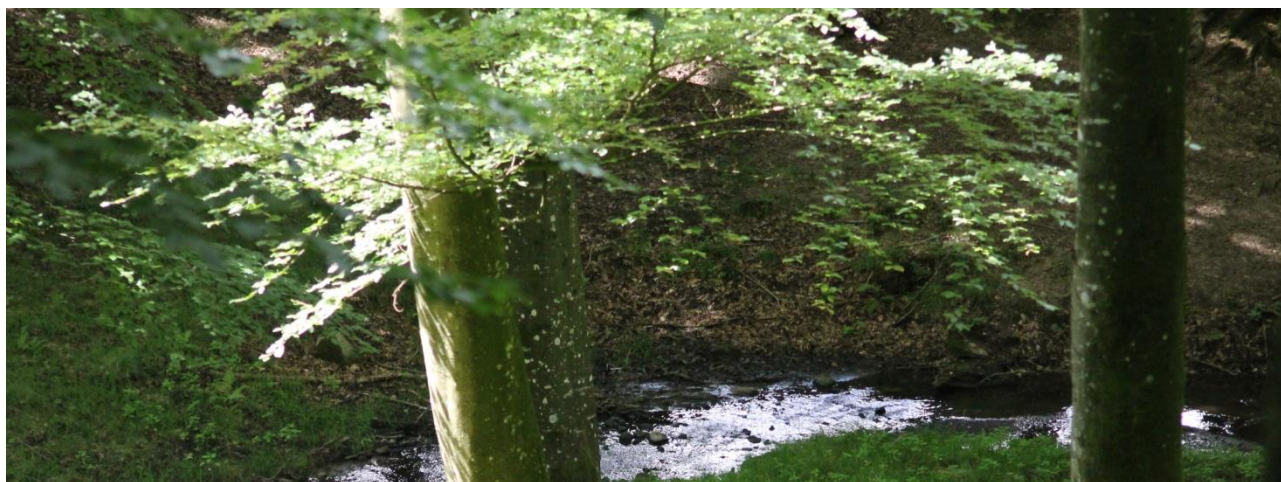




AALBORG UNIVERSITET



**Natura 2000 -
Den danske implementering og anvendelse
af habitatdirektivets artikel 6, stk. 3.**



Specialefremstilling | Efterår 2015

Projekttitel:

Natura 2000 - Den danske implementering og anvendelse af habitatdirektivets artikel 6, stk. 3.

Projektperiode:

17. august 2015 – 2. december 2015

Forfatter:

Heidi Marquardsen

Vejleder: Ulla Steen

Oplagstal: 3

Sideantal: 72

Afsluttet den: 26-11-2015

Rapportens indhold er frit tilgængeligt, men offentliggørelse (med kildeangivelse) må kun ske efter aftale med forfatteren.

Abstract

The main theme of this thesis is the Natura 2000 network of protected sites and the strict system of species protection. The main focus is on the Habitats Directives article 6.3 and on how it is implemented. In addition to this I will also analyze if the directive is being used correctly by the Danish courts and the Environmental Board of Appeal.

The thesis starts with a short introduction to Natura 2000, including the background and purpose of this strict protection, followed by a historical summary of the relevant legislation and a description of the two types of protected sites. Then there will be a description of the differences between an Environmental impact assessment (EIA) and an appropriate assessment to determine implications for the Natura 2000 site. After that the reader will be presented to the sources of law that is being used throughout the thesis, followed by an account on how to implement a Directive correctly. Then an analysis of two rulings from the European Union court of justice (hereafter: EU court) follows, and after that, the implementation of the Habitats directives article 6.3 and rulings from the Environmental Board of Appeal and the Danish courts are being analyzed, followed by a discussion and a conclusion on my research question. Last but not least a possible subject to investigate further in the future is being discussed.

The analysis of the implementation of The Habitats Directives article 6.3, has the purpose of revealing whether or not it is implemented in accordance with how the EU court expect it to be done, if it is to be done correctly.

The governments are supposed to make sure that the implementation is explicit, that it is binding and can be enforced. As a last demand the implementation has to be done within a time limit. Since 2007 the Habitats Directive has been fully implemented in Denmark, but before that Denmark was criticized for its implementation.

If there is any chance that a plan or a project can have a significant effect on a Natura 2000 either individually or in combination with other plans or projects, the plan or project must undergo an Appropriate Assessment to determine its implications for the site. The authorities can only agree to the plan or project if there is no chance of the plan or project harming the Natura 2000.

The analysis of the EU court rulings are pretty clear about how the rules are supposed to be used, and the Danish courts and the Environmental Board of Appeal, uses them in accordance with this.

My final conclusion is that the Habitats Directives article 6.3 is implemented correctly in Denmark, and is being used correctly by the Danish courts and The Environmental Board of Appeal.

Indholdsfortegnelse

1. Indledning.....	3
2. Problemformulering, afgrænsning og metode	5
2.1. Problemformulering.....	5
2.2. Afgrænsning.....	5
2.3. Metode	5
2.3.1. "De danske instanser"	6
3. Natura 2000	9
3.1. Baggrund	9
3.2. Formål med Habitatdirektivet.....	10
3.3. Historik.....	10
3.4. Natura 2000-områderne.....	11
3.4.1. Habitatområder	11
3.4.2. Fuglebeskyttelsesområder	11
4. Habitatkonsekvensvurdering kontra VVM	13
4.1. VVM.....	13
4.2. Habitatkonsekvensvurdering	14
4.3. Forskellen.....	14
5. Retskilder.....	17
5.1. EU-retskilder.....	17
5.1.1. Habitatdirektivets artikel 6, stk. 3.	17
5.1.2. Hjertemuslingedommen.....	18
5.1.3. Ems-dommen	18
5.2. Danske retskilder	19
5.2.1. Habitatbekendtgørelsens § 6 og 7.	19
5.2.2. Vejledning til bekendtgørelse nr. 408 af 1. maj 2007	20
5.2.3. De danske afgørelser	20
6. Redegørelse for implementering af et direktiv	21
7. Analyse af EU-afgørelser.....	25
7.1. C-127/02 - Hjertemuslingedommen.....	25
7.2. C- 226/08 - Ems-dommen.....	26
7.3. Konklusion	28
7.3.1. Supplerende til analysen	30

8. Analyse af implementeringen af Habitatdirektivets artikel 6, stk. 3.	33
9. Analyse af danske afgørelser.....	37
9.1. U.2012.3527H	37
9.2. H2012.356/2011 – Østerild vindmøllepark.....	44
9.3. NMK-510-00480 – Kildevældssagen.....	47
9.4. NMK-61-00032 – Bunkers-sagen.....	49
9.5. NMK-10-00685 – Skydebanesagen.....	53
9.6. NMK-43-00355 – Faunapassage-sagen.....	54
10. Diskussion.....	57
11. Konklusion.....	61
12. Perspektivering	63
13. Litteraturliste	65

1. Indledning

Der er sket utrolig meget inden for naturbeskyttelse i Den Europæiske Unions (herefter: EU) regi, siden det første udspil fra EU – Ramsar-konventionen – kom på banen i 1971. Den viden der er om vores natur, og om vigtigheden af at beskytte den, er blevet udvidet gennem tiden, og der er derfor kommet yderligere regelsæt fra EU. Disse regelsæt har til formål at beskytte og genoprette naturen. Danmark er flere gange blevet kritiseret af Europa Kommissionen (herefter: Kommissionen) for mangelfuld implementering, senest i 2006 hvor Kommissionen jf. åbningsskrivelsen af 4. juli ikke var tilfreds med implementeringen af Rådets direktiv 92/43/EØF af 21. maj 1992, om bevaring af naturtyper samt vilde dyr og planter (herefter: habitatdirektivet).

Denne fremstilling tager udgangspunkt i habitatdirektivets krav om, at projekter og planer skal habitatkonsekvensvurderes, hvis der er mulighed for, at de kan påvirke et Natura 2000-område væsentligt. Det er dog ikke tilstrækkeligt blot at fokusere på, hvordan habitatkonsekvensvurderingen anvendes som værktøj. Det er også vigtigt hvordan regelsættet er implementeret i dansk ret, og hvordan det anvendes af dem, der skal tage stilling, når der klages over en tilladelse, der relaterer sig til et Natura 2000-område.

2. Problemformulering, afgrænsning og metode

2.1. Problemformulering

I dette kandidatspeciale er fokus rettet mod habitatdirektivets artikel 6, stk. 3. På baggrund af redegørelse og analyse vurderes den danske implementering af bestemmelsen, samt Natur og Miljøklagenævnets og domstolenes anvendelse af bestemmelsen.

2.2. Afgrænsning

Hovedemnet for dette speciale er Natura 2000 reguleringen, der indgår i EU's habitatdirektiv og er implementeret i dansk lovgivning. Der lægges særligt vægt på Habitatdirektivets artikel 6, stk. 3, med det formål at klarlægge, hvorvidt denne er implementeret og anvendes korrekt i Danmark. Af denne årsag koncentrerer fremstillingen ligeledes om §§ 6 og 7 i BEK nr.408 af 01/05/2007 Bekendtgørelse om udpegning og administration af internationale naturbeskyttelsesområder samt beskyttelse af visse arter 1. (herefter: Habitatbekendtgørelsen), idet det er denne, der implementerer Habitatdirektivets artikel 6, stk. 3. i dansk ret. Der vil især være fokus på konsekvensvurderinger som værktøj for opretholdelse af status quo i Natura 2000 områderne. Der vil dog kun være fokus på det processuelle, hvorfor der udelukkende ses nærmere på, om reglerne er implementeret korrekt, og om de danske domstole og Natur og miljøklagenævnet anvender reglerne, i overensstemmelse med den måde Den Europæiske Unions Domstol (herefter: EU-domstolen) har fastslået, at reglerne skal anvendes på.

2.3. Metode

Formålet med specialet er, at klarlægge hvorvidt den danske implementering og anvendelse af Habitatdirektivets artikel 6, stk. 3, er i overensstemmelse med EU-retten. Under udarbejdelse af specialet er der anvendt retsdogmatisk metode samt komparativ analyse af henholdsvis EU-retskilder og danske retskilder. Der vil desuden blive inddraget domme og sekundære retskilder i form af retsvidenskabelig litteratur, i det omfang som dette skønnes nødvendigt for at belyse de forskellige problemstillinger omkring konsekvensvurderinger.

I afsnit 3 får læseren en kort introduktion til Natura 2000, herunder baggrunden for og formålet med Natura 2000. Dette følges op af en kort historisk gennemgang af Natura 2000 regelsættet - herunder den danske implementering. I afsnit 4 gennemgås VVM-redegørelser og habitatkonsekvensvurderinger, med særligt fokus på forskellene på de to. Dernæst følger i afsnit 5, en gennemgang af de vigtigste primære og sekundære retskilder der er anvendt i forbindelse med afklaring af specialets problemstilling. I afsnit 6, gives en redegørelse for, hvilke krav der stilles til korrekt implementering af et direktiv. Der er i afsnit 7 foretaget en analyse af EU-

domstolens praksis, med det formål at klarlægge, hvorledes Habitatdirektivets artikel 6, stk. 3 skal fortolkes. I afsnit 8 er foretaget en analyse af implementeringen af habitatdirektivets artikel 6, stk. 3, på baggrund redegørelsen i afsnit 6. De af analysen i afsnit 7 udledte fortolkningsregler er i afsnit 9 anvendt i en komparativ analyse med dansk retspraksis, med henblik på at klarlægge om der er overensstemmelse, med den måde EU-domstolen og de danske instanser fortolker reglerne på. I afsnit 10 diskuteres analysen, og i afsnit 11 udledes konklusionen, som er baseret på analysen og diskussionen. Der redegøres i afsnit 12, kort for emner der findes relevante at foretage en nærmere undersøgelse af.

Kilder angives med fodnoter. Den primære kilde til et afsnit angives efter afsnittets sidste punktum. Hvis en enkelt sætning har en anden kilde, angives denne før punktum.

2.3.1. "De danske instanser"

I opgaven anvendes ofte formuleringen "de danske instanser". Med dette menes der henholdsvis Natur og miljøklagenævnet og de almindelige danske domstole.

Natur- og miljøklagenævnet er en uafhængig klagemyndighed, der behandler klager inden for natur-, plan- og miljøområdet. Nævnet er på sin vis delt op, og der tales om "nævnet i den læge sammensætning" og "nævnet i den sagkyndige sammensætning". Nævnet i den læge sammensætning tager sig af de opgaver, som det gamle Naturklagenævn tog sig af, og nævnet i den sagkyndige sammensætning varetager de opgaver, som tidligere tilfaldt det daværende Miljøklagenævn. Der er dog tale om én organisation, der arbejder efter de samme regler.¹ Natur- og Miljøklagenævnet er desuden, grundet dets uafhængighed, berettiget til at forelægge præjudicielle spørgsmål for EU-domstolen.²

Nævnet foretager besigtigelser i fredningssager og i visse andre større sager. Nævnet er desuden 2. instans inden for naturbeskyttelse og planlægning. Vedrørende sager om lokalplaner mv., VVM-vurderinger og miljøvurderinger, kan kun de retlige spørgsmål indbringes for nævnet. Dette vil sige spørgsmål vedrørende sagsbehandlingen og om fortolkning af planlovens bestemmelser. Det kan blandt andet være vurderingen af, om en lokalplan er vedtaget i overensstemmelse med planloven og miljøvurderingsloven. Her kan som eksempel nævnes afgørelsen U.2012.3527H, hvor Naturklagenævnet kun havde taget stilling til de retlige spørgsmål, idet der var tale om en sag, der drejede sig om VVM-redegørelse og lokalplan. Da det var Naturklagenævnet der senere blev sagsøgt, og dermed deres afgørelse domstolene skulle tages stilling til, tog først landsretten og senere højesteret også kun stilling til de retlige spørgsmål³. I sager efter planloven

¹ Moe, 2011, side 333.

² Moe, 2011, side 337.

³ U.2012.3527H.

omhandlende zonetilladelse, ekspropriation og VVM-tilladelse udfører nævnet en fuldstændig prøvelse. Det samme er gældende for sager efter naturbeskyttelsesloven, råstofloven, skovloven og sommerhusloven. Det vil sige at nævnet tager stilling til såvel de processuelle spørgsmål, som fx om sagsbehandlingen er gennemført korrekt, som om lovgivningen i øvrigt er overholdt. Borgerne har i mange tilfælde svært ved, at acceptere de afgørelser der træffes af nævnet i den læge sammensætning, og der anlægges derfor mange sager mod dette. Nævnet vinder dog de fleste af disse sager, idet de af domstolene betragtes som et sagkyndigt nævn.⁴

Desuden udføres der altid fuld prøvelse af sager efter miljøbeskyttelsesloven, jordforureningsloven, vandforsyningsloven, havmiljøloven, kemikalieloven og i lov om aktindsigt i miljøoplysninger. Inden for visse områder er muligheden for at klage afskåret. Dette gælder fx betalingsspørgsmål, affaldsspørgsmål og en række sager som enkeltvis er vurderet at være af mindre betydning for miljøbeskyttelsen.⁵

I de tilfælde hvor betegnelsen "nævnet" anvendes i fremstillingen, er det altid Natur- og Miljøklagenævnet der menes.

Hvis Natur- og Miljøklagenævnets afgørelse ikke er tilfredsstillende for en eller flere af parterne, kan der anlægges sag ved de danske domstole.

De danske domstolesom tager stilling til konkrete tvister mellem uenige parter, med retlig interesse i sagen. Byretten er som udgangspunkt det sted, hvor en sag har sin begyndelse. Byretterne kan dog i en række tilfælde henvise en civil sag til behandling ved landsretten. Dette gælder fx sager, der er af principiel betydning, eller sager hvis afgørelse kan få væsentlig betydning for andre end parterne.⁶ Landsretten behandler derudover sager der er appelleret fra Byretten.⁷ Højesteret er en appeldomstol, der behandler domme og kendelser, der er afsagt af landsretterne og Sø - og handelsretten. En sag kan således ikke anlægges direkte ved Højesteret. Højesteret behandler desuden sager, som Procesbevillingsnævnet har tilladt indbragt for retten. Det gælder sager, der er af særlig principiel betydning, fx sager som kan have betydning for afgørelse af en række andre sager, eller om sager af særlig samfundsmæssig interesse.⁸

I denne fremstilling analyseres afgørelser fra Natur- og Miljøklagenævnet og domstolene, med det formål at klarlægge om de anvender habitatdirektivets artikel 6. stk. 3 korrekt.

⁴ Moe, 2011, side 333 til 335.

⁵ Moe, 2011, side 335 til 337.

⁶ Domstol.dk. – Byret.

⁷ Domstol.dk. – Landsret.

⁸ Domstol.dk. – Højesteret.

3. Natura 2000

Natura 2000 er en fælles betegnelse for habitatområder og fuglebeskyttelsesområder. Disse områder danner et økologisk netværk af beskyttede områder gennem hele Europa. Danmark har udpeget 261 habitatområder og 113 fuglebeskyttelsesområder⁹. Dette svarer til 8,3 % af det samlede danske landareal og 17,7 % af det danske hav¹⁰.

Nedenfor gennemgås baggrunden for Natura 2000, formålet med reglerne, og en kort historisk opridsning af regelsættet, samt en kort gennemgang af de forskellige typer af områder.

3.1. Baggrund

Jordens biologiske diversitet reduceres globalt set hurtigere end nogen sinde, og dette er et problem, da netop den biologiske diversitet er en betingelse for alt liv på jorden. Det Europæiske Miljøagentur har i en evaluering af situationen konkluderet, at dette tab af biodiversitet skyldes dels en meget intensiv og delvis industrialiseret udnyttelse af jorden, dels infrastruktur og urbanisering, masseturisme og vand- og luftforurening. Ifølge Miljøagenturet er det mere sandsynligt, at den forventede økonomiske vækst vil medføre yderligere tab af biodiversiteten frem for en stabilisering af denne.¹¹

Det var på baggrund af udsigten til yderligere tab af biodiversitet, at EU i 1998 vedtog en strategi for biodiversitet. EU skulle spille en ledende rolle i arbejdet med at opnå de mål, der blev opstillet i konventionen om biodiversitet samt i fastlæggelse af rammerne for, hvorledes EU's politikker og instrumenter skulle bidrage hertil. Der blev opstillet en række mål, blandt andet for bevaring af naturressourcer. Fuldstændig gennemførelse af Habitatdirektivet og fugledirektivet samt støtte til etablering af et netværk af udvalgte områder er to af hovedpunkterne inden for dette område.¹²

⁹ Fakta om områderne

¹⁰ Natura 2000-områderne

¹¹ Beretning fra Kommissionen, side 4.

¹² Beretning fra Kommissionen, side 4.

3.2. Formål med Habitatdirektivet

*"... da hovedformålet med dette direktiv er at fremme opretholdelsen af den biologiske diversitet under hensyntagen til økonomiske, sociale, kulturelle og regionale behov, bidrager det til en bæredygtig udvikling, hvilket er det overordnede mål; for at opretholde denne biologiske diversitet er det i visse tilfælde nødvendigt at opretholde eller endog at fremme udfoldelsen af menneskelige aktiviteter."*¹³

Formålet med habitatdirektivet er klarlagt i direktivets artikler 2, 3 og 10. Direktivet er gældende inden for det af medlemsstaternes områder i Europa, hvor Lissabon traktaten finder anvendelse, og det har til formål, at *"bidrage til at sikre den biologiske diversitet, ved at bevare naturtyperne samt de vilde dyr og planter"*¹⁴. Særligt skal medlemsstaterne søge at opretholde eller genoprette *"en gunstig bevaringsstatus"*¹⁵ for naturtyper, samt vilde dyre - og plantearter, der er af betydning for fællesskabet jf. Habitatdirektivets artikel 2. stk. 1. Ifølge artikel 3 er det meningen, at der skal skabes et *"sammenhængende europæisk økologisk net af særlige bevaringsområder"*¹⁶. Dette er for at sikre genoprettelse eller opretholdelse af *"en gunstig bevaringsstatus for de pågældende naturtyper og levestederne for de pågældende arter i deres naturlige udbredelsesområde"*¹⁷. Medlemsstaterne forpligtes jf. artikel 10 til at medvirke til at styrke sammenhængen i Natura 2000-nettet, ved at *"fremme forvaltningen af de elementer i landskabet, der er af afgørende betydning for vilde dyr og planter"*¹⁸.

3.3. Historik

Som det første internationale udspil kom Ramsar-konventionen om beskyttelse af vådområder af international betydning i 1971, og denne ratificerede Danmark i 1977. I Danmark bestod de første bestræbelser på at undgå, at der ikke skete overlast af disse vådområder. I 1979 blev Fuglebeskyttelsesdirektivet om udpegning af fuglebeskyttelsesområder vedtaget. Dette medførte, at man i det danske Miljøministerium gik meget grundigt til værks, og Danmark har arealmæssigt udpeget større fugleområder end noget andet EU-land – dels på grund af, at Danmark har ret store fuglebestande, og dels fordi Danmark ligger på mange fugles trækruter – og der blev fastsat regler for aktiviteter i eller i nærheden af disse områder. Traktatkrænkelssager imod andre EU-lande viser, at fuglebeskyttelsesområde er en objektiv kendsgerning. Hvis faglige værker viser, at et givent område er vigtigt, så skal det udpeges. I 1992 kom habitatdirektivet til. Direktivet skulle ikke blot beskytte fuglebiotoper, men alle vigtige biotoper både for

¹³ Habitatdirektivet, præambel.

¹⁴ Habitatdirektivets art. 2, stk. 1.

¹⁵ Habitatdirektivets art. 2, stk. 2.

¹⁶ Habitatdirektivets art. 3, stk. 1, 1. pkt.

¹⁷ Habitatdirektivets art. 3, stk. 1, 2. pkt.

¹⁸ Habitatdirektivets art. 10, 1. pkt.

dyr og planter, i alle EU's medlemsstater. I det væsentligste svarer udpegningen og karakteren af beskyttelsen af områderne, til kravene der allerede var kendt fra fugledirektivet. Det er meningen, at de biotoper som medlemsstaterne til sammen udpeger, skal udgøre Natura 2000-nettet. I første omgang kunne Danmark ikke følge med i udpegning af områder, men efter pres fra Kommissionen blev der udpeget yderligere områder, og på nuværende tidspunkt er situationen stabiliseret.¹⁹

3.4. Natura 2000-områderne

I dette afsnit bliver der kort redegjort for de to forskellige typer af områder, der er en del af Natura 2000-nettet.

3.4.1. Habitatområder

Habitatområderne er områder der er udpeget på grundlag af Habitatdirektivet. De er udpeget med det formål, dels at beskytte, dels at genoprette en gunstig bevaringsstatus for bestemte arter af planter og dyr. Dette gælder naturtyper der er ved at forsvinde fra deres naturlige udbredelsesområde samt truede, sårbare eller sjældne dyre - og plantearter.²⁰

3.4.2. Fuglebeskyttelsesområder

Disse områder er udpeget på baggrund af Fuglebeskyttelsesdirektivet, og de har til formål at opretholde og sikre levesteder, der er blevet forringet eller som er direkte truet. Ønsket er at beskytte bestemte fuglearter, der enten er sjældne, truede eller følsomme over for ændringer af deres levesteder, eller fugle som regelmæssigt gæster Danmark med henblik på at fælde fjer, raste under træk eller overvintre. I Danmark er især mange vandfugle beskyttet, og mange af fuglebeskyttelsesområderne ligger derfor på havet, tæt på kysten eller i strandenge.²¹

¹⁹ Moe, 2011, side 200 og 201.

²⁰ Fakta om områderne

²¹ Fakta om områderne

4. Habitatkonsekvensvurdering kontra VVM

Selv om habitatkonsekvensvurderinger og Vurderinger af virkning på miljøet (herefter VVM) begge er vurderinger af, hvorledes miljøet påvirkes ved en plan eller et projekt, så må de ikke forveksles. Nedenfor redegøres der for begge typer, med særligt fokus på de aspekter der adskiller dem.

4.1. VVM

En VVM-redegørelse er et værktøj for beslutningstagere. Redegørelsen har til formål at klarlægge samtlige konsekvenser, som en plan eller et projekt kan have på omgivelserne, således at beslutningstagerne træffer afgørelse på det absolut bedst oplyste grundlag. Reglerne om VVM findes i Rådets direktiv 85/337/EØF af 27. juni 1985 om vurdering af visse offentlige og private projekters indvirkning på miljøet (herefter: VVM-direktivet) og Rådets Direktiv 97/11/EF af 3. marts 1997 om ændring af direktiv 85/337/EØF om vurdering af visse offentlige og private projekters indvirkning på miljøet, og er i Danmark implementeret i Planlovens kapitel 4, i §§ 11 g – i, samt i Bekendtgørelse om vurdering af visse offentlige og private anlægs virkning på miljøet (VVM) i medfør af lov om planlægning (herefter: VVM-bekendtgørelsen). Den danske implementering stemmer ganske godt overens med direktiverne, og skulle der være uoverensstemmelser, så har de fleste af direktivernes bestemmelser direkte virkning.²²

VVM-proceduren er omstændig, da direktiverne går på tværs af den danske lovgivning om planlægning og miljøbeskyttelse. Det tager i Danmark normalt op til 1 år at gennemføre en VVM. VVM-pligten afhænger af, hvilken type af projekt der er tale om. Er det en projekttype der er omfattet af bilag 1 til VVM-direktivet – meget forurenende projekter – så skal der altid gennemføres en VVM-procedure. Er det et projekt omfattet af direktivets bilag 2, skal der foretages en VVM-screening på baggrund af de i bilag 3 oplistede kriterier. Denne screening har til formål, at konstaterer om det konkrete projekt, på grund af dets omfang, art eller placering, må antages at kunne få væsentlig indvirkning på miljøet. Hvis de i bilag 3 oplistede kriterier er opfyldt, skal der gennemføres en VVM-procedure, hvis ikke de er opfyldt så er en screening tilstrækkelig.²³

Når VVM-proceduren er gennemført, kan der enten meddeles tilladelse eller afslag til projektet. VVM-redegørelsen er ikke i sig selv afgørende for resultatet, men er som sagt kun et værktøj for dem der skal træffe beslutningen. En tilladelse kan gives, både hvor VVM-redegørelsen viser, at anlægget ikke må antages at få væsentlige

²² Moe, 2011, side 236 og 237.

²³ Moe, 2011, side 236 til 240.

indvirkninger på miljøet, men også hvor det modsatte viser sig at være tilfældet. En VVM-tilladelse skal benyttes inden for 3 år, og kan påklages.²⁴

4.2. Habitatkonsekvensvurdering

Lige som VVM-redegørelsen, er en habitatkonsekvensvurdering et værktøj til beslutningstagere. Det følger af Habitatdirektivets artikel 6, stk. 3, og af Habitatbekendtgørelsens §§ 6 og 7, at myndighederne ikke må vedtage planer og projekter der kan skade de arter og naturtyper, som et Natura 2000-område er udpeget for. Det er derfor et krav til myndighederne, at de vurderer, om en plan eller et projekt kan påvirke et Natura 2000-område væsentligt. Hvis myndighederne vurderer, at dette er tilfældet, så skal der foretages en egentlig habitatkonsekvensvurdering under hensyntagen til områdets bevaringsmålsætning. Det er således kun de planer og projekter, der ikke er forbundet med eller nødvendig for forvaltningen af området, og som i sig selv, eller sammen med andre planer og projekter, kan påvirke et Natura 2000-område væsentligt, der skal habitatkonsekvensvurderes jf. Habitatdirektivets artikel 6, stk. 3. Fra dansk side – Miljøministeriet - er det udmøntet i habitatbekendtgørelsens § 6 og §§ 8 og 9 hvilke planer og projekter der skal habitatkonsekvensvurderes.²⁵

Det er op til myndighederne at sikre, at planer eller projekter, hverken direkte eller indirekte, alene eller sammen med andre planer og projekter kan påvirke et Natura 2000-område i negativ retning, for de arter og naturtyper som området er udpeget for. Det betyder, at samtlige aspekter der kan tænkes at kunne påvirke området skal inddrages i vurderingen, som desuden skal foretages under hensyntagen til områdets bevaringsmålsætning, og dette skal ske med den bedste videnskabelige viden på området. Den overordnede bevaringsmålsætning er beskrevet nærmere i afsnit 3.2 om formålet med habitatdirektivet. Kort beskrevet er det ønsket at sikre eller genoprette en gunstig bevaringsstatus, for de arte og naturtyper som et givent område er udpeget for. Myndigheden skal altså kunne afvise, at en plan eller et projekt kan skade området, og kan de ikke det, så kan der ikke gives tilladelse til planen eller projektet. Der er således intet skøn overladt til myndigheden – det er et spørgsmål om enten eller.²⁶

4.3. Forskellen

Som det fremgår af ovenstående, er begge vurderinger et værktøj for beslutningstagere, og begge vedrører konsekvenser ved konkrete projekter, men det er også der lighederne ophører. VVM-redegørelsespligten afhænger af projekttypen, og fokuserer på alle påvirkninger af omgivelserne. Habitatkonsekvensvurderinger i

²⁴ Moe, 2011, side 241 og 242.

²⁵ Vejledning til habitatbekendtgørelsen, 2011, side 19.

²⁶ Vejledning til habitatbekendtgørelsen, 2001, side 20 og 21.

henhold til habitatdirektivets artikel 6, stk. 3 retter sig mod projekter, der tænkes at kunne påvirke et Natura 2000-område væsentligt, og fokuserer udelukkende på konsekvenserne for de arter eller naturtyper, som området er udpeget for, og under hensyntagen til bevaringsmålsætningerne for området. Den væsentligste forskel må dog siges at være den, at myndighederne på baggrund af VVM-redegørelsen kan foretage et skøn. Hvis habitatkonsekvensvurderingen i henhold til artikel 6, stk. 3 viser at der vil være en risiko for at området skades, er myndigheden forpligtet til at meddele afvisning på den ansøgte tilladelse til et givent projekt.

Retspraksis fra EU-domstolen – sag C-418/04 - har fastslået at en VVM-redegørelse ikke kan erstatte en habitatkonsekvensvurdering²⁷, men at disse to typer af vurderinger eksisterer side om side. I de sager hvor en habitatkonsekvensvurdering er påkrævet, kan denne integreres i VVM-redegørelsen. Det er dog en klar fordel, at foretage habitatkonsekvensvurderingen først, idet den er knap så omfangsrig som en komplet VVM-redegørelse, og den er afgørende for, om planen eller projektet i det hele taget kan gennemføres.²⁸

²⁷ C-418/04, præmis 231

²⁸ Vejledning til habitatbekendtgørelsen, side 8.

5. Retskilder

I dette afsnit redegøres kort for de kilder, der er vigtigst, i forbindelse med afklaringen af, om Habitatdirektivets artikel 6, stk. 3 er implementeret og anvendes korrekt i danske ret.

5.1. EU-retskilder

Nedenfor gennemgås de EU-retskilder, som er anvendt i forbindelse med afklaring af problemstillingen. Disse kilder sammenholdes, med det formål at klarlægge, hvorledes Habitatdirektivets artikel 6, stk. 3. skal fortolkes. EU-domstolens anvendelse af reglerne bliver dernæst anvendt som analyseværktøj på danske afgørelser, med henblik på at konstatere, om der er overensstemmelse mellem EU-domstolens fortolkning, og den måde reglerne anvendes på af de danske instanser.

5.1.1. Habitatdirektivets artikel 6, stk. 3.

Den vigtigste EU-retskilde der anvendes er Habitatdirektivets artikel 6, stk. 3. Ifølge denne bestemmelses første punktum skal alle planer, der kan påvirke et Natura 2000 område væsentligt, både direkte og indirekte, habitatkonsekvensvurderes. Formålet er at klarlægge, hvorvidt en given aktivitet kan medføre forringelser eller forstyrrelser for den eller de arter, som området er udpeget for.

Artikel 6, stk. 3.

*"Alle planer eller projekter, der ikke er direkte forbundet med eller nødvendige for lokalitetens forvaltning, men som i sig selv eller i forbindelse med andre planer og projekter kan påvirke en sådan lokalitet væsentligt, vurderes med hensyn til deres virkninger på lokaliteten under hensyn til bevaringsmålsætningerne for denne. På baggrund af konklusionerne af vurderingen af virkningerne på lokaliteten, og med forbehold af stk. 4, giver de kompetente nationale myndigheder først deres tilslutning til en plan eller et projekt, når de har sikret sig, at den/det ikke skader lokalitetens integritet, og når de - hvis det anses for nødvendigt - har hørt offentligheden."*²⁹

Denne habitatkonsekvensvurdering skal derefter, jf. bestemmelsens sidste punktum, anvendes af myndighederne i deres sagsbehandling. Fastslår habitatkonsekvensvurderingen, at aktiviteten kan skade Natura 2000-området, så skal myndigheden afvise at give tilladelse.

Bestemmelsen er en såkaldt "gummiparagraf". Der er ingen konkret vejledning i bestemmelsen, og det er altså op til den enkelte at fortolke. Det er derfor blandt andet relevant at definere hvad et "projekt" er, da dette ikke gøres i

²⁹ Habitatdirektivet art. 6, stk. 3.

Habitatdirektivet, samt at søge at klarlægge hvad der er en "væsentlig påvirkning". Det er derfor nødvendigt at anvende EU-domstolens praksis som udfyldende. Dette vil gøres ved blandt andet at redegøre for C-127/02 – Hjertemuslingedommen, og C-226/08 – Ems-dommen, der er udfyldende for bestemmelsen.

Bestemmelsen er implementeret i §§ 6 og 7 i Habitatbekendtgørelsen, og har hjemmel i Miljømålsloven.³⁰

5.1.2. Hjertemuslingedommen

Denne præjudicielle afgørelse fra EU-domstolen fra 2004 er et vigtigt supplement til Habitatdirektivets artikel 6, stk. 3, idet den bidrager med udfyldende regler for, hvorledes bestemmelsen skal anvendes. Der er som allerede nævnt tale om en præjudiciel afgørelse, altså et spørgsmål til EU-domstolen angående fortolkning af bestemmelsen, hvori domstolen blandt andet tager stilling til begrebet "projekt" i artikel 6, stk. 3s forstand.

Denne afgørelse påberåbes ofte af grønne organisationer, som fx Danmarks Naturfredningsforening, eller instanser, som ønsker en streng afgørelse³¹

Der redegøres for afgørelsen, med henblik på at sammenligne den med yderligere retspraksis fra EU-domstolen. Desuden anvendes den som sammenligningsgrundlag i analysen af danske afgørelser fra henholdsvis domstolene og Natur og miljøklagenævnet. Formålet er at fastslå, om Habitatbekendtgørelsens artikel 6, stk. 3 er implementeret og anvendes korrekt i Danmark.

5.1.3. Ems-dommen

Denne afgørelse er ligeledes en præjudiciel afgørelse fra EU-domstolen, som blandt andet vedrører fortolkningen af Habitatdirektivets artikel 6, stk. 3. Der er i dette tilfælde tale om en afgørelse fra 2008, og den er således af nyere dato end Hjertemuslingedommen. Den er et vigtigt bidrag til løsning af specialets problemstilling, idet den er et bevis for, om EU-domstolen fastholder den fortolkning, den lagde til grund i Hjertemuslingesagen.

Afgørelsen anvendes på tilsvarende vis, og med samme formål som Hjertemuslingedommen, og den vil således både blive sammenlignet med anden praksis fra EU-domstolen, samt danske afgørelser.

³⁰ Moe, 2011, side 203 til 206.

³¹ Moe, 2013, side 4.

5.2. Danske retskilder

I dette afsnit redegøres der kort for de danske retskilder der er anvendt i fremstillingen. Disse retskilder er dernæst blevet underlagt en komparativ analyse, hvor de er blevet sammenholdt med de af EU-domstolen fastlagte fortolkningsregler for artikel 6. stk. 3, med den måde reglerne fortolkes og anvendes af de danske instanser.

5.2.1. Habitatbekendtgørelsens § 6 og 7.

Habitatbekendtgørelsens § 6.

I redegørelsen til planforslag i medfør af planloven, der ikke er direkte forbundet med eller nødvendige for et Natura 2000-områdes forvaltning, men som i sig selv eller i forbindelse med andre planer og projekter kan påvirke et Natura 2000-område væsentligt, skal der indgå en vurdering af forslagens virkninger på området under hensyn til områdets bevaringsmålsætninger.³²

Stk. 2. Såfremt vurderingen viser, at planen skader Natura 2000-området, kan planen ikke vedtages³³.

Habitatbekendtgørelsens §§ 6 og 7 er de vigtigste af de danske retskilder, der er anvendt i nærværende fremstilling. Dette er den danske implementering af Habitatdirektivets artikel 6, stk. 3. På trods af at terminologien i de to bestemmelser er forskellig fra direktivteksten og implementeringen opdelt, så er formålet med bestemmelsen den samme. En given aktivitet skal vurderes med henblik på at konstatere, om den kan påvirke et natura 2000-område væsentlig jf. stk. 1. Bestemmelsen i § 6 omhandler planer, fx lokalplaner og landsplaner, og bestemmelsen i § 7 drejer sig om projekter.

Habitatbekendtgørelsens § 7, stk. 1.

"Før der træffes afgørelse i medfør af de bestemmelser, der er nævnt i § 8, skal der foretages en vurdering af, om projektet i sig selv, eller i forbindelse med andre planer og projekter, kan påvirke et Natura 2000-område væsentligt. De projekter, der omfattes af kravet om vurdering, er projekter som ikke direkte er forbundet med eller nødvendige for Natura 2000-områdets forvaltning."³⁴

Er dette tilfældet, skal aktiviteten yderligere habitatkonsekvensvurderes i henhold til §§ 6, stk. 1 og 7, stk. 2. Dette betyder, at det skal vurderes, hvilke virkninger aktiviteten vil have på det gældende Natura 2000-område under hensyntagen til bevaringsmålsætningen for området. Hvis en sådan vurdering viser, at det vil

³² Habitatbekendtgørelsens § 6, stk. 1.

³³ Habitatbekendtgørelsens § 6, stk. 2.

³⁴ Habitatbekendtgørelsens § 7, stk. 1.

medføre skade på området, så skal den sagsbehandlende myndighed afvise at give tilladelse til den pågældende aktivitet.

Habitatbekendtgørelsens § 7, stk. 2.

*"Hvis myndigheden vurderer, at projektet kan påvirke et Natura 2000-område væsentligt, skal der foretages en nærmere konsekvensvurdering af projektets virkninger på Natura 2000-området under hensyn til bevaringsmålsætningen for det pågældende område. Viser vurderingen, at projektet vil skade det internationale naturbeskyttelsesområde, kan der ikke meddeles tilladelse, dispensation eller godkendelse til det ansøgte."*³⁵

Da de to bestemmelser er forholdsvist enslydende, omfatter analysen i afsnit 8 begge bestemmelser.

5.2.2. Vejledning til bekendtgørelse nr. 408 af 1. maj 2007

Det er her vigtigt at holde sig for øje, at der er tale om en vejledning. En vejledning er ikke bindende, kan udstedes uden hjemmel og tjener primært til orientering om reglers formål og indhold³⁶. Vejledninger er dog af stor praktisk betydning, og den er derfor et relevant at anvende til løsning af problemstillingen.

Vejledningen er udgivet af Naturstyrelsen og Miljøministeriet, og i den gennemgås og uddybes Habitatbekendtgørelsens regler. Det er angivet i vejledningens forord, at den er relevant for alle, der træffer afgørelser efter de bestemmelser, som omfattes af Habitatbekendtgørelsen, hvilket vil sige kommuner, regioner og Miljøministeriet³⁷. Af netop denne årsag er den et utroligt godt supplement til Habitatbekendtgørelsens §§ 6 og 7, og de afgørelser der anvendes i forbindelse med afklaring af problemstillingen.

5.2.3. De danske afgørelser

De danske afgørelser der anvendes i analysen afsnit er udvalgt tilfældigt. Deres retskildemæssige værdi er irrelevant i forhold til problemstillingen, idet de ikke skal anvende med det formål at udlæde retspraksis, men i stedet som en form for bevis for, hvordan de danske instanser anvender regelsættet, og om dette er i overensstemmelse med EU-domstolens fortolkning.

³⁵ Habitatbekendtgørelsens § 7, stk. 2.

³⁶ Evald, 2008, side 30.

³⁷ Vejledning til Habitatbekendtgørelsen, side 2.

6. Redegørelse for implementering af et direktiv

Med hensyn til det tilsigtede mål er et direktiv alene bindende for medlemsstaterne. Direktiver skal implementeres i de enkelte medlemsstater, men formen og midlerne hvormed de gennemføres, er overladt til de nationale myndigheder. Der er i de enkelte direktiver fastsat en frist for, hvornår implementeringen skal være gennemført af medlemsstaterne.³⁸

Hvor der ikke er et egentligt ønske om at skabe en identisk retsstilling i medlemsstaterne, men blot at tilnærme retsstillingen – at harmonisere den – er et direktiv særligt egnet. Direktivformen gør, at det er muligt for den enkelte medlemsstat at indarbejde direktiverne i de nationale love, uden at dette medfører en ændring af deres lovgivningstraditioner. Direktiverne giver desuden medlemsstaten mulighed for, at vælge mellem forskellige løsninger/bestemmelser, eller selv at skønne hvorledes en passende regel skal udformes. Ofte er et direktiv udformet som et minimumsdirektiv, hvor det således overlades til de enkelte medlemsstater at fastsætte mere vidtgående eller strengere regler, end det er forudsat i direktivet. Mange direktiver er dog også så detaljerede, at der reelt ikke overlades medlemsstaten noget valg eller skøn. I så fald sker implementeringen ved at direktivteksten indskrives i de nationale love.³⁹

Artikel 288, stk. 3.

*"Et direktiv er med hensyn til det tilsigtede mål bindende for enhver medlemsstat, som det rettes til, men overlader det til de nationale myndigheder at bestemme form og midler for gennemførelse."*⁴⁰

Som det fremgår af ovenstående citat af TEUF artikel 288, stk. 3., så har medlemsstaterne en vis valgfrihed, når det kommer til implementeringsmetode. Dette har EU-domstolen bekræftet, ved at understrege at gennemførelsen ikke absolut skal ske ved lovgivning, eller ved at direktivets ordlyd gengives direkte⁴¹. De har dog også opstillet nogle grundlæggende betingelser, som skal overholdes, for at implementeringen kan betragtes som værende korrekt gennemført.⁴²

For det første skal retsstillingen være klar og utvetydig⁴³. Det betyder, at de parter som berøres af direktiverne skal kunne finde frem til deres rettigheder og pligter. Der stilles således krav om, at reglerne skal formuleres klart⁴⁴. Hvis der allerede er en eksisterende retspraksis i medlemsstaten, så kan en implementering i princippet undlades. Det forudsætter dog, at den pågældende retspraksis er rimelig klar og

³⁸ Sørensen og Nielsen, 2010, side 115.

³⁹ Sørensen og Nielsen, 2010, side 115 og 116.

⁴⁰ TEUF, artikel 288, stk. 3.

⁴¹ C-363/85, præmis 7.

⁴² Sørensen og Nielsen, 2010, side 116.

⁴³ C-29/84, præmis 23.

⁴⁴ C-339/87, præmis 6.

indeholder de samme detaljer som direktivets regulering, og dette vil i praksis formentlig høre til sjældenhederne⁴⁵. Det er ligeledes et krav, at gennemførelsesforanstaltningerne er tilstrækkelig bekendtgjort, hvilket vil sige, at det på en eller anden vis skal være offentligt tilgængeligt.⁴⁶

For det andet skal reglerne være bindende. Det vil sige at de skal skabe en sikker retstilstand. Det betyder, at en medlemsstat ikke kan erstatte en fast regel, der giver visse personer bestemte rettigheder med en skønsregel eller en dispensationsregel. Anbefalinger, henstillinger eller andre nationale foranstaltninger som ikke er juridisk bindende, kan man slet ikke anvende til at implementere. EU-domstolen har ligeledes påpeget, at forvaltningspraksis ikke kan udgøre en fornøden implementering⁴⁷. Dette skyldes formentlig, at en forvaltningspraksis uden videres kan ændres, samt at dette kan ske, uden at hverken borgere eller kommissionen bliver opmærksomme på det.⁴⁸

For det tredje stilles der fra EU-domstolens side visse krav til, hvorledes et direktivs regler skal håndhæves, efter at det er blevet implementeret i national ret. Medlemsstaterne skal blandt andet sikre, at overtrædelser af direktivreglerne kan sanktioneres effektivt. Hvilke sanktioner der skal knyttes til de enkelte regler, er der normalvis ikke stillet krav om i direktiverne, og der overlades således til de enkelte medlemsstater et vist skøn med hensyn til fastsættelse af sanktioner. Der stilles flere krav til sanktionerne. EU-domstolen har slået fast, at sanktionerne skal være ligeværdige, og altså dermed lige så strenge som sanktioner der er knyttet til tilsvarende nationale regler. De skal være effektive, så de virker afskrækkende overfor den der pålægges pligter, og de skal være proportionale, således at en evt. godtgørelse står i rette forhold til skaden. Samtidig medfører kravet om proportionalitet, at sanktionerne ikke må være for strenge. For at håndhævelse fungerer, er det nødvendigt, at de der tildes rettigheder har mulighed for at få disse rettigheder gennemtvunget, og dette forudsætter, at de der ønskes beskyttet med direktivet, har mulighed for at iværksætte sanktioner⁴⁹. EU-domstolen konstaterer, at den berettigede skal have mulighed for at gøre sine rettigheder gældende "*for rette myndighed*"⁵⁰ - således altså blandt andet ved domstolene.⁵¹

Som det fjerde og sidste er det et krav, at implementeringen af et direktiv sker inden for den i direktivet fastsatte frist. EU-domstolen har ikke i tilfælde af forsinkelser vist sig tilbøjelig til acceptere forsinkelser, der skyldes bestemmelser, fremgangsmåder eller andre forhold i den nationale retsorden^{52, 53}

⁴⁵ C-236/95, præmis 13 og 14.

⁴⁶ Sørensen og Nielsen, 2010, side 116 og 117.

⁴⁷ C-102/79, præmis 11.

⁴⁸ Sørensen og Nielsen, 2010, side 117.

⁴⁹ C-97/96.

⁵⁰ C-61/81, præmis 9

⁵¹ Sørensen og Nielsen, 2010, side 117 til 119.

⁵² C-77/69, præmis 13 til 15.

Der kan ske det, at retstilstanden i en medlemsstat allerede er i overensstemmelse med et direktiv, og i så fald er yderligere implementering ikke nødvendig. Det forudsætter selvfølgelig, at de allerede eksisterende regler lever op til de tidligere nævnte krav om blandt andet klarhed. At et direktivs bestemmelser antages at være direkte anvendelige, betyder ikke at en allerede eksisterende retstilstand i medlemsstaten, som er i overensstemmelse hermed, kan medføre at medlemsstaten kan undlade at implementere direktivet^{54, 55}

Kommissionen fører kontrol med, at implementeringen gennemføres korrekt. Dette foregår ved, at man i nogle direktiver foreskriver, at de enkelte medlemsstater skal informere kommissionen om hvorledes implementeringen er sket.⁵⁶

⁵³ Sørensen og Nielsen, 2010, side 119.

⁵⁴ C-102/79, præmis 12.

⁵⁵ Sørensen og Nielsen, 2010, side 119.

⁵⁶ Sørensen og Nielsen, 2010, side 119 og 120.

7. Analyse af EU-afgørelser

Her følger en redegørelse af udvalgte afgørelser fra EU-domstolen. Afgørelserne er dernæst blevet sammenlignet, med henblik på at klarlægge hvorledes EU-domstolen fortolker Habitatdirektivets artikel 6. stk. 3.

7.1. C-127/02 - Hjertemuslingedommen

Der er tale om en præjudiciel afgørelse fra 2004 vedrørende fortolkning af Habitatdirektivets artikel 6. Der vil dog i redegørelsen, kun blive taget stilling til de spørgsmål der er relevante for problemstillingen, hvilket altså vil sige spørgsmål vedrørende artikel 6, stk. 3.

Sagens baggrund er det traditionelle hollandske hjertemuslingefiskeri i Vadehavet, - et natura 2000-område. Et fiskeri der ifølge naturbeskyttelsesorganisationer gør varig skade på geomorfologien, floraen og faunaen på Vadehavets bund. Ligeledes argumenterer de for, at fiskeriet gør skade på skaldyrspisende fugles forråd, med den konsekvens at bestanden går tilbage.

Tilladelsen til dette fiskeri skal fornyes årligt, og den er altså kun gældende for en begrænset periode, og i den forbindelse ønsker den forelæggende ret at vide, om fiskeriet skal betragtes som et projekt i artikel 6, stk. 3.s forstand. Der kan ifølge artikel 6, stk. 3 ikke gives tilladelse til en plan eller et projekt, der kan påvirke lokaliteten væsentligt, uden at der er foretaget en forudgående vurdering af planens eller projektets virkning på lokaliteten. Habitatdirektivet definerer dog ikke hvad en plan eller et projekt er. Domstolen henviser i sin fortolkning af netop disse begreber til VVM-direktivet. I direktivets artikel 1, stk. 2 defineres begrebet "projekt" som: *"gennemførelse af anlægsarbejder eller andre installationer eller arbejder⁵⁷"* eller som *"andre indgreb i det naturlige miljø eller i landskaber, herunder sådanne, der tager sigte på udnyttelse af ressourcer i undergrunden⁵⁸"*. Hjertemuslingefiskeriet konstateres dernæst som værende hjemmehørende i blandt de projekter, der passer ind under artikel 1, stk. 2, 2. led, og er således at betragte som et projekt omfattet af artikel 6, stk. 3.

Den forelæggende ret ønsker ligeledes svar på, hvornår man ifølge artikel 6, stk. 3, 1 pkt. er forpligtet til at foretage en vurdering af planen eller projektets virkning på lokaliteten under hensyn til bevaringsmålsætningen, samt hvilke kriterier der skal tages højde for. Nøgleordet her er "væsentlig påvirkning", og planen eller projektet er således først omfattet af kravet, når det kan påvirke den omhandlede lokalitet væsentligt. En væsentlig påvirkning af lokaliteten er dog i denne forstand den blotte tilstedeværelse af sandsynligheden eller risikoen for, at en plan eller et projekt kan medføre en væsentlig påvirkning af den omhandlede lokalitet. Dette hænger

⁵⁷ VVM-direktivet, artikel 1, stk. 2, 1. led.

⁵⁸ VVM-direktivet, artikel 1, stk. 2, 2. led.

sammen med forsigtighedsprincippet, som Habitatdirektivet skal fortolkes i lyset af. Dette betyder, at der, hvis der på trods af de objektive kriterier er tvivl om, hvorvidt planen eller projektet kan medføre en sådan væsentlig påvirkning, skal foretages en vurdering, der muliggør effektivt at undgå, at der gives tilladelse til planer og projekter, der kan skade lokalitetens integritet. Hvorledes en påvirkning er væsentlig, skal vurderes i lyset af den omhandlede lokalitets særlige kendetegn og miljømæssige vilkår.

Domstolen konstaterer desuden, at der ikke i artikel 6, stk. 3 er fastsat nogen særlig procedure for gennemførelsen af en sådan vurdering. Det fremgår dog, at der skal tages højde for den kumulative effekt, som planen eller projektet har, sammen med andre planer og projekter, der ligeledes påvirker området væsentligt under hensyntagen til bevaringsmålsætningen, og at vurderingen skal gå forud for en evt. tilladelse. Dette betyder, at alle de konsekvenser en plan eller et projekt i sig selv, eller i samarbejde med andre planer eller projekter kan have for bevaringsmålsætningen, skal belyses under hensyn til den bedste videnskabelige viden på området.

Domstolen påpeger, at det når det overvejes om der kan gives tilladelse til fiskeri af hjertemuslinger i et Natura-2000 område, på baggrund af alle aspekter skal vurderes, hvilke konsekvenser fiskeriet kan have, for de arter området er udpeget for. De skal således sikre sig, på baggrund af den bedste videnskabelige viden på området, at der ikke vil opstå skader, og først derefter kan de meddele tilladelse. Hvis myndigheden er i tvivl om, hvorvidt fiskeriet kan medføre skade på området, så kan de følgelig ikke give tilladelse jf. forsigtighedsprincippet.

Et direktiv pålægger en medlemsstat at træffe alle nødvendige foranstaltninger, for at opnå det i direktivet beskrevne resultat, og denne forpligtelse er for medlemsstaten bindende jf. Traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab (konsolideret udgave Amsterdam) artikel 249 EF. Slutteligt konstaterer domstolen, at bestemmelsen kan påberåbes, af alle der er berørte af sagen. Hvis dette ikke var tilfældet, ville det være uforeneligt med artikel 249 EF, og det ville svække den effektive virkning af en retsakt, hvis borgerne var forhindret i at påberåbe sig den under retssager. Direktivet, og dermed artikel 6, stk. 3, har således direkte virkning.

7.2. C- 226/08 - Ems-dommen

Der er også i dette tilfælde tale om en præjudiciel afgørelse fra EU-domstolen. Denne er fra 2010, og kommer således 6 år efter, at EU-domstolen tog stilling til, hvorledes habitatdirektivets artikel 6, stk. 3. skal fortolkes. Der stilles spørgsmål til fortolkning af andre bestemmelser end Habitatdirektivets artikel 6, stk. 3, men dem ses der bort fra, og fokus er således kun på Domstolens svar vedrørende artikel 6, stk. 3.

Baggrunden for sagen er en tilladelse til opmudring af floden Ems. Denne opmudring er nødvendig, for at skibe med en dybgang på 7,3 meter kan sejle mellem

Nordsøen og et skibsværft beliggende i Stadt Papenburg i Niedersachsen. Nedstrøms fra Stadt Papenburg ligger et område, der er blevet indberettet til kommissionen, som et område der har mulig fællesskabsbetydning i henhold til Habitatdirektivet. Den tilladelse der er givet til opmudring er endelig, og indebærer at der anses at være givet tilladelse til fremtidig vedligehold af floden Ems i form af opmudring. Tilladelsen blev givet inden fristen for gennemførelse af Habitatdirektivet. Den forelæggende ret ønsker i den forbindelse, at Domstolen tager stilling til, hvorledes en sådan tilladelse skal behandles i henhold til Habitatdirektivets artikel 6, stk. 3, såfremt foranstaltningerne fortsætter, efter at lokaliteten er optaget på listen over områder der har betydning for fællesskabet.

Ifølge Habitatdirektivets artikel 6, stk. 3 kan der ikke gives tilladelse til et projekt, såfremt der er mulighed for, at det kan påvirke en Natura 2000 lokalitet væsentligt, uden at der er foretaget en forudgående konsekvensvurdering af virkningerne på området.

"Habitatdirektivet definerer ikke begreberne »plan« og »projekt«." ⁵⁹

Domstolen konstaterer, at de allerede har fastslået, at Habitatdirektivet ikke definerer begrebet "projekt", og at der derfor skal henses til VVM-direktivets artikel 1, stk. 2, med henblik på at klarlægge begrebet. I denne artikel defineres projekter som "*gennemførelse af anlægsarbejder eller andre installationer eller arbejder*⁶⁰" eller som "*andre indgreb i det naturlige miljø eller i landskaber, herunder sådanne, der tager sigte på udnyttelse af ressourcer i undergrunden*⁶¹". Opmudring af en sejlrende er jf. Domstolen at betragte som omfattet af artikel 1, stk. 2, 2. led, og er således et projekt i Habitatdirektivets artikel 6, stk. 3.s forstand.

At der allerede er givet en endelig tilladelse til kontinuerlig opmudring af floden inden udløbet af fristen for gennemførelse af Habitatdirektivet, er ikke ensbetydende med, at hver enkelt opmudring ikke vil kunne anses for at være et særskilt projekt i habitatdirektivets forstand. Hvis ikke det var tilfældet, så ville disse arbejder, såfremt de kan påvirke lokaliteten væsentligt, for evigt være unddraget en forudgående vurdering af deres indvirkning på området. Dette ville kunne sætte målsætningen for Natura 2000-områderne over styr.

Den forelæggende ret stiller spørgsmålstegn ved, om dette er i overensstemmelse med retssikkerhedsprincippet, eller princippet om beskyttelse af den berettigede forventning. Med hensyn til retssikkerhedsprincippet konstaterer Domstolen, at Habitatdirektivet er i fuld overensstemmelse med kravet om, at retsregler der er bebyrdende for borgerne skal være klare og præcise og deres anvendelse forudsigelig.

⁵⁹ C-127/02, præmis 23.

⁶⁰ VVM-direktivet, artikel 1, stk. 2, 1. led.

⁶¹ VVM-direktivet, artikel 1, stk. 2, 2. led.

*"... en ny regel finder øjeblikkelig anvendelse på endnu ikke indtrådte virkninger af en situation, der er opstået, mens den gamle regel var gældende..."*⁶²

I henhold til princippet om beskyttelse af den berettigede forventning, er det via retspraksis fastslået, at en ny regel selvfølgelig også har betydning for tilladelser, der er givet, men hvor tidspunktet for arbejdet endnu ikke er opnået. Tilladelsen til opmudring af floden der jo er givet også for fremtidige opmudringer, er således ikke immun over for nye retsregler, med hensyn til arbejder der endnu ikke er udført. Domstolen slår dog også fast, at såfremt et vedligeholdelsesarbejde som det i sagen omhandlede, blandt andet *"i lyset af deres tilbagevendende karakter eller betingelserne for deres udførelse, kan anses for at udgøre et enkeltstående arbejde – navnlig når de har til formål at bevare en vis dybde i sejlrenden gennem regelmæssige og nødvendige opmudringer med henblik herpå"*⁶³, så kan arbejdet anses som værende et og samme projekt, og der er således ikke krav om en ny vurdering, hver gang der skal foretages en opmudring. Et sådant projekt der således er blevet godkendt inden fristen for udløbet af habitatdirektivet, er altså ikke omfattet af habitatdirektivets artikel 6, stk. 3 krav om konsekvensvurdering.

7.3. Konklusion

Hjertemuslingedommen fra 2004 og Ems-dommen fra 2010 giver et ret tydeligt billede af, hvordan habitatdirektivets artikel 6, stk. 3. skal anvendes. Nedenfor gengives de "spillerregler", som EU-domstolen i forbindelse med de to sager har udledt i henhold til habitatdirektivets artikel 6, stk. 3.

I forbindelse med Hjertemuslingedommen konkluderede EU-domstolen at Habitatdirektivet ikke definerer hvad et projekt er, men henviser til VVM-direktivets definition af netop dette begreb. Denne præmis fra Hjertemuslingedommen henviser EU-domstolen til i Ems-dommen, og det kan på baggrund af dette konstateres, at et "projekt" således skal defineres jf. VVM-direktivets artikel 1, stk. 2. 1, og 2. led.

VVM-direktivets artikel 1, stk. 2. 1. led

*"gennemførelse af anlægsarbejder eller andre installationer eller arbejder"*⁶⁴

eller som

⁶² C-226/08, præmis 46.

⁶³ C-226/08, præmis 47.

⁶⁴ VVM-direktivet, artikel 1, stk. 2, 1. led.

VVM-direktivets artikel 1, stk. 2. 2. led

"andre indgreb i det naturlige miljø eller i landskaber, herunder sådanne, der tager sigte på udnyttelse af ressourcer i undergrunden"⁶⁵

Det første den tilladelsesgivende myndighed skal tage stilling til, er derfor hvorvidt det drejer sig om et projekt, der falder ind under en af de to ovenstående definitioner. Hvis dette er tilfældet, er begrebet omfattet af habitatdirektivets artikel 6, stk. 3.

EU-domstolen har ligeledes fastslået, at der først er krav om en habitatkonsekvensvurdering jf. habitatdirektivets artikel 6, stk. 3, 1. pkt. hvis det vurderes, at planen eller projektet kan påvirke den omhandlede lokalitet væsentligt.

"... men er et resultat af den blotte sandsynlighed for, at en sådan virkning knytter sig til den pågældende plan eller det pågældende projekt."⁶⁶

En væsentlig påvirkning af lokaliteten er altså den blotte tilstedeværelse af sandsynligheden eller risikoen for, at en plan eller et projekt kan medføre en væsentlig påvirkning af den omhandlede lokalitet. Dette hænger sammen med forsigtighedsprincippet, som Habitatdirektivet skal fortolkes i lyset af. Det betyder således, at hvis der på trods af de objektive kriterier er tvivl om, hvorvidt planen eller projektet kan medføre lokaliteten væsentlig påvirkning, så skal der foretages en habitatkonsekvensvurdering, der kan medvirke til effektivt at undgå, at der gives tilladelse til planer og projekter der kan skade lokalitetens integritet. Hvorledes en påvirkning er væsentlig, skal vurderes i lyset af den omhandlede lokalitets særlige kendetegn og miljømæssige vilkår.

Der er ikke fastsat nogen procedure for, hvorledes en habitatkonsekvensvurdering skal gennemføres. Der skal dog tages højde for den kumulative effekt, som en plan eller et projekt har sammen med andre planer og projekter, der ligeledes påvirker området væsentligt under hensyntagen til bevaringsmålsætningen, og vurderingen skal gå forud for en evt. tilladelse. Alle de konsekvenser en plan eller et projekt i sig selv, eller sammen med andre planer eller projekter kan have for bevaringsmålsætningen, skal belyses og dette skal jf. EU-domstolen ske under hensyn til den bedste videnskabelige viden på området.

Når det overvejes om der kan gives tilladelse til et en plan eller et projekt i eller i nærheden af et Natura-2000 område, skal det på baggrund af alle aspekter vurderes, hvilke konsekvenser planen eller projektet kan have, for de arter området er udpeget for. Det er således nødvendigt at sikre, på baggrund af den bedste videnskabelige viden på området, at der ikke vil opstå skader, og først derefter kan der meddeles tilladelse. Hvis myndigheden er i tvivl om, hvorvidt planen eller

⁶⁵ VVM-direktivet, artikel 1, stk. 2, 2. led.

⁶⁶ C-127/02, præmis 41.

projektet kan medføre skade på området, så kan de følgelig ikke give tilladelse jf. forsigtighedsprincippet.

Hvis der i forbindelse med en plan eller et projekt allerede er givet en kontinuerlig tilladelse inden udløbet af fristen for gennemførelse af Habitatdirektivet, er det ikke ensbetydende med at hver enkelt handling i forhold til tilladelsen som fx opmudring af floden Ems, ikke vil kunne anses for at være et særskilt projekt i habitatdirektivets forstand.

*"... i lyset af deres tilbagevendende karakter eller betingelserne for deres udførelse, kan anses for at udgøre et enkeltstående arbejde – navnlig når de har til formål at bevare en vis dybde i sejlrenden gennem regelmæssige og nødvendige opmudringer med henblik herpå..."*⁶⁷

EU-domstolen slår dog også fast, at såfremt et vedligeholdelsesarbejde er gentagende, kan arbejdet anses som værende et og samme projekt, og der er således ikke krav om en ny vurdering, hver gang der skal foretages en aktivitet i henhold til tilladelsen. Et sådant projekt der således er blevet godkendt inden fristen for udløbet af habitatdirektivet, er således ikke omfattet af habitatdirektivets artikel 6, stk. 3 krav om konsekvensvurdering, hvorimod et projekt der først er godkendt efter fristen for udløbet af habitatdirektivet vil være omfattet.

Et direktiv, og habitatdirektivets artikel 6, stk. 3. har direkte virkning, og kan påberåbes af de parter der har retlig interesse i sagen.

7.3.1. Supplerende til analysen

Som supplement til de to domme inddrages dele fra andre afgørelser fra EU-domstolen, herunder sag C-418/04, Kommissionen mod Irland, hvori EU-domstolen konkluderer, at en VVM-redegørelse eller en miljøvurdering ikke kan træde i stedet for en habitatkonsekvensvurdering.

*"Vurderingerne efter direktiv 85/337 eller efter direktiv 2001/42 kan følgelig ikke træde i stedet for den procedure, der er fastsat i habitatdirektivets artikel 6, stk. 3 og 4."*⁶⁸

Det er ligeledes relevant at inddrage præmis 24 i sag C-239/04, hvori det fremgår, at en habitatkonsekvensvurdering skal foreligge, på tidspunktet hvor tilladelse til projektet gives, og ikke først kan tilvejebringes efterfølgende.

⁶⁷ C-226/08, præmis 47.

⁶⁸ C-418/04, præmis 231.

"Den omstændighed, at projektet efter gennemførelsen ikke har haft sådanne virkninger, er uden relevans for denne vurdering. Det er nemlig på det tidspunkt, da der træffes afgørelse om tilladelse til gennemførelse af projektet, at der ud fra et videnskabeligt synspunkt ikke må foreligge nogen rimelig tvivl i forhold til skadevirkninger for det omhandlede områdes integritet..."⁶⁹

EU-domstolen har altså gennem retspraksis udarbejdet en "vejledning" til, hvorledes habitatdirektivets artikel 6, stk. 3, skal fortolkes, og det er således op til de nationale domstole, at træffe afgørelser der er i overensstemmelse med denne.

⁶⁹ C-239/04

8. Analyse af implementeringen af Habitatdirektivets artikel 6, stk. 3.

Habitatdirektivets artikel 6, stk. 3 er i dansk ret implementeret i Habitatbekendtgørelsens §§ 6 og 7. I dette afsnit behandles, hvorvidt den danske implementering er sket korrekt. Det gøres på baggrund af en analyse baseret på de grundlæggende regler for implementering af et direktiv, der fremgår af afsnit 6.

Som det fremgår af afsnit 6 er der en vis valgfrihed for, hvilken metode medlemsstaten vælger at anvende, når der skal implementeres et direktiv, når blot der lever op til de grundlæggende regler, der er for korrekt implementering.

Det første krav til implementeringen er, at den skal være klar og utvetydig. Det betyder, at de parter der berøres af de pågældende regler skal kunne finde frem til deres rettigheder og pligter. Regelsættet skal således være klart og tydeligt formuleret, og der skal være en vis form for offentlighed forbundet med reglerne. I Danmark offentliggøres love og bekendtgørelser i Lovtidende, og de er ligeledes alle at finde på retsinformation.dk, og de er således frit tilgængelige for alle med adgang til internettet. Kravet om offentlighed er derfor tilstrækkeligt opfyldt.

Den første del af de to danske bestemmelser er der hvor de adskiller sig mest. Jf. § 6 skal der i redegørelsen til et planforslag efter planloven, foretages en vurdering af, om planen kan påvirke et Natura 2000-område væsentligt. Dette fremgår af citatet af bestemmelsen i afsnit 5.2.1, og det findes at stemme fint overens med Habitatdirektivets artikel 6, stk. 3. I samme afsnit er også § 7 citeret, hvoraf det fremgår at der skal foretages en vurdering af et projekts virkning af et Natura 2000-område, såfremt projektet fremgår af bekendtgørelsens § 8. Dette synes ikke at være helt i overensstemmelse med kravet om klarhed og utvetydighed, idet Habitatdirektivets artikel 6, stk. 3, 1 pkt. klart siger at "*... planer eller projekter, der ikke er direkte forbundet med eller nødvendige for lokalitetens forvaltning, men som i sig selv eller i forbindelse med andre planer og projekter kan påvirke en sådan lokalitet væsentligt, vurderes med hensyn til deres virkninger på lokaliteten under hensyn til bevaringsmålsætningerne for denne*⁷⁰". Det betyder således, at alle planer eller projekter, hvad end de fremgår af § 8 eller ej, skal vurderes med henblik på at konstatere, om de kan påvirke lokaliteten væsentligt. Det fremgår dog også af Vejledningen til habitatbekendtgørelsen, hvor der står: "*... myndighederne er dog forpligtet til at efterleve direktivets krav om konsekvensvurdering, også selv om den relevante bestemmelse måtte mangle i bekendtgørelsen...*⁷¹". Det kan dog diskuteres, hvorvidt dette lever op til kravet om, at implementeringen skal være klar og utvetydigt, idet det jo faktisk ikke er den fulde betydning, der fremgår af bestemmelsen.

⁷⁰ Habitatdirektivets artikel 6, stk. 3, 1. pkt.

⁷¹ Vejledning til habitatbekendtgørelsen, side 55.

Det fremgår af begge bestemmelser, at hvis en plan eller et projekt kan påvirke et Natura 2000-område væsentligt, så skal der foretages en habitatkonsekvensvurdering, og at hvis den viser, at lokaliteten vil blive skadet, kan der ikke meddeles tilladelse til planen eller projektet. Dette synes ligeledes at stemme overens med habitatdirektivets artikel 6, stk. 3, 2. pkt., der siger: "*... på baggrund af konklusionerne af vurderingen af virkningerne på lokaliteten, og med forbehold af stk. 4, giver de kompetente nationale myndigheder først deres tilslutning til en plan eller et projekt, når de har sikret sig, at den/det ikke skader lokalitetens integritet, og når de - hvis det anses for nødvendigt - har hørt offentligheden*"⁷².

Det andet krav til implementeringen er, at reglerne skal være bindende, hvilket betyder, at de skal skabe en sikker retstilstand. Som sagt er direktivets artikel 6, stk. 3., implementeret i Habitatbekendtgørelsen. Da der er tale om en bekendtgørelse, er den udstedt med hjemmel i lov, og der er således tale om en generel retsforordning der har borgerne som adressat, og som er bindende.

Som det tredje stilles der fra EU-domstolens side krav til, hvorledes direktivets regler skal håndhæves, når de er implementeret i national ret, fx at overtrædelser af direktivreglerne skal kunne sanktioneres effektivt. Sanktionerne skal desuden være ligeværdige, og altså lige så strenge som sanktioner der er knyttet til tilsvarende nationale regler. Samtidig betyder kravet om proportionalitet, at sanktionerne ikke må være *for* strenge. Desuden påpeger EU-domstolen, at for at håndhævelse fungerer, er det nødvendigt, at de der tildeles rettigheder har muligheden for at få disse rettigheder gennemtvunget, og dette forudsætter, at de der ønskes beskyttet med direktivet, har muligheden for at iværksætte sanktioner⁷³. Den berettigede skal således have mulighed for at gøre sine rettigheder gældende for rette myndighed - altså blandt andet ved domstolene. I Danmark har man mulighed for, at klage til Natur- og miljøklagenævnet, hvis man er af den holdning, at habitatdirektivets artikel 6, stk. 3. som formuleret i habitatbekendtgørelsens §§ 6 og 7, på den ene eller den anden vis ikke er overholdt, og hvis man har retlig interesse i sagen. Det fremgår af den enkelte lov, hvem der er klageberettiget. Som det fremgår af afsnit 2.3.1 er det dog ikke alle spørgsmål Natur- og Miljøklagenævnet behandler fuldt ud. Det afhænger af, hvilken lov sagen vedrører, om der foretages fuld prøvelse, eller om kun de retlige spørgsmål kan behandles. Hvis en sag vedrører VVM-vurderinger, lokalplaner eller miljøvurderinger, kan nævnet således kun tage stilling til de retlige spørgsmål. Derimod behandles en klage over eksempelvis dispensation fra skovloven fuldt ud. Nævnets afgørelse afhænger således af hvilken form for prøvelse de udfører. Nævnet tager stilling til myndighedernes afgørelser, eller myndighedernes sagsbehandling i forbindelse med en afgørelse, og de giver enten myndigheden medhold i afgørelsen, som det var tilfældet i sagen NMK-510-00480 hvor kommunen krævede, at et kildevæld der var blevet ødelagt af lodsejer skulle

⁷² Habitatdirektivets artikel 6, stk. 3, 2. pkt.

⁷³ C-97/96.

retableres⁷⁴. I de tilfælde hvor nævnet giver klager medhold, tilsidesættes myndighedens afgørelse, og den hjemvises eventuelt til fornyet behandling. Dette var blandt andet tilfældet i sag NMK-10-00685 om en skydebane, hvor kommunens sagsbehandling generelt var mangelfuld⁷⁵. Nævnets afgørelser er bindende. Er man uenig i nævnets afgørelse, kan man anlægge sagen ved domstolene, som så udfører en fuld prøvelse af sagen. Det synes en smule problematisk at det, hvis habitatdirektivets artikel 6, stk. 3 ikke er overholdt, ikke i alle tilfælde resulterer i en fuld prøvelse fra nævnets side. Da sagen kan føres ved domstolene, vurderes det dog, at også dette krav til implementeringen er overholdt. Sanktionerne for overtrædelse af en lov, fremgår af den enkelte lov.

Som det fjerde og sidste er der krav om, at implementeringen skal ske inden for den frist, der er angivet i direktivet.

Habitatdirektivets artikel 23, nr. 1.:

*"Medlemsstaterne sætter de nødvendige love og administrative bestemmelser i kraft for at efterkomme dette direktiv inden for en frist på to år fra dets meddelelse. De underretter straks Kommissionen herom."*⁷⁶

Habitatdirektivet blev implementeret i dansk ret ved BEK nr 408 af 25/05/1994: Bekendtgørelse om afgrænsning og administration af EF-fuglebeskyttelsesområder og Ramsarområder, med ændringer i 1998, 2003 og senest i 2007 da den nugældende habitatbekendtgørelse trådte i kraft. Danmark er to gange, i henholdsvis juli 2003 og juli 2006, blevet kritiseret for "... en slap implementering..."⁷⁷ af habitatdirektivet, men med den nuværende lovgivning skulle implementeringen dog være på plads. Da habitatdirektivet så dagens lys i 2003, må det dog erkendes, at de to år der gives som frist i artikel 23, langt fra blev overholdt, og at Kommissionen gjorde ret i at kritisere Danmark i sine åbningsskrivelser i 2003 og 2006.

Som det fremgår af ovenstående analyse af implementeringen af habitatdirektivets artikel 6, stk. 3, så er denne gennemført i henhold til de krav, der fra EU-domstolens side stilles til korrekt implementering af et direktiv i national ret, dog med enkelte uklarheder. Det eneste der kunne påpeges, var kravet om at bestemmelsen skal være klar og utvetydig. Den danske bestemmelse er let forståelig, og stiller de samme krav som direktivets bestemmelse. Listen i habitatbekendtgørelsens § 8 over hvilke projekter der er omfattet af kravet i § 7, er velgennemtænkt og omfattende, og sandsynligheden for, at et givent projekt falder uden for listen er ikke stor. Det vurderes derfor, at der er tale om en bagatel, der ikke har betydning for om direktivbestemmelsen er implementeret korrekt i dansk ret. Alle EU-domstolens

⁷⁴ NMK-510-00480

⁷⁵ NMK-10-00685

⁷⁶ Habitatdirektivets artikel 23, nr. 1.

⁷⁷ Moe, 2011, side 202.

krav til korrekt implementering er derfor på nuværende tidspunkt overholdt, hvorfor implementeringen er korrekt gennemført.

9. Analyse af danske afgørelser

Nedenfor foretages en analyse af danske afgørelser fra henholdsvis Natur- og Miljøklagenævnet og de danske domstole, baseret på de fortolkningsregler der kunne udledes i afsnit 7 via analyse af EU-domstolens afgørelser i Hjertemuslingesagen og Ems-sagen, samt supplerende præmisser fra andre afgørelser.

9.1. U.2012.3527H

Der er tale om en højesteretsdom fra 2012, hvori der tages stilling til, hvorvidt Naturklagenævnet burde have krævet, at der blev lavet en habitatkonsekvensvurdering i henhold til Habitatdirektivets artikel 6, stk. 3 i forbindelse med, at der blev klaget over en tilladelse til at opsætte to vindmøller af en højde på 126,5 meter i en afstand af 600 meter fra to Natura 2000-områder. Klagerne påpeger, at der burde være foretaget en habitatkonsekvensvurdering, idet der både er flagermus og Havørne i området, jf. en klager samt andre beboere i området, ligesom der også er observeret Padder og Vandsalamandere i området. Klagerne ytrer desuden, at der *"... er foretaget grove sagsbehandlingsmæssige fejl samt forkert regelanvendelse og skøn"*⁷⁸. Der er i redegørelsen af dommen kun taget højde for de spørgsmål, der relaterer sig til habitatdirektivets artikel 6, stk. 3 eller habitatbekendtgørelsens §§ 6 og 7.

Den tilladelsesgivende myndighed har i forbindelse med sagen truffet beslutning på baggrund af en VVM-redegørelse, og der er ikke på baggrund af denne konstateret nogen risiko for væsentlige påvirkninger af Natura 2000-områderne, hvorfor der ikke er foretaget en Habitatkonsekvensvurdering. Naturklagenævnet har ikke fundet grund til at tilsidesætte den tilladelsesgivende myndigheds afgørelse.

Sagens fakta

I 2009 blev der ved Søby på det sydlige Tåsinge opført to vindmøller. De planlagte vindmøller skulle placeres i et område beliggende 600 meter nord for et fuglebeskyttelsesområde og et Ramsar-område, samt ca. 600 meter syd for et habitatområde. Det resulterede i, at der skulle tages stilling til, hvorvidt de ville kunne påvirke de arter og naturtyper, herunder Vandsalamandere, Klokkefrøer og en lang række landhabitater, som områderne er udpeget for, væsentligt. Det blev blandt andet på baggrund af fugletællinger fra Dansk ornitologisk forening, anført at strandengen Monnet var rastested for trækfugle og ynglested for vadefugle.

⁷⁸ U2012.3527H, side 7, 2 spalte.

Der blev i forbindelse med beslutningen om vindmøllerne foretaget en VVM-redegørelse, der blandt andet tog stilling til, at der i forbindelse med opsættelsen af de to nye vindmøller skulle nedtages 11 ud af 16 eksisterende vindmøller, hvoraf de to var placeret inde i beskyttelsesområdet ved Stjøvl Knude. Desuden konstateredes det, at Fyns amt ikke havde konstateret klokkefrøer i nærheden af det planlagte vindmølle anlæg, og at anlægget ikke vil få betydning for Vandsalamanderen, da det ikke ville komme til at berøre vandhuller. På baggrund af et litteraturstudie fra Danmarks miljøundersøgelse konstateres det, at vindmøllerne kan have en forstyrrende effekt på fugle. Blandt andet har vindmøller af en højde på 127 meter en konstateret forstyrrelseszone på under 400 meter for ænder og 800 meter for hejler. VVM-redegørelsen konstaterer, at fuglenes brug af området inden for forstyrrelseszonen vil blive hæmmet. For de arter der udgør udpegningsgrundlaget, så vil særligt svaner og gæs blive påvirket af vindmøllerne. Dette skyldes, at deres mulighed for fødesøgning vil blive reduceret i efterårs-, vinter- og forårsmånederne. Særligt vil sangsvaner være i risiko, da markerne umiddelbart omkring Vårø hver vinter anvendes som fourageringsområde for op til 400 svaner. Placeringen af vindmøllerne forventes at kunne forringe fourageringsområdet, hvilket dog ikke er inde i et Natura 2000-område, men vil alligevel indirekte kunne påvirke bestanden i øhavet, idet det er de samme individer der fouragerer i Øhavet, som i området hvor vindmøllerne opstilles. Erfaringer fra andet sted har dog vist, at vindmøllerne kan have en mindre forstyrrelseszone end antaget, idet der er observeret sangsvaner, der fouragerer på marker indtil 17 meter fra 100 meter høje vindmøller samt imellem møllerne i vindmølleparken. Den samlede forstyrrelse på fuglelivet fra de tekniske anlæg forventes at blive reduceret, idet det forventes, at der fjernes en række vindmøller og dermed deres forstyrrelseszoner både nær og inden for Natura 2000-områderne. På baggrund af ovenstående konstateredes det at vindmølle anlægget "*... vurderes ikke at medføre uacceptable forstyrrelser af fuglelivet*"⁷⁹.

Da der ikke foreligger oplysninger om trækruter umiddelbart gennem området for vindmølle anlægget, og der ikke kan dokumenteres en sammenhæng mellem vindmøllers størrelse og risikoen for at fugle kolliderer med møllerne, så længe at totalhøjden på vindmøllerne er under 150 meter, konkluderes det, at kollisionsrisikoen vurderes at være af begrænset omfang. Anlægget vurderes desuden heller ikke at få væsentlig betydning for omkringliggende landhabitater.

Den samlede konklusion på baggrund af VVM-redegørelsen er, at det planlagte vindmølleprojekt ikke vil påvirke fugleforekomsterne omkring Tåsinge eller anden fauna væsentligt.

I forbindelse med offentlighedsperioden blev Svendborg kommune kontaktet af Skov- og Naturstyrelsen, der ikke syntes at det fremgik klart af VVM-redegørelsen, om der inden for det pågældende område fandtes dyr omfattet af Habitatdirektivets

⁷⁹ U2012.3527H, side 2, 2 spalte.

bilag IV, samt at disse arters yngle- og rasteområder ikke må beskadiges eller ødelægges, og at dette skal inddrages i planlægningen og administrationen for et område. På baggrund af denne henvendelse blev der tilføjet et afsnit til kommuneplantillægget angående vurderingen af påvirkninger af bilag IV arterne i området. Efterfølgende anmodede Naturklagenævnet om en supplerende udtalelse *"... om den planlægningsmæssige begrundelse for opstillingen af vindmøllerne samt om påvirkningen af det internationale naturbeskyttelsesområde⁸⁰."* Som svar på dette anførte kommunen, at udpegningsgrundlaget blandt andet er stor kobbersneppe, almindelig ryle og klyde, samt at det er velkendt at vadefugle anlægger deres rede på *"... lave åbne arealer og i en vis afstand fra buske, hegn og andre høje genstande i landskabet⁸¹"* På den baggrund kan det ikke udelukkes, at vindmøllerne vil påvirke fuglene i Natura 2000 området, således at de vil fravælge en del af området som yngleplads. Da vindmøllerne opføres i en afstand af 600 meter fra Natura 2000-områderne og har en forstyrrelseszone på 400 meter, og med de største effekter inden for 200 meter, er kommunen dog af den overbevisning, at de ikke vil få væsentlig betydning for de arter områderne er udpeget for. Den samlede vurdering omfatter også, at der nedtages to eksisterende vindmøller inden for området, og ifølge denne *"... vil planens realisering ikke væsentligt påvirke opfyldelse af gunstig bevaringsstatus for de arter og naturtyper, som indgår i udpegningsgrundlaget⁸²."*

Naturklagenævnets udtaler

Naturklagenævnet fastslår, at planlægning af et vindmølle anlæg som det i sagen omhandlede følger skal være i overensstemmelse med habitatbekendtgørelsen. De konstaterer ligeledes, at da vindmøllerne opstilles 600 meter fra habitatområder *"skal kommunens planlægning administreres under hensyntagen til de internationale forpligtelser⁸³,"* og herunder falder altså habitatbekendtgørelsen, der fastsætter bindende forskrifter for denne administration. I forbindelse med klagesagen vedrørende VVM-redegørelsen, hvor påvirkningen af fuglebestanden og padden også var et tema, udtalte Naturklagenævnet, at de af kommunens oplysninger havde forstået, at det på baggrund af en screening var blevet konstateret, at en væsentlig påvirkning af den udpegede lokalitets gunstige bevaringsstatus kunne udelukkes, hvorfor der altså ikke var behov for at udarbejde en habitatkonsekvensvurdering. Kommunen har oplyst, at der ikke er tilvejebragt nye oplysninger om vindmøllernes påvirkning af Natura 2000-området, og det er fortsat Svendborg kommunes vurdering, at planen ikke kan påvirke Natura 2000-områdets gunstige bevaringsstatus væsentligt. Dog har nyere fugletællinger vist, at der er flere fouragerende og rastende sangsvaner end beskrevet i VVM-redegørelsen. At der blev fundet en død flager mus op mod et år efter den endelige vedtagelse af

⁸⁰ U2012.3527H, side 3, 1. spalte.

⁸¹ U2012.3527H, side 3, 1. spalte.

⁸² U2012.3527H, side 3, 1. spalte.

⁸³ U2012.3527H, side 5, 2. spalte.

lokalplanen, kan ikke påvirke gyldigheden af planens vedtagelse. I forbindelse med vurderingen af dette indgår det, at flagermusen ikke tidligere er registreret i området, og at der tilsyneladende er tale om en langdistanceflyver, hvorfor strejferne kan dukke op mange steder. På baggrund af ovenstående fandt Naturklagenævnet ikke, at kunne give klagerne medhold.

Landsrettens udtaler

Under forberedelsen af landsretssagen af nævnets afgørelse blev det anført at VVM-redegørelsen ikke tog hensyn til kollisionsrisikoen for Havørne, og i den forbindelse har Naturklagenævnet anmodet Svendborg kommune om, at oplyse hvorvidt denne havde kendskab til forekomst af Havørne i området omkring det planlagte vindmølle anlæg. Som svar til dette kunne kommunen berette, at man havde kendskab til et ynglende par ved Korinth ca. 20 km. fra Søby. De fouragerer i søerne og flyver formentlig ikke så langt som til det sydlige Tåsinge. Desuden er der kendskab til et ynglende par på det sydlige Langeland, ca. 22 km. fra det planlagte vindmølle anlæg, men man regner også med, at dette par fouragerer lokalt, og derfor ikke vil være påvirket af vindmøllerne.

Der er under hovedforhandlingerne afgivet forklaring af tre beboere i området, hvoraf det blandt andet fremgår, at det medfører undren, at der anvendes fugletællinger fra 1996, når der af Dansk ornitologisk forening foretages fugletællinger på årligt basis. Det berettes endvidere, at fuglene tilsyneladende bliver forvirrede når de mærker trykket fra vindmøllerne. Flere af forklaringerne indeholder beskrivelser af observationer af flagermus, som blandt andet lyder på, at der i hvert fald har været flagermus i området i de sidste 70 år, og at der ikke blot var tale om enkelt strejfer. Et af vidnerne har selv observeret forskellige tudser samt Vandsalamandere. Et andet af vidnerne udtaler, at der tidligere var mange fugle og flagermus i området, men at dette har ændret sig efter at der kom vindmøller op. Der er ligeledes også i 2009 observeret mange Havørne i området. De mener ikke at Svendborg kommune har overholdt habitatdirektivets artikel 6, stk. 3, og de er af den overbevisning, at opsætningen af de pågældende vindmøller 600 meter fra et Natura 2000-område utvivlsomt vil medføre væsentlige påvirkninger, og at der derfor er pligt til at foretage en habitatkonsekvensvurdering. De mener, at VVM-redegørelsen er en de facto-habitatkonsekvensvurdering, som må medføre pligt til også at efterleve habitatdirektivets artikel 6, stk. 3, 2. pkt. De mener således, at afgørelsen er truffet på et *"forkert faktisk grundlag"*⁸⁴ idet det er lagt til grund, at der ikke flagermus og Havørne i området.

Naturklagenævnet har omkring overholdelse af habitatdirektivets artikel 6, anført at der skulle foretages en screening, og kun hvis denne viste, at der ville kunne påføres Natura 2000-områderne væsentlige påvirkninger, skulle der foretages en

⁸⁴ U.2012.3527H, side 7, 2. spalte.

habitatkonsekvensvurdering. VVM-redegørelsen udgjorde en sådan screening, og Naturklagenævnet havde ikke grundlag for at underkende denne faglige vurdering – nemlig at en habitatkonsekvensvurdering ikke var nødvendig – som Svendborg kommune kom frem til. Vurderingen er i overensstemmelse med forsigtighedsprincippet, som jf. EU-domstolens praksis udelukkende medfører pligt til at konsekvensvurdere, når en plan eller et projekt kan påvirke et Natura 2000-område væsentligt. At der jf. VVM-redegørelsen er beskyttede arter til stede i et Natura 2000-område, medfører ikke, at disse uden videre vil blive krænket. Med hensyn til fundet af den døde flagermus fandt Naturklagenævnet ikke grund til at tilsidesætte kommunens vurdering om, at det var en strejfer. Denne vurdering ændres ikke af de under sagen fremkomne forklaringer. Klagesagen omfattede retlige spørgsmål, og Naturklagenævnet fandt i den forbindelse, at de fysiske forhold var veloplyste med blandt andet kortbilag og visualiseringer. VVM-redegørelsen indeholdt en dækkende beskrivelse af vindmølle anlæggets fysiske udformning og karakteristika, hvorfor det ikke havde været nødvendigt med yderligere observationer af området.

Landsretten udtaler i sin begrundelse, at der jf. habitatdirektivets artikel 6, stk. 3, 1 pkt. samt af habitatbekendtgørelsens §§ 6, stk. 1 og 7, stk. 2, 1. pkt. skal foretages en habitatkonsekvensvurdering, såfremt en plan eller et projekt kan påvirke et Natura 2000-område væsentligt. De oplysninger der foreligger for landsretten, giver ikke grundlag for at tilsidesætte Naturklagenævnets bedømmelse. Landsretten mener således ikke, at nedtagningen af gamle møller ikke kan indgå i den samlede vurdering af vindmølle anlæggets påvirkning på de pågældende Natura 2000-områder. Der er derfor ikke begået fejl af Naturklagenævnet, da det ikke krævede udarbejdelse af en habitatkonsekvensvurdering. Klagesagerne var tilstrækkeligt oplyst, da der blev truffet afgørelse, og hverken fundet af en død flagermus eller de under retssagen fremkomne oplysninger om ynglende Havørnepar giver grundlag for tilsidesættelse af Naturklagenævnets bedømmelse. Det samme er tilfældet med oplysningerne omkring fugletællinger som først fremkom under sagens hovedforhandling. Ligeledes er der ikke nogen dokumenteret sammenhæng mellem fugletællingerne og vindmølle anlægget. VVM-redegørelsen gav et tilstrækkeligt dækkende indtryk af de positive og negative konsekvenser ved det samlede projekt, herunder altså også nedtagningen af nogle af de gamle vindmøller. Materialet var veloplyst med kortbilag og visualiseringer og det var således ikke en mangel, at Naturklagenævnet ikke besøgtede området i forbindelse med klagesagen.

Højesteret udtaler

Det følger af retspraksis om fortolkning af habitatdirektivets artikel 6, stk. 3, at der, hvis der er risiko eller sandsynlighed for at en plan eller et projekt kan påvirke den omhandlede lokalitet væsentligt, skal foretages en habitatkonsekvensvurdering. Det følger blandt andet af forsigtighedsprincippet, som direktivet skal fortolkes i lyset af, at der skal foretages en habitatkonsekvensvurdering *"hvis det på baggrund af*

*objektive kriterier ikke kan udelukkes, at planen eller projektet i sig selv eller sammen med andre planer og projekter kan påvirke lokaliteten væsentligt*⁸⁵. Højesteret havde derfor ikke baggrund for at tilsidesætte Naturklagenævnets bedømmelse, om at en screening var tilstrækkelig, og der blev således ikke begået fejl af Naturklagenævnet, da de ikke krævede at der blev foretaget en habitatkonsekvensvurdering. Af de samme grunde som de af landsretten anførte, valgte højesteret derfor at stadfæste landsrettens dom.

Sammenholdelse med EU-domstolens fortolkningsregler

I dette afsnit sammenholdes U.2012.3527H med de "spilleregler" der blev udledt af analysen af EU-domstolens afgørelser i hjertemuslingesagen og Ems-sagen i afsnit 7.

Først må det konstateres, hvorvidt der er tale om en plan eller et projekt, som er omfattet af habitatdirektivets artikel 6, stk. 3, 1. pkt. Da der er tale om at Svendborg kommune vedtog en lokalplan om vindmøllerne, som ville blive placeret i umiddelbar nærhed af to Natura 2000-områder, og derefter gav bygherren tilladelse til at opføre disse, er der ingen tvivl om at det er omfattet af artikel 6, stk. 3, og at det derfor skal vurderes, om det kan påvirke lokaliteten væsentligt.

En væsentlig påvirkning er den blotte tilstedeværelse af sandsynligheden eller risikoen for, at en plan eller et projekt kan medføre en væsentlig påvirkning af den omhandlede lokalitet, og det er derfor nødvendigt at se nærmere på sagens fakta. Det er væsentligt her, at erindre at der skal tages højde for de kumulative påvirkninger, samt at forsigtighedsprincippet skal iagttages. Det faktum at der nedtages 11 ud af 16 eksisterende vindmøller, hvoraf to er placeret i et Natura 2000-område, er derfor yderst relevant, idet det jo vil have betydning for den kumulative påvirkning. Der er tale om, at der skal opsættes to vindmøller, og der vil altså være en samlet reduktion af vindmøller i område på i alt 9. stk. Et litteraturstudie fra Danmarks miljøundersøgelse konstatere, at vindmøllerne kan have en forstyrrende effekt på fugle. Blandt andet har vindmøller af en højde på 127 meter en konstateret forstyrrelseszone på under 400 meter for ænder og 800 meter for hejler. VVM-redegørelsen konstatere, at fuglenes brug af området inden for forstyrrelseszonen vil blive hæmmet. For de arter der udgør udpegningsgrundlaget, så vil særligt svaner og gæs blive påvirket af vindmøllerne. Dette skyldes, at deres mulighed for fødesøgning vil blive reduceret i efterårs-, vinter- og forårmånederne. Særligt vil sangsvaner være i risiko, da markerne umiddelbart omkring Vårø hver vinter anvende som fourageringsområde for op til 400 svaner. Placeringen af vindmøllerne forventes at kunne forringe dette fourageringsområde. Fourageringsområdet er dog ikke beliggende inde i et Natura 2000-område, men påvirkningen vil alligevel indirekte kunne påvirke bestanden øhavet, idet det er de samme individer, der fouragere i Øhavet, som i området hvor vindmøllerne opstilles. Godt nok har

⁸⁵ U.2012.3527H, siden 9, 2. spalte.

erfaringer fra andre områder vist, at sangsvaner kan fouragere indtil 17 meter fra vindmøller af en højde på 100 meter samt i mellem møllerne i vindmølleparker. Konklusionen må dog være at opsætning af to nye og højere vindmøller, samt nedtagningen af 11 gamle vindmøller samlet set må give en mindre forstyrrelseszone, hvorfor det ikke kan ses, som værende en væsentlig påvirkning.

Det kan dog undre, hvorfor Svendborg kommune i deres behandling af sagen har undladt at anvende de nyeste fugletællinger fra Ornitologisk forening, men i stedet har anvendt tal fra 1996, altså tal der er mere end 10 år gamle. Der træffes således ikke beslutning på baggrund af de bedste objektive kriterier.

Natur- og miljøklagenævnet tager i sager vedrørende lokalplaner jf. afsnit 2.3.1. kun stilling til de retlige spørgsmål, altså sagsbehandlingen og fortolkningen af planlovens bestemmelser o.l., og de tager altså derfor ikke stilling til de skønsmæssige vurderinger i kommunens afgørelse. Nævnet konstatere fuldkommen korrekt, at planlægning følgelig skal varetages under hensyntagen til de internationale forpligtelser, som i denne forbindelse altså blandt andet er habitatdirektivets artikel 6, stk. 3. Natur- og miljøklagenævnet har truffet afgørelse på baggrund af de af kommunen tilvejebragte oplysninger, og da disse oplysninger synes dækkende for sagen, kan nævnet derfor ikke komme frem til et andet resultat end at give kommunen medhold.

Da det er Natur- og miljøklagenævnet der er sagsøgte i sagen, er det således deres afgørelse der er til prøvelse. Det vil altså sige, at der tages stilling til hvorvidt Natur- og miljøklagenævnet rettelig har vurderet, at kommunens sagsbehandling var korrekt. Landsretten bekræfter, at nedtagningen af de gamle møller følgelig skal indgå i vurderingen af, om der kan forventes at være en væsentlig påvirkning af lokaliteten. Retten påpeger desuden, at klagesagen var tilstrækkeligt oplyst, både ved billeder, kortbilag og beskrivelse. Det var således ikke en fejl fra Natur- og miljøklagenævnets side, at de ikke var ude at besigtige området i forbindelse med klagesagen. Fundet af en død flagermus efter lokalplanens endelige vedtagelse kan ikke ændre på afgørelsen, og de nye oplysninger der bliver fremlagt for landsretten, kan ligeledes heller ikke medføre et andet resultat, idet disse først kommer frem under sagens hovedforhandling. De oplysninger der kommer frem under klagesagen om to ynglende Havørnepar har ingen betydning for resultatet, men det kan igen undre at kommunen ikke har inddraget dette i deres VVM-redegørelse, idet de i hvert fald havde informationer om det ene par på tidspunktet for planens vedtagelse.

Højesteret stadfæster Landsrettens afgørelse. Højesteret påpeger dog, at Habitatdirektivet skal fortolkes i lyset af forsigtighedsprincippet, og at der derfor skal udarbejdes en habitatkonsekvensvurdering, hvis det på baggrund af objektive kriterier ikke kan udelukkes, at planen eller projektet, i sig selv eller sammen med andre planer og projekter, kan påvirke lokaliteten væsentligt. VVM-redegørelsen var ikke en habitatkonsekvensvurdering, men en screening som tog stilling til de mulige påvirkninger ved vindmølleanlægget. Da kommunen har foretaget en sådan

screening, og på baggrund af denne er kommet frem til, at der ikke vil være en væsentlig påvirkning af de pågældende Natura 2000-områder, har Naturklagenævnet ikke begået en fejl, ved ikke at kræve at der blev udarbejdet en habitatkonsekvensvurdering.

9.2. H2012.356/2011 – Østerild vindmøllepark

Denne afgørelse er fra Højesteret og er afsagt i 2012. Sagen drejer sig om en vindmøllepark ved Østerild i forbindelse med Østerild testcenter. Flere privatpersoner samt Landsforeningen for Bedre Miljø anlagde sag mod Miljøministeriet med påstand om, at lov nr. 159 af 1. marts 2011 (herefter testcenterloven) var i strid med Habitatdirektivet og dermed ugyldig. Der tages flere spørgsmål op i sagen, men fokus er rettet mod de dele der relaterer sig til Habitatdirektivets artikel 6, stk. 3.

Sagens fakta

I sagen behandles gyldigheden af testcenterloven, som klager påstår, er i strid med blandt andet habitatdirektivets artikel 6, stk. 3, idet der ikke er lavet habitatkonsekvensvurderinger af projektets indvirkning på de omkringliggende Natura 2000-områder. I en VVM-redegørelse fra december 2009, slås det fast, at der er risiko for kollision mellem vindmøllerne og fugle og flagermus, hvilket bør undersøges nærmere med henblik på at foretage afværgeforanstaltninger. I april 2010 blev lovforslaget fremsat. I maj 2010 fremkom Danmarks miljøundersøgelser (DMU) med en vurdering af centerets mulige effekter på Natura 2000-områderne, og i samme måned kom Orbicon med et notat om konsekvenserne for en række dyrearter, og Miljøministeriet med en sammenfatning af vurderinger af konsekvenser for EU-beskyttet natur. I september 2010 kom Miljøministeriet med en implementeringsplan for centeret, og i januar blev der fremsat et lovforslag om ændring af testcenter loven, hvilken blev vedtaget i februar 2011.

Sagsøgerne er af den holdning, at "*... anlæggelse og drift af et testcenter vil indebære beskadigelse og muligvis ødelæggelse af yngle- og rasteplasser for flere dyrearter, der er beskyttet i henhold til habitatdirektivets artikel 12...*"⁸⁶, og da anlægsarbejderne står på, uagtet at der føres en retssag, ønsker sagsøger, at afgørelsen har opsættende virkning. Til støtte for søgsmålet anfører sagsøger, at den skade som påføres Østerild-området ved anlægsarbejdet er uoprettelig. By- og landskabsstyrelsen havde i et notat fra 2009 udtalt, at en konsekvensvurdering ville være tidskrævende, men staten valgte på trods af dette at presse en VVM-redegørelse igennem på 2 måneder, lige som de valgte at overhøre, at loven var i strid med habitatdirektivet. Staten burde i stedet have foretaget en grundig og pålidelig

⁸⁶ H2012.356.2011, side 3, 2. spalte.

habitatkonsekvensvurdering, inden loven blev forelagt for Folketinget. Omkring overtrædelsen af artikel 6, stk. 3, ønsker sagsøger især at fremhæve, at en VVM-redegørelse ikke kan erstatte en habitatkonsekvensvurdering, samt at en habitatkonsekvensvurdering skal være foretaget inden projektets vedtagelse, hvilket betyder, at der skal ses bort fra undersøgelser, der er lavet efter den 4. juni 2010. Sagsøger henviser desuden til, at artikel 6, stk. 3 skal vurderes under hensyntagen til forsigtighedsprincippet, og at alle direkte og indirekte virkninger af projektet skal vurderes, baseret på det nyeste videnskabelige grundlag. Det er opfattelsen, at Miljøministeriet ville havde vedtaget projektet udelukkende på baggrund af den foretagne VVM-redegørelse, og der er ikke inden lovens vedtagelse den 4. juni 2010 gennemført tilstrækkelige undersøgelser, af de virkninger som projektet vil have på de omkringliggende Natura 2000-områder. Der mangler blandt andet en vurdering af støjpåvirkningen i anlægs- og driftsfasen, samt vurdering af vindmøllernes barrierepåvirkninger. Der er altså ikke udført en komplet habitatkonsekvensvurdering, som det ellers kræves i henhold til habitatdirektivets artikel 6, stk. 3. DMU's vurdering er det, der kommer nærmest en habitatkonsekvensvurdering, men den er kun på højde med en screening, jf. sagsøgerne. Disse er ligeledes af den mening, at det faktum at der efter lovens vedtagelse er udarbejdet en implementeringsplan, som havde til formål at afdække behovet for afværgeforanstaltninger, understøtter at kravene om en vurdering efter habitatdirektivets artikel 6, stk. 3 ikke var opfyldte.

Miljøministeriet anfører at notater fra By – og landskabsstyrelsen fra maj måned 2010 viser, at placering af vindmøllerne ved Østerild ikke var i strid med habitatdirektivet.

Landsretten udtaler

Landsretten tager i sin afgørelse ikke stilling til spørgsmålet om, hvorvidt loven er i strid med habitatdirektivet, men udelukkende til spørgsmålet om opsættende virkning, hvorfor deres resultat og begrundelse ikke er relevant for fremstillingen.

Højesteret udtaler

Habitatdirektivets artikel 6, stk. 3 skal fortolkes i lyset af forsigtighedsprincippet, hvilket betyder "*... der antages at være risiko for, at en plan kan påvirke et Natura 2000-område væsentligt, hvis det ikke på grundlag af objektive omstændigheder tilvejebragt før projektets vedtagelse kan udelukkes, at dette vil være tilfældet*"⁸⁷. Alle direkte og indirekte virkninger skal vurderes, og dette skal ske, ved anvendelse af bedste videnskabelige viden på området. Denne dokumentation har Miljøministeriet ikke tilvejebragt, idet en VVM-redegørelse ikke kan erstatte en

⁸⁷ H2012.356.2011, side 10, 2. spalte.

habitatkonsekvensvurdering, og den yderligere dokumentation der er suppleret med først er tilvejebragt efter lovens vedtagelse. En habitatkonsekvensvurdering skal, jf. EU-domstolens praksis, være tilvejebragt før vedtagelse af projektet. Højesteret tilslutter sig, at implementeringsplanen viser, at de krav der stilles i habitatdirektivets artikel 6, stk. 3, ikke var opfyldt da loven blev vedtaget. Der foreligger således "*... væsentlige og beviselige overtrædelser af lovgivningen for så vidt angår de beskyttede fugle...*"⁸⁸. Højesteret påpeger desuden, at landsrettens interesseafvejning savner inddragelse, af den beskyttelse der er af Natura 2000 i henhold til habitatdirektivet. Ligeledes påpeger Højesteret, at når der udføres en habitatkonsekvensvurdering, er det udelukkende de konsekvenser der er for det enkelte Natura 2000-område, der skal vurderes. Fugletrækket til og fra området skal således kun vurderes, i det omfang det får betydning ind i selve området, altså hvis anvendelsen reduceres for de arter, som er en del af udpegningsgrundlaget.

Da testcenterlovene har medført, at der er udarbejdet omfattende miljømæssige undersøgelser, der uden tvivl godtgør at testcenteret "*... ikke vil kunne skade mulighederne for at opretholde eller opnå en gunstig bevaringsstatus...*"⁸⁹, er det dog Højesterets holdning at loven ikke er i strid med EU-retten og dermed ikke ugyldig.

Sammenholdelse med EU-domstolens fortolkningsregler

Der er i sagen tale om vedtagelsen af en lov, for et projekt der omfatter et testcenter for vindmøller. Projektet er således omfattet af habitatdirektivets artikel 6 stk. 3, 1. pkt. Det er derfor med rette, at Højesteret konstatere, at der skal foretages en vurdering af, om projektet vil påvirke Natura 2000-områderne væsentligt, og at hvis det er tilfældet, skal der foretages en habitatkonsekvensvurdering. Miljøministeriet har ikke inden lovforslagets vedtagelse afvist, at en konsekvensvurdering var nødvendig. Tværtimod har de, ved at anerkende at der efterfølgende skal laves en implementeringsplan, med henblik på at klarlægge hvilke afværgeforanstaltninger der er nødvendige, selv konstateret, at det er nødvendigt med yderligere undersøgelser. Den VVM-redegørelse der er udarbejdet, kan rigtigt nok ikke erstatte en habitatkonsekvensvurdering. Det er således ikke på grundlag af objektive kriterier udelukket, at projektet kan skade Natura 2000 områderne, og dette er i strid med artikel 6, stk. 3. Der er efter lovens vedtagelse tilvejebragt yderligere materiale, der konstaterer at projektet ikke vil skade Natura 2000-områderne, men også dette påpeger højesteret med rette, ikke er i overensstemmelse med habitatdirektivet, da habitatkonsekvensvurderingen skal foreligge på vedtagelsestidspunktet. Det er problematisk, at landsretten ikke inddrager de ovenstående lovovertrædelser, da de behandler sagen, idet anlægsarbejdet jo fortsættes mens retssagen står på, hvilket kunne have medført en risiko for permanent ødelæggelse af Natura 2000-områderne.

⁸⁸ H2012.356.2011, side 11, 1. spalte.

⁸⁹ H2010.356.2011, side 11, 2. spalte.

Der er i det pågældende tilfælde tale om en sag, hvor overtrædelser af habitatdirektivet ikke får nogen konsekvens. Højesteret konstaterer jo at overtrædelserne ikke kan føre til ugyldighed, netop fordi der efter vedtagelsen af testcenterloven, er tilvejebragt et omfattende materiale, der afviser, at der vil påføres Natura 2000-områderne skade. Dette synes noget beklageligt, om end forståeligt.

9.3. NMK-510-00480 – Kildevældssagen

Der er tale om en afgørelse fra Natur- og miljøklagenævnet fra 2014, hvori der tages stilling til, hvorvidt der kan gives dispensation til en sø, der er etableret ved opdæmning, og jf. ejeren med tilladelse fra Arden kommune, som dog ikke var rette myndighed til den type tilladelser. Der er, som ved de andre afgørelser, kun taget højde for de dele af afgørelsen, der relaterer sig til habitatdirektivets artikel 6, stk. 3.

Sagens fakta

Sagen handler om etableringen af en sø i et område, der på grund af et kildevæld er en del af Natura 2000-nettet. Området er udover kildevældet også udpeget for arten Stor vandsalamander. Et kildevæld er en truet naturtype, som skal beskyttes mod "... *afvanding, tilgroning af vedplanter, græsser og høje urter, samt næringsstofbelastning*"⁹⁰. Arten Stor vandsalamander er knyttet til ikke næringsstofbelastede lysåbne vandhuller. Som Natura 2000-område er målsætningen for området, at opnå høj naturtilstand, og normalt vil der således kun blive givet tilladelse til indgreb der "... *understøtter kvaliteten af den naturtype, der findes på arealet*"⁹¹.

Mariagerfjord kommune besigtigede området i maj 2008 og konstaterede i den forbindelse, at der var blevet anlagt en sø på 1200 m², i et område der var registreret som eng, men som egentlig var en mose – en handling der kræver dispensation. Kommunen var ikke bekendt med, at en sådan dispensation var givet. Lodsejer har oplyst at opdæmningen var godkendt af Arden kommune, men det var ikke Arden kommune, der var rette myndighed men Nordjyllands Amt, og der er intet kendskab til, at Amtet har behandlet forholdet. Kommunen har gennemgået luftfotos fra 1979 og frem til 2011, og det er først på luftfotos fra 1995 at en mindre sø fremgår. På fotos fra 2004 ses en noget større sø, og denne er også at se fra 2006 til 2011. Det får kommunen til at konkludere, at tilførslen af jord er sket efter, at der er taget luftfotos i 1993, og ikke i 1992 som ejeren ellers påstår.

⁹⁰ NMK-510-00480, side 1.

⁹¹ NMK-510-00480, side 1.

Da der er tale om et Natura 2000-område, skal kommunen vurdere, om etableringen af søen har haft negativ påvirkning på området. Kildevældet, som jo er en af del af udpegningsgrundlaget, er blevet ødelagt, og der er i stedet anlagt en kildevandsbaseret næringsrig sø, hvilket er en naturtype af underordnet betydning. Kommunen har ingen oplysninger om bilag IV arter i området, men kommunen vurderer, at den Spidssnudet frø vil kunne anvende området som yngle- og rasteområde, med eller uden sø. Søen som er næringsrig er dog ikke en optimal ynglelokalitet for Stor vandsalamander, som er en del af udpegningsgrundlaget. På baggrund af ovenstående valgte kommunen således, at give afslag på dispensation til anlæggelse af søen, og krævede at søen blev nedlagt og kildevældet retableret, idet det er dette, der understøtter udpegningsgrundlaget bedst muligt.

Natur- og miljøklagenævnet udtaler

Det er i en erklæring fra ejer anført, at jorden er tilkøbt i 1992 over en periode på et halvt år. På baggrund af luftfotos kan nævnet dog ikke tilslutte sig dette, da det ikke på luftfotos fra 1992 og 1993 kan ses, at der er tilført jord. Dette er derimod tydeligt på fotos fra 1995, hvor søen ligeledes fremstår. Nævnet konkluderer på den baggrund, at opdæmningen således tidligst kan være påbegyndt i 1993 efter optagelsen af luftfoto. Ejeren burde derfor i 1993 have ansøgt Nordjyllands amt – som rette myndighed – om tilladelse til opdæmningen. Nævnet konstaterer, at det er irrelevant, at Arden kommune skulle have meddelt tilladelse til indgrebet, idet det ikke er den der er rette myndighed til den pågældende type tilladelse. Et flertal i nævnet mener, at forholdet kræver en dispensation, idet der er tale om "*... et alvorligt indgreb i en fin mose med kildevæld, som i henhold til udpegningen af Kielstrup Sø som EF-habitatområde er en prioriteret naturtype*"⁹².

Da det omhandlede areal ligger i et Natura 2000-område, skal der laves en vurdering af, om projektet i sig selv eller sammen med andre planer og projekter påvirker området væsentligt. Hvis dette er tilfældet, skal der foretages en habitatkonsekvensvurdering af projektets påvirkning på Natura 2000-området under hensyntagen til bevaringsmålsætningen for området. Viser denne habitatkonsekvensvurdering, at projektet kan skade området, kan der ikke meddeles tilladelse til projektet, konkluderer nævnet. På baggrund af ovenstående kan Natur- og miljøklagenævnet ikke tilsidesætte kommunens afgørelse, og der kan således ikke meddeles dispensation til etablering af søen. Nævnet bemærker desuden, at såfremt ejeren havde søgt om dispensation i 1993 ved Nordjyllands amt, ville området endnu ikke have været udpeget som Natura 2000-område, idet denne udpegning først fandt sted i november 1998. Dette er dog irrelevant i henhold til kommunens afgørelse, idet det er gældende ret på tidspunktet for forvaltningsafgørelsen og ikke gældende ret på tidspunktet for indgrebet, der skal danne grundlag for afgørelsen.

⁹² NMK-510-00480, side 3.

Sammenholdelse med EU-domstolens fortolkningsregler

Det kunne af Hjertemuslingedommen og Ems-dommen udledes, at det som det første skal konstateres, hvorvidt der er tale om et projekt, som er omfattet af Habitatdirektivets artikel 6, stk. 3, 1. pkt. Dette er tilfældet, hvis projektet passer ind i en af de to kategorier som oplystes i VVM-direktivets artikel 1, stk. 2, 1 eller 2 led: *"gennemførelse af anlægsarbejder eller andre installationer eller arbejder"⁹³* eller som *"andre indgreb i det naturlige miljø eller i landskaber, herunder sådanne, der tager sigte på udnyttelse af ressourcer i undergrunden."⁹⁴* Det må i dette tilfælde konstateres, at anlæggelse af en sø er omfattet af 1. led, hvorfor projektet er omfattet af Habitatdirektivets artikel 6, stk. 3, 1. pkt. Det er derfor korrekt at kommunen har foretaget denne vurdering af om Natura 2000-området påvirkes væsentligt, og Natur- og miljøklagenævnet har handlet rigtigt ved ikke at tilsidesætte denne vurdering. Det er ligeledes korrekt, at der i det pågældende tilfælde skal foretages en egentlig habitatkonsekvensvurdering, hvor der tages hensyn til, om projektet kan skade området, og at der i givet fald ikke kan meddeles tilladelse til projektet. Da kildevældet, som er en del af udpegningsgrundlaget, er blevet ødelagt, kan det i og for sig allerede på denne baggrund konstateres, at der er sket en skade på området, og at der derfor ikke kan meddeles tilladelse. Natur- og miljøklagenævnet vurderer dog også, at søen ikke er egnet som ynglested for arten Stor vandsalamander, som ligeledes er en del af udpegningsgrundlaget. At området muligvis kan benyttes af den Spidssnudet frø som yngle- og rasteplass, tager nævnet ikke højde for. Der er sket en skade, og der kan ikke meddeles tilladelse til projektet. På den baggrund giver nævnet rettelig kommunen medhold, hvorfor søen skal fjernes, og retablering af kildevældet skal finde sted.

9.4. NMK-61-00032 – Bunkers-sagen

Det er en afgørelse fra Natur- og miljøklagenævnet fra 2012. I sagen tages der stilling til, hvorvidt nedtagning af ammunitionsdepoter/bunkers (herefter: depoterne) i et Natura 2000-område kræver en habitatkonsekvensvurdering, eller om en vurdering af om projektet påvirker lokaliteten væsentlig er tilstrækkeligt til, at habitatdirektivets artikel 6, stk. 3, er overholdt. Da der er tale om en afgørelse om dispensation fra skovloven, er klagen genstand for fuld prøvelse fra Natur- og Miljøklagenævnets side. Som i de andre sager tages der kun højde for de dele af afgørelsen, der relaterer sig til artikel 6, stk. 3 i habitatdirektivet.

⁹³ VVM-direktivet, artikel 1, stk. 2, 1. led.

⁹⁴ VVM-direktivet, artikel 1, stk. 2, 2. led.

Sagens fakta

Der er på forsvarets vegne søgt om dispensation fra skovloven til fjernelse af 69 depoter, der er placeret i et Natura 2000-område. Udpegningsgrundlaget for området var blandt andet Hvepsevåge, Sortspætte og Damflagermus. Depotterne har ligget i området i 60 år. Arbejdet ville stå på ca. i et år, og forventedes at være afsluttet inden udgangen af 2012. Der er konstateret miljøgifte på overfladen af depotterne, hvilket skal fjernes i forbindelse med nedtagningen. Indvendigt vil dette foregå med sandblæsning for lukkede døre, således at giftene ikke bliver spredt til omgivelserne. Udvendigt vil det ske ved, at depotterne afskærmes med flytbar afskærmning. Målsætningen for Natura 2000-området er, at *"... sikres et passende antal velegnede levesteder, der kan danne grundlag for en bestand på 5 ynglende par for hvepsevågens og 15 for sortspættens vedkommende"*⁹⁵. Området lever op til målsætningen for så vidt angår Hvepsevågen men ikke for Sortspætten. Af de generelle retningslinjer i indsatsprogrammet fremgår det, at *"... de udpegede naturtyper og levesteder for arter ikke må gå tilbage og at der skal sikres levesteder med individuel hensyntagen til den enkelte arts sårbarhed overfor forstyrrelser"*⁹⁶. Nogle af depotterne er beliggende tæt ved fortidsminder, og der er til disse meddelt dispensation blandt andet under forudsætning af, arbejdet skal i gang sættes inden fuglenes yngleperiode starter, således at de kan søge andre ynglesteder. Dette skyldes, at kommunen har anlagt et forsigtighedsprincip i forbindelse med, at der i umiddelbar nærhed af depotterne er en række bøgepartier, der potentielt kan fungere som ynglebevoksning for Hvepsevåger og Sortspætter. Ovenstående krav om at der ikke må foregå forstyrrelser i yngleperioden forventes ligeledes at komme ynglende flagermus til gode, idet der ikke fældes træer, hvor de yngler. Arbejdet vil desuden ikke påvirke bilag IV arterne Damflagermus, Markfirben, Spidssnudet frø eller Stor vandsalamander. Tanken med projektet er at genskabe den naturlige skovtilstand.

Danmarks Naturfredningsforening har i deres klage anført, at de ikke mener, at myndighedernes vurdering i forhold til områdets udpegning som Natura 2000-område er tilstrækkelig, samt at den er misvisende. Under hensyntagen til forsigtighedsprincippet burde der stilles krav om, at væsentlige forstyrrende aktiviteter slet ikke sker i de sårbare fugles yngleperiode, idet det ikke fuldt ud kan udelukkes, at fugle vil slå sig ned i området i deres yngleperiode, uanset at arbejdet påbegyndes, inden denne begynder. Der skulle desuden være lavet en vurdering for flere bilag IV arter, herunder Damflagermus og Markfirben, men den er ikke kommet med i det endelige materiale. Vurderingen for Damflagermus synes at være overfladisk, og vurderingen har ligeledes ikke forholdt sig til andre typer af flagermus.

⁹⁵ NMK-61-00032, side 1.

⁹⁶ NMK-61-00032, side 1.

Det er ikke styrelsens holdning, at påvirkningen af Hvepsevåger og Sortspætter vil være væsentlig, idet en eventuel bestandudsving vil ligge inden for det naturlige, hvorfor bestanden ikke i det hele taget vil blive påvirket. Der er desuden tale om en midlertidig forstyrrelse på 1 års varighed, og der vil ikke efter afsluttet arbejde være konsekvenser for bestanden. Den vurdering der gælder for Damflagermusen er den samme som for andre flagermus-arter. Det er atypisk at Markfirben findes i skov, idet den foretrækker det åbne landskab, og der tages derfor ikke nærmere hensyn til denne. Som videnskabeligt grundlag for dette henviser styrelsen til håndbog om dyrearter på habitatdirektivets bilag IV, faglig rapport fra DMU. Styrelsen argumenterer for, at det krav om at arbejdet skal igangsættes inden yngleperioden, *"... giver tilstrækkelig sikkerhed for de omhandlede arter, idet det er habitatområdets samlede økologiske funktionalitet, der skal være uændret og ikke hver enkelt mulig yngle-/opholdslokalitet"*⁹⁷. Fuglene har god aktionsradius og bygger desuden nye reder hvert år, hvorfor det ikke vurderes, at de forstyrres permanent. Der vil i og omkring de pågældende bunkers blive fældet træer, men denne træfældning vil være begrænset i forhold til det samlede skovareal i Natura 2000-området, og i forhold til de øvrige skovningsaktiviteter der er et led i den naturlige skovdrift. Støjniveauet under arbejdet vil højst komme op på 106 decibel. Til sammenligning larmer en almindelig motorsav, som ofte anvendes i området 102-114 decibel. Det er på denne baggrund ikke styrelsens holdning, at Natura 2000-området vil påvirkes væsentligt.

Natur- og Miljøklagenævnet udtaler

Da der er tale om et Natura 2000-område, skal der, inden der kan meddelelses dispensation fra Skovlovens § 11, laves en vurdering af hvorvidt projektet kan påvirke området væsentligt. Hvis vurderingen viser, at projektet i sig selv eller sammen med andre planer og projekter ikke kan påvirke området væsentligt, kan der meddeles tilladelse til dispensation fra skovloven uden forudgående habitatkonsekvensvurdering. Forsigtighedsprincippet skal anvendes ved vurderingen, hvilket betyder, at hvis der er videnskabelig tvivl og en skade ikke kan udelukkes, så skal tvivlen komme området til gode. Hvis en væsentlig påvirkning ikke kan udelukkes, så skal der foretages en egentlig habitatkonsekvensvurdering. Ifølge Vejledningen til habitatbekendtgørelsen er det en væsentlig påvirkning, hvis der er risiko for skade på Natura 2000-området. Hvis den negative påvirkning dog bare er inden for det normale udsving for den pågældende naturtype eller art, eller hvis den beskyttede art eller type hurtigt og uden menneskelig indgriben vil genopnå hidtidig tilstand, så er der ikke tale om en negativ påvirkning. *"Midlertidige forringelser eller forstyrrelser i en eventuel anlægsfase, der ikke har efterfølgende konsekvenser for de arter og naturtyper, Natura 2000-området er udpeget for at beskytte, er almindeligvis ikke en væsentlig påvirkning"*⁹⁸. Natur- og Miljøklagenævnet

⁹⁷ NMK-61-00032, side 3.

⁹⁸ NMK-61-00032, side 3.

har vurderet, at en tidsbegrænset dispensation til nedtagningen af depoterne på de stillede vilkår, ikke vil medføre en påvirkning af Natura 2000-området, der kan karakteriseres som værende væsentlig, og at den økologiske funktionalitet af området derfor vil være uændret. Natur- og Miljøklagenævnet har ved deres afgørelse lagt vægt på, at bestandens udsving vil være inden for det naturlige udsving, samt at der er tale om en midlertidig forstyrrelse, der ikke overskrider et år, og at der ikke efterfølgende vil være konsekvenser for de arter, som området er udpeget for. Der er desuden lagt vægt på, at flagermus-arter formentlig kan forekomme, men at de er aktive om natten, hvor der ikke er aktiviteter, og at Markfirben er atypisk for skov. På baggrund af ovenstående finder nævnet ikke grund til, at tilsidesætte styrelsens vurdering.

Sammenholdelse med EU-domstolens fortolkningsregler

Som det første kan det konstateres, at der er tale om et projekt jf. VVM-direktivets artikel 1, stk. 2, 1. led, hvorfor projektet er omfattet af habitatdirektivets artikel 6, stk. 3, 1. pkt., og det skal således vurderes, hvorvidt projektet vil påvirke Natura 2000-området væsentligt. Udpegningsgrundlaget for området er blandt andet Hvepsevåge og Sortspætte, samt Flagermus, herunder Damflagermus, og Markfirben. For at tilgodese Hvepsevågen og Sortspætten er der stillet krav om, at arbejdet igangsættes inden deres yngleperiode begynder, således at de har mulighed for, at trække til andre dele af området i perioden, frem for at slå sig ned i arbejdsområdet. Dette burde mindske risikoen for forstyrrelser, og dermed sikre arten mod væsentlig påvirkning. Da de bygger nye reder hvert år, kan de desuden vende tilbage året efter, når arbejdet er sluttet. Der er således ikke tale om en permanent forstyrrelse, og et udsving i bestanden forventes at være inden for det naturlige. En væsentlig påvirkning er den blotte tilstedeværelse af sandsynlighed eller risiko for, at projektet kan påvirke lokaliteten væsentligt, jf. EU-domstolen. Det er ikke et objektivi kriterium blot at konstatere, at fordi arbejdet påbegyndes inden yngleperioden, så søger fuglene til andre områder. Der mangles evidens for denne konklusion. Da området allerede inden påbegyndelse af arbejdet ikke lever op til målsætningen om en bestand på 15 ynglende par Sortspætter, er det problematisk, hvis der overhovedet er en tilbagegang i bestanden, hvorfor Natur- og miljøklagenævnet burde have fokuseret på dette, i stedet for blot at konstatere, at udsvinget er inden for det naturlige, og at der derfor ikke er tale om en væsentlig påvirkning. Da der dog er tale om en midlertidig påvirkning, og at tanken med projektet er at genskabe den naturlige skovtilstand, må det dog konstateres, at påvirkningen må siges at være ikke væsentlig, hvorfor der ikke skal foretages en habitatkonsekvensvurdering på denne baggrund.

Der er lavet en vurdering af bilag IV arter i henhold til udpegningsgrundlaget, som omfatter Markfirben, Damflagermus, Spidssnudet frø og Stor vandsalamander. Det er korrekt, at idet Markfirben er atypisk for skov, er der ikke risiko for væsentlig påvirkning af denne. Med hensyn til Damflagermusen, og de andre flagermus som

måtte være i området, synes det overfladisk, blot at konstatere, at de tiltag der gøres på fuglenes vegne, også kommer flagermusene til gode. Ifølge vurderingen bør de tiltag der gøres for fuglene dog sikre, at der ikke bliver fældet træer med ynglende flagermus i, hvorfor de synes sikret mod væsentlig påvirkning. Hvad angår Spidssnudet frø og Stor vandsalamander konstateres det, at de ikke forventes at blive påvirket væsentligt, om end der ikke nævnes mere om baggrunden for dette i afgørelsen. Det findes ligeledes problematisk, da der ikke nævnes objektive kriterier for, hvorfor disse ikke findes at blive påvirket væsentligt.

Det må konstateres at der er svagheder i denne afgørelse fra natur- og Miljøklagenævnets side, men det synes dog alligevel at være med rette, at nævnet har givet styrelsen medhold i deres vurdering, og at der ikke skal foretages en habitatkonsekvensvurdering.

9.5. NMK-10-00685 – Skydebanesagen

Sagen er afgjort af Natur- og Miljøklagenævnet i 2014. Natur- og Miljøklagenævnet tager stilling til, hvorvidt en miljøgodkendelse udstedt til en skydebane i Silkeborg kommune er i overensstemmelse med habitatdirektivets artikel 6, stk. 3. Nævnet tager i sin afgørelse stilling til, om tilladelsen er givet i overensstemmelse med både § 7 og § 11 i habitatbekendtgørelsen. Fokus er dog rettet udelukkende mod det der relaterer sig til § 7.

Sagens fakta

Skydebanen er beliggende i en afstand af ca. 300 meter til et habitatområde, hvor udpegningsgrundlaget er Damflagermus, Odder, Hvepsevåge, Sortspætte, Stor hornugle, Hedelærke, Isfugl og Rødrygget tornskade. Skydebanen har ansøgt om udvidelse af deres skydetid, hvilket vil betyde en øget forstyrrelse af blandt andet områdets natur. I forbindelse med behandling af ansøgningen, har Silkeborg kommune konstateret, at der ikke vil være væsentlig forstyrrelser af Natura 2000-området, og har blandt andet på denne baggrund meddelt tilladelse.

Danmarks Naturfredningsforening har klaget over tilladelsen, blandt andet med henvisning til skydebanens placering tæt på et Natura 2000-område. Til denne klage har Silkeborg kommune anført, at det ikke kan "... udelukkes, at den øgede støj vil påvirke den store hornugle og muligvis andre fugle på udpegningsgrundlaget negativt"⁹⁹. De konstaterer desuden, at de ikke har viden om, hvordan støj fra skydning påvirker Flagermusenes adfærd, så dette kan de ikke vurdere, og det kan ligeledes ikke udelukkes, at støjen vil påvirke den til dels nataktive Odder negativt.

⁹⁹ NMK-10-00685, side 2.

Natur- og Miljøklagenævnets udtaler

Natur- og Miljøklagenævnet nævner i forbindelse med beskyttelsen af Natura 2000-området, at der skal foretages en vurdering af, om projektet i sig selv eller sammen med andre planer og projekter kan påvirke Natura 2000-området væsentligt. Hvis dette er tilfældet, skal der foretages en habitatkonsekvensvurdering under hensyntagen til bevaringsmålsætningen, og hvis denne viser at projektet vil skade Natura 2000-området, kan der ikke meddeles tilladelse. Dette følger af habitatdirektivets artikel 6, stk. 3, som er implementeret ved habitatbekendtgørelsens § 7 (og § 6).

Da Silkeborg kommune ikke på baggrund af objektive kriterier kan afvise, at de arter for hvem Natura 2000-området er udpeget kan blive påvirket væsentligt, skal der foretages en habitatkonsekvensvurdering, som skal omfatte alle de aspekter af projektet, som kan påvirke Natura 2000-området, og disse skal vurderes på grundlag af den bedste videnskabelige viden på området. Da godkendelsen ikke indeholder hverken screening for væsentlige påvirkninger eller habitatkonsekvensvurdering, finder nævnet ikke, at tilladelsen er meddelt i overensstemmelse med habitatbekendtgørelsens § 7.

I denne sag ophæver nævnet den påklagede afgørelse, samt henviser sagen til fornyet behandling.

Sammenholdelse med EU-domstolens fortolkningsregler

Planer og projekter skal vurderes for, om de kan påvirke Natura 2000-lokaliteter væsentligt. Hvis de kan det, skal de habitatkonsekvensvurderes, for at afdække om de kan skade området, og hvis dette er tilfældet, kan der ikke meddeles tilladelse til planen eller projektet. I denne sag har Silkeborg kommune fejlet komplet i deres sagsbehandling, idet de, på trods af at de ikke kan afvise en væsentlig påvirkning af arterne på udpegningsgrundlaget, hverken har screenet for væsentlige påvirkninger eller habitatkonsekvensvurderet. Det er derfor med rette, og i fuld overensstemmelse med EU-domstolens fortolkningsregler, at Natur- og Miljøklagenævnet ophæver kommunens afgørelse om miljøgodkendelse, og hjemviser sagen til fornyet behandling.

9.6. NMK-43-00355 – Faunapassage-sagen

Der er tale om en afgørelse fra Natur- og Miljøklagenævnet, hvor der blandt andet tages stilling til, hvorvidt en dispensation fra naturbeskyttelsesloven er i strid med habitatbekendtgørelsen og dermed habitatdirektivet. Sagen er således genstand for fuld prøvelse jf. afsnit 2.3.1. Som ved de andre afgørelser er fokus på de aspekter der relaterer sig til artikel 6, stk. 3 i habitatdirektivet.

Sagens fakta

I 2012 har Vejen kommune meddelt dispensation fra naturbeskyttelsesloven, således at der kan gennemføres en faunapassage i Holsted å. Holdsted å er en del af et Natura 2000-område, hvor udpegningsgrundlaget blandt andet består af snæbel, laks og Odder. Flere af arterne i udpegningsgrundlaget, herunder snæbelen, har ugunstig bevaringsstatus, hvorfor de er prioriterede arter. Det vil være til gavn for snæbelen, såfremt der anlægges en faunapassage, idet det *"af beskrivelsen af truslerne mod områdets naturværdier fremgår, at vandløbsspærringer er den største direkte trussel mod fiskearterne på udpegningsgrundlaget"*¹⁰⁰. Der vil desuden ved anlægget af faunapassagen skabes bedre opvækstforhold for snæbelyngel. Som baggrund for beslutningen indgår blandt andet, at Holsted å er udpeget som habitatområde.

Om konsekvenserne for Natura 2000-området anfører kommunen, at da snæbel er i ugunstig bevaringsstatus har den høj prioritet, og hensynet til denne går således forud for andre arter i udpegningsgrundlaget. Der er ikke kortlagt habitatnaturtyper i anlægsområdet, men dette udelukke ikke at de kan være der, hvilket også vil være tilfældet efter anlægning af faunapassagen. Habitatnaturtypen "tidvis våd eng", der ligger lige sydøst for projektområdet, vurderes ikke at blive påvirket negativt af projektet, og området vil endda efterfølgende *"kunne udgøre et vigtigt opvækstområde for snæbelyngel"*¹⁰¹. Med hensyn til arterne Spidssnudet frø, Odder, Markfirben, Stor vandsalamander m.fl. er det ikke kommunens vurdering, at projektet vil skade disse. Vejen kommune er på baggrund af ovenstående af den holdning at *"... projektet ikke vil skade nogen af de nævnte naturtyper, og at de nye passagemuligheder vil, på sigt, være en betydelig forbedring for levevilkårene for snæbel"*¹⁰².

Natur- og Miljøklagenævnet udtaler

Inden vedtagelse af et projekt der ligger nær et Natur 2000-område, skal det vurderes, hvorvidt projektet kan komme til at påvirke udpegningsgrundlagets arter væsentligt. Hvis dette er tilfældet, skal der foretages en habitatkonsekvensvurdering under hensyntagen til bevaringsmålsætningen for området, med henblik på at udelukke at projektet skader Natura 2000-interesserne. Hvis habitatkonsekvensvurderingen viser, at projektet vil medføre skade på området, så kan der ikke meddeles tilladelse. Dette følger af habitatbekendtgørelsens § 7, som er en del af implementeringen af habitatdirektivets artikel 6, stk. 3. Det følger af EU-domstolens retspraksis, at det på baggrund af objektive kriterier skal udelukkes, at der er risiko for væsentlig påvirkning, og at der, hvis dette ikke kan ske, skal udføres en habitatkonsekvensvurdering, hvor alle aspekter ved projektet, skal bedømmes på

¹⁰⁰ NMK-43-00355, side 2.

¹⁰¹ NMK-43-00355, side 4.

¹⁰² NMK-43-00355, side 4.

baggrund af bedste videnskabelige viden på området. Der kan kun gives tilladelse, hvis det på baggrund af ovenstående uden rimelig tvivl kan fastslås, at projektet ikke vil skade Natura 2000-områderne. Da det er Natur- og Miljøklagenævnets opfattelse, at faunapassagen *"... sikrer den valgte faunapassageløsning, at flere arter på Natura 2000-udpegningsgrundlaget frit kan bevæge sig op- og nedstrøms Holsted Å, herunder den særligt prioriterede art snæbel"*¹⁰³. Snæblens leve- og ynglevilkår forbedres så væsentligt, at projektet må siges at være i overensstemmelse med Natura 2000-planens indsatskrav. På denne baggrund kan nævnet ikke se nogen grund til, at der ikke skal meddeles dispensation fra naturbeskyttelsesloven, hvorfor tilladelsen opretholdes.

Sammenholdelse med EU-domstolens fortolkningsregler

Der er tale om et projekt omfattet af habitatdirektivets artikel 6, stk. 3, 1. pkt. jf. VVM-direktivets artikel 1, stk. 2, 1 del, hvorfor det skal vurderes, om projektet kan påvirke Natura 2000-området væsentligt. Der er i denne afgørelse lagt stor vægt på forholdene for snæblen, idet dens bevaringsstatus i det pågældende område er ugunstig. Det betyder, at den går forud for de andre arter i Natura 2000-udpegningsgrundlaget, hvis status er gunstig. Der er ikke udledt konkrete holdepunkter for denne antagelse i analysen af EU-domstolens afgørelser, men det synes logisk, at det må være sådan, når der henses til det generelle formål med Natura 2000-nettet, hvormed der jo netop tilsigtes, at genoprette og forbedre forholdene, således at en gunstig bevaringsstatus opnås for alle arter i udpegningsgrundlaget.

Da det forventes at projektet generelt vil skabe bedre forhold for fisk og smådyr i Holsted å, herunder bedre fysiske forhold og bedre yngle- og levestandard, er der en sandsynlighed for, at dette vil have en positiv afsmittende effekt på fx fugle og Oddere. Det er således ikke udelukkende til fordel for snæbel at der anlægges en faunapassage, og det forventes således ikke, at nogle af arterne i udpegningsgrundlaget vil lide skade. Dette gælder også Natura 2000-habitatet "tidvis våd eng".

Det er således med rette, at Natur- og Miljøklagenævnet ikke giver klager medhold, idet der på baggrund af objektive kriterier er taget stilling til om Natura 2000-områdets udpegningsgrundlag vil blive påvirket væsentligt, eller lide egentlig skade.

¹⁰³NMK-43-00355, side 5.

10. Diskussion

I dette afsnit samles "trådene" fra de ovenstående analyser. Der indledes med en kort diskussion på baggrund af analysen af implementeringen af habitatdirektivets artikel 6, stk. 3, hvorefter der følger en diskussion af, hvordan Natur- og Miljøklagenævnet og domstolene anvender de fortolkningsregler for artikel 6, stk. 3, som EU-domstolen har udviklet gennem deres retspraksis.

Implementeringen af artikel 6, stk. 3.

EU-domstolen har fastlagt ret klare krav til, hvorledes implementeringen af et direktiv skal finde sted, for at denne kan anses for at være korrekt gennemført. Inden for disse regler er der dog frit spil for medlemsstaterne til at implementere i overensstemmelse med nationale traditioner mv.

Den danske implementering af habitatdirektivets artikel 6, stk. 3, er at finde i habitatbekendtgørelsens §§ 6 og 7. Som det fremgår af konklusionen i afsnit 8 lever den danske implementering op til de krav, som EU-retten opstiller for implementering af direktivbestemmelser i national ret, dog med nogle mindre uklarheder. Det fremgår af habitatbekendtgørelsens § 7, at bestemmelsen skal sammenholdes med § 8, med henblik på at klarlægge om et givent projekt skal vurderes for, om det kan påvirke et Natura 2000-område væsentligt. Listen i § 8 er lang og omfattende, og det er usandsynligt at et projekt falder uden for, men det er dog muligt, og dermed synes bestemmelsen ikke helt i overensstemmelse med kravet om, at implementeringen skal være klar og utvetydig. Det fremgår dog af Vejledningen til habitatbekendtgørelsen, at såfremt et projekt ikke fremgår af listen i § 8, så er direktiv teksten gældende, hvorfor den endelige konstatering må være, at bestemmelsen også på dette punkt er implementeret korrekt, om end implementeringen synes lidt uklar.

Ud over kravet om en klar og utvetydig implementering, stiller EU-domstolen også krav om, at direktivet skal være implementeret inden for en frist, der er angivet i direktivteksten. Af habitatdirektivets artikel 23, nr. 1., fremgår det, at medlemsstaterne skulle have implementeret direktivet inden for en frist af to år. Dette lykkedes ikke for Danmark, som to gange blev irettesat af Kommissionen. På skrivende tidspunkt er implementeringen dog også på dette punkt gennemført korrekt, hvilket den i øvrigt har været, siden den nugældende udgave af habitatbekendtgørelsen trådte i kraft i 2007.

Med hensyn til kravene om at implementeringen skal være bindende, og at den skal kunne håndhæves, lever §§ 6 og 7 i habitatbekendtgørelsen også op til kravene. Det kan dog i første omgang synes en smule problematisk, at det kun er visse sager der prøves fuldt ud af Natur- og Miljøklagenævnet, hvor det ved andre sager kun er de retlige spørgsmål der prøves, men dette opvejes af, at der er mulighed for at få alle afgørelser prøvet ved domstolene.

De danske instansers anvendelse af habitatdirektivets artikel 6, stk. 3.

De foretagne analyser i afsnit 9 giver et ret tydeligt billede af, hvordan Natur- og Miljøklagenævnet og de danske domstole anvender regelsættet omkring habitatkonsekvensvurderinger.

EU-domstolen har i blandt andet Hjertemuslingedommen og Ems-dommen fastlagt klare regler for, hvorledes artikel 6, stk. 3 skal fortolkes. På baggrund af analysen af danske afgørelser kan det fastslås, at der er en klar tendens fra de danske instansers side til at følge EU-domstolens fortolkningsregler strikt, og der henvises ofte til EU-domstolens retspraksis, som fx hjertemuslingedommen.

Ifølge EU-domstolen skal det som det første konstateres, om der er tale om et projekt i henhold til habitatdirektivets artikel 6, stk. 3, 1. pkt., men da der tilsyneladende sjældent er tvivl om dette i de danske sager, så er det ikke noget de danske instanser bruger meget tid på. De er til gengæld meget pligtopfyldende, når det kommer til at overholde kravet om, at det skal vurderes, hvorvidt en plan eller et projekt kan påvirke et Natura 2000-område væsentligt. Hvis dette ikke er sket på tilfredsstillende vis, ophæves den tilladelsesgivende myndigheds afgørelse, og i visse tilfælde hjemvises sagen til fornyet behandling, som det fx var tilfældet i NMK-20-00685, hvor der var givet miljøgodkendelse til en skydebane, uden at der var hverken screenet for væsentlige påvirkninger eller habitatkonsekvensvurderet, på trods af at kommunen ikke kunne afvise, at der kunne være væsentlige påvirkninger af Natura 2000-interesser¹⁰⁴. Der er således, i langt de fleste tilfælde konsekvens hvis reglerne ikke overholdes.

Der er dog situationer, hvor det tilsyneladende ingen konsekvens har, hvis reglerne om at der skal habitatkonsekvensvurderes inden der træffes beslutning ikke overholdes. I sagen H2012.356/2011 om Østerild vindmøllepark blev den egentlige konsekvensvurdering først tilvejebragt, efter at loven var vedtaget, om end der var VVM-redegjort¹⁰⁵. EU-domstolen har i deres praksis fortolket således, at en VVM-redegørelse ikke kan erstatte en habitatkonsekvensvurdering, og at en sådan skal foreligge inden der træffes beslutning i sagen. Det kan derfor undre, at Højesteret, selv om de nævner EU-domstolens praksis, ikke tillægger dette betydning. I stedet vælger Højesteret at konkludere, at der ikke er grund til at antage, at vedtagelsen af loven er sket ved tilsidesættelse af EU-regler, der kan føre til lovens ugyldighed. Det skyldes dog formentlig, at de efterfølgende grundige undersøgelser viste, at der med sikkerhed ikke ville forårsages skade i forbindelse med projektet. Det synes pudsigt, at der ikke er konsekvens for overtrædelserne. Det er jo trods alt et krav fra EU-domstolens side, at overtrædelser skal kunne håndhæves. I samme sag valgte landsretten at se helt bort fra Natura 2000-regelsættet i dets behandling af sagen, hvilket er meget beklageligt. Det kommenteres af Højesteret, men derudover er der tilsyneladende heller ikke en konsekvens for dette.

¹⁰⁴ NMK-20-00685.

¹⁰⁵ H2012.356/2011.

På baggrund af de analyserede afgørelser, har der kunnet udledes en positiv tendens fra de danske instansers side. De analyserede afgørelser er udvalgt tilfældigt, med henblik på at få det mest dækkende billede af, hvordan Natur- og Miljøklagenævnet og de danske domstole administrerer regelsættet omkring habitatkonsekvensvurderinger. Ønskes et mere dækkende billede, vil det dog være nødvendigt at gennemgå langt flere afgørelser, end det er tilfældet i nærværende fremstilling.

11. Konklusion

De fire krav til korrekt implementering af et direktiv som EU-domstolen har udmøntet via dennes retspraksis er i dag fuldt ud overholdt, når det kommer til habitatdirektivet, og dermed artikel 6. stk. 3. Den danske bestemmelse er klar og utvetydig, om end den kan være lidt forvirrende. Implementeringen er sket via habitatbekendtgørelsen, som er udstedt med hjemmel i lov, og den er således bindende. Bestemmelsen kan håndhæves, idet der kan klages til Natur- og Miljøklagenævnet, lige som sager kan anlægges ved domstolene. Det sidste krav om overholdelse af tidsfristen i direktivteksten lykkedes det ikke Danmark at overholde, men siden 2007, da den nugældende habitatbekendtgørelse trådte i kraft, har implementeringen være gennemført på tilfredsstillende vis.

EU-domstolen har i flere præjudicielle afgørelser fastslået, hvordan habitatdirektivets artikel 6. stk. 3 skal fortolkes, og dette holder Natur- og Miljøklagenævnet og domstolene sig overordnet set til. Der henvises i afgørelser ofte til EU-domstolens retspraksis som begrundelse for fortolkning af habitatdirektivets artikel 6, stk. 3. Både Natur- og Miljøklagenævnet og domstolene er enige om, at hvis en plan eller et projekt kan få indflydelse på et Natura 2000-område, så skal det altid, uden undtagelse, vurderes hvorvidt Natura 2000-områdets udpegningsgrundlag kan påvirkes væsentligt. Hvis der er den blotte risiko for dette, skal der foretages en habitatkonsekvensvurdering, under hensyntagen til området målsætning. Habitatkonsekvensvurderingen skal foreligge, inden der træffes beslutning, og den kan ikke erstattes af en VVM-redegørelse - de to eksisterer sideløbende. Denne fortolkning er i fuld overensstemmelse, med den måde EU-domstolen fortolker habitatdirektivets artikel 6, stk. 3 på.

Konklusionen må således være, at habitatdirektivets artikel 6, stk. 3 er tilfredsstillende implementeret, og at bestemmelsen anvendes korrekt af Natur- og Miljøklagenævnet og domstolene.

12. Perspektivering

Gennemgangen af de danske afgørelser afslørede, at der er et problem når det kommer til de tilladelsesgivende myndigheders anvendelse af reglerne omkring habitatkonsekvensvurderinger. Problemerne spænder vidt, lige fra at der slet ikke vurderes påvirkninger, til at der "glemmes" informationer eller bare ikke inddrages de mest objektive kriterier. Det sker også at der konsekvensvurderes for sent, i forhold til hvornår der træffes afgørelse. Blandt andet inddrager kommunen i dommen U.2012.3527H, om et vindmølleanlæg nær to Natura 2000-områder, 10 år gamle fugletællinger, i stedet for de nyeste tal der kommer på årligt basis fra Ornitologisk forening. De har ligeledes ikke inddraget det faktum, at de har kendskab til at der er Havørne i området¹⁰⁶. Dette synes problematisk, da de ikke træffer beslutning på baggrund af relevante objektive kriterier, som de bør jf. EU-domstolen. I sagen NMK-10-00685 om en skydebane, blev det end ikke vurderet om projektet ville kunne påføre området væsentlige påvirkninger¹⁰⁷, og i sagen H2012.356/2011 om Østerild vindmøllepark, blev habitatkonsekvensvurderingen først foretaget efter at loven var vedtaget¹⁰⁸.

Der er samlet set analyseret seks danske afgørelser, og i tre ud af de seks afgørelse må det konstateres at sagsbehandlingen har været problematisk. Om problematikken skyldes, uvidenhed om hvordan reglerne skal anvendes, eller om det er fordi myndighederne er "ligeglade" er uklart. Det er dog klart, at det er en problematik der bør belyses nærmere med henblik på en afklaring og løsning af problemet.

¹⁰⁶ U.2012.3527H.

¹⁰⁷ NMK-10-00685

¹⁰⁸ H2012.356/2011.

13. Litteraturliste

Primære retskilder

Habitatdirektivet, Rådets direktiv 92/43/EØF af 21. maj 1992 om bevaring af naturtyper samt vilde dyr og planter,

- <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31992L0043:DA:HTML> – sidst set: 25-11-2015

Habitatbekendtgørelsen, Bekendtgørelse om udpegning og administration af internationale naturbeskyttelsesområder samt beskyttelse af visse arter 1. BEK nr 408 af 01/05/2007

- <https://www.retsinformation.dk/forms/r0710.aspx?id=13043> – sidst set: 25-11-2015

TEUF, Konsolideret udgave af traktaten om den europæiske unions funktionsmåde

- <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=DA> – sidst set: 25-11-2015

VVM direktivet, Rådets direktiv 85/337/EØF af 27. juni 1985 om vurdering af visse offentlige og private projekters indvirkning på miljøet

- <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/PDF/?uri=CELEX:31985L0337&from=DA> – sidst set: 25-11-2015

Sekundære retskilder

Beretning fra Kommissionen, om gennemførelse af direktiv 92/43/EØF om bevaring af naturtyper samt vilde dyr og planter

- <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/PDF/?uri=CELEX:52003DC0845&from=DA> – sidst set: 25-11-2015

Domstol.dk - byret

- <http://www.domstol.dk/OM/ORGANISATION/Pages/Byretter.aspx> - sidst set: 25-11-2015

Domstol.dk – landsret

- <http://www.domstol.dk/OM/ORGANISATION/Pages/Landsretter.aspx> - sidst set: 25-11-2015

Domstol.dk – højesteret

- <http://www.domstol.dk/OM/ORGANISATION/Pages/H%C3%B8jesteret.aspx> - sidst set: 25-11-2015

Evald, Jens (2008), *At tænke juridisk*, Nyt juridisk forlag, 3. udgave

Fakta om områderne

- <http://naturstyrelsen.dk/naturbeskyttelse/natura-2000/natura-2000-omraaderne/fakta-om-omraaderne/> - sidst set: 25-11-2015

Moe, Mogens (2011), *Miljøret*, Karnov Group, 7. udgave

Moe, Mogens, *Påvirkning af Natura 2000-områder*, Tidsskrift for Miljø 2013/3

Natura 2000-områderne

- <http://naturstyrelsen.dk/naturbeskyttelse/natura-2000/natura-2000-omraaderne/> - sidst set: 25-11-2015

Sørensen, Karsten Engsig og Nielsen, Poul Runge (2010), *EU-retten*, Jurist- og økonomforbundets forlag, 5. udgave

Vejledning til Habitatbekendtgørelsen, om udpegning og administration af internationale naturbeskyttelsesområder samt beskyttelse af visse arter

- <http://naturstyrelsen.dk/media/nst/Attachments/vejledningjuni2011pdf.pdf> - sidst set: 25-11-2015

Domsregister

C-29/84	C-236/95	NMK-510-00480
C-61/81	C- 239/05	NMK-43-00355
C-77/69	C-339/87	NMK-10-00685
C-97/96	C-363/85	NMK-61-00032
C-102/79	C-418/04	
C-127/02	U.2012.3527H	
C-226/08	H2012.356/2011	