

**PROFESSOR, DR. JUR. PETER PAGH**  
**KØBENHAVNS UNIVERSITET, JURIDISK FAKULTET**

STUDIESTRÆDE 6  
1455 KØBENHAVN K.  
TLF: 35 32 31 27  
TLF (PRIVAT): 43 44 12 38  
TELEFAX: 35 32 32 04  
E-mail: peter.pagh@jur.ku.dk

Folketingets Miljø- og Planlægningsudvalg  
Christiansborg  
1218 København K

30. november 2004

**Vedr.: Lovforslag L 59 om gennemførelse af direktiv 2003/35**

I forbindelse med Folketingets behandling af ovennævnte lovforslag tillader jeg mig til udvalgets orientering at fremsende artikel offentliggjort i Tidsskrift for Miljø, hvori jeg bl.a. belyser, hvilke krav direktiv 2003/35 stiller til den danske lovgivning.

Samtidigt benytter jeg lejligheden til at takke for orientering om de svar, som Miljøministeren har givet vedrørende lovforslag L 60. Svaret giver mig anledning til at bemærke, at jeg fortsat finder, at ministeriet ikke har forstået rækkevidden af Århus-konventionens artikel 9(4). Jeg vil herved henvise til, at ministeriet i sit svar undlader at omtale det direktivforslag Kommissionen har fremsat med henblik på at implementere Århus-konventionens artikel 9(3) og 9(4). Selv om direktivet endnu ikke er vedtaget, viser direktivforslaget en noget anden udlægning af kravet om hurtige og effektive retsmidler end den ministeriet har fremlagt for Folketinget.

Med venlig hilsen



Peter Pagh

# Artikler

369

## VVM-direktivets direkte effekt og Naturklagenævnets fremtid

- overvejelser efter Østre Landsrets kendelse i Amager-Metro-sagen

Af professor, dr. jur. Peter Pagh, Københavns Universitet

Den 4/11 2004 afviste Østre Landsret ved en foreløbig afgørelse at stoppe byggeriet af højbane i Metroens 3. etape (Østamagerbane) i den sag, Amager Metro Gruppen har anlagt mod Naturklagenævnet. Udtrykt med retlige termer har landsretten afvist at tillægge sagsanlægget opsættende virkning. Begrundelsen er meget kortfattet, men det fremgår, at landsretten ikke fandt, at de af Amager Metro gruppen hævdede mangler ved miljøvurderingen (kaldet VVM) "kan begrunde, at søgsmålet undtagelsesvis tillægges opsættende virkning".

Om bedømmelsen er korrekt, skal ikke kommenteres her, da kendelsen så vidt vides vil blive søgt kæret til Højesteret. Derimod giver sagen anledning til at belyse tre mere principielle spørgsmål, nemlig: (1) problemerne ved, at VVM-reglerne er gennemført i planlovens system, (2) betingelserne for opsættende virkning sammenholdt med ønsket om effektiv håndhævelse, og (3) om Naturklagenævnet fortsat kan have ansvaret for VVM-klager i lyset af den seneste ændring af VVM-direktivet.

### VVM

Reglerne om forudgående miljøvurdering og offentlig høring før godkendelse af større projekter (VVM) er ingen dansk opfindelse, men er baseret på EU's såkaldte VVM-direktiv (85/337). Direktivet blev vedtaget i 1985 efter fem års ihærdig dansk modstand og har siden voldt danske myndigheder betydelige kvaler.

Den korte forklaring er, at ministeriet fra begyndelsen misforstod reglerne: – dels antog man fejlagtigt, at anlægslove automatisk var undtaget, dels troede man, at Danmark kun var forpligtet til at anvende VVM-reglerne for få meget store projekter, og endelig troede man, at reglerne kun gjaldt anlægsprojekter. Alle dele viste sig at være forkert, men misforståelserne er forklaringen på, at VVM-reglerne er forsøgt indpasset i planlovens system som regionplantillæg. Da Miljøministeriet sjældent indrømmer egne fejl, hænger de senere forsøg på at rette fejlen fast i de første misforståelser. Resultatet er, at lokale og centrale myndigheder har betydelige vanskeligheder med at gennemføre et banalt krav om, at ansøgere af bestemte større projekter skal vurdere miljøvirkningen inden ansøgningen, og at der herefter skal gennemføres en offentlig høring, som danner grundlag for afgørelsen.

I denne korte version er de udestående problemer: (1) at der mangler danske regler om anmeldelse af alle de projekter, som er omfattet af VVM-direktivet, hvilket især er et problem i landbruget og for projekter på søterritoriet (hvor planloven ikke gælder), (2) at både lokale og centrale myndigheder har vanskeligt ved at håndtere reglerne om screening af, om VVM er nødvendig, og at fornyelse af tilladelser normalt ikke screenes, (3) at det i planlovens system er myndigheden og ikke ansøgeren, der skal foretage miljøvurderingen, (4) at det i Danmark ikke er ansøgningen og miljøvurderingen, men myndighedens forslag til regionplantillæg, der sen-

des i høring, (5) at der er problemer med amternes begrænsede stedlige kompetence ved vurdering af alternativer, (6) at et regionplantillæg ikke opfylder kravet om, at en VVM-tilladelse giver ansøgeren et retskrav på at gennemføre projektet, da regionplantillæg hverken berettiger eller forpligter borgerne.

Hertil kommer et selvstændigt problem med retsfølgerne af en mangelfuld miljøvurdering. I mange tilfælde ændres et projekt nemlig, efter VVM-processen er afsluttet, og regionplantillægget er vedtaget. Spørgsmålet er, om sådanne ændringer kræver en ny VVM, således at den første VVM-tilladelse bliver ugyldig. Besvares spørgsmålet efter planlovens system, må ugyldighedsindsigelsen normalt afvises, da regionplantillægget ikke har direkte retsvirkning for borgerne, men alene tjener som retningslinje for myndighederne. Omvendt leder VVM-direktivets system til det modsatte resultat, således at ændringer af projektet udløser krav om en fornyet procedure med miljøvurdering og høring. Denne antagelse underbygges yderligere af EF-Domstolens fortolkning af undtagelsen for anlægslove. Således fastslog EF-Domstolen i Linster, C-287/98, at anlægslove kun er fritaget for VVM-direktivet, hvis lovgiver forud for vedtagelsen har haft de samme informationer, som kræves ved en miljøvurdering efter VVM-direktivet. Og om muligheden for at ændre projektet eller udskyde en stillingtagen udtalte EF-Domstolens plenum i samme sag, at et projekt ikke kan anses for vedtaget i enkelthed ved lov, når loven ikke indeholder de nødvendige elementer til en vurdering af projektets indvirkning, men foreskriver yderligere undersøgelser. Selv om EF-Domstolen i denne sag accepterede, at lovgiver i en anlægslov kan udskyde stillingtagen til flere mulige alternativer, forudsætter dette, at miljøvirkningerne af de mulige alternativer har være vurderet. Når EF-Domstolen stiller så strenge krav til anlægslove, må det samme så meget desto mere gælde for projekter, der er direkte omfattet af VVM-direktivet, idet VVM-tilladelsen efter VVM-direktivet giver ansøgeren et retskrav på at gennemføre projektet.

Naturklagenævnets praksis svarer imidlertid ikke til denne udlægning. Kun undtagelsesvis underkender nævnet gyldigheden af regionplantillæg pga. efterfølgende ændringer af projektet.

Et af de få eksempler er MAD 2001.768 om udvidelse af svinefarm ved Esrum Sø, men da dette tillige var begrundet med problemer med sikring af beskyttelse af et nærliggende internationalt naturbeskyttelsesområde, kan afgørelsen ikke tages som udtryk for fravigelse af den generelle praksis. Foreløbigt sammenfattende kan det noteres, at Naturklagenævnet og danske domstole anlægger en noget anden fortolkning af retsvirkningen af mangler ved VVM, end EF-Domstolens praksis indikerer.

### Håndhævelse af VVM-reglerne

Umiddelbart kunne man tro, at de anførte mangler ved den danske gennemførelse af VVM-direktivet alene er ministeriets problem, idet de lokale myndigheder og borgere og virksomheder almindeligvis forlader sig på de danske regler. Så enkelt er det ikke. For det første har EF-Domstolen i Linster, C-287/98 om gyldighed af ekspropriation til anlæg af en motorvej fastslået, at reglerne om VVM har direkte effekt, således at direktivets regler skal anvendes, selv om den nationale lovgivning ikke er på plads.

Det fremgår endvidere af EF-Domstolens praksis, at den direkte effekt ikke er begrænset til bilag I-projekter, hvor der altid skal ske VVM. Den direkte effekt gælder også for bilag II-projekter, hvor der kun er pligt til VVM, hvis det på grundlag af en foreløbig vurdering (screening) af projektets placering, størrelse og karakter må antages, at projektet kan have væsentlige miljøvirkninger. Således fastslog EF-Domstolen i WWF mod Borzen, C-435/97 om udvidelse af en mindre lufthavn og i Kraajveld, C-72/95 om ændring af et dige, at den direkte effekt også omfatter screening af bilag II-projekter.

Den direkte effekt af EU-direktiver er efter EF-Domstolens faste praksis begrænset til såkaldt *vertikal direkte effekt*. Hermed menes, at det kun er myndigheder og offentlige virksomheder, som forpligtes direkte af EU-direktiver, mens borgerne ikke direkte kan forpligtes af direktiver, der ikke er gennemført korrekt i national ret. Man kunne derfor tro, at f.eks. større landbrug, råstofindvindere og store industrivirksomheder ikke behøver at interessere sig for VVM-direktivet, men kan nøjes med at kende de danske regler. Dette er imidlertid ikke korrekt.

Wells-dommen (C-201/02) fra januar 2004 om manglende VVM ved fornyelse af en råstof-tilladelse viser, at myndighedernes overtrædelse af VVM-direktivets regler indirekte rammer de private virksomheder. I Wells-sagen havde en nabo til en råstofvindiver klaget over, at tilladelsen til råstofvindivinding var fornyet, uden der var gennemført VVM. Årsagen var, at de britiske regler ikke krævede screening af, om VVM var nødvendig ved fornyelse af råstof-tilladelser, hvilket ligner de danske regler. Spørgsmålet var derfor, om VVM-direktivet kunne påberåbes af naboer til privat virksomhed – og hvis svaret var bekræftende, hvilke retsfølger der skulle tillægges den manglende VVM.

EF-Domstolens svar var meget klart: naboer kan påberåbe sig VVM-direktivet over for myndigheder, selv om dette har indirekte negative følger for private virksomheder. Spørgsmålet var herefter, hvilke retsfølger der skulle tillægges den manglende VVM. Hertil svarede EF-Domstolen, at den manglende VVM betød, at råstof-tilladelsen skulle tilbagekaldes, således at råstofvindivindingen skulle standses, medmindre naboen accepterede en erstatning. EF-Domstolen tog ikke stilling til, om en tilbagekaldelse af råstof-tilladelsen så gav råstofvindiveren krav på erstatning fra myndighederne/den britiske stat. Formentlig er svaret bekræftende, da den manglende VVM skyldtes mangler ved den britiske implementering, men det er også muligt, at EF-Domstolen vil finde, at dette spørgsmål må afgøres efter national ret.

For dansk ret begrænser problemerne med Wells-dommen sig ikke til råstofsager. Det er således et selvstændigt problem, at planlovens regler om VVM er begrænset til anlæg, mens projekter efter VVM-direktivet også omfatter andre indgreb i det naturlige miljø, som f.eks. intensiv fåregræsning og gødskning på nye arealer, jf. traktatbrudssag mod Irland, C-392/96. Følges principperne i Wells-dommen, kan manglende VVM betyde, at nogle af disse aktiviteter skal standses, indtil der er udarbejdet en VVM.

Wells-dommen tog ikke stilling til, om der gælder et tilsvarende krav om fysisk lovliggørelse, hvis der er opført et større anlæg. Efter min opfattelse kan værdispildshensyn begrunde, at kravet om fysisk lovliggørelse fraviges – men

under forudsætning af, at der så ydes berørte borgere en rimelig økonomisk kompensation fra staten for det retsbrud, som den manglende VVM er udtryk for. Noget anderledes antog Naturklagenævnet i afgørelse af 11/6 2003 i sag om et vejbyggeri i Roskilde, at manglende VVM kan udbedres efterfølgende ved en retlig lovliggørelse i form af en miljøvurdering og en offentlig høring. I denne sag havde Naturklagenævnet oprindeligt stadfæstet kommunens beslutning om, at VVM ikke var nødvendig, men blev underkendt af Højesteret (UFR 2000, s. 103 H). Da højesteretsdommen faldt, havde vejen været i brug i flere år, så spørgsmålet var, hvilke konsekvenser dommen skulle have. I overensstemmelse med praksis på planlovens område mente Naturklagenævnet, der kunne ske en retlig lovliggørelse ved at udarbejde en miljøvurdering og gennemføre en offentlig høring. Denne udlægning forekommer i modstrid med dommen i Wells. Forklaringen er, at VVM kræver en bestemt fremgangsmåde før VVM-pligtige anlæg etableres – og er denne fremgangsmåde ikke fulgt, foreligger et uopretteligt retstab, medmindre man fysisk lovliggør. Sagen illustrerer de problemer, der opstår, når man forsøger at gennemføre VVM-reglerne i planloven, som alene handler om arealreservationer. Mens det nemlig er muligt efterfølgende at ændre bestemmelserne for anvendelsen af et bestemt areal, er det ofte ikke muligt at genoprette en manglende VVM uden et betydeligt værdispild.

Og hermed er vi tilbage til Amager-Metro-sagen og spørgsmålet om opsættende virkning af sagsanlæg. Problemet er nemlig, at hvis VVM-reglerne overtrædes, er det ikke muligt at rette fejlen, når først anlægget står der. Og med den tid det vil tage, før sagen er afgjort, betyder landsrettens kendelse, at anlægget formentlig både er færdig og taget i brug, når den endelige dom foreligger. En generel formodning mod opsættende virkning af klager over manglende eller mangelfuld VVM kommer derfor let i modstrid med en effektiv håndhævelse af VVM-reglerne.

Dette er så omvendt også baggrunden for, at der i Århus-konventionen om borgernes rettigheder på miljøområdet er fastsat særlige regler om, at der skal være mulighed for foreløbige retsmidler for borgerne. Eller som det udtrykkes

i konventionens art. 9(4), skal borgernes adgang til domstole eller uafhængige organer

"... provide adequate and effective remedies, including injunctive relief as appropriate, and be fair, equitable, timely and not prohibitively expensive."

Selv om det er i overensstemmelse med fast praksis, når landsretten i Amager-Metro-sagen udtaler, at sagsanlæg kun i sjældne tilfælde tillægges opsættende virkning, svarer denne udlægning ikke til Århus-konventionen, der kræver en adgang til opsættende virkning og ikke hjemler en sådan indskrænket fortolkning.

Landsrettens udlægning kan dog forsvares med, at der ikke ved den danske implementering af Århus-konventionen er optaget særlige regler om opsættende virkning af sagsanlæg ved domstolene om mangelfuld VVM. Forklaringen herpå er så vidt vides, at Miljøministeriet antog, at denne forpligtelse opfyldes af Naturklagenævnet, der virker som klageinstans i VVM-sager og kan sikre en hurtig proces med mulighed for at give klager opsættende virkning.

#### Kan Naturklagenævnet fortsat behandle VVM-sager?

Det er imidlertid tvivlsomt, om denne løsning kan opretholdes, når Danmark skal gennemføre direktiv 2003/35, som EU har vedtaget med henblik på at implementere de dele af Århus-konventionen, der angår VVM. Mens danske domstole nemlig ikke er direkte bundet af Århus-konventionen, kan det samme ikke siges om direktivet, der skal fortolkes af EF-Domstolen.

Efter direktiv 2003/35 stilles krav om, at borgere i VVM-sager skal have adgang til enten domstole eller et tilsvarende uafhængigt og upartisk organ, og at adgangen skal være "fair, equitable, timely and not prohibitively expensive".<sup>1</sup> Umiddelbart kunne man mene, at Danmark nemt kan leve op til disse betingelser. Afgørelser om VVM efter planloven kan påklages til Naturklagenævnet og efterfølgende indbringes for domstolene, ligesom VVM-afgørelser vedrørende søterritoriet kan indbringes for domstolene. Når der alligevel er et problem, skyldes det, at direktivet stiller særlige krav om hurtig og billig proces, hvilket næppe kan opfyldes ved

sagsanlæg ved domstolene. Der er derfor i alle tilfælde et alvorligt problem med borgernes procesadgang ved VVM på søterritoriet. Derimod er der næppe tvivl om, at procesformen hos Naturklagenævnet opfylder kravet om hurtig og billig proces.

Her melder sig imidlertid et andet problem. Efter VVM-direktivets nye art. 10 a skal prøvelsen ske ved "en domstol eller et andet uafhængigt og upartisk ved lov nedsat organ". Kravet svarer til Århus-konventionens art. 9(2), hvorefter der i bl.a. VVM-sager skal være adgang til "a court of law and/or another independent and impartial body established by law", og både Miljøministeriet og Folketing forudsatte, at Naturklagenævnet levede op hertil ved vedtagelsen af den danske følgelovgivning til gennemførelse af Århus-konventionen. Spørgsmålet er, om denne udlægning er rigtig, hvormed det må erindres, at der nu er tale om en EU-retlig forpligtelse, der fortolkes af EF-Domstolen, og som formentlig har direkte effekt.

Efter min opfattelse kan det vanskeligt hævdes, at Naturklagenævnet med sin usædvanlige sammensætning lever op til kravet om *upartiskhed*. Ifølge naturbeskyttelseslovens § 80 består Naturklagenævnet af en af ministeren udpeget formand, to højesteretsdommere og ét medlem udpeget af hvert af de politiske partier, som har sæde i Folketingets Finansudvalg.

Ud over de principielle betæneligheder denne sammenblanding af lovgivende, dømmende og udøvende magt rejser, giver nævnets sammensætning et selvstændigt problem i forhold til de nye EU-krav. Selv om det kan hævdes, at Naturklagenævnet er uafhængigt i forhold til ministeren, kan det vanskeligt hævdes, at det flertal af nævnets medlemmer, der udpeges af forskellige politiske partier i den lovgivende forsamling, opfylder direktivets krav om upartiskhed. Tværtimod må fordelingen af medlemmer mellem forskellige politiske partier netop opfattes som udtryk for, at man i Naturklagenævnet har ønsket en politisk balance frem for upartiskhed.

Den omstændighed, at de enkelte medlemmer muligvis vil hævde egen personlig integritet, ændrer ikke herved. Det er i alle tilfælde det politiske tilhørsforhold, som begrunder udpegningen. Skulle man vælge at gå et spadestik dybere, er det ikke vanskeligt at påvise, at Natur-

klagenævnets medlemmer i en række sager har delt sig efter politisk anskuelse. I forhold til VVM kommer dette til udtryk ved, at medlemmer fra de nuværende regeringspartier oftere mener, at VVM er unødvendig end medlemmer udpeget af f.eks. SF og Enhedslisten. Hverken på den ene eller den anden side af det politiske spektrum ses denne forskel motiveret af retlige overvejelser, men fremstår som en mere eller mindre politisk stillingtagen. Dette kan man naturligvis ikke bebrejde medlemmerne, der sikkert gør deres bedste, men det illustrerer, at Naturklagenævnet med den nuværende sammensætning vil have problemer med fremover at stå med ansvaret for en upartisk prøvelse i VVM-sagerne.

Det kan i forlængelse heraf være nyttigt at erindre, hvorfor Naturklagenævnet er sammensat, som det er. Naturklagenævnets forgænger var Overfredningsnævnet. Dette var oprindeligt nedsat for at afgøre fredningssager, hvor det meget vel kan være nyttigt at lægge vægt på politisk balance frem for en traditionel retlig uafhængighed og stillingtagen. Uden nærmere overvejelser har Folketinget udvidet først Overfredningsnævnet og siden Naturklagenævnets sagsområder til den traditionelle retlige prøvelse (lokal-

planer, landzonetilladelser, beskyttelse af EU-naturområder og VVM-sager). Konsekvensen er, at retlig prøvelse i et meget stort antal miljø-sager har været overladt til et organ, der domineres af politikere uden særlig juridisk indsigt, men med en mere eller mindre klar politisk indstilling til miljø-sager. I forhold til EU's VVM-regler forklarer dette tillige, hvorfor Naturklagenævnets praksis er vanskeligt foreneligt med EF-Domstolens fortolkning af VVM-direktivet. Tilsvarende forekommer nævnets stilling til f.eks. sager om butikcentre at være mere præget af politiske end retlige overvejelser, som f.eks. Bilka-sagen fra Horsens illustrerer. Så når man nu formentlig er nødt til at flytte VVM-sagerne fra Naturklagenævnet, kunne der være anledning til at overveje, om man ikke skulle begrænse nævnets virke til fredningssager og overlade retlige spørgsmål til uafhængige organer uden deltagelse af politikere.

#### Noter

- 1) Når jeg har valgt at citere den engelske version, er det fordi den danske version af direktivet er uklar, idet "timely" er oversat med betimelige. Helt generelt må især i relation til proceskrav advares mod at forlade sig for meget på danske oversættelser.