

Mark- och miljööverdomstolen
Box 2290
103 17 Stockholm

2015-04-28

YTTRANDE

M 6960-14

Favonius AB ./ Rättskyddet Hallandskusten

Klagande	Favonius AB Nedre Möllan 311 64 Vessigebro
Ombud	Advokaterna Rudolf Laurin och Hannele Engdahl Wistrand Advokatbyrå Box 11920 404 39 Göteborg
Motpart	Rättskyddet Hallandskusten c/o Hans Johansson Vitlingsvägen 3 311 96 Heberg
Ombud	Jur. kand. Giedre Jirvell och Emma Roseman Mark- & Miljörättsbyrå i Sverige AB Box 53127 400 15 Göteborg
Saken	Ansökan om tillstånd till uppförande och drivande av vindkraftverk i Kattegatt, Falkenbergs kommun

Den ideella föreningen Rättskyddet Hallandskusten ("Föreningen") får med anledning av föreläggande, aktnil. 56, anföra följande.

1 ALTERNATIVA ANLÄGGNINGSMETODER

- 1.1 Favonius AB ("Bolaget") har uppgett att alternativa anläggningsmetoder till monopile med slagpålning är 1) monopile med ljudreducering, såsom vibrationspålning och s.k. high frequency – low energy, 2) gravitationsfundament eller 3) s.k. suction bucket.
- 1.2 Även om monopile-metoden med vibrationspålning och s.k. high frequency – low energy utifrån bullersynpunkt skulle kunna betraktas som en gynnsammare metod jämfört med slagpålning, är det inte tillräckligt klarlagt vilken påverkan denna teknik har på torsk och tumlare. Bolaget har inte visat att den negativa påverkan på torsk och tumlare vid användning av denna teknik skulle vara försumbar, varför metoden inte bör tillåtas med hänvisning till försiktighetsprincipen. De av Bolaget åberopande gränsvärdena för undervattensljud vid pålning som tillämpas i Danmark kan inte ses som ett relevant beslutsunderlag, eftersom omständigheterna i fallet Kattegatt Offshore är unika i sitt slag och kan, i vart fall i fråga om buller, inte jämföras med andra havsbaserade vindkraftsparker.
- 1.3 Vad gäller monopile med high frequency – low energy anges dessutom att denna metod skulle vara tillämpbar ur teknisk synpunkt, med reservation för de ökade kostnader och praktiska implikationer som alternativet skulle medföra. Oaktat om Bolaget skulle använda den för miljön mer gynnsamma ljudreducerande metoden blir kostnaden för densamma ändå påtagligt större än vid monopile med slagpålning. En sådan kostnadsökning riskerar att påverka den samhällsekonomiska bedömningen i negativ riktning. Dessutom har Ramböll medgett att monopile-tekniken med slagpålning troligen är den mest lämpliga och kostnadseffektiva metoden i fråga om den aktuella vindkraftsparkens etablering, vilket står i strid med såväl remissinstansernas som Föreningens bedömning gällande dess lämplighet.
- 1.4 Ett annat alternativ till anläggningsmetoden monopile uppges vara anläggandet av gravitationsfundament. Även om denna metod skulle vara att föredra framför monopile är metoden mycket kostsam och inte förenlig med 11 kap. 6 § miljöbalken gällande projektets samhällsekonomiska bärighet.
- 1.5 Ytterligare en av Bolaget föreslagna anläggningsmetoder är s.k. suction bucket, som är på ett utvecklingsstadium och därmed förhållandevis obeprövad. Ramböll har i rapporten medgett att tekniken troligtvis inte är applicerbar i dagsläget då den ännu inte använts för storskaliga kommersiella vindkraftsparker och därtill är mycket kostsam. Mot bakgrund av att suction bucket-metoden befinner sig på ett experimentellt och teoretiskt stadium riskerar ett meddelat tillstånd för sådan anläggningsmetod att förbli outnyttjat för det fall projektet inte går att förverkliga inom en överskådlig framtid. Suction bucket-metoden är därmed inte ett realistiskt alternativ i fråga om vindkraftsetableringen i Kattegatt Offshore och bör därför inte läggas till grund för aktuell ansökan.

- 1.6 Det tekniska utförandet under anläggningsfasen bör avgöras av Mark- och miljööverdomstolen i samband med tillståndsansökan och inte, såsom Bolaget synes förespråka, av tillsynsmyndigheten. Det ovan sagda har bäring på såväl vindkraftparkens lämplighet i fråga om torsk och tumlare, som för verksamhetens samhällsekonomiska nytta, som måste vara förenlig med 11 kap. 6 § miljöbalken, om den sökta vindkraftsetableringen över huvud taget ska kunna tillåtas.
- 1.7 Mot bakgrund av det nu anförda finner Föreningen sammanfattningsvis att Bolaget inte har lyckats presentera några alternativa metoder som skulle vara kostnadseffektiva och applicerbara i det aktuella fallet, vilket innebär att Bolagets överklagande bör avslås och mark- och miljödomstolens vid Vänersborgs tingsrätt dom fastställas.

2 MUDDERDEPONIN

- 2.1 Förorenade muddermassor som härstammar från underhållsmuddring vid varvs- och hamnverksamheten i Falkenberg har under en lång tid dumpats i det s.k. deponiområdet, som ligger 10 nautiska mil sydväst om Falkenbergs hamn. Området korresponderar väl med det tänkbara etableringsområdet för Kattegatt Offshore, som omfattas av Favonius AB:s ansökan.
- 2.2 Av Länsstyrelsens i Hallands län rapport "Regionalt program 2012 - Efterbehandling av förorenade områden i Hallands län" framgår följande.

"1947 startade Falkenbergs varv AB (numera Falkvarv AB) sin varvsverksamhet på den aktuella fastigheten. Falkenbergs varvs AB:s verksamhet inrymde allt inom fartygsbyggnation och reparation och omfattningen av verksamheten har varierat genom åren. Den andra verksamhetsutövaren är Falkenberg kommun, som har bedrivit hamnverksamhet i området under lång tid. Sedimenten i Ätran undersöktes inför Falkenbergs kommuns revisionsmuddring. Provtagningen visade att sedimenten är starkt förorenade av TBT (tributyltenn), koppar, krom, bly, PAH och PCB. Ytterligare provtagningar har gjorts på uppdrag av Falkvarv AB och dessa bekräftar den första undersökningen att sedimenten är starkt förorenade. Sammantaget visar båda provtagningarna att under dockorna överstiger de uppmätta värdena jämförelsevärdena för halter i förorenade sediment för koppar, krom, bly, PAH och PCB. För tributyltenn finns i dag inga svenska jämförelsevärden, men de uppmätta värdena överstiger de norska jämförelsevärdena på 100 µg/kg."

- 2.3 Det är allmänt känt att ämnet, som härstammar från giftiga bottenfärger och som började användas på 1960-talet, ger en akut miljöpåverkan vid 100 mikrogram per kilo bottensediment. Att föroreningsgraden i Falkenbergs hamn är betydligt högre än ovanstående framgår av Mark- och miljööverdomstolens avgörande i mål nr. M 1784-13, dom 2014-01-21, gällande föreläggande att genomföra miljötekniska

sedimentundersökningar i Ätran, där Miljö- och hälsoskyddsnämnden i Falkenbergs kommun gjort gällande att mängderna av TBT i varv- och hamnområdet historiskt sett har varit ännu större, eftersom TBT har fasats ut 2007. Nämnden har därutöver anført att före 2004 saknade dockorna de nät som i dag avgränsar förorenings-spridning till omgivningen via luften. Det fanns heller inga begränsningar vid vilka vindstyrkor och vindriktningar verksamhet fick bedrivas. Dockornas gavlar var öppna och flera incidenter där färg, blästersand/färgrester spred sig till andra sidan Ätran är kända. Av ovanstående kan slutsatsen dras att föroreningsgraden av muddermassorna i deponin varierar, men att delar av deponin rimligen innehåller sådana mängder och koncentrationer av föroreningar som medför akut toxisk påverkan på levande organismer.

- 2.4 Därtill ska man ta i beaktande att Länsstyrelsen i Hallands län i sin MIFO-klassning har placerat Ätrons förorenade sediment i riskklass 1, det vill säga den riskklass med högst farlighet för människors hälsa och miljön, vilket även har bekräftats av Mark- och miljööverdomstolen i ovan redovisat avgörande. I sina domskäl har Mark- och miljööverdomstolen konstaterat följande.

"Det har genomförts provtagningar av bottensedimenten i Falkenbergs hamnbassäng 2005 (Sveriges Geologiska Undersökningar), 2008 (WSP) och 2011 (Niras). Resultaten av provtagningarna visar att sedimenten är förorenade med metaller, PAH:er, PCB:er och tennorganiska föreningar. Uppmätta halter innebär att sedimenten är förorenade i en omfattning som kan medföra skada eller olägenhet för människors hälsa eller miljön. Det föreligger därmed en föroreningsskada i den mening som avses i 10 kap. 1 § miljöbalken."

- 2.5 Muddermassornas, från Falkenberg hamn, betydande negativa påverkan på torsbeståndet i Kattegatt har behandlats av Miljööverdomstolen i mål nr. M 8025-09, dom 2010-09-23, där domstolen begränsade den meddelande dispensen från dumpningsförbudet till dumpning av 80 000 m³ (fast mått) muddermassor i det utpekade dumpningsområdet till perioden den 1 oktober - den 30 november 2010. Motiveringen till tidsbegränsningen var dels vikten av att skydda torskbeståndet inom det s.k. torsfredsområdet mellan Sverige och Danmark från ytterligare mänsklig påverkan, dels att torskens viktigaste lekperiod infaller mellan 1 januari och 31 mars, men att de vuxna individerna börjar samlas inom lekområdena redan under december månad.

- 2.6 Mot bakgrund av ovanstående är Föreningen av uppfattningen att de föroreningar som finns i deponin kommer att innebära ett omedelbart hot mot den omgivande vattenmiljön, inklusive torsk och tumlare, om muddring och pålning skulle tillåtas i depositionsboten. Vid en s.k. resuspension kommer sedimentpartiklar frigöras från bottenskikten och blandas med ovanliggande vatten, vilket kan leda till förödande konsekvenser för områdets ekosystem, särskilt med beaktande av de mängder föroreningar, såsom trybulitenn, PCB, m.m., som befaras finnas i området. Bolagets

antaganden om att resuspension vid muddring inte skulle medföra några fysiska skador på tumlare eftersom de skulle undvika området saknar vetenskapligt stöd.

- 2.7 Mudderdeponin berörs i överlag endast översiktligt av Bolaget. Det nämns visserligen att vissa försiktighetsmått ska vidtas, dock utan någon specificering av vare sig risker eller försiktighetsåtgärder för att undvika giftspridning. Med beaktande av de risker som deponin är förenad med, samt bristerna i Bolagets presenterade material, bör försiktighetsprincipen stå i fokus vid bedömningen av den sökta verksamhetens tillåtlighet. Det nyss sagda finner stöd i det nyligen avgjorda målet gällande vindkraftsetablering i Hakefjord. I mål nr. M 1130-13, dom 2014-12-17, konstaterade mark- och miljödomstolen vid Vänersborgs tingsrätt följande.

”Rent allmänt noterar mark- och miljödomstolen att det generellt sett inte kan anses att en dumpningsplats för muddar är en lämplig plats för exploatering av det slag som det nu är fråga om. Motsvarande ingrepp skulle inte ha kommit i fråga om det handlat om en landbaserad deponi, trots att landbaserade deponier normalt är förknippade med avsevärt lägre förorenings-spridningsrisker än havsbaserade dumpningsplatser.”

- 2.8 Därutöver har mark- och miljödomstolen anfört följande.

Mark- och miljödomstolen delar SGU:s uppfattning att underlaget är alltför knapphändigt för att det ska vara möjligt att ta ställning till riskerna med ansökt etablering i de omfattande och sannolikt delvis kraftigt förorenade muddermassorna. Inte minst det faktum att föroreningssituationen torde vara undervärderad genom att endast samlingsprov analyserats och värderats försvårar riskbedömningen. Bristerna framstår som tydliga i fråga om vilka föroreningshalter som förekommer, mäktighet av och stabilitetsförhållanden i massorna samt underlag för bedömning av spridningsrisker i samband med anläggningsarbeten, främst pålning, och kabeldragning samt ev. ökad erosion då vindkraftverken är på plats.”

- 2.9 Avgörandet synes ha prejudicerande verkan med hänsyn till att Mark- och miljööverdomstolen, efter att domen hade överklagats av Göteborgs energi AB, beslutade 2015-04-15, mål nr. M 185-15, om att inte meddela prövningstillstånd, varför mark- och miljödomstolens avgörande står fast.

- 2.10 De omnämnda bristerna gällande Hakefjord har flera likheter med de i förevarande fall. Det saknas tillräcklig kunskap om föroreningshalter, mäktighet av stabilitet i massorna samt underlag för bedömning av spridningsrisker i samband med anläggning, främst vid pålning och kabeldragning. Därtill är området lekområde för torsk och utgör ett viktigt habitat för tumlare. En vindkraftsetablering i en sådan biologisk känslig havsmiljö kommer med stor sannolikhet att medföra irreparabla konsekvenser för fisk- och djurarter, samt direkt och indirekt påverka marina ekosystem. Att uppföra en vindkraftspark i ur biologisk synpunkt känslig miljö, delvis i en gammal mudderdeponi, är inte förenligt med miljöbalkens försiktighetsprincip.

- 2.11 Av ovan sagda följer att en verksamhet inte ska medges om det finns en mer än försumbar risk att verksamheten kan medföra skador eller olägenheter för miljön, trots att verksamhetsutövaren vidtar förebyggande åtgärder och försiktighetsmått. Syftet med försiktighetsprincipen är sålunda att förebygga inte enbart säkert förutsebara utan också möjliga skador och olägenheter på miljön. Vid osäkerhet om en verksamhets följderna på miljön ska alltså alltid det mer säkra alternativet väljas före det osäkra. Principen innebär i detta fall att anläggningsarbeten inte ska tillåtas om det finns en icke försumbar risk att det kan skada den omkringliggande miljön.
- 2.12 Med hänsyn till att det i målet finns en osäkerhet avseende vad eventuella anläggningsarbeten kan få för konsekvenser för miljön i allmänhet och torsk- samt tumlarbeståndet i synnerhet, framstår det som uppenbart att Favonius AB inte visat att risken för att vindkraftsetableringen kan skada den omkringliggande miljön endast är försumbar. Med beaktande härav står Föreningen fast vid sitt tidigare framförda ställningstagande om att muddrings- och pålningsarbeten i det utpekade etableringsområdet, och därmed den sökta vindkraftsetableringen, inte kan tillåtas.

3 SAMHÄLLSEKONOMISK BEDÖMNING

- 3.1 Den betydande negativa påverkan på torsk- och tumlarbeståndet medför att det tänkta exploateringsområdet måste begränsas i förhållande till det utpekade vattenområdet, med färre antal verk och ett omfattande produktionsbortfall som följd. Detta innebär i sin tur en stor osäkerhetsfaktor för kostnadskalkylen, och med tanke på de ringa nettointäkterna som Bolaget har presenterat är det uppenbart att verksamheten kommer att gå med förlust.
- 3.2 Bolaget hänvisar till pågående diskussioner om införandet av ett särskilt stödsystem för havsbaserad vindkraft i Sverige. Föreningen vill i sammanhanget poängtera att vare sig subventioner eller elcertifikat bidrar till en ökning av den samhällsekonomiska nyttan. I mål nr. M 1130-13, från Mark- och miljödomstolens vid Vänersborgs tingsrätt, anförde domstolen beträffande samhällsekonomisk tillåtlighet följande.
- ”Den nytta som utgörs av elproduktion från vindkraftverken är förnybar produktion och de fördelar som följer av det är medräknad genom att elcertifikaten får tillgodoräknas, den nyttan kan inte räknas en gång till.”*
- 3.3 Mark- och miljödomstolens uttalande bör även omfatta subventioner. Det särskilda stödsystemet som Bolaget hänvisar till är i dagsläget inget reellt system. Eventuella subventioner kan således inte tillgodogöras i aktuell kostnadskalkyl och inte heller läggas till grund för bedömningen av den sökta etableringens samhällsekonomiska tillåtlighet.

3.4 Vid en sammantagen bedömning av tillåtligheten enligt 11 kap. 6 § miljöbalken fann Mark- och miljödomstolen vid Vänersborgs tingsrätt i mål M 1130-30 att det, främst mot bakgrund av osäkerheten om framtida elpriser och hur stor investeringskostnaden blir, inte är visat att projektet leder till någon ekonomisk nytta. Till detta skulle även läggas den omgivningspåverkan som projektet kunde medföra. Domstolen framhöll att trots att omgivningspåverkan är mer svårberäknad än det ekonomiska utfallet ska detta ändå vägas mot nyttan. Desamma slutsatserna förefaller även kunna appliceras i fråga om Kattegatt Offshore.

3.5 Därtill kan tilläggas att de nödvändiga investeringarna per megawatt i den samhällsekonomiska kalkylen som har tagits fram av Föreningen är långt räknade i förhållande till Thorntorn Bank Offshore, som det refereras till i Rambölls rapport.

"With a capacity of 325 megawatts (MW), the wind farm is the largest in the Belgian North Sea and will provide green electricity to 300,000 households each year. Eight European banks, the German and Danish export credit agencies and the European Investment Bank have provided around € 900 million in financing and venture capital. The total investment amounts to approx. € 1.3 billion."

3.6 Omräknat till svenska kronor innebär detta ungefär 12 miljarder kronor, motsvarande 37 Mkr/MW, vilket ska jämföras med 25 Mkr/MW som Föreningen använt i sin kalkyl. Detta stödjer ytterligare det faktum att projektet Kattegatt Offshore saknar samhällsekonomisk bärighet.

4 SÄKERHET FÖR ÅTERSTÄLLANDE

4.1 Bestämmelserna i 16 kap. 3 § miljöbalken reglerar skyldigheten för en verksamhetsutövare att ställa säkerhet för eventuella kostnader och återställning i övrigt av den miljö som verksamheten påverkat. Enligt 16 kap. 3 § tredje stycket ska säkerheten prövas av tillståndsmyndigheten. Frågan kan endast delegeras till tillsynsmyndighet enligt 22 kap. 25 § 3 stycket miljöbalken, om den kan anses gälla villkor av mindre betydelse.

4.2 Enligt 16 kap. 3 § andra stycket miljöbalken ska föreslagen säkerhet godtas om den visas vara betryggande för sitt ändamål. Det är således sökandens uppgift att visa att säkerheten är tillräcklig och i övrigt godtagbar. Av förarbetena till de aktuella bestämmelserna (prop. 2006/07:95 s. 104-110) framgår att säkerheten bör bedömas med utgångspunkt i kostnaderna för avhjälpande eller återställande. Eftersom huvudsyftet med kraven på att ställa säkerheter är att skydda samhället från risken att behöva svara för kostnader för efterbehandling bör säkerheten uppnå detta syfte. För att en säkerhet verkligen ska kunna skydda samhället från att svara för återställningskostnader bör utgångspunkten vara att säkerheten ska vara skyddad mot tillståndshavarens övriga borgenärer. Säkerheten bör även vara tillgänglig för tillsynsmyndigheten vilket enligt motiven innebär att säkerheten ska vara enkel att

realisera och utnyttja när den behöver tas i anspråk. En väsentlig förutsättning vid en sådan bedömning är naturligtvis att säkerheten kan omvandlas till reella pengar i den takt som krävs för att den planerade efterbehandlingen ska kunna genomföras.

- 4.3 Med hänsyn till ovan redovisade bestämmelser samt lagstiftarens intentioner med dem kan Bolagets förslag till villkor avseende ställande av säkerhet inte sägas uppfylla de krav som uppställs i miljöbalken. Bolaget har uppgett att den omfattning av återställningen som är miljömässigt motiverad lämpligen avgörs i samråd med tillsynsmyndighet i samband med framtagande av en avvecklingsplan. Det ska dock erinras om att huvudsyftet med 16 kap. 3 § miljöbalken är just att säkerställa att sökanden har reella och faktiska ekonomiska förutsättningar att återställa och/eller efterbehandla ett område som blivit påverkat genom en ansökt åtgärd. Bolagets yrkanden kan med andra ord inte sägas vara i linje med lagstiftarens intentioner. Det är inte heller rimligt att denna bedömning lämnas till ett senare skede, eftersom en skada då redan kan vara uppkommen eller företaget drabbats av insolvens eller annars hamnat på obestånd. Därutöver är ett sådant förfarande inte heller förenligt med vedertagna etablerade miljörettsliga principer såsom försiktighetsprincipen och principen om att förorenaren betalar.
- 4.4 Det finns alltid en risk för att ett vindkraftsbolag går i konkurs redan efter några års verksamhet, detta gäller oavsett om vindkraftverken står på land eller i havet. De stora ekonomiska svårigheter som vindkraftsbolagen inte sällan utsätts för talar för att ekonomiska säkerheter bör ställas i sin helhet innan vindkraftverken får uppföras. Det är därför inte heller ändamålsenligt att säkerheten, såsom Bolaget föreslår, ska ställas succesivt.
- 4.5 I Mark- och miljödomstolens avgörande M 275-14, dom 2014-11-28, aktualiserades bland annat fråga om vilken typ av ekonomisk säkerhet som skulle ställas. Länsstyrelsens miljöprövningsdelegationsnämnd beslutade att bolaget skulle ställa säkerhet för efterbehandling och andra återställningsåtgärder om 500 000 kr per vindkraftverk som uppfördes. Säkerheten skulle ställas i sin helhet innan tillståndet skulle tillåtas att tas i anspråk. Bolaget överklagade Miljöprövningsdelegationens till Mark- och miljödomstolen vid Vänersborgs tingsrätt med yrkandet om att successiv avsättning av säkerhet skulle ske. Man anförde därvid att krav på att säkerheten ställs i sin helhet redan innan vindkraftverken uppförs skulle vara oskäligt betungande för Bolaget. Mark- och miljödomstolen tog inte hänsyn till de åberopade omständigheterna, utan fastställde Miljöprövningsdelegationens beslut.
- 4.6 I förevarande fall framgår det inte av Bolagets ansökan vilken form av säkerhet som ska ställas. Bolaget önskar i stället lämna detta till ett senare skede. Mot bakgrund av ovan presenterad rättspraxis samt med beaktande av Bolagets ekonomiska kalkyl är det inte troligt att Bolaget har de ekonomiska förutsättningar som krävs för att ställa en tillräckligt betryggande säkerhet för att ansökan ska kunna medges.

5 DETALJPLANEN

- 5.1 Bolagets ansökan strider mot den gällande detaljplanen. Detaljplanen tillåter 150 meter höga verk, medan ansökan gäller 190 meter höga verk. En ökning på 40 meter i höjd, eller motsvarande ökning med 27 procent, kan inte anses utgöra en liten avvikelse.

6 ÖVRIGT

- 6.1 Föreningen vidhåller därutöver vad som har anförts i tidigare inlämnade inlagor.

Göteborg, såsom ovan



Giedre Jirvell
Jur.kand.



Emma Roseman
Jur.kand.