Med lagen ska alltså säkerställas att en konsekvensbedömning i enlighet med direktivkraven blir gjord även med avseende på åtgärder utanför ett Natura 2000-område. I förarbetena förmodas att bedömningen i sådana fall av områdesextern påverkan i de flesta fall lär leda till att tillstånd kan lämnas (jfr prop 2000/01:111 s. 43). Denna förmodan inverkar givetvis inte på lagtolkningen; en konsekvensbedömning får inte efterges eller urholkas bara för att påverkan härrör från åtgärder som är geografiskt avlägsna från skyddsområdet. I förarbetena nämns som exempel på när ett tillstånd inte ska ges fallet att en förorening uppströms har en otillåten påverkan på ett område nedströms. Ett annat exempel i linje med detta kan vara fallet att åtgärder sker i ett födosöksområde som ligger förhållandevis långt utanför ett skyddat häckningsområde eller en naturtyp som förutsätter en fågelpopulation.

Uttrycket ”på ett betydande sätt kan påverka miljön”

Uttrycket ”*på ett betydande sätt kan påverka miljön*”, som används i 7 kap. 28 a § för att ringa in när ett tillstånd krävs, ska förstås i ljuset av 28 b §. Av den paragrafen följer att tillstånd får ges endast om någon skada eller störning i direktivens mening inte kan uppkomma.

Betydande påverkan kan anses uppkomma när verksamheten riskerar att äventyra bevarandemålen för området. Bevarandemålen som anges i bevarandeplanen ska vara vägledande.

Vid bedömningen ska försiktighetsprincipen beaktas. (Se t. ex. Mark- och miljööverdomstolens dom 2023-10-09 i M 5978-22). Försiktighetsprincipen innebär i detta sammanhang att en tillståndsprocess krävs redan om det kan antas att en verksamhet eller åtgärd kan medföra skada. Det räcker således med att det finns en risk för skada på miljön i ett Natura 2000-område. Försiktighetsprincipen ska också vara styrande vid en bedömning inom ramen för ett tillståndsärende enligt 7 kap. 28 b § MB.

Bedömningen av risken ska göras bland annat med hänsyn till särarten av och de miljömässiga förhållandena inom det område som berörs av verksamheten. Detta förutsätter att alla aspekter av verksamheten som kan påverka bevarandet av området identifieras och att utredningen vilar på bästa möjliga vetenskapliga kunskap. Utredningen får inte innehålla några brister och måste omfatta fullständiga, exakta och slutliga bedömningar och slutsatser. Varje rimligt vetenskapligt tvivel måste skingras vad gäller verksamhetens inverkan på det skyddade området. (Se EU-domstolens mål C-441/17 Białowieżaskogen, EU:C:2018:255 p. 112–114 med där angivna hänvisningar till praxis.)

För att ett område som utgör en livsmiljö inte ska anses ta skada krävs att en gynnsam bevarandestatus bibehålls inom området. Detta förutsätter att de grundläggande särdrag som har samband med den skyddade livsmiljön varaktigt bibehålls. Det ska inte finnas några rimliga tvivel om att verksamheten kan utföras utan skadlig inverkan. Prövningen sker utifrån ett vetenskapligt perspektiv och kraven är således höga. (Se EU-domstolens mål C-441/17 Białowieżaskogen, EU:C:2018:255 p. 115–120 med där angivna hänvisningar till praxis.)

För att detta ska vara möjligt får bedömningen inte innefatta en avvägning mot andra intressen som kan tala för att verksamheten ska tillåtas, t.ex. ett regionalt intresse att bidra till produktion av fossilfri el. En sådan politisk bedömning är förbehållen regeringen, som kan ge tillstånd trots 28 b § (7 kap. 29 §).

Om beviskrav och bevisvärdering

Utgångspunkten för tillståndsprocessen är att en prövningsmyndighet (i detta fall Länsstyrelsen) måste bortom allt rimligt tvivel säkerställa att skada eller störning inte uppstår för att det ska vara möjligt att lämna tillstånd, vilket innebär att också sådan påverkan som bedöms vara förhållandevis osannolik måste beaktas i tillståndsprövningen. Eftersom försiktighetsprincipen ska tillämpas innebär det att risk för negativ påverkan föreligger när sådan inte kan uteslutas.

Med hänsyn i synnerhet till försiktighetsprincipen anses en sådan risk föreligga när det på grundval av bästa möjliga vetenskapliga kunskap på området inte kan uteslutas att projektet kan ha en betydande påverkan på bevarandemålen för området.

Bedömningen av denna risk ska göras bland annat med hänsyn till särarten av och de miljömässiga förhållandena i det område som berörs av ett sådant projekt (Białowieżaskogen, C-441/17, punkt 112).

Beviskraven är alltså mycket höga.

Tillståndsprocessen bygger på att den som planerar en verksamhet eller åtgärd har ansvaret för den första bedömningen, nämligen att bedöma sannolikheten för en miljöpåverkan i ett särskilt skydds- eller bevarandeområde. Det är dock nödvändigt att också

tillsynsmyndigheterna har ett ansvar att bevaka att direktivens krav uppfylls. (Se prop. 2000/01:111 s. 43.)

Det är sökanden som måste kunna visa att de sökta åtgärderna inte påverkar de skyddade arterna och naturtyperna på ett otillåtet sätt. Det är Länsstyrelsens roll att utvärdera och bedöma de bevis som sökanden lägger fram. Detta måste ske i ljuset av allt som förekommit i ärendet, och det kan föranleda behov av kompletteringar och kritiska frågor från myndighetens sida.

Vid bevisvärderingen bör beaktas att den dokumentation som sökanden lägger fram är del av en partsinlägga. Den information som presenteras är med nödvändighet ett resultat av en sovrings- och urvalsprocess. Man kan inte rimligen begära att sökanden ska kunna genomföra den processen utan att påverkas av sina egna ekonomiska intressen i saken, i synnerhet om mycket resurser redan åtgått för att ta fram det underlag som till slut presenteras.

Länsstyrelsen bör alltså förhålla sig kritisk till sådan information och sådana slutsatser av sökanden särskilt när de har ifrågasatts av andra med sakkunskap. Vid bevisvärderingen bör också beaktas om andra som lämnar uppgifter i saken har egna ekonomiska intressen i att hindra ett tillstånd eller om de har någon annan anledning att agera partiskt. Föreningen vill i detta sammanhang betona att den inte har som mål eller intresse att motverka produktion av fossilfri el när det kan göras förenligt med det parallella intresset att värna miljön och den biologiska mångfalden för kommande generationer.

Med den föreslagna placeringen av vindkraftparken är detta inte görligt, utan en annan mindre riskabel placering bör övervägas av sökanden.

Allmänt om det geografiska områdets status med särskilt avseende på fågelliv

Regeringen har gett länsstyrelsen i uppdrag att utgå från IBA i arbetet med att föreslå nya SPA. I uppdraget att utse SPA-områden ska endast hänsyn till ornitologiska värden tas, inte till exempel ekonomiska.

Med SPA (*Special Protection Area*) menas ett Natura 2000-område som upprättas med stöd av EU:s fågeldirektiv. Sverige är som medlem i EU skyldigt att utpeka vissa områden som SPA.

Med IBA (*Important Bird and biodiversity Areas*) menas områden som bedöms vara viktiga för bevarande av fågelpopulationer och biologisk mångfald. EU:s fågeldirektiv anger att medlemsstaterna ska klassificera de viktigaste områdena som SPA (Special Protection Areas). BirdLife International har tagit sitt ansvar att hjälpa myndigheter och fåglar genom att peka ut de områden som har störst betydelse för att bevara våra fågelpopulationer. Detta sker utifrån ett 20-tal kriterier, bland annat hotade arter, arter med begränsad utbredning, arter med ogynnsam bevarandestatus samt stora ansamlingar av fåglar (även sträckande).

Med SCI (*Sites of Community Interest*) avses områden av gemenskapsintresse för arter av växter och andra djur än fåglar samt för naturtyper. Sverige och övriga EU-länder är skyldiga att se till att nödvändiga bevarandeåtgärder vidtas i områdena fr.a. enligt livsmiljödirektivet. Med pSCI avses område som är föreslaget av regeringen, men ännu ej antaget av EU-kommissionen.

Uppdraget har sin bakgrund i att EU-kommissionen öppnade ett överträdelseärende 2020-05-14 (2020/2207, C(2020) 2503 final) mot Sverige för brister i utpekande av SPA-områden, särskilt avseende havsområden, vilket föranledde ett regeringsuppdrag 2021-06-03 (M2021/01160) till 11 länsstyrelser, däribland Gotland.

Denna process inleddes redan 2014 med flera krav från kommissionen och påföljande

regeringsuppdrag. I kommissionens uttalande framgår att stor tyngd ska läggas vid de områden som BirdLife bedömer mest värdefulla (ej formellt skyddade IBA-områden). EU-domstolens praxis säger att områden som kvalificerar sig som SPA ska skyddas av fågeldirektivet 4.4. I samband med detta informerade BirdLife Sverige (Gotlands Ornitologiska Förening är den regionala delen av BirdLife Sverige) om betydelsen av havsområdet sydväst om Gotland som binder samman Karlsöarna med Hoburgs bank och Midsjöbankarna, och dess framtida utpekande som IBA som varit planerat sedan 2012.

Kommissionen konstaterade 2014-11-07 (Ares (2014) 3700051) att Sverige hade ett antal brister när det gäller de föreslagna områdena och drog slutsatsen att Sveriges nätverk av SCI- och pSCI-områden var otillräckligt för att skydda relevanta livsmiljötyper och arter.

Kommissionen inledde därför en EU Pilot-undersökning för att ytterligare klargöra frågan (ref. nr EUP(2015)7659). I samband med det begärde kommissionen (2015-07-13) ytterligare klargöranden från de svenska myndigheterna om hur och när de hade för avsikt att åtgärda de konstaterade bristerna i utpekandet av områden för att uppfylla skyldigheterna enligt habitatdirektivet. Nu fäste kommissionen även uppmärksamheten på det faktum att Sverige var i dröjsmål med att utse marina SPA-områden och påtalade den bristfälliga överensstämmelsen mellan de befintliga svenska marina SPA-områdena och den förteckning över viktiga fågelområden (IBA) till havs i Sverige som publicerats av BirdLife. Därefter uppdaterade Sverige sina listor och utsåg nya områden och utökade även ett antal befintliga.

Men kommissionen ansåg att Sverige ändå inte hade vidtagit alla nödvändiga åtgärder för att ta itu med alla återstående brister i utpekande av områden och dessutom inte lämnat in en uttömmande lista över områden i enlighet med artikel 4.1 i direktivet, och därför inte heller hade uppfyllt sina skyldigheter enligt artikel 3.2.

Kommissionen ansåg dessutom att Sverige inte har pekat ut alla marina SPA-områden för fåglar som krävs för att uppfylla landets skyldigheter enligt artikel 4.1 och 4.2 i fågeldirektivet. Kommissionen beslutade att sända denna formella underrättelse till Sverige. EU-domstolen klagade 2000-11-07 (C-371/98) att andra kriterier än de som hänger samman med bevarandet av livsmiljöer samt vilda djur och växter, såsom ekonomiska, sociala eller kulturella behov, inte ska beaktas vid valet och avgränsningen av de områden som ska föreslås.

Baserat på vad Sverige meddelade 2019-01-14 (Ares (2020) 1540242) ansåg kommissionen att Sveriges förslag till lista över SCI-områden inte kunde anses vara uttömmande och att det rådande nätverket var otillräckligt för ett antal livsmiljötyper och arter, däribland *Phocoena phocoena* (tumlare) som nu berörs av det överklagade beslutet.

Kommissionen lyfte fram området i egentliga Östersjön söder om Gotland, där Hoburgs Bank och Midsjöbankarna är de absolut viktigaste övervintringsområdena för den sårbara europeiska populationen av alfågel. SPA- och SCI-området Hoburgs bank och Midsjöbankarna som Sverige slutligen pekade ut och som bildades 2016, omfattar hela Hoburgs Bank och Norra Midsjöbankarna men bara 29,80 % av Södra Midsjöbanken, vilket innebär att cirka 70 000 hektar av detta IBA-område inte ingår.

Kommissionen konstaterade att den internationella betydelsen av detta marina IBA-område, särskilt för den övervintrande populationen av alfågel (och för flera andra sjöfågelarter), är väl dokumenterad genom robusta, långsiktiga vetenskapliga data. Detta innebär att detta IBA-område hör till de områden som är mest lämpade för bevarandet av denna art och att Sverige borde ha klassificerat detta IBA-område som SPA-område, eftersom utpekandet av SPA-områden bör grundas uteslutande på ornitologiska kriterier. Europeiska kommissionen bedömde att Sverige hade underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 4.1 och 4.2 genom att inte klassificera de mest lämpade områdena i antal och storlek i sina marina vatten

som särskilda skyddsområden (SPA).

Som följd av senaste kritiken från kommissionen, har Länsstyrelsen i enlighet med det senaste regeringsuppdraget, 2022-10-28 föreslagit till regeringen att gränserna för Karlsöarnas Natura 2000-områden ska utvidgats (Dnr 2409-2021). Ärendet ligger för nuvarande på regeringens bord. Om förslaget fastställs innebär det att Karlsöarnas Natura 2000-område omgäende hamnar än närmare verksamhetsområdet även om det inte täcker hela det viktiga området mellan Karlsöarna och utsjöbankarna som är planerat att utses som IBA-område.

Länsstyrelsens handläggare uppmärksammade i e-post 2020 Exploatören på att det skulle behöva göras en Natura 2000-prövning gentemot SPA-områden på Gotland, utöver prövningen mot Hoburgs bank och Midsjöbankarna (se samrådsredogörelse). I samrådsredogörelsen har bolaget (sid 192) redovisat minnesanteckningar från möte med Länsstyrelsen den 2021-09-29 som avser påverkan på Natura 2000-området Hoburgsbank och Midsjöankarna och skriver: ”*Vidare informerar länsstyrelsen att sillgrissla, silltrut och tordmule simmar söder ut från norra Karlsö och att det kan vara födosöksområde för dessa arter.*”

Bolagets anteckningar refererar troligen till feltolkning av vad som sagts. Silltrut simmar inte söderut och ingen av nämnda arter simmar från norra Karlsö, eftersom fågelbergen inte är lokaliserade på någon av öarnas norrsidor. Men vad som ändå framkommer är att Länsstyrelsens handläggare vid mötet informerat bolaget om att Hoburgsbank och Midsjöankarna kan vara födosöksområde för dessa arter. Denna information är helt korrekt.

Verksamhet kan på ett betydande sätt påverka miljön i Natura 2000-området Hoburgs bank och Midsjöbankarna

Föreningen hänvisar i detta överklagande till sina tidigare yttranden till Länsstyrelsen och tillägger följande.

Länsstyrelsen har korrekt bedömt att de av Exploatören ansökta åtgärderna i angränsning till Natura 2000-området Hoburgs bank och Midsjöbankarna kräver tillstånd enligt 7 kap. 28 a § MB. Verksamhetens fysiska närvaro och karaktär har bedömts medföra undanträngnings- och barriäreffekter samt kollisionsrisk som kan påverka miljön i området på ett betydande sätt.

Länsstyrelsens bedömning att tillstånd ska ges är dock inte förenlig med en försiktighetsprincip vid bedömningen inom ramen för 7 kap. 28 b § MB.

Påverkan på östersjötumlare

Östersjöpopulationen av tumlare (*Phocoena phocoena*) är klassad som kritiskt hotad (*critically endangered*) och populationen är till stora delar genetiskt skild från övriga populationer i sydvästra Östersjön, Öresund och Kattegatt och den står inför en uppenbar risk att utrotas (Amundin m.fl. 2022). Det är uppenbart att all ytterligare verksamhet som riskerar att negativt påverka tumlaren i centrala Östersjön bör undvikas helt (Cervina 2020). Att hänsyn måste tas på individnivå är självklart.

Den bedömning som gjorts i den avvikande meningen beträffande bevarandemålen och hoten mot tumlare (bilaga 2 till Länsstyrelsens beslut) bygger enligt Föreningen i och för sig på en godtagbar tillämpning av 28 b §.

Exploatörens redovisningar gällande Auroras påverkan på tumlare är av karaktären ”tyder på” eller ”bedöms vara ringa” bekräftar stora osäkerheter. Vi ser flera brister i redovisningen och även direkta felaktigheter. Tabell 3 i B.8 och den i E.2, appendix 1 har olika värden på tre ställen och totalsumman av antalet detektionspositiva minuter DPM för en station är felaktig.

Dessutom är jämförelsen mellan resultaten från Aurora och den nationella Miljöövervakningen som den presenteras i fig 13 (B.8 och E.2) missvisande och stationen 6244 bör ha hamnat i intervallet 1,1–1,5% dagar med detektioner och inte 0,1–1%.

Samtliga stationer där avlyssning skett har haft påhälsning av tumlare och vissa stationer vid upprepade tillfällen. Det stora och relativt orörda havsområdet där Aurora planeras kan utgöra en viktig länk mellan Natura 2000-området Hoburgs bank och Midsjöbankarna och områden kring norra Öland och Sveriges skärgårdar där de uppehåller sig under höst och vinter.

Den tillkommande effekten av hydrografisk karaktär som tas upp av SMHI borde ha vägts in i analysen av hur Natura 2000-området och omgivande havsområden kan komma att påverkas. Havsströmmar, salthalt och temperatur är några av de parametrar som påverkas av havsbaserad vindkraft. Vindkraftsparken kan liknas vid en artificiell bergskedja där vindar och nederbörd ändras. Energin som turbinerna drar ur vinden leder till minskade vindar bakom parken med effekter flera mil bort. SMHI uppger att *”Vinden bakom vindkraftsparkerna minskar och vi ser att detta påverkar strömmar och skiktning i havets ytskikt. Det påverkar i sin tur näringsämnen och algbloomingar i ytskiktet, vilket sedan har konsekvenser för hela det marina ekosystemet samt syreförhållanden i djuphavet.”*

Exploatören menar att området inte är betydelsefullt för tumlare eftersom *”endast ett fåtal torskar”* fångades. Men huvudfödan för östersjötumlare är skarpsill och strömning och endast till mindre del torsk (t.ex. Carlén 2022) vilket Exploatören redovisar som den dominerande fisken i området. Att området inte långvarigt nyttjas av honor med kalvar då de företrädesvis uppehåller sig på grunda vatten innebär inte att individer inte födosöker där.

Att få djur kan detekteras eller observeras i stora områden i centrala Östersjön beror på att arten är fåtalig, vilket är skälet till skyddsklassningen och riskerna för utdöende. Få detektioner är således ett sällsynt dåligt argument för att påstå att ett område är av mindre betydelse. Att etablera en stor vindkraftspark i ett område som ligger centralt i östersjötumlarens utbredningsområde innebär uppenbara risker för betydande påverkan.

Påverkan på alfågel och tobisgrissla

Den bedömning som gjorts beträffande bevarandemålen och hoten mot alfågel och tobisgrissla är enligt Föreningen inte av acceptabel kvalitet och innebär därför att skyddet för arterna kan komma att undergrävas.

Länsstyrelsen har korrekt underkänt Exploatörens beskrivning att alfåglar *”är relativt stationära i sina övervintringsområden och troligtvis inte rör sig i någon större omfattning mellan bankarna”* (beslutet s. 48). Det är, tvärt emot vad Exploatören hävdar, känt att alfåglar förflyttar sig mellan födosöksområden under vintern i betydande omfattning. Detta visas bl.a. av att antalet alfåglar som ses vid utsjöbankar inom Natura 2000-området Hoburgs bank och Midsjöbankarna kan öka eller minska över tid med 10 000-tals individer under en och samma vinter. Exploatörens oriktiga påstående väcker en generell fråga kring kvalitén i det beslutsunderlag som Exploatören gett Länsstyrelsen.

Länsstyrelsen har korrekt bedömt att det är viktigt för den långsiktiga överlevnaden av den kvarvarande kraftigt decimerade populationen av alfågel att fåglarna kan förflytta sig mellan de viktigaste övervintringsområdena i Östersjön under perioden oktober till maj och att det måste finnas ett nätverk av goda födosöksområden i Östersjön för populationen. Föreningen vill dock tillägga att det inte bara är *”viktigt”* utan även avgörande för bevarandestatusen.

Alfågelns lokala förflyttningar under vintern mellan födosöksområden inom Natura 2000-området Hoburgs bank och Midsjöbankarna bedöms emellertid inte bli påverkade av verksamheten. Föreningen menar att Exploatören inte har visat detta. Samtidigt sägs att

alfågeln förflyttningar i öst-västlig riktning mellan Natura 2000-området Hoburgs bank och Midsjöbankarna och födosöksområden längs östra Ölands kust kan ”*potentiellt*” påverkas av verksamheten på grund av barriäreffekter. Men Länsstyrelsen bedömer att detta bara kan ske ”*i viss grad*”. Vilka data som ligger till grund för denna bedömning framgår inte.

Denna bedömning saknar grund och kan inte beskrivas som annat än en förhoppningsfull gissning som är oförenlig med försiktighetsprincipen.

Det måste anses vara ett notoriskt faktum att alfågel undviker vindkraftparker. Det kan då inte uteslutas att verksamheten kommer att påverka arten på så sätt att det inverkar på förflyttningar från östliga till västliga delar av området. Vid en sådan flyttning skulle ju fåglarna behöva flyga i riktning mot vindkraftparken. Härigenom blir vindkraftparken också en barriär mellan Natura 2000-området och de öländska kusterna, liksom också ett hinder norr om Norra midsjöbanken. Vid bedömningen bör man beakta att det är fråga om ett område som är över 1 000 kvadratkilometer stort, med hundratals 370 m höga vindkraftverk. Det är fråga om ett mycket stort hinder och som saknar tidigare motsvarighet i Östersjön. Parentetiskt kan tilläggas att Länsstyrelsen med beaktande av detta åtminstone hade kunnat hörsamma de synpunkter som framkommit under samrådet om att en exploatering (ifall den alls ska ske) borde påbörjas i liten skala, så att effekterna av kraftverken på alfågeln rörelsemönster skulle kunna följas upp.

Det framstår som långt rimligare att anta att verksamheten kommer att inverka på alfågeln flyttningar och ha en barriäreffekt än, att som Länsstyrelsen, utgå från motsatt antagande. Med ett sådant rimligare antagande blir slutsatsen att verksamheten kan innebära en påverkan som på sikt kan försvåra bevarandet av alfågeln i Natura 2000-området att den inte kan tillåtas enligt 7 kap. 28 b § MB. Det bör åter poängteras att Länsstyrelsen som prövningsmyndighet för ett EU-gemensamt intresse bortom allt rimligt tvivel ska säkerställa att skada eller störning inte uppstår innan ett tillstånd kan ges. Länsstyrelsen har inte levt upp till denna ansvarstunga uppgift. Om ett sådant antagande som Länsstyrelsens gjort ska vara styrande för tillståndsfrågan, bör det givetvis ha en helt annan underbyggnad än vad Exploatören och Länsstyrelsen presenterat.

Särskilt om utsläpp

Föreningen önskar också tillägga något till vad som tidigare framförts beträffande utsläpp och olyckor.

Länsstyrelsen noterar (s. 49 f.) att det av bevarandeplanen framgår att miljöfarliga utsläpp eller kemikalieutsläpp inte får förekomma. Länsstyrelsen bedömer korrekt att ansökt verksamhet innebär en ökad risk för oljespill och olyckor som kan generera oljeutsläpp i området. Detta gäller såväl vid uppförandefasen som i drifts- och avvecklingsfasen.

Länsstyrelsen bedömer att risken (med vilket man antagligen menar sannolikheten) för oljeläckage är mycket liten, men att följderna av en olycka kan få betydande påverkan på fågelarterna. Enligt Föreningen bör man vid en riskbedömning utgå från risken som en funktion av dels sannolikheten för en skadebringande händelse, dels skadan som uppstår om händelsen förverkligas. Det går alltså inte att säga att risken är liten enbart med utgångspunkt i en sannolikhetsbedömning. Ett statistiskt underlag för påståendet att sannolikheten är ”*mycket liten*” för ett oljeläckage (t.ex. efter brand) från något eller några av de upp till 370 stycken vindkraftverk som ska få uppföras bör rimligen kunna presenteras. Varje kraftverk innehåller ca 20 000–25 000 liter fluider och oljor. Det kan sammantaget handla om att använda upp mot 9 000 000 liter fluider och oljor utminuterat i omedelbar närhet av det skyddade området.

Exploatören har åtagit sig dels att förebygga risken för olyckor, dels att begränsa påverkan

vid en olycka genom att i samråd med kustbevakningen upprätta en miljö- och räddningsplan. I planen kommer bland annat framkomligheten vid eventuella olyckor eller utsläpp, samt möjligheten till sanering av oljeutsläpp eller utsläpp av andra kemiska produkter som kan innebära påverkan på omgivningen att beskrivas. Exploatören har vidare åtagit sig att under projektets samtliga faser hålla en hög beredskap för utsläpp. Ett eventuellt utsläpp ska upptäckas och hanteras omedelbart, bland annat genom att använda uppsamlingstråg för olja som rymmer hela volymen i verken.

Vad beträffar risker för olyckor och utsläpp samt hantering vid sådana situationer hänvisar Exploatören till den parallella ansökan om tillstånd enligt lagen (1992:1140) om Sveriges ekonomiska zon, Dnr 531-5716-2022 (SEZ-ansökan). Länsstyrelsen har godtagit detta.

Men att i ett tillståndsärende hänvisa till en icke existerande en miljö- och räddningsplan som Exploatören ska ta fram i ett annat sammanhang är knappast förenligt med 7 kap. 28 b § eller EU-direktiven såsom rättsläget har uttolkats av Högsta domstolen och EU-domstolen.

Föreningen menar att det är klarlagt genom Högsta domstolens och EU-domstolens praxis att en Natura 2000-prövning förutsätter en samlad bedömning av verksamheten i något skede av prövningen. Länsstyrelsen har medgett att en uppdelning av prövningen får ske genom att ge tillstånd och låta hanteringen av utsläppsrisker bli föremål för bedömning i SEZ-ansökan. Länsstyrelsen tycks mena att en samlad bedömning ändå har gjorts och att den resulterat i att vissa allmänna villkor (framförallt Villkor 12 och 19) har uppställts med hänvisning till kommande planer. Detta kan inte rimligen uppfylla kravet att bedömningen ska vara fullständig, exakt och slutlig (Jfr Bungemålet NJA 2013 s. 613). En särskild fråga i sammanhanget är vilken rättsverkan som tillsynsmyndigheten i ett Natura 2000-ärende ska ge en bedömning av erforderliga skyddsåtgärder som godtagits i ett SEZ-ärende. Föreningen menar att den senare bedömningen inte kan tillmätas någon självständig betydelse alls.

Föreningen menar sammanfattningsvis att Länsstyrelsens hantering är direktivstridig. Vid tvekan om detta bör domstolen redan i detta skede använda sig av möjligheten till att begära ett förhandsavgörande i frågan om en sådan uppdelning får göras (EUF artikel 234).

Länsstyrelsens prövning i denna del är också ofullständig. Effekterna av olyckor genom fartygskollisioner med vindkraftverken har inte behandlats. Fartygskollisioner medför inte bara en betydande risk för omfattande utsläpp utan aktualiserar även betydande svårigheter att bedriva räddningsinsatser. Risken för olyckor bör kunna antas bli större vid dåligt väder, varvid också räddningsinsatser försvåras. Verksamheten innebär således inte endast tillförsel av risker utan innebär även hinder för miljöräddnings- och sjöräddningsinsatser inom ett mycket stort område centralt i Östersjön, oavsett om det orsakats som följd av verksamheten eller genom andra faktorer.

Föreningen uppfattar också prövningen som ofullständig med avseende på risken för tillförsel av mikroplaster, Bisfenol A och PFAS med fler ämnen i det skyddade vattenområdet.

Verksamhet kan på ett betydande sätt påverka miljön i Natura 2000-områdena Stora och Lilla Karlsö

Inledning

Det ska anmärkas att saken i denna del endast gäller frågan om en tillståndsprövning avseende områdena krävs enligt 7 kap. 28 a MB, inte om ett tillstånd ska ges eller vägras enligt 28 b §.

Exploatörens ansökan omfattar inte påverkan på Natura 2000-områdena Stora och Lilla Karlsö. Länsstyrelsens tillståndsbeslut är inte heller betingat av att en tillståndsprocess med

avseende på dessa områden måste genomföras och en bedömning göras.

Avsaknaden av en prövning i denna del innebär att prövningen inte varit fullständig. Det borde betraktas som oomtvistligt att de för EU-området unika kolonierna av sillgrissla och tordmule är oumbärliga för Karlsöarnas betydelse som Natura 2000-områden. Kolonierna har också varit ett av de starkaste skälen för utpekandet av öarna som Natura 2000-områden. Det framgår i respektive områdes bevarandeplan, där det bland annat som motivering för utpekandet anges att Lilla Karlsö liksom Stora Karlsö främst är kända för sitt rika fågelliv med stora häckande kolonier av framför allt sillgrissla och tordmule. Riskerna för påverkan av den sökta verksamheten på inte minst sillgrissla och tordmule är påtaglig och redovisad i ärendet.

Exploatören menar att Karlsöarna inte ska ingå i prövningen därför att arterna sillgrissla och tordmule inte är utpekade i bevarandeplanerna. Föreningen gör motsatt bedömning oavsett utpekande av arter.

Frågan om hur bevarandeplanerna ska tolkas mot bakgrund av syftet med paragraferna och direktiven är central i ärendet.

Länsstyrelsens handläggning

Länsstyrelsen har inte redovisat något ställningstagande i fråga om påverkan på Karlsöarna. Eftersom många instanser under samrådet påpekat för Länsstyrelsen att prövningen behöver omfatta Karlsöarna utan att detta hörsammats eller ens bemötts, är det rimligt att anta att Länsstyrelsen bedömt att någon prövning enligt 7 kap. 28 a § miljöbalken av påverkan på dessa områden inte erfordras. Det är en allvarlig brist i handläggningen som kan ha inverkat på beslutsinnehållet.

Den handläggning av frågan som ändå tycks ha skett hos Länsstyrelsen framstår som ogenomtänkt och osystematisk.

I mitten av februari 2023 uppgav enhetschefen för Länsstyrelsen i en TV-intervju att *”Karlsöarna inte är Natura 2000-områden”*. Det kan inte uteslutas att handläggningen mellan den 11 mars 2022 (då ansökan ingavs) och fram till dess fått styras av denna felaktiga utgångspunkt. Men i dagarna efter uttalandet försökte Länsstyrelsen rätta felaktigheten genom att på sin hemsida tillkännage att: *”Vår bedömning är att verksamheten inte på ett betydande sätt riskerar att påverka de utpekade naturvärdena i de befintliga Natura 2000-områdena för Stora Karlsö och Lilla Karlsö. Verksamhetens påverkan på fåglar som vistas och flyger till och från Karlsöarna kommer att utredas och beaktas i båda prövningarna. Alltså både enligt Natura 2000 för Hoburgs bank och Midsjöbankarna samt enligt lagen om Sveriges ekonomiska zon.”*

Det kan indikera att en bedömning av saken måste ha gjorts på kort tid, och att bedömningen varit att påverkan på Natura 2000-områdena Stora och Lilla Karlsö skulle kunna bedömas inom ramen för en SEZ-ansökan. Tillkännagivandet togs bort från hemsidan den 4 april 2024.

Det kan konstateras att verksamhetens påverkan på fåglar som vistas och flyger till och från Karlsöarna varken har utretts eller beaktats i länsstyrelsens prövning. Att en Natura 2000-prövning skulle kunna göras inom ramen för SEZ-ansökan är knappast möjligt.

Frågan om möjligheten att dela en bedömning av en verksamhet på två prövningar

En sådan uppdelad prövning som Länsstyrelsen förutsatt lever inte upp till kravet på att en samlad bedömning av verksamheten ska kunna göras i något skede. Om en Natura 2000-prövning alls kan göras inom ramen för en SEZ-ansökan torde regeringen ha att utgå från de

bedömningar som redan har gjorts i fråga om påverkan på Hoburgs bank och Midsjöbankarna trots att det kan finnas ett samband mellan påverkan där och påverkan på Natura 2000-områdena Stora och Lilla Karlsö – ett samband som kan komma att bli tydligt först när påverkan på Karlsöarna ska bedömas.

Om domstolen inte anser att det står klart att en sådan uppdelning inte kan (eller kan) göras enligt de direktiv som uppbär 7 kap. 28 a och 28 b §§, föreslår Föreningen att möjligheten till att begära ett förhandsavgörande av EU-domstolen utnyttjas.

Särskilt om bevarandeplanens betydelse och dess tolkning

Exploatörens uppfattning om bevarandeplanens betydelse framgår i sammanfattning av beslutet s. 29 f.

Föreningen upprepar vad som tidigare påpekats, att betydande påverkan ska anses uppkomma när en verksamhet riskerar att äventyra bevarandemålen för ett Natura 2000-område. De bevarandemål som anges i bevarandeplanen ska vara vägledande. Bevarandemål kan avse specifika arter, men också en fauna som är typisk för en skyddsvärd naturtyp – i detta fall fågelberg. Ett bevarande av naturtypen fågelberg förutsätter att livskraftiga bestånd av fåglar som lever på bergen. Om fåglarna försvinner kan man inte tala om fågelberg, utan bara om berg.

I bevarandeplanerna för Karlsöarna anges som prioriterat bevarandevärde (förutom vissa arter) själva öarna med ”*en närmast unik artsammansättning och ett mycket rikt fågelliv – på de båda Karlsöarna (Lilla och Stora) finns Sveriges enda fågelberg*”. Det kan anmärkas att det numera hör till de största fågelbergen med sillgrissla i EU-området. Som motivering för skyddet av områdena anges att öarna är kända för sitt rika fågelliv med stora häckande kolonier av framför allt sillgrissla och tordmule. Det är alltså tydligt att fågelbergen med dess fåglar avses skyddade.

Föreningen menar att ett hot mot sillgrissla och tordmule på ett betydande sätt kan äventyra målet och motivet för skyddet av Karlsöarna.

Föreningen menar att ett tillstånd till den ansökta verksamheten inte kan ges med mindre risken för påverkan på fågelbergen med dess sillgrisslor och tordmular kan uteslutas. I fråga om risken för påverkan på bl.a. dessa arter hänvisar Föreningen till sitt yttrande 2024-04-04 i SEZ-ärendet, Dnr 531-5716-2022 (bilaga 1).

Ett underlag för domstolens prövning finns i bilaga 3 a-3 c. Betydelsen av redovisade data finns i ärendet men Föreningen kan utveckla detta i kompletterande skrift, men antar att det underlättar och koncentrerar prövningen om Exploatören först anger om dessa data kan vitsordas som riktiga eller ange vad som är stridigt.

Särskilt om Föreningens editionsyrkande

Det har under ärendets handläggning i Länsstyrelsen framkommit att Exploatören förfogar över ytterligare data i handlingar, vilka kan ha betydelse som bevis i ärendet. Exploatören är skyldig att utge dessa till Föreningen eller till domstolen (38 kap. 2 § rättegångsbalken, jämförd med 5 kap. 1 § lagen [2010:921] om mark- och miljödomstolar och 25 § lagen [1996:242] om domstolsärenden). De efterfrågade handlingarna avser s.k. fågeldata – observationer till havs av olika fågelarter. Med stöd av dessa data kan slutsatser dras bl.a. avseende dessa fåglars flyttstråk och födosök, vilket är av betydelse för bedömningen av miljöpåverkan i Natura 2000-områdena, och för möjligheterna till artbevarande och för bevarandet av Karlsöarnas fågelberg.

Vid möte mellan Föreningen och Exploatören den 17 mars 2023 hävdade Exploatören att Länsstyrelsen hade fattat beslut om att Natura 2000-tillstånd behövdes endast för Hoburgsbank och Midsjöbankarna och att det fanns en förprovning och data för fågelinventeringar för Auroraområdet. Exploatören åtog sig att tillhandahålla Föreningen Länsstyrelsens beslut, förprovningen och fågelinventeringsdata.

Det har senare visat sig att det inte finns något dokumenterat beslut eller någon dokumenterad förprovning. Den 30 mars återkopplade en av Exploatörens projektledare per telefon och meddelade att all fågeldata klassas som företagshemlighet och därför inte kunde lämnas ut innan det fattats beslut i tillståndsfrågan. Exploatören har i e-post till Föreningen den 5 april förklarat att "[i] nuläget kommer vi inte att dela fågeldata, dvs rådata från migrationsstudierna för Pleione och Aurora med er eller någon annan innan vi har processerat all data eller dragit slutsatser/bedömningar för våra tillståndshandlingar."

Aktuella data har bevisbetydelse och de kan inte genom att utges uppenbara någon yrkes- eller företagshemlighet. Exploatören är därför skyldig att utge dessa data. Föreningen saknar för närvarande möjlighet att närmare precisera eller identifiera de begärda handlingarna ytterligare. Om Mark- och miljödomstolen bedömer att ytterligare preciseringar erfordras, kan då ske efter förhör med Exploatörens projektledare Elina Cuéllar och Gabriella Ludvigsson och/eller huvudansvariga Emelie Zakrisson.



Måns Hjernquist
Ordförande
Gotlands Ornitologiska Förening



Lars Jonsson
Fågelskyddskommittéen
Gotlands Ornitologiska Förening

Org, nr: 834001-4623
070-225 32 91
gof@blacku.se

Källhänvisningar

- Amundin, M., Carlström, J. m.fl. 2022. *Estimating the abundance of the critically endangered Baltic proper harbour porpoise (Phocoena phocoena) population using passive acoustic monitoring*. Ecology and Evolution. 2022;12:e8554.
- Carlén 2022. *Ecology and Conservation of the Baltic Proper Harbour Porpoise*. Stockholm: Department of Zoology, Stockholm University.
- Cervina m.fl. 2020. *Multiple stressors and data deficient populations; a comparative life-history approach sheds new light on the extinction risk of the highly vulnerable Baltic harbour porpoises (Phocoena phocoena)*. Department of Biological and Environmental Sciences, Gothenburg University, Sweden.

Bilagor

- Bilaga 1. Synpunkter gällande ansökan om tillstånd för uppförande och drift av den havsbaserade vindkraftparken Aurora, 2024-04-04, i Dnr 531-5716-2022.
- Bilaga 2. Synpunkter gällande ansökan om tillstånd enligt lagen (1992:1140) för uppförande och drift av den havsbaserade vindkraftparken Aurora, 2023-10-06, i Dnr 531-5716-2022. Högupplöst version: https://blacku.se/wp-content/uploads/2023/10/GOF_synpunkter_Aurora_2023-10-06-stor.pdf
- Bilaga 3a-3c. Figurer.