

Professor dr. Jur. Peter Pagh

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

Notat vedrørende

L 206 om forslag til lov om et testcenter for store vindmølle ved Østerild

Nedenstående notat er udarbejdet efter henvendelse fra folketingsmedlemmerne Steen Gade og Flemming Møller Mortensen, der har bedt mig om en juridisk vurdering af, om det fremsatte lovforslag om et testcenter for store vindmøller ved Østerild er i overensstemmelse med VVM-direktivet, habitatdirektivet og fuglebeskyttelsesdirektivet,¹ sådan som disse tre direktiver fortolkes af EU-domstolen.

Som grundlag for min vurdering er indgået

- * Miljøministeriets VVM redegørelse: Nationalt testcenter for vindmøller ved Østerild fra december 2009
- * Lovforslag L 2006 om et testcenter for vindmøller ved Østerild
- * Høringsnotat om VVM-redegørelse – bilag 1 til lovforslaget
- * Notat fra By- og Landskabsstyrelsen af 8. juni 2009 om vurdering af arealer til brug for testvindmøller i eller i nærheden af Natura 2000 områder, især fuglebeskyttelsesområder
- * Notat fra By- og Landskabsstyrelsen af 15. juni 2009 om vurdering af arealer til brug for testvindmøller i eller i nærheden af Natura 2000 områder, især fuglebeskyttelsesområder
- * Notat fra By- og Landskabsstyrelsen af 15. april 2010 om VVM-redegørelsen for Østerild og forholdet til VVM-direktivets om vurdering af alternativer

Det fremgår af VVM-redegørelsen, høringsnotatet og bemærkningerne til det fremsatte lovforslag, at etablering og drift af et testcenter for vindmøller ved Østerild vil have en række negative miljøvirkninger, der normalt ikke vil blive accepteret efter dansk miljølovgivning. Om der i dette tilfælde skal accepteres en fravigelse af dansk miljølovgivning er imidlertid ikke et retligt, men et politisk spørgsmål. Det står således lovgiver frit, om lovgiver ved en særlig lov vil fravige den miljøbeskyttelse, som ellers måtte følge af lovgivningen, da grundloven ikke stiller krav om en bestemt beskyttelse af miljøet. Anderledes forholder det sig med EU-rettens krav til beskyttelse af miljøet, da de krav, som er indeholdt i de relevante EU-direktiver, også er bindende for Folketinget, hvorfor det ikke er et politisk, men et retligt spørgsmål, om det fremsatte lovforslag lever op til EU-rettens krav. Det er det sidste, der er emnet for denne udredning.

¹ Med VVM-direktivet menes direktiv 85/337/EØF om vurdering af visse offentlige og private projekters indvirkning på miljøet, som ændret ved direktiv 97/11 og direktiv 2003/35, med habitatdirektivet menes direktiv 92/43/EØF om bevaring af naturtyper samt vilde dyr og planter med senere ændringer og med fuglebeskyttelsesdirektivet menes direktiv 79/409/EØF om beskyttelse af vilde fugle.

Som det vil fremgå, giver dette anledning til at overveje seks juridiske spørgsmål. For det første, om en vedtagelse af lovforslaget er i overensstemmelse med undtagelsen i VVM-direktivets artikel 1(5) i lyset af den forudgående miljøvurdering. For det andet må overvejes, om det foreslåede testcenter er i modstrid med EU's krav til beskyttelse af arter og deres levesteder, som er fastlagt i fuglebeskyttelsesdirektivets artikel 5, 7 og 9 henholdsvis i habitatdirektivets artikel 12-16, da lovforslagets § 23 ophæver beskyttelsen efter naturbeskyttelseslovens § 29a og jagt- og vildtforvaltningslovens §§ 6a og 7. For det tredje må undersøges, om det foreslåede projekt er omfattet af kravet om vurdering af påvirkning af Natura 2000 områder i habitatdirektivets artikel 6(3). Hvis det tredje spørgsmål besvares bekræftende må som det fjerde spørgsmål overvejes, om vurderingen i VVM-redegørelsen opfylder kravene til vurdering i habitatdirektivets artikel 6(3), og om betingelserne i habitatdirektivets artikel 6(3) for at acceptere testcentret er opfyldt. Såfremt dette spørgsmål besvares benægtende må som det femte spørgsmål overvejes, om det ville være muligt at anvende den særlige undtagelse for bydende nødvendige samfundsmæssige hensyn i habitatdirektivets artikel 6(4). Endeligt giver oplysningerne i miljøvurderingen om bl.a. natravnen og havørne anledning til særskilt at overveje, om dele af det planlagte testcenters område skulle have været udpeget som særligt fuglebeskyttelsesområde efter fuglebeskyttelsesdirektivets artikel 4(1).

1. VVM-direktivet

Indledningsvis er der grund til at præcisere formålet med VVM-direktivet og de retlige forpligtelser, der følger af direktivet. Direktivet indeholder grundlæggende tre regler, når et projekt er omfattet af VVM-pligt, nemlig (1) krav om forudgående miljøvurdering af alle direkte og indirekte miljøvirkninger af projektet i forbindelse med gennemførelse af det ansøgte projekt; (2) krav om en offentlig høring af ansøgningen vedlagt miljøvurderingen; og (3) krav om at den kompetente myndighed beslutter at godkende eller forkaste projektet, idet en godkendelse giver projektherren retskrav på at gennemføre projektet. Meningen med disse regler er at kvalificere beslutningsprocessen ved, at beslutningstager dels kender de miljømæssige konsekvenser af en godkendelse og dels kender de synspunkter, som forskellige dele af offentligheden måtte have om projektet. VVM-direktivet stiller således ikke krav om, at et projekt ikke må skade miljøet, men kræver alene, at disse skadevirkninger er kendte forud for vedtagelsen. Derimod kan andre EU-regler betyde, at et projekt har sådanne skadevirkninger på miljøet, at det ikke kan tillades.

I overensstemmelse med VVM-direktivet er det i lovforslaget lagt til grund, at etablering af det foreslåede testcenter med sin størrelse og karakter normalt vil være et VVM-pligtigt projekt, som kræver forudgående miljøvurdering og offentlig høring. I dette tilfælde har regeringen imidlertid ønsket at bruge den særlige undtagelse i VVM-direktivets artikel 1(5) for projekter, der vedtages i enkelthed ved lov, hvorefter:

"Dette direktiv finder ikke anvendelse på projekter, der vedtages i enkeltheder ved en særlig national lov, idet de mål, der forfølges ved dette direktiv, herunder at stille oplysninger til rådighed, nås gennem lovgivningsprocessen."

Højesteret lagde i dom af 2. december 1998 (UfR 1999.367 H) til grund, at lov nr. 590 af 19.

august 1991 om anlæg af en fast forbindelse over Øresund opfyldte betingelsen for undtagelsen i VVM-direktivets artikel 1(5), uanset den endelige fastlæggelse af projektet var udskudt til senere afklaring. Denne udlægning er næppe forenelig med EU-domstolens dom ca. ni måneder senere i sag C-435/97 *WWF mod Borzen*, hvor det blev fastslået, at undtagelsen i artikel 1(5) ikke kan anvendes,

"når loven dels ikke indeholder de nødvendige elementer til vurderingen af projektets indvirkning på miljøet, men foreskriver, at der skal foretages en undersøgelse heraf, som må iværksættes efterfølgende, dels gør det nødvendigt at træffe andre foranstaltninger for at give bygherren ret til at gennemføre projektet."

Undtagelsen i artikel 1(5) kan derfor kun anvendes, når lovgiver forud for lovens vedtagelse har modtaget en miljøvurdering, der opfylder VVM-direktivets mindstekrav. Samtidigt udelukker sidste led, at undtagelsen kan anvendes, hvis projektets gennemførelse kræver yderligere tilladelser, hvorfor der med loven må være en endelig stillingtagen til, hvilket projekt der tillades.

Det sidste blev dog modificeret af EU-domstolens plenumdom ét år senere i sag C-287/98. *Linster*, der omhandlede gyldigheden af ekspropriation til motorvej i Luxembourg vedtaget af lovgiver på grundlag af undtagelsen i VVM-direktivets artikel 1(5). Efter at have bekræftet hovedprincipperne i sag C-435/97 *WWF mod Borzen*, udtalte EU-domstolen i *Linster*-dommens præmis 58, at

"Det er ikke udelukket, at direktivets mål under visse særlige omstændigheder kan nås, selv om linjeføringen for en motorvej, som skal bygges, ikke er blevet fastlagt i selve loven, f.eks. når forskellige varianter af denne linjeføring er blevet undersøgt i detaljer på grundlag af de oplysninger, som er afgivet af bygherren og eventuelt suppleret af myndighederne og af de dele af offentligheden, som kan blive berørt af projektet, og disse varianter af lovgiver er anerkendt at have tilsvarende indvirkning på miljøet."

Der er enighed i teorien om, at dommens lidt knudrede formulering betyder, at undtagelsen i artikel 1(5) også kan anvendes, hvis loven åbner for at vedtage flere alternative løsninger og overlader det til regeringen at vælge mellem disse alternativer. Men det forudsætter, at der forud for lovens vedtagelse foreligger en miljøvurdering af hvert af de mulige alternativer. Derimod er det efter dommen ikke muligt under undtagelsen i artikel 1(5) at vælge en alternativ løsning, hvis denne alternative løsnings miljømæssige konsekvenser ikke var belyst forud for lovens vedtagelse.

Sammenholdes EU-domstolens fortolkning af VVM-direktivets artikel 1(5) med det fremsatte lovforslag, finder jeg, at lovforslaget med den forud gennemførte miljøvurdering opfylder betingelserne for at bruge undtagelsen i VVM-direktivets artikel 1(5). Den omstændighed, at der alene foreligger en screening af alternative placeringsmuligheder af testcentret medfører ikke, at undtagelsen i artikel 1(5) ikke kan anvendes. Begrundelsen for dette er, at undtagelsen i artikel 1(5) alene kræver, at lovgiver et oplyst om det i loven fastsatte projekts direkte og indirekte miljøvirkninger forud for lovens vedtagelse. Bestemmelsen om vurdering af alternativer i VVM-direktivets artikel 5 kan derfor ikke antages at finde anvendelse, når lovgiver benytter undtagelsen i artikel 1(5), hvorfor det må være tilstrækkeligt, at der er foretaget en foreløbig screening, som anført i By- og Landskabsstyrelsens notat af 15. april 2010. Men dette betyder omvendt, at hvis Folketingets flertal måtte foretrække en anden lokalitet for testcentret, vil Folketinget ikke kunne anvende undtagelsen i VVM-direktivets artikel 1(5), medmindre der forud for lovens vedtagelse er gennemført en miljøvurdering ved

en placering af testcentret på en sådan anden lokalitet.

Det fremgår af høringsnotatet, at der fra flere grønne organisationer og fra den uafhængige forskningsinstitution, Danmarks Miljø Undersøgelser er fremsat indsigelser mod kvaliteten af den gennemførte miljøvurdering. Den fremsatte kritik af miljøvurderingens kvalitet går i høj grad på en mangelfuld vurdering af, hvordan testcentret vil påvirke de nærliggende Natura 2000 områder og fuglebeskyttelsesområder.

Indholdet i denne kritik kan efter min opfattelse ikke begrunde, at Folketinget skulle være afskåret fra at anvende undtagelsen i VVM-direktivets artikel 1(5), da den foreliggende miljøvurdering efter mit bedste skøn ligger inden for de krav til miljøvurdering, der kan udledes af VVM-direktivet. Jeg har herved lagt vægt på, at der ikke i den hidtidige praksis fra EU-domstolen ses holdepunkt for, at en miljøvurdering som den foreliggende vil blive tilsidesat som værende i modstrid med VVM-direktivets mindstekrav, uanset om vurderingen på enkelte punkter måtte anses for mindre grundig, da disse forskelle må antages at ligge inden for det lovlige skøn, som kan rummes inden for VVM-direktivet. Det har i denne sammenhæng ikke betydning, om der kan findes eksempler på, at Naturklagenævnet har underkendt tilsvarende vurderinger som utilstrækkelige, da det i forhold til undtagelsen i artikel 1(5) alene er EU-domstolens praksis, der er relevant.

Den fremsatte kritik af miljøvurderingen synes baseret på en manglende sondring mellem VVM-direktivets regler om miljøvurdering og de særlige regler om vurdering af påvirkning af Natura 2000 områder i habitatdirektivets artikel 6(3). Hertil må imidlertid bemærkes, at EU-domstolen i sag C-418/04 *Kommissionen mod Irland* har fastslået, at en miljøvurdering efter VVM-direktivet ikke kan erstatte en vurdering efter habitatdirektivets artikel 6(3) eller omvendt. Så selv om der – som det fremgår nedenfor – kan rejses kritik af miljøvurderingen på grundlag af habitatdirektivets artikel 6(3), kan denne kritik ikke begrunde, at det fremsatte lovforslag er i modstrid med VVM-direktivets artikel 1(5).

2. EU's beskyttelse af arter og deres levesteder

Efter lovforslagets § 23, stk. 2 vil forbuddet mod skade på EU-beskyttede arter i naturbeskyttelseslovens § 29a ikke være gældende ved etablering og anvendelse af testcentret. Det samme gælder jagt- og vildtforvaltningslovens § 6a og 7. Dette må sammenholdes med, at de nævnte bestemmelser i naturbeskyttelsesloven og i jagt- og vildtforvaltningsloven nyligt er vedtaget ved lov nr. 514 af 12. juni 2009 med henblik på imødekomme Kommissionens kritik af, at Danmark ikke havde gennemført den generelle beskyttelse af arter og deres levesteder, som kræves efter habitatdirektivets artikel 12-16 henholdsvis fuglebeskyttelsesdirektivets artikel 5, 7 og 9.

Når disse regler er relevante, er det fordi det af Miljøministeriets VVM-redegørelse fremgår, at der i det påtænkte område i Østerild findes særligt beskyttede fuglearter omfattet af fuglebeskyttelsesdirektivets bilag I som bl.a. havørn og sort natravn, og at der ligeledes findes beskyttede arter omfattet af habitatdirektivets bilag IV som flagermus og spidssnudet frø. Det er i miljøvurderingen og i lovforslagets bemærkninger anført, at anlæggelse og drift af testcenteret ved Østerild vil kunne påvirke disse arters yngle- og rasteområder. Således anføres i bemærkningerne til lovforslaget under pkt. 8.2 og 8.3 bl.a.:

”Det fremgår, at der er en vis risiko for fuglekollision med møllerne, hvilket søges minimeret med tekniske afværgeforanstaltninger. Rydningen af de nåletræsdominerede plantager vil betyde tab af ynglehabitat for fugle i området. [...]

Der er konstateret en række sjældne og værdifulde arter på områdets naturarealer eller i nærheden. En del af disse er omfattet af den danske rødliste eller bilag IV i EF-Habitatdirektivet [...]

Som eksempler på bilag IV-arter i området kan nævnes damflagermus, vandflagermus, spidssnudet frø og stor vandsalamander. Yngle- og rasteområderne for disse arter er både efter habitatdirektivet og naturbeskyttelsesloven beskyttet mod ødelæggelse eller beskadigelse. Som følge af denne beskyttelse må et yngle- eller rasteområde ikke ødelægges, medmindre den økologiske funktionalitet opretholdes, f.eks. ved at der lokalt etableres nye yngle- og rasteområder for de berørte bilag IV-arter.”

Oplysningerne om virkningen af testcentret må sammenholdes med, at der for bilag IV arter efter habitatdirektivets artikel 12 gælder et forbud mod

- a) alle former for forsætlig indfangning eller drab af enheder af disse arter i naturen
- b) forsætlig forstyrrelse af disse arter, i særdeleshed i perioder, hvor dyrene yngler, udviser yngelpleje, overvintrer eller vandrer
- c) forsætlig ødelæggelse eller indsamling af æg i naturen
- d) beskadigelse eller ødelæggelse af yngle- eller rasteområder.

Herfra er der ganske vist en undtagelse i habitatdirektivets artikel 16(1), der lyder:

Hvis der ikke findes nogen anden brugbar løsning, og fravigelsen ikke hindrer opretholdelse af den pågældende bestands bevaringsstatus i dens naturlige udbredelsesområde, kan medlemsstaterne fravige bestemmelserne i artikel 12, 13, 14 og 15, litra a) og b):

- a) for at beskytte vilde dyr og planter og bevare naturtyperne
- b) for at forhindre alvorlig skade navnlig på afgrøder, besætning, skove, fiskeri, vand og andre former for ejendom
- c) af hensyn til den offentlige sundhed og sikkerhed eller af andre bydende nødvendige hensyn til væsentlige samfundsinteresser, herunder af social og økonomisk art, og hensyn til væsentlige gavnlige virkninger på miljøet
- d) med henblik på forskning og undervisning, genopretning af en bestand, genudsætning af disse arter og opdræt med henblik herpå, herunder kunstig opformering af planter
- e) for under omhyggeligt kontrollerede betingelser selektivt og i begrænset omfang at tillade indsamling eller opbevaring af enheder af de arter, der er nævnt i bilag IV, i et antal, der er begrænset og specificeret af de kompetente nationale myndigheder.

I det foreliggende tilfælde må det lægges til grund, at etablering af og drift testcentret har sådanne skadevirkninger på beskyttede arter, at dette vil udgøre en overtrædelse af forbuddet i habitatdirektivets artikel 12, jf. fx sag C-103/00 *Kommissionen mod Grækenland* om manglende beskyttelse af havskildpadders yngleplads på græsk ø. Begrundelsen for etablering af centret medfører imidlertid, at overtrædelsen af artikel 12 vil kunne legitimeres efter habitatdirektivets artikel 16(1)(c) om hensyn til væsentlige samfundsinteresser. Betingelsen for at benytte denne undtagelse er, at der ikke er nogen anden brugbar løsning, og at det sker på kontrolleret vis.

EU-domstolens retspraksis tyder på, at medlemsstaterne i relation til artikel 16 råder over et relativt vidtgående skøn mht. ikke andre brugbare løsninger. Derimod har EU-domstolen lagt afgørende vægt på, at fravigelsen ikke hindrer opretholdelse af den pågældende bestands bevaringsstatus og sker under strengt kontrollerede betingelser, jf. fx sag C-342/05 *Kommissionen mod Finland*, hvor den begrænsede og kontrollerede jagt på ulve fandtes at gå for vidt. Betingelserne for at benytte undtagelsen i habitatdirektivets artikel 16 er mere

generelt udtrykt i sag C-508/04 *Kommissionen mod Østrig*, hvor EU-domstolen udtalte:

”at nationale bestemmelser, som ikke kræver samtlige de i artikel 16 fastsatte kriterier og betingelser overholdt, før der meddeles dispensation fra forbuddene i direktivets artikel 12-14 [..], men blot kræver en del af disse overholdt, ikke er en ordning, der er forenelig med denne artikel. [...] en administrativ praksis, der er forenelig med bestemmelserne i et direktiv, [er] desuden ikke tilstrækkelig til at sikre, at fællesskabsretten gennemføres korrekt.”

Denne understregning af, at undtagelsen i habitatdirektivets artikel 16 er betinget af en korrekt gennemførelse i national lovgivning, er gentaget i andre domme som fx sag C-98/03 *Kommissionen mod Tyskland*. Tilsvarende fortolkning er anført i Kommissionens vejledning fra februar 2007 (s. 53 f), hvor det ligeledes fremhæves, at fuglebeskyttelsesdirektivets artikel 9 indeholder en lignende ordning. I dette lys må det anses for tvivlsomt, om EU's generelle krav til artsbeskyttelse er opfyldt med det foreliggende lovforslag. Ganske vist indeholder lovforslagets § 9 følgende bestemmelse:

Miljøministeren udfører afværgeforanstaltninger af hensyn til yngle- og rasteområder for arter omfattet af bilag 3 til lov om naturbeskyttelse som følge af anlægget og driften af testcenteret.”

Stk. 2. Miljøministeren udfører afværgeforanstaltninger for at modvirke, at fugle eller arter omfattet af bilag 3 til lov om naturbeskyttelse forstyrres med skadelig virkning for arten eller bestanden. Miljøministeren foretager endvidere afværgeforanstaltninger af hensyn til fugles æg og reder.

Stk. 3. Miljøministeren udfører afværgeforanstaltninger af hensyn til naturbeskyttelsen i øvrigt.

Efter lovforslagets § 9 er det således meningen, at miljøministeriet skal gennemføre de afværgeforanstaltninger, som måtte blive nødvendige for at begrænse skadevirkning på de beskyttede arter og deres levesteder. Dette kan i lyset af EU-domstolens fortolkning næppe anses for tilstrækkeligt til at anvende undtagelserne i habitatdirektivet artikel 16 og fuglebeskyttelsesdirektivets artikel 9. Dels mangler lovforslagets § 9 at anføre de i artikel 16 anførte betingelser, dels er § 9 udformet, så afværgeforanstaltningerne er en konsekvens og ikke en forudsætning, hvilket er i modstrid med den proaktive beskyttelse i artikel 16.

Lovforslagets § 9 ligner derfor en genoptagelse af den tidligere danske fejlagtige udlægning af habitatdirektivets artikel 12-16, uanset denne ellers må anses for opgivet med lov nr. 514 af 12. juni 2009. For at sikre at lovforslaget på dette punkt er i overensstemmelse med habitatdirektivet, må det derfor anbefales, at lovforslaget ændres, så § 9 udformes som et forbud svarende til naturbeskyttelseslovens § 29a suppleret af muligheden for, at miljøministeren meddeler dispensation efter en regel svarende til naturbeskyttelseslovens § 65, stk. 6. Direktivet er næppe til hinder for, at det er miljøministeriet, der står for udførelsen af afværgeforanstaltninger, hvorfor der kan optages en supplerende bestemmelse herom, som indbygger denne del af lovforslagets § 9 i undtagelsen.

3. Kræver testcentret vurdering efter habitatdirektivets artikel 6(3)?

Habitatdirektivets artikel 6(3) indeholder følgende bestemmelse om projekter, der kan påvirke EU-fuglebeskyttelsesområder og andre Natura 2000 områder:

“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”.

Som bestemmelsen er fortolket i den ledende dom i sag C-127/02 *Waddenzee*, skal første led i reglen forstås således, at et projekt skal vurderes for dets virkning på et Natura 2000 områdes gunstige bevaringsstatus, medmindre det på forhånd helt kan udelukkes, at projektet påvirker et Natura 2000 område. Dette gælder også projekter, som er beliggende uden for Natura 2000-området, jf. sag C-98/03 *Kommissionen mod Tyskland* og sag C-418/04 *Kommissionen mod Irland*. Den omstændighed, at der ikke foreligger klare holdepunkter for, at projektet skulle have skadelig virkning på et Natura 2000 område, medfører derfor ikke, at vurdering kan undlades, da meningen med vurderingen netop er at afklare, om projektet har skadelig virkning.

Det følger videre af sag C-127/02 *Waddenzee* og EU-domstolens øvrige praksis, at denne vurdering skal omfatte en undersøgelse af alle projektets direkte og indirekte virkning på de beskyttede arter og naturtyper, der udgør grundlaget for udpegningen, og at vurderingen skal inddrage den nyeste videnskabelige virkning. Kun hvis denne vurdering godtgør, at der er videnskabelig vished for, at projektet ikke skader, kan der gives tilladelse til projektet efter habitatdirektivets artikel 6(3). Efter artikel 6(3) gælder der således en art omvendt bevisbyrde for at tillade et projekt. Er det ikke muligt at tillade projektet efter artikel 6(3), vil det i nogle tilfælde være muligt efterfølgende – men kun efterfølgende – at meddele tilladelse efter undtagelsen i artikel 6(4), jf. nærmere nedenfor.

Det fremgår af VVM-redegørelsen, at der i nærheden af det foreslåede område for testcentret ved Østerild er flere fuglebeskyttelsesområder udlagt efter fuglebeskyttelsesdirektivets artikel 4 samt Natura 2000 områder udlagt efter habitatdirektivets artikel 4. Det drejer sig om fem fuglebeskyttelsesområder (nr. 12, 13, 19, 20, 22) og tre habitatområder (nr. 16, 23 og 24), idet der er betydeligt sammenfald mellem habitatområder og fuglebeskyttelsesområder. Ifølge VVM-redegørelsen er det nærmeste fuglebeskyttelsesområde én km. fra testområde (nr. 20), mens de øvrige fuglebeskyttelsesområder er mellem 4 km og 15 km fra testområdet.

I VVM-redegørelsen er det tilsyneladende lagt til grund, at testcentret ikke er omfattet af kravet om vurdering af projektets indvirkning på de nærliggende Natura 2000 områder, idet det anføres s. 70:

”EF-domstolspraksis tilsiger, at bilag 1 arterne skal sikres i fuglebeskyttelsesområderne, men der gælder altså ikke en særlig beskyttelse af disse arter udenfor områderne.”

Samme synspunkt er gentaget i miljøministeriets kommentarer i høringsnotatet, hvor det anføres s. 29:

”De indsigelser, der peger på eventuel påvirkning af konkrete fuglearter, vedrører bekymringer i forhold til fugle, der kan forekomme på arealer uden for Natura 2000-områderne, herunder også arter, der er på udpegningsgrundlaget inde i områderne.

Kravet efter Natura 2000 reglerne om, at skade skal kunne afvises, kun gælder i forhold til påvirkning af Natura 2000-områderne, og ikke for arealer udenfor, uanset om der måtte forekomme arter, der er på udpegningsgrundlaget i nærliggende Natura 2000-områder.

Evt. påvirkning af især fuglene skal ses i lyset af de mere generelle beskyttelsesregler, som kan findes i

Fuglebeskyttelsesdirektivets artikel 3, som ikke rummer tilsvarende høje krav til at dokumentere påvirkning af levesteder, der ligger udenfor Natura 2000-områderne.”

Denne udlægning af EU's krav til fuglebeskyttelse er misvisende af to grunde. For det første fremgår det af fuglebeskyttelsesdirektivets artikel 4(4), sidste punktum, at der som et supplement til beskyttelsen af fuglebeskyttelsesområder efter habitatdirektivets artikel 6 er krav om, at ”medlemsstaterne bestræber sig på at undgå forurening eller forringelse af levesteder også uden for disse beskyttede områder.” Det følger af EU-domstolens dom i sag C-418/04 *Kommissionen mod Irland*, at kravet om beskyttelse af fugle uden for de beskyttede områder ikke kan opfyldes ved efterfølgende eller spredte foranstaltninger. Da dommen ikke er mere specifik mht. kravene til beskyttelse i fuglebeskyttelsesdirektivets artikel 4(4) sidste pkt., er det dog muligt, at de afværgeforanstaltninger, som anføres i bemærkningerne til lovforslagets § 9, er tilstrækkelige til at imødekomme denne del af EU-retten.

Det samme gælder imidlertid ikke den anden indsigelse mod VVM-redegørelsens udlægning af EU-reglerne. Som anført omfatter beskyttelsen af fuglebeskyttelsesområder efter habitatdirektivets artikel 6(3) også et projekt uden for området, medmindre det kan udelukkes, at projektet kan påvirke områdets gunstige bevaringsstatus, hvilket ligeledes understreges i de to notater fra By- og Landskabsstyrelsen af 8. juni 2009 henholdsvis 15. juni 2009.

I det foreliggende tilfælde må det efter VVM-redegørelsen lægges til grund, at vindmøllerne vil blive placeret i en af de ruter, som trækfuglene benytter (se kort s. 85), og hvis testcentret herved kan forstyrre fugletrækket til et af fuglebeskyttelsesområderne, må dette i sig selv anses som en påvirkning, der udløser krav om vurdering efter habitatdirektivets artikel 6(3).

Det fremgår tillige af VVM-redegørelsen, at en del af det nærmeste fuglebeskyttelsesområde (nr. 20) ligger inden for de støjzoner, der er anført s. 167, og at der derfor må forventes en ikke-ubetydelig støj i dele af fuglebeskyttelsesområdet, uden at virkningen af denne støj er belyst. Se fx Miljøklagenævnets afgørelse i MAD 2008.1070 Mkn om miljøgodkendelse af Køge Losseplads, hvor godkendelsen blev hjemvist, bl.a. fordi der manglede en vurdering af støjpåvirkning af nærliggende Natura 2000 område.

Det må endvidere noteres, at det i VVM-redegørelsen er erkendt, at etablering af testcentret med skovrydning, etablering af master, vindmøller og andre anlæg samt transport i og til og fra området har et sådant omfang og en sådan karakter, at det ikke på forhånd kan udelukkes, at dette direkte og indirekte vil kunne påvirke de omkringliggende fuglebeskyttelsesområder. Således anfører VVM-redegørelsen efter at have omtalt de fem nærliggende fuglebeskyttelsesområder og de tre habitatområder (s. 65):

”De øvrige internationale naturbeskyttelsesområder ligger i så stor afstand fra testområdet, at der ikke umiddelbart ventes særlige virkninger af projektet på disse områder, hvorfor disse ikke nærmere er vurderet.”

Dette kan kun forstås således, at VVM-redegørelsen antager, at der kan være en påvirkning af de nærliggende fuglebeskyttelsesområder og de tre habitatområder, hvilket efter dommen i sag C-127/02 *Waddensee* udløser et krav om vurdering efter habitatdirektivets artikel 6(3).

I bemærkningerne til lovforslaget om testcentrets mulige påvirkning af

fuglebeskyttelsesområder er ligeledes anført, at det

”I VVM-redegørelsen er [...] vurderet, at projektforslaget ikke vil skade bevaringsstatus for de fuglearter, som indgår i udpegningsgrundlaget for de omkringliggende internationale naturbeskyttelsesområder. Det fremgår, at der er en vis risiko for fuglekollision med møllerne, hvilket søges minimeret med tekniske afværgeforanstaltninger.”

Og i bemærkningerne til lovforslagets § 9 anføres:

”Der vil endelig blive behov for at udføre foranstaltninger for at afværge skade på omliggende Natura 2000 områder som følge af næringsstofudledning efter skovrydning. Der iværksættes en særlig vådområdeindsats, der skal opveje øget næringsstofudledning, og skovrydningen vil i øvrigt blive tilrettelagt sådan, at det sikres, at der ikke sker udvaskning af næringsstofholdigt vand til sårbare naturområder.”

Bemærkningerne til lovforslaget må således anses som udtryk for, at testcentrets mulige direkte og indirekte påvirkning af Natura 2000 områder har krævet en vurdering. Både oplysningerne i VVM-redegørelsen og bemærkningerne til lovforslaget bekræfter dermed, at det på ingen måde på forhånd kan anses for godtgjort, at enhver mulig påvirkning af de nærliggende fuglebeskyttelsesområder skulle være udelukket. Tværtimod må det konstateres, at der allerede nu foreligger så meget viden om mulige påvirkninger, at det efter EU-domstolens praksis vil udløse krav om en vurdering af testcentrets virkning på de nærliggende fuglebeskyttelsesområder efter habitatdirektivets artikel 6(3).

4. Opfylder VVM-redegørelsen kravene til vurdering i habitatdirektivets artikel 6(3)

Som det indirekte fremgår af de to notater fra By- og Landskabsstyrelsen af 8. juni 2009 henholdsvis 15. juni 2009, er en vurdering efter habitatdirektivets artikel 6(3) ikke det samme som en VVM-redegørelse. Tværtimod har EU-domstolen i sag C-418/04 *Kommissionen mod Irland* understreget, at

”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.”

Den omstændighed, at den foreliggende VVM-redegørelse opfylder kravene i VVM-direktivets artikel 1(5), betyder derfor ikke, at kravene i habitatdirektivets artikel 6(3) er opfyldt, da direktivet stiller krav om en omfattende undersøgelse og dokumentation for påvirkning af Natura 2000 områder, der som anført i de to notater erfaringsmæssigt bl.a. omfatter:

- forstyrrelser fra menneskelig aktivitet i anlægsfasen (støj, trafik m.v., både direkte og afledte (øget trafik) - også i afstand fra anlægget),
- ødelæggelse af levesteder (hvorvidt anlægget med tilhørende anlæg (veje etc.) skader levesteder direkte ved at lægge beslag på fysisk areal eller forudsætter ændringer i området),
- forstyrrelser i driftsfasen (f.eks. støj m.v., der reducerer fuglenes udnyttelse af området, øget menneskelig aktivitet til og fra mølleanlægget, som kan forstyrre fuglene, barriereeffekt af møllerne i forhold til fugles bevægelser til og fra det udpegede område, herunder kollisionsrisiko. DMU har i forbindelse med en vurdering af en ansøgning om møller ved Harboøre vurderet, at levesteder for ynglende vandfugle kan blive påvirket i en afstand på op til 400 m fra anlægget),
- kumulative effekter i forhold til eksisterende anlæg og aktiviteter i området. Her undersøges det, om vindmøllerne forøger påvirkningen af fuglene i sammenhæng med andre forhold i området.

VVM-redegørelsen indeholder imidlertid ikke en vurdering, der modsvarer kravene til vurdering i habitatdirektivets artikel 6(3), men indskrænker sig til en opstilling af de arter, som udgør udpegningsgrundlaget for de omkringliggende fuglebeskyttelsesområder og andre Natura 2000 områder. Dette opfylder ikke de krav til vurdering, der fremgår af de to notater fra By- og Landskabsstyrelsen.

Det følger tillige af sag C-304/05 *Kommissionen mod Italien*, at det ikke er muligt at opfylde kravene i artikel 6(3) ved en vurdering efter lovens vedtagelse, hvor EU-domstolens fandt det i modstrid med artikel 6(3) at tillade et skisportsprojekt på grundlag af en vurdering, der bl.a. anførte:

”Selv om projektet kan betragtes som værende positivt, indebærer det imidlertid nogle mindre positive aspekter, idet det afspejler nødvendigheden af, at der træffes andre beslutninger for visse tekniske aspekter, der også er væsentlige, som formentlig vil medføre tekniske præciseringer i løbet af de næste faser. Det er åbenlyst, at denne undersøgelse også giver udtryk for denne begrænsning, og at den derfor bør betragtes som et vejledende dokument for de beslutninger, som fremhæver risici og stiller forslag med henblik på at løse problemerne, snarere end et præcist mål for den betydning, som de planlagte arbejder vil have for miljøet. Mere præcise vurderinger af disse indvirkninger [...] kan gives i fremtiden i undersøgelser om indvirkningen på miljøet, som vil følge udviklingen af de aktuelle retningslinjer [...]”

De efterfølgende undersøgelser, som er forudsat i bl.a. bemærkningerne til lovforslagets § 9 kan derfor ikke udbedre denne retlige mangel. Det følger endvidere af EU-domstolens dom i sag C-239/04 *Kommissionen mod Portugal*, at det i forholdet til krav om vurdering efter artikel 6(3) ikke gør nogen forskel, hvis det efterfølgende skulle vise sig, at testcentret ikke har skadelig virkning på Natura 2000 områder, idet EU-domstolen udtalte:

”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.”

Den omstændighed, at der i bemærkningerne til lovforslaget forudsættes iværksat kompenserende foranstaltninger for de skadelige virkninger på Natura 2000 områder, fritager ikke for vurdering efter artikel 6(3), men må tværtimod netop anses som et yderligere bevis for, at en vurdering efter artikel 6(3) er påkrævet.

Hvis en vurdering efter artikel 6(3) ikke gennemføres, før lovforslaget vedtages, må det anses som i modstrid med EU-retten, hvis Folketinget alligevel vedtager det fremsatte lovforslag. Skulle dette ske vil loven kunne tilsidesættes som ugyldig, da artikel 6(3) har direkte effekt, jf. sag C-127/02 *Waddenzee*. Det følger af samme dom, at denne ugyldighedsindsigelse vil kunne gøres gældende af en miljøorganisation, hvilket i øvrigt også er anerkendt i dansk ret, jf. UfR 1994.780 ØLK vedrørende Greenpeace sagsanlæg om lov om den faste forbindelse over Øresund.

Det er naturligvis ikke muligt at fremkomme med meningsfulde tilkendegivelser om, hvad en sådan ikke gennemført vurdering måtte vise af påvirkninger, men alene den manglende gennemførelse af vurderingerne betyder efter min opfattelse, at loven ikke kan vedtages – og at domstolene ved en eventuel fremtidig prøvelse af lovens gyldighed må forventes at tilsidesætte loven som ugyldig. Den manglende gennemførelse af vurdering efter artikel 6(3)

har således ganske vidtgående konsekvenser.

5. Undtagelsen for bydende nødvendige samfundshensyn i artikel 6(4)

Såfremt der gennemføres en vurdering af testcentret virkning på nærliggende Natura 2000 områder i overensstemmelse med kravene i habitatdirektivets artikel 6(3), er der to mulige udfald af vurderingen. Det ene er, at vurderingen godtgør, at testcentret ikke har skadelig virkning på Natura 2000 områder, hvorefter lovforslaget i forhold til disse regler kan vedtages. Som det fremgår af sag C-209/02 *Kommissionen mod Østrig*, er det myndighederne, der har bevisbyrden for, at der ikke foreligger en sådan skadelig påvirkning. Hvis projektet kræver kompenserende foranstaltninger, kan projektet ikke godkendes efter artikel 6(3), men kan alene godkendes efter artikel 6(4).

Den anden mulighed er, at vurderingen ikke med tilstrækkelig sikkerhed godtgør, at testcentret ikke kan skade de omkringliggende Natura 2000 områder. Hvis det sidste er tilfældet, kan Folketinget kun vedtage loven efter den særlige procedure i habitatdirektivets artikel 6(4), der lyder:

”Hvis en plan eller et projekt, på trods af at virkningerne på lokaliteten vurderes negativt, alligevel skal gennemføres af bydende nødvendige hensyn til væsentlige samfundsinteresser, herunder af social eller økonomisk art, fordi der ikke findes nogen alternativ løsning, træffer medlemsstaten alle nødvendige kompensationsforanstaltninger for at sikre, at den globale sammenhæng i Natura 2000 beskyttes. Medlemsstaten underretter Kommissionen om, hvilke kompensationsforanstaltninger der træffes.

Hvis der er tale om en lokalitet med en prioriteret naturtype og/eller en prioriteret art, kan der alene henvises til hensynet til menneskers sundhed og den offentlige sikkerhed eller væsentlige gavnlige virkninger på miljøet, eller, efter udtalelse fra Kommissionen, andre bydende nødvendige hensyn til væsentlige samfundsinteresser.”

Som det fremgår, indeholder artikel 6(4) en undtagelse for bydende nødvendige samfundshensyn. Der er efter min opfattelse ikke tvivl om, at et testcenter for vindmøller af den foreslåede karakter ligger inden for undtagelsens anvendelsesområde. Dette betyder imidlertid ikke, at Folketinget uden videre kan benytte undtagelsen.

For det første har EU-domstolen i sag C-441/03 *Kommissionen mod Holland* fastslået, at det alene er muligt at benytte undtagelsen i artikel 6(4), hvis der forud er gennemført den i artikel 6(3) krævede vurdering. Folketinget har derfor ikke i den foreliggende sag om testcentret mulighed for at springe vurderingskravet i artikel 6(3) over ved at gå direkte til undtagelsen.

For det andet har EU-domstolen i sag C-239/04 *Kommissionen mod Portugal* fastslået, at det kun er muligt at benytte undtagelsen i artikel 6(4), hvis der ikke er alternativer, hvilket ikke fandtes opfyldt i den konkrete sag. Samme synspunkt blev anført i sag C-441/03 *Kommissionen mod Holland*, hvor det bl.a. bemærkes:

”For så vidt angår den undersøgelse, der skal foretages inden for rammerne af artikel 6, stk. 4, bemærkes, at de komplekse aspekter, som denne undersøgelse indebærer, såsom om der findes alternative løsninger eller foreligger bydende nødvendige hensyn til væsentlige samfundsinteresser, skal gøre det muligt for medlemsstaterne at træffe alle de kompensationsforanstaltninger, som er nødvendige for at sikre, at den overordnede sammenhæng i Natura 2000 bevares. Når der på lokaliteten findes en prioriteret naturtype og/eller en prioriteret art, er det desuden kun et begrænset antal bydende nødvendige hensyn, der kan anføres som begrundelse for ikke desto mindre at gennemføre en plan eller et projekt.”

Den foreliggende praksis giver ikke et klart svar på, hvilke krav der skal stilles til vurdering af alternativer, hvorfor det er muligt, at en screening af alternativer er tilstrækkelig.

Ved siden af de to ovennævnte betingelser, er anvendelsen af artikel 6(4) betinget af, at der iværksættes kompenserende foranstaltninger, og at Kommissionen underrettes. Kommissionen har ikke en egentlig godkendelsesbeføjelse, men vil afgive en udtalelse. Kommissionens praksis i sager omfattet af artikel 6(4) kan vanskeligt hævdes at være stringent, men hvis den danske regering godtgør, at betingelserne i artikel 6(4) er opfyldt, kan der næppe forventes indsigelser fra Kommissionen. Som minimum må dette forventes at forudsætte, at der foreligger en vurdering af testcentret i overensstemmelse med artikel 6(3), og at der redegøres for, hvorfor alternative placeringer er afvist og for hvilke kompenserende foranstaltninger, der vil blive iværksat.

6. Er der mangler ved udpegning af fuglebeskyttelsesområder

Når der er grund til at overveje, om der mangler ved udpegning af fuglebeskyttelsesområder i området ved Østerild, er det fordi forpligtelsen til at udpege fuglebeskyttelsesområder er dynamisk, jf. sag C-418/04 *Kommissionen mod Irland*. Danmark har derfor pligt til at udpege nye fuglebeskyttelsesområder eller at ændre afgrænsningen af de bestående områder, hvis det på grundlag af ornitologiske kriterier må lægges til grund, at der er nye områder, som benyttes af trækfugle eller fugle anført på fuglebeskyttelsesdirektivets bilag I. Det fremgår af den nævnte dom mod Irland, at der ikke skal meget til, før fuglenes ændrede præferencer for nye lokaliteter udløser krav om udpegning af nye områder eller udvidelse af bestående områder.

Jeg har ikke fagligt grundlag for at vurdere, om der vil være krav om en sådan udpegning, men har bemærket, at det i VVM-redegørelsen s. 90 oplyses, at natravnen er en almindelig ynglefugl i klitplantagerne i Thy, og at en rydning af størstedelen af Østerild plantage vil betyde, at en række yngleområder vil forsvinde. Endvidere nævnes s. 89, at der i området er konstateret havørne. Sammenholdes dette med de i sag C-418/04 *Kommissionen mod Irland* anførte kriterier for udlægning af yderligere lokaliteter for fugle, kan det ikke udelukkes, at der på grundlag af fuglebeskyttelsesdirektivets artikel 4(1) og (2) efter EU-retten er krav om, at dele af testområdet ved Østerild allerede skulle have været udpeget som fuglebeskyttelsesområde.

Hvis dette måtte være tilfældet, har det den vidtgående konsekvens, at det ikke er muligt at benytte undtagelsen i habitatdirektivets artikel 6(4), idet der i så fald gælder en absolut beskyttelse af fuglene, indtil området formelt er udpeget som fuglebeskyttelsesområde, jf. sag C-418/04 *Kommissionen mod Irland*. Det må derfor tilrådes, at dette forhold afklares.

7. Sammenfattende konklusion

På grundlag af ovenstående analyse må de i indledning anførte seks juridiske spørgsmål besvares således:

1. Den foreliggende VVM-redegørelse må anses at opfylde de krav til miljøvurdering, som efter EU-domstolens praksis er betingelsen for, at Folketinget kan anvende undtagelsen i

VVM-direktivets artikel 1(5) og vedtage testcentrets etablering ved en lov. Det forudsætter imidlertid, at testcentrets placering, udformning og karakter ikke afviger fra de forudsætninger, der er lagt til grund i VVM-redegørelsen. I forhold til alternative placeringer af testcentret, er det efter min opfattelse tilstrækkeligt, at der alene er foretaget en screening. Hvis folketinget ønsker at placere testcentret på en anden lokalitet, vil en lov herom først kunne vedtages, når der er gennemført en miljøvurdering af konsekvenserne af denne alternative placering.

2. Det fremgår af VVM-redegørelsen og bemærkningerne til lovforslaget, at testcentret må forventes at have skadelig virkning for flere EU-beskyttede arter og deres yngle- og levesteder. Sådanne skadevirkninger er efter habitatdirektivets artikel 16 alene mulige, når alle betingelser i artikel 16 er opfyldt, og det samme gør sig gældende med fuglebeskyttelsesdirektivets artikel 9. EU-domstolen har fastslået, at de i direktivet fastsatte betingelser for at anvende disse undtagelser skal fremgå af national ret, og at det ikke er tilstrækkeligt, at de opfyldes i administrativ praksis. Lovforslagets § 23 ophæver imidlertid naturbeskyttelseslovens 29a, hvilket medfører, at der kan ske skade på beskyttede arter uden, at der er meddelt dispensation efter naturbeskyttelseslovens § 65, stk. 6. Da lovforslagets § 9 om afværgende foranstaltninger for sådanne skadevirkninger ikke modsvarer betingelserne for undtagelse fra forbuddet mod skadevirkninger, må det tilrådes, at der i lovforslagets § 9 optages bestemmelser, som svarer til indholdet af naturbeskyttelseslovens §§ 29a og 65, stk. 6.

3. Efter habitatdirektivets artikel 6(3) skal der ske en vurdering af testcentrets påvirkning af gunstig bevaringsstatus i de omliggende Natura 2000 områder, medmindre det på forhånd kan udelukkes, at testcentret påvirker disse områder. Det må efter VVM-redegørelsen lægges til grund, at en sådan påvirkning ikke er udelukket, hvorfor der er krav om en vurdering, som opfylder kravene i habitatdirektivets artikel 6(3).

4. VVM-redegørelsens vurdering af testcentrets påvirkning af de nærliggende Natura 2000 områder indskrænker sig til en opstilling af de arter, som udgør udpegningsgrundlaget for de omkringliggende fuglebeskyttelsesområder og andre Natura 2000 områder. Dette kan ikke anses at opfylde kravene til vurdering i habitatdirektivets artikel 6(3). Som følge heraf vil det være i modstrid med EU-retten, hvis Folketinget vedtager lovforslaget, før der foreligger en vurdering, som opfylder kravene i artikel 6(3). Da habitatdirektivets artikel 6(3) har direkte virkning, vil loven kunne tilsidesættes som ugyldig, hvis en miljøorganisation indbringer lovens gyldighed for domstolene.

5. Såfremt en vurdering i overensstemmelse med habitatdirektivets artikel 6(3) godtgør, at testcentret ikke kan skade gunstig bevaringsstatus i de nærliggende Natura 2000 områder, vil lovforslaget kunne vedtages. Hvis vurderingen derimod ikke godtgør dette, vil det formentlig være muligt at anvende undtagelsen i habitatdirektivets artikel 6(4). Dette kan dog kun ske, hvis der forud er gennemført en vurdering i overensstemmelse med artikel 6(3) og på betingelse af, at der ikke er mindre skadelige alternativer. Endvidere kræver artikel 6(4), at der iværksættes kompenserende foranstaltninger, og at Kommissionen underrettes.

6. Efter oplysningerne i VVM-redegørelsen om, at Østerild plantage er levested for natravnen og tilstedeværelsen af havørne kan det ikke på forhånd udelukkes, at der efter

fuglebeskyttelsesdirektivets artikel 4(1) er krav om, at dele af Østerild plantage skulle have været udlagt som fuglebeskyttelsesområde. Hvis dette er tilfældet, vil det ikke være muligt at anvende undtagelsen i habitatdirektivets artikel 6(4), før en sådan udpegning er sket.

Peter Pagh
Den 11. maj 2010