

Professor dr. Jur. Peter Pagh

Degnehusene 70,
2620 Albertslund
tlf.: 43421238/35323127
email: peter.pagh@jur.ku.dk

Supplerende notat om sammenfattende vurdering af

lovforslag 206 om et testcenter for store vindmølle ved Østerild

Nærværende notat er udarbejdet i forlængelse af mine to tidligere notater af 11. maj og 20. maj 2010 om lovforslaget. Jeg er blevet bedt om en juridisk vurdering af en række udredninger, der er fremkommet på det seneste, og som er sammenfattet i et udateret notat fra By- og Landskabsstyrelsen med overskriften: ”Sammenfatning af vurdering af konsekvenser for EU-beskyttet natur ved forslag til etablering af nationalt testcenter for vindmøller i Østerild.”

Det centrale spørgsmål er, om det med de fremlagte vurderinger kan anses for godtgjort, at Folketinget kan vedtage en lov om etablering af testcentret uden at komme i konflikt med EU's krav til naturbeskyttelse. Som anført i By og Landskabsstyrelsens sammenfatning omfatter dette to spørgsmål, nemlig dels om reglerne om beskyttelse af Natura 2000 områder, og dels reglerne om EU-beskyttede arter, hvor jeg i det følgende vil begrænse mig til Natura 2000 beskyttelsen.

1. Natura 2000 beskyttede områder

By- og Landskabsstyrelsen har i sammenfatningen af vurderinger konkluderet, at der nu foreligger de i artikel 6(3) krævede vurderinger af, hvordan testcentret direkte og indirekte kan påvirke de nærliggende Natura 2000 områder. Styrelsen har for det andet konkluderet, at disse vurderinger godtgør, at testcentret kan etableres uden at skade gunstig bevaringsstatus i de omliggende Natura 2000 områder. Det er disse to konklusioner, der overvejes i det følgende.

Som det vil fremgå, finder jeg ikke, at de fremlagte vurderinger opfylder kravene i artikel 6(3), fordi der mangler vurdering af flere væsentlige indirekte påvirkninger af Natura 2000 områder fra testcentret. Mine indsigelser koncentrerer sig om fire punkter. For det første tager ministeriets fortolkning af begrebet '*indirekte påvirkninger*' af Natura 2000 områder ikke højde for, at der er andre indirekte påvirkninger end næringssaltudvaskning. For det andet tager Miljøministeriet ikke højde for, at når et område er udlagt som fuglebeskyttelsesområde, er de fugle, som området er udlagt for, også selvstændigt beskyttet uden for området, jf. fuglebeskyttelsesdirektivets artikel 4(4), sidste pkt. For det tredje sammenblender ministeriet '*afværgeforanstaltninger*' og '*kompenserende foranstaltninger*'. Og for det fjerde forveksler ministeriet en hypotetisk mulighed for at undgå skadevirkning med direktivets krav om vished for, at der ikke sker skadevirkning.

2. Indirekte påvirkninger

Det ligger fast, at beskyttelsen efter artikel 6(3) ikke er begrænset til aktiviteter i Natura områder, men også omfatter aktiviteter uden for, hvis aktiviteterne påvirker et Natura 2000 område. Dette er ligeledes lagt til grund i By- og Landskabsstyrelsens notat. Om en påvirkning er omfattet af artikel 6(3) beror derfor ikke på dens stedlige kilde, men på dens *virkning* i et Natura 2000-område, hvor det må erindres, at artikel 6(3) ikke kun omfatter direkte påvirkning, men også indirekte påvirkning.

En *direkte påvirkning* kan fx være støj eller luftforurening, som udgår fra en kilde uden for et Natura område, men som trænger ind i Natura 2000 området. En *indirekte påvirkning* kan fx være kvælstofbelastning af et Natura 2000 område som følge af gødsugning på arealer uden for Natura 2000 området. Når dette betegnes som en indirekte påvirkning, er det fordi, det ikke er selve gødsukningen, der påvirker Natura 2000 området, men derimod den efterfølgende udvaskning af næringsstoffer, som medfører, at der uden menneskelig indgriben tilføres et Natura 2000 område næringsstoffer. Og disse næringsstoffer vil i en del tilfælde anses som en skadelig påvirkning.

Miljøministeriet har tilsvarende antaget, at beskyttelsen efter artikel 6(3) både omfatter direkte og indirekte påvirkninger, jf. By- og Landskabsstyrelsens sammenfatning, hvor der sondres mellem ”direkte fysisk påvirkning” af Natura 2000 områder og ”indirekte virkning i form af merudvaskning af næringssalte”.

Merudvaskning af næringssalte er imidlertid den eneste indirekte påvirkning af Natura 2000 områder fra testcentret, som er nærmere belyst i de foreliggende vurderinger, uanset det umiddelbart er muligt at identificere andre indirekte påvirkninger end kvælstofudvaskning. Ændres fødegrundlaget eller levestedets karakter for beskyttede arter som følge af en påvirkning, vil dette således være en indirekte påvirkning omfattet af artikel 6(3). Støj og emissioner uden for et Natura 2000 område vil derfor ikke alene skulle vurderes i forhold til den direkte påvirkning af de beskyttede arter, men skal også vurderes i forhold til påvirkning af levestederne og de andre arter, som udgør en del af livsgrundlaget (som føde eller andet) for de beskyttede arter. Sådanne indirekte virkninger er der ikke taget højde for i vurderingerne.

Dette kan illustreres med de tiltag, som efter vurderingen forudsættes for at undgå udvaskning af næringssalte til bl.a. Vullum Sø, der er beliggende i et nærliggende Natura 2000 område. I notatet, Skønsmæssig anlægs- og driftsbudget for testcentret af 10. maj 2010, anføres således om disse foranstaltninger:

”For at opsamle den øgede udvaskning af næringsstoffer, der sker ved skovrydning, er det nødvendigt at foretage en vådområdeindsats på ca. 100 ha og grave en ny grøft på en ca. 2 km strækning for at lede det næringsstoffoldige vand uden om Vullum Sø (næringsstoffølsom sø omfattet af habitatdirektivet).”

Som det fremgår, vil der blive iværksat omfattende foranstaltninger for at undgå tilførsel af næringssalte til Vullum Sø, der er en næringsstoffølsom sø. Men konsekvensen af disse foranstaltninger er nødvendigvis, at det ikke kun er næringssalte, men også vandtilførslen til søen som udebliver, hvilket kan betyde, at søen helt eller delvist udtørres. Det sidste ses

imidlertid ikke vurderet, hvilket er nødvendigt for at vide, om de med testcentret iværksatte afværgeforanstaltninger har skadelig virkning på søens gunstige bevaringsstatus.

Den manglende vurdering af virkningen af reduceret afvanding til søer og vådområder i de nærliggende Natura 2000 områder medfører i sig selv, at der ikke på alle punkter foreligger de vurderinger, som kræves efter artikel 6(3). Jeg har derfor ikke fundet anledning til at undersøge andre forhold nærmere, men sammenfatningen efterlader indtryk af, at det ikke er den eneste vurdering af påvirkning af Natura 2000 områder, som mangler.

3. Beskyttelse af arter uden for Natura 2000 områder

Et selvstændigt principielt problem er, hvilken beskyttelse der gælder for beskyttede arter, når de bevæger sig uden for et Natura 2000 område. Flere af de fuglearter, som de nærliggende fuglebeskyttelsesområder er udlagt for, forekommer i relativt betydeligt omfang i Østerild Plantage (gæs, svaner, trane og havørn). Det fremgår tillige af de forskellige vurderinger, at etablering af testcenter i Østerild Plantage med rydning af skov kan betyde, at "der forsvinder levesteder for skovfugle" som bl.a. natravn, og at skovrydningen vil kunne have negativ påvirkning af havørnen, som overnatter og fouragerer i Østerild Plantage. Det fremgår endvidere, at odderen i betydeligt omfang anvender Østerild Plantage, hvorfor der anvises en række såkaldte afværgeforanstaltninger for at undgå skadevirkning på odderen.

Miljøministeriet har lagt til grund, at disse påvirkninger ikke er omfattet af habitatdirektivets artikel 6(3), idet det i styrelsens sammenfatning bl.a. anføres:

"Når en plan eller et projekt skal vurderes, er det ikke afgørende, om den påtænkte aktivitet foregår udenfor eller indenfor det udpegede område. Afgørende er, om der er en påvirkning af arter eller naturtyper (udpegningsgrundlaget) inde i området. Særligt vedrørende arterne gælder, at planer og projekter ikke må påvirke arterne i en grad, så de ikke kan udnytte levesteder inde i områderne. Flere arter på områdernes udpegningsgrundlag, især fugle, bevæger sig også uden for Natura 2000-området, f.eks. i forbindelse med fødesøgning. Sådanne levesteder for udpegningsgrundlaget udenfor grænserne af de udpegede områder er ikke omfattet af den særlige beskyttelse for Natura 2000-områder.

[..].

"En eventuel påvirkning af fugle uden for Natura 2000 områder skal vurderes ud fra de generelle beskyttelsesregler i fuglebeskyttelsesdirektivets art. 3. [...] Der gælder ikke samme krav til at påvirkningen af levesteder uden for Natura 2000 områder skal kunne afvises som ved påvirkninger indenfor. Det vil i praksis sige, at der er rum for større fagligt skøn i administrationen af bestemmelserne. De påvirkninger af fugle der kan være relevante er henholdsvis risikoen for kollisioner mellem fugle og vindmøller og direkte påvirkning af levesteder for fugle som følge af anlægsarbejdet (primært skovrydningen), herunder skade på æg og reder samt forstyrrelser samt vindmøllernes mulige barrierevirkning for fuglene således at fugles adgang til vigtige levesteder påvirkes væsentligt."

Denne udlægning er en forenkling, som ser bort fra, at der gælder forskellige regler for fugle og andre beskyttede arter i Natura 2000 områder. Det fremgår udtrykkeligt af fuglebeskyttelsesdirektivets artikel 4(4), sidste punktum, som for fuglebeskyttelsesområder gælder ved siden af beskyttelsen efter artikel 6(3), at

"Medlemsstaterne bestræber sig på at undgå forurening eller forringelse af levesteder også uden for disse beskyttede områder."

EU-domstolen har i sag C-418/04 *Kommissionen mod Irland* taget stillingen til reglens betydning, idet det i dommen bl.a. anføres:

”Selv om fugledirektivets artikel 4, stk. 4, andet punktum, ikke stiller krav om, at der opnås bestemte resultater, forholder det sig ikke desto mindre således, at medlemsstaterne skal sætte sig et seriøst mål om at beskytte leveområder uden for SBO'er.”

Uanset der efter artikel 4(4) sidste punktum efterlades medlemsstaterne et mere vidtgående skøn, er det således ikke korrekt, at beskyttelsen blot svarer til fuglebeskyttelsesdirektivets artikel 3. Det er med andre ord ikke tilstrækkeligt at henvise til fuglebeskyttelsesdirektivets generelle beskyttelse, når det drejer sig om anvendelse af Østerild Plantage som leveområde for fuglene fra de nærliggende fuglebeskyttelsesområder. Konsekvenserne af denne fejl kan jeg ikke på det foreliggende grundlag bedømme. Det må i alle tilfælde medgives, at når det drejer sig om fuglenes anvendelse af Østerild Plantage som leveområde, er denne påvirkning ikke omfattet af kravet om vurdering i artikel 6(3).

Dette er imidlertid ikke den eneste konsekvens af dommen. Det fremgår nemlig tillige af dommen, at fuglebeskyttelsesdirektivets artikel 4(4) sidste punktum sigter på, at fugle i fuglebeskyttelsesområder anvender nærliggende områder som *leveområde*. Heraf følger modsætningsvis, at hvis der etableres en barriere for trækfuglenes adgang til et fuglebeskyttelsesområde, skal dette ikke vurderes efter artikel 4(4), men må i stedet anses for en påvirkning af selve fuglebeskyttelsesområdet, der er omfattet af habitatdirektivets artikel 6(3). Samme fortolkning følger af forholdets karakter. Hvis vindmøllerne betyder, at et fuglebeskyttelsesområde for trækfugle ikke fremover anvendes af trækfuglene, er der tale om en betydelig indirekte påvirkning, der må sidestilles med andre indirekte påvirkninger, som skal vurderes efter habitatdirektivets artikel 6(3). Sammenholdes dette med de fremlagte undersøgelser og udredninger, ses der ikke en vurdering af vindmøllernes barrierepåvirkning, der opfylder kravene i artikel 6(3). Når det i sammenfatningen anføres, at påvirkningen fra barrierevirkning vurderes at have en ”ubetydelig indflydelse”, ses udsagnet ikke underbygget af undersøgelser, men fremstår postulerende, når det sammenholdes med de oplysninger, der foreligger om trækruter.

Når det drejer sig om især odderen, er forholdet mere tvivlsomt. Det fremgår af vurderingerne, at testcentret vil have alvorlige negative virkninger, som man vil imødegå ved at iværksætte kompenserende foranstaltninger (fejlagtigt betegnet afværgeforanstaltninger). Det principielle juridiske spørgsmål er, om odderen alene er omfattet af den generelle artsbeskyttelse, så snart odderen bevæger sig uden for Natura 2000 området. Dette er lagt til grund af ministeriet og kan støttes på, at der ikke i habitatdirektivet er regler, som modsvarer fuglebeskyttelsesdirektivets artikel 4(4), sidste pkt. Problemet ved denne udlægning er, at det i nogle tilfælde vil undergrave den effektive beskyttelse, som tilstræbes med habitatdirektivets artikel 6(3), medmindre der udlægges endnu større områder som Natura 2000 områder. Populært set er problemet, at odderen ikke kan læse og ikke ved, hvornår den bevæger sig uden for det beskyttede område. For at sikre, at et Natura 2000 område for odder skal virke som en effektiv beskyttelse, er det derfor tænkeligt, at EU-domstolen vil fortolke indirekte påvirkning efter artikel 6(3) som omfattende direkte påvirkninger af en beskyttet art, selv om arten befinder sig lidt uden for Natura 2000 området, når påvirkningen er kendt og har en vis betydelighed. Anlægges en sådan fortolkning i forhold til odderen, vil det efter de fremlagte

vurderinger om påvirkning af odderen ikke være muligt at give tilladelse efter artikel 6(3), hvorfor en tilladelse i så fald vil skulle meddeles efter artikel 6(4). Det skal dog understreges, at der ikke indtil nu er eksempler på en sådan fortolkning af begrebet indirekte påvirkning.

4. Afværgeforanstaltninger og kompenserende foranstaltninger

Lovbemærkningerne og den sammenfattende vurdering gør flittigt brug af begrebet afværgeforanstaltninger, som anvendes som betegnelse for enhver foranstaltning, der skal hindre en skadelig virkning. Dette er både sprogligt en forkert begrebsanvendelse, der har retlig betydning, fordi habitatdirektivets artikel 6 forudsætter en sontring mellem afværgeforanstaltninger og kompenserende foranstaltninger.

I forhold til påvirkning af Natura 2000 områder er en kompenserende foranstaltning, ethvert tiltag som etableres for at kompensere for den skadelige påvirkning et projekt måtte have. En afværgende foranstaltning er derimod en foranstaltning, som hindrer at påvirkningen sker. Når der i forbindelse med testcentret etableres foranstaltninger, som hindrer næringssaltudvaskning i at nå Natura 2000 områder, er dette en afværgeforanstaltning, fordi foranstaltningen hindrer, at påvirkning sker. Hvis dette medfører, at der sker andre påvirkninger (som manglende vandtilførsel), må disse virkninger undersøges og vurderes, fordi afværgeforanstaltningen udgør et integreret del af projektet.

Til forskel herfra sigter kompenserende foranstaltninger til de tiltag, som iværksættes for at kompensere for den skadelige påvirkning. Ved kompenserende foranstaltninger har man således opgivet at hindre påvirkning, men kompenserer det påvirkningen ved fx at etablere erstatningsbiotop i form af et nyt vådområde. Når sontringen er vigtig, er det fordi kompenserende foranstaltninger er omfattet af artikel 6(4) og derfor kun kan tillades efter artikel 6(4).

De foreliggende vurderinger fra Miljøministeriet tager ikke højde for den retlige betydning af de forskellige begrebsanvendelse, men anvender begrebet ”afværgeforanstaltninger” om foranstaltninger, der retligt må betegnes kompenserende foranstaltninger.

5. Er betingelsen for at meddele tilladelse opfyldt

By- og Landskabsstyrelsens sammenfatning har lagt til grund, at det ikke er nødvendigt at vurdere direkte fysisk påvirkning af omliggende Natura 2000 områder efter artikel 6(3), men at det er nødvendigt at vurdere næringssaltudvaskning som følge af træfældning.

Efter min opfattelse er den første antagelse ikke korrekt. Der savnes fortsat vurdering af bl.a. støj i anlægs- og driftsfasen, idet jeg ikke mener, at afstanden i forhold til alle Natura 2000 områder giver vished for, at der ikke kan ske påvirkning.

I alle tilfælde er det oplagt, at vurderingen af de indirekte påvirkninger af testcentret på Natura 2000 områder er utilstrækkelige. Det er på dette punkt tilstrækkeligt at henvise til den manglende vurdering af, hvordan Natura 2000 området vil blive påvirket af den begrænsning af vandtilførsel til Vullum Sø, som følger med afværgeforanstaltninger for at begrænse næringssaltudvaskning.

Miljøministeriets anvendelse af artikel 6(3) sidste punktum om, hvor der kan gives tilladelse, giver anledning til en supplerende betragtning. By- og Landskabsstyrelsen anfører i den sammenfattende vurdering om artikel 6(3)-tilladelsen i relation til næringssaltudvaskning:

”Det fremgår af vurderingen, at rydningen samlet i de første 3 år efter rydningen kan indebære en merudvaskning af næringssalte på op til ca. 11 tons kvælstof/år til Vullum Sø, Lønnerup Fjord, Østerild Fjord og Limfjorden, der alle indgår i Natura 2000-områder. Der er tale om et konservativt skøn og der tages udgangspunkt i et worst case-scenarie. Orbicon opstiller en række muligheder for, som integreret led i projektet, at afværge disse merudledninger af næringssalte. Det kan ske gennem

- såkaldte skovbrugforanstaltninger (tilrettelæggelse af rydning m.m.), som ikke kan kvantificeres
- etablering af vådområder med henblik på denitrificering (arealbehov: 96-171 ha, afhængig af de pågældende arealers aktuelle anvendelse)
- ekstensivering af landbrugsarealer (arealbehov: 360 ha, hvis landbrugsjord i omdrift).

Orbicon gennemgår for hvert af de 3 deloplande, der er i spil, hvilke muligheder, der er for at afværge en mertilledning som følge af skovrydningen. Det vurderes på baggrund af analyser af arealer i alle 3 deloplande, at der er tilstrækkelige arealer til rådighed til at iværksætte vådområdeprojekter eller ekstensivere landbrugsarealer med henblik på at opveje mertilledningen til Natura 2000-områderne, så en negativ effekt heraf undgås. Derved er det *uden rimelig tvivl dokumenteret, at skade i form af mertilledning af næringssalte kan undgås.*”

Som det anførte uddrag viser, er der tale om en række ubekendte, hvilket må tages som udtryk for, at der i dag ikke foreligger en stillingtagen til, hvordan skadevirkning på Natura 2000 områder skal imødegås eller kompenseres. Ministeriet finder det tilsyneladende tilstrækkeligt, at det er påvist, at det er muligt at undgå skadevirkning, jf. sidste led af citatet: ”uden rimelig tvivl dokumenteret, at skade i form af mertilledning af næringssalte kan undgås.”

Denne udlægning af artikel 6(3) kan ikke tiltrædes. Artikel 6(3) er kun opfyldt, når der er sikkerhed for at skade ikke sker – og ikke når det er påvist, at skade vil kunne undgås. Betingelsen kan derfor kun opfyldes, når der er taget stilling til afværgeforanstaltninger, hvor som kompenserende foranstaltninger ikke indgår som nævnt ovenfor.

6. Sammenfatning

På grundlag af analysen ovenfor må sammenfattende konkluderes:

De foreliggende vurderinger af testcentrets mulige påvirkning af omliggende Natura 2000 områder opfylder ikke kravene i habitatdirektivets artikel 6(3) til vurdering grundet manglende vurdering af væsentlige indirekte påvirkninger. Fx savnes vurdering af, hvordan Vullum Sø som udpegningsgrundlag for det nærliggende Natura 2000 området vil blive påvirket af begrænset vandtilførsel til søen som følge af afværgeforanstaltninger for at begrænse øget næringssaltudvaskning ved fældning af skov.

Selv hvis man måtte lægge til grund, at de foreliggende vurderinger er tilstrækkelige, foreligger der ikke den i artikel 6(3) krævede sikkerhed for, at der ikke sker skade på Natura 2000 område, da der fortsat er betydelig uklarhed om afværgeforanstaltningers udformning. Den omstændighed, at der muligvis kan iværksættes afværgeforanstaltninger, som hindrer skadevirkning, er ikke tilstrækkelig for at opfylde artikel 6(3), der kræves vished – og ikke mulighed.

Efter min opfattelse er det derfor ikke muligt at vedtage lovforslaget på det foreliggende grundlag uden at komme i konflikt med EU-retten. Problemet med EU-retten kan dog overvindes, hvis der i loven indsættes en særlig ikrafttrædelsesklausul, hvorefter ministeren bemyndiges til at sætte i loven i kraft, når der enten på grundlag af en vurdering, som opfylder kravene i habitatdirektivets artikel 6(3), er vished for, at projektet ikke kan skade Natura 2000 områder, eller når projektet kan tillades efter den særlige fremgangsmåde i artikel 6(4).

Peter Pagh
24. maj 2010