



NATUR- OG
MILJØKLAGENÆVNET

Rentemestervej 8
2400 København NV
Telefon: 72 54 10 00
nmkn@nmkn.dk
www.nmkn.dk

Aage Boel
Nyborgvej 27B
5853 Ørbæk

13. december 2013 · J.nr.: NMK-33-01799 / NMK-34-00217 · Ref.: SSC-NMKN / armun-nmkn

AFGØRELSE

i sag om etablering BioNaturGas Ørbæk i Nyborg Kommune

Vores j.nr. NMK-33-01799 - NMK-34-00217

Hermed fremsendes Natur- og Miljøklagenævnets afgørelse og gebyravgørelse af 13. december 2013 i ovennævnte sager.

Venlig hilsen

Ara Munch
Kontorassistent

Aage Boel
Nyborgvej 27B
5853 Ørbæk



NATUR- OG
MILJØKLAGENÆVNET

Rentemestervej 8
2400 København NV
Telefon: 72 54 10 00
nmkn@nmkn.dk
www.nmkn.dk

13. december 2013 • J.nr.: NMK-34-00217 • Ref.: SSC-NMKN / armun-nmkn

AFGØRELSE

i sag om etablering BioNaturGas Ørbæk i Nyborg Kommune

Som det fremgår af vedlagte afgørelse, har du fået helt eller delvist medhold i din klage.

Det følger af § 2 i bekendtgørelse nr. 754 af 16. juni 2012 om indbringelse af klager for Natur- og Miljøklagenævnet, at det indbetalte gebyr tilbagebetales, hvis klageren får helt eller delvist medhold i klagen. Ved delvist medhold forstås, at klagen er imødekommet på et eller flere punkter, eller Natur- og Miljøklagenævnet i øvrigt har konstateret retlige mangler ved 1. instansens afgørelse. Der kan være givet delvist medhold, f.eks. i processuelle spørgsmål, selvom der ikke er sket en ændring af 1. instansens realitetsafgørelse.

Det indbetalte klagegebyr på 500 kr. tilbagebetales med henvisning til ovennævnte bestemmelse. Beløbet på 500 kr. vil blive overført til din nemkonto inden 1 måned.

I medfør af § 2, stk. 5, i bekendtgørelse nr. 754 af 16. juni 2012 om indbringelse af klager for Natur- og Miljøklagenævnet kan nævnets afgørelse om gebyrspørgsmål ikke indbringes for anden administrativ myndighed.

Venlig hilsen

Ara Munch
Kontorassistent



NATUR- OG MILJØKLAGENÆVNET

Rentemestervej 8
2400 København NV
Telefon: 72 54 10 00
nmkn@nmkn.dk
www.nmkn.dk

13. december 2013 • J.nr.: NMK-34-00217 og NMK-33-01799 • Ref.: macos/ilgra/ssc

AFGØRELSE

i sag om etablering BioNaturGas Ørbæk i Nyborg Kommune

Natur- og Miljøklagenævnet har truffet afgørelse efter planlovens § 58, stk. 1, nr. 4¹.

VVM-reglerne

Nyborg Kommune har den 7. september 2012 truffet afgørelse om, at etablering af biogasanlægget BioNaturGas Ørbæk på ejendommen Industrivej 11 ikke er VVM-pligtig. Afgørelsen er påklaget af omboende.

Natur- og Miljøklagenævnet ophæver Nyborg Kommunes afgørelse af 7. september 2012 om etableringen af biogasanlægget BioNaturGas Ørbæk, og hjemviser sagen til fornyet behandling, da udvidelsen af biogasanlægget forudsætter udarbejdelse af en VVM-redegørelse (VVM-pligt).

Planvedtagelse

Byrådet har den 19. marts 2013 endeligt vedtaget lokalplan nr. 239 og kommuneplantillæg nr. 12 for erhvervsområde ved Nyborgvej, Ørbæk. Afgørelsen er påklaget af omboende.

Natur- og Miljøklagenævnet opretholder Nyborg Kommunes afgørelse af 19. marts 2013 om vedtagelse af lokalplan nr. 239 og kommuneplantillæg nr. 12. Nævnet har således ikke vurderet, at der tale om inhabilitet i denne sag.

Natur- og Miljøklagenævnets afgørelser er endelige og kan ikke indbringes for anden administrativ myndighed, jf. § 17 i lov om Natur- og Miljøklagenævnet². Eventuel retssag til prøvelse af afgørelserne skal være anlagt inden 6 måneder, jf. planlovens § 62.

Afgørelserne er truffet af nævnet, jf. § 5 i lov om Natur- og Miljøklagenævnet.

¹ Lovbekendtgørelse nr. 587 af 27. maj 2013 af lov om planlægning

² Lovbekendtgørelse nr. 736 af 14. juni 2013 om Natur- og Miljøklagenævnet

Klagen til Natur- og Miljøklagenævnet

Nyborg Kommune har den 7. september 2012 truffet afgørelse om, at etablering af biogasanlægget BioNaturGas Ørbæk ikke kræver udarbejdelse af kommuneplanretningslinjer med tilhørende VVM-redegørelse, begrundet med, at påvirkningerne fra projektet vurderes at være af mindre betydning for omgivelserne og miljøet. Etablering af biogasanlægget krævede en ændring af det eksisterende plangrundlag.

Byrådet vedtog den 19. marts 2013 lokalplan nr. 239 og kommuneplantillæg nr. 12 for erhvervsområde ved Nyborgvej, Ørbæk endeligt. Begge afgørelser er påklaget til Natur- og Miljøklagenævnet af en række omboende.

VVM

I klagerne har omboende i et indlæg af 9. oktober 2012 bl.a. anført, at biogasanlægget er VVM-pligtigt, hvilket navnlig skyldes trafik, afstand til nabobeboelse og bymæssig bebyggelse. Derudover gør klagerne gældende, at etablering af biogasanlægget er omfattet af VVM-bekendtgørelsens bilag 1, pkt. 10. De omboende er efterfølgende repræsenteret ved advokat, der er kommet med indlæg i sagen 11. december 2012, 5. februar 2013 og 15. og 23. maj 2013.

Miljøgodkendelse

Den 22. maj 2013 ophævede Natur- og Miljøklagenævnet Nyborg Kommunes afgørelse meddelt den 11. september 2012 om miljøgodkendelse af biogasanlægget. Sagen om miljøgodkendelsen blev hjemvist til kommunens fornyede behandling. Af denne afgørelse fremgår bl.a.:

"Nævnet skal hertil bemærke, at det er en forudsætning for, at der kan meddeles godkendelse af en forurenende aktivitet efter miljøbeskyttelseslovens § 33, at der af godkendelsesmyndigheden er foretaget en tilbundsgående vurdering af, om virksomheden kan etableres på den pågældende lokalitet uden at påføre omgivelserne væsentlig forurening. En sådan vurdering kan ikke erstattes af vilkår, idet der ikke bør meddeles en godkendelse, førend godkendelsesmyndigheden har vurderet, at fastsatte vilkår kan overholdes. Vurderingen må omfatte de konkrete forureningsbegrænsende tiltag, idet der ellers ikke vil kunne foretages en bedømmelse af, om virksomheden lever op til princippet om BAT."

Planvedtagelse

I forhold til planvedtagelsen af 19. marts 2013 gøres navnlig gældende, at såvel Nyborg Kommune som kommunens borgmester er inhabile. Der henvises i klagen af 16. april 2013 fra klagernes advokat til borgmesterens deltagelse i ledelsen af selskabet Naturgas Fyn Holding A/S og til kommunens rolle som grundsælger. Advokaten har endvidere oplyst, at der er klaget til Statsforvaltningen.

Sagens oplysninger

Biogasanlægget skal ligge i et erhvervsområde nord for byen Ørbæk inden for delområde 3, der hører til det nye lokalplanområde nr. 239. Nyborg Kommune oplyser, at kommunen har solgt arealet til Naturgas Fyn Administration under navneforandring til Naturgas Fyn A/S.

Af selskabets hjemmeside³ fremgår følgende om ejerforhold:

³ www.naturgasfyn.dk

Naturgas Fyn I/S, og herunder Naturgas Fyn Holding A/S, ejes af borgerne i de 8 fynske kommuner. Hver kommune er repræsenteret med ét medlem i selskabets bestyrelse. Odense Kommune, der alene ejer 25 % af selskabet, er dog repræsenteret ved to bestyrelsesmedlemmer. Under Naturgas Fyn Holding A/S bestyres tre datterselskaber. De tre selskaber er: Naturgas Fyn A/S, Naturgas Fyn Distribution A/S og Bionaturgas Danmark A/S. Alle datterselskaber ejes 100 % af Naturgas Fyn Holding A/S. Bionaturgas Danmark A/S samler Naturgas Fyn koncernens aktiviteter inden for produktion og salg af bionaturgas. BioNaturGas Ørbæk er beskrevet på dette datterselskabs hjemmeside⁴ under aktuelle projekter.

Om biogasanlægget fremgår det af oplysningerne i de tre klagesager bl.a., at virksomhedens hovedaktivitet er produktion af biogas, som opgraderes til naturgaskvalitet. Virksomheden modtager gylle og fiberfraktion fra nærliggende landbrug samt forbehandlet biomasse (organisk industriaffald) fra nabovirksomheden NC Miljø A/S. BioNaturGas Ørbæk producerer biogas, gødningsvand (rejektvand) og fiberfraktion. Biogassen opgraderes til naturgaskvalitet og afsættes direkte via gasledning til Naturgas Fyns ledningsnet. Gødningsvand leveres tilbage til landbrugene, der leverer gyllen. Fiberfraktionen afhændes til skovbrug og jordbrug. En lille del af den rensede biogas vil via en gasledning blive sendt til NC Miljø A/S' varmecentral. Biogassen skal bruges til produktion af procesvarme og damp, der anvendes ved forbehandling af de organiske biomasser, før de pumpes til biogasanlægget. BioNaturGas Ørbæk ansøgte den 23. maj 2012 om miljøgodkendelse af virksomhedens aktiviteter på Industrivej 11, 5853 Ørbæk. Nyborg Kommune meddelte den 11. september 2012 miljøgodkendelse af BioNaturGas Ørbæk til at modtage 220.000 tons biomasse pr. år.

VVM

Den fremgår af VVM-screeningen, at den tidligere lokalplan RE 51.21.01 ikke er dækkende for det projekterede biogasanlæg med hensyn til den tilladelige miljøklasse i erhvervsområdet samt den tilladelige byggehøjde. Ændringen af den tidligere gældende lokalplan for erhvervsområdet har medført, at der ligeledes er udarbejdet et tillæg nr. 12 til kommunens kommuneplan 2009 bl.a. med henblik på at ændre en mindre del af lokalplanområdet fra miljøklasse 5 til 6.

Biogasanlæg klassificeres ifølge Miljøministeriets "Håndbog om miljø og planlægning" fra 2004 som en miljøklasse 7 virksomhed. Denne type virksomhed er omfattet af et vejledende afstandskrav på minimum 500 m til boligområder. Nyborg Kommune har vurderet, at pga. lugtbegrænsende foranstaltninger, som virksomheden indarbejder i driftsdesignet, samt den lille forøgelse af den lokale trafik i forhold til den eksisterende trafikbelastning, kan det konkrete biogasanlæg klassificeres som miljøklasse 6. Virksomheder, som hører til miljøklasse 6, har et vejledende afstandskrav til boligområder på mindst 300 m.

Nærmeste boligområde forefindes ca. 350 meter sydøst for anlægget. Nærmeste bolig (Nyborgvej 27 C) ligger ca. 150 meter nordøst fra anlægget.

Biogasprojektet omfatter behandling af ca. 150.000 tons gylle og 50.000 tons industriaffald/år og skal placeres på et ca. 1,4 ha stort areal. Fordelingen af biomasser angivet i tons bliver ca. følgende:

- Svinegylle: 60.000
- Kvæggylle: 85.000

⁴ www.bionaturgasdanmark.dk

- Kylling mæg:	3.500
- Mink mæg:	1.500
- Madaffald:	30.000
- Risvand:	15.000
- Alkohol:	5.000

Opbevaringsfaciliteterne angivet i m³ er:

- Modtagetank	3.000
- Buffer/lagertank	2.000
- Lagertank	2.000
- Modtagetank for biomasse med mellem gaspotentiale	500
- Modtagetank for biomasse med højt gaspotentiale	100
- Reaktortank 1	5.000
- Reaktortank 2	5.000
- Reaktortank 3	5.000
- Gaslager (tank)	5.000

Biogasanlægget producerer biogas, gødningsvand (rejektvand) og fiberfraktion. Biogassen opgraderes til naturgaskvalitet og afsættes direkte via gasledning til NaturgasFyns ledningsnet. Den afgassede biomasse og gødningsvand leveres tilbage til landbruget, der har leveret husdyrgødningen. Fiberfraktionen afhændes til skovbrug og jordbrug.

Om støj fremgår det, at der er tale om et nyt anlæg, hvor virksomheden har redegjort for støjdæmpende foranstaltninger, således at miljøgodkendelsens støjgrænseværdier overholdes. Om lugt fremgår det, at virksomheden har redegjort for luftforureningsbegrænsende foranstaltninger, og at miljøgodkendelsens lugtgrænseværdier overholdes.

Det fremgår af VVM-screeningen, at der i forbindelse med levering og afhentning af biomasse til biogasanlægget, dagligt vil være en trafikbelastning på 44 transporter til og fra biogasanlægget, herunder ca. 30 transporter gennem Ørbæk by. Kommunen har sammenholdt forøgelsen med trafiktællinger i området, og oplyser, at etableringen af biogasanlægget vil medføre en forøgelse af trafikbelastningen gennem Ørbæk by på ca. 0,4 % i forhold til det samlede antal køretøjer og ca. 3,5 % i forhold til det samlede antal lastbiler.

Kommunens udtalelse om VVM

Til det i klagen anførte om anlæggets indplacering på VVM-bekendtgørelsens bilag 1, punkt 10, henholdsvis bilag 2, punkt 12b har kommunen oplyst:

Der foretages ingen kemisk behandling af affaldet, som biogasanlægget skal modtage. Affaldet behandles mekanisk og gennemgår en naturlig forrådningsproces. Biogassen der består af ca. 65 % metan og ca. 35 % CO₂, opgraderes til naturgaskvalitet ved at biogassen vaskes i gasopgraderingsanlægget. Vaskningen i gasopgraderingsanlægget foregår med almindeligt drikkevand, uden anvendelse af tilsætningsstoffer. Processen er en af de mest kendte og afprøvede teknologier til biogasopgradering. Vand-skrubningsteknologien til biogasopgradering udnytter, at kuldioxidets opløselighed i vand er meget større end metan. I en skrubberkolonne ledes koldt vand i modstrøm af gas-flowet, og ved at skabe en stor kontaktflade mellem gassen og vandet, kan gassen renses til en renhedsgrad på op til 98 % ren metan og med et metantab på mindre end 1-2 %.

Kommunen finder derfor, at det ansøgte biogasanlæg ikke er omfattet af bilag 1, pkt. 10 i VVM-bekendtgørelsen, men derimod af bilag 2, pkt. 12b "Anlæg for bortskaffelse af affald".

Kommunens udtalelse om planvedtagelse

I forbindelse med vedtagelsen af lokalplanen og tilhørende kommuneplantillæg er det anført, at kommunen og borgmesteren har været inhabile under tilvejebringelsen af planlægningen.

Kommunens advokat har ved et indlæg af 3. maj 2013 herom bl.a. oplyst:

Det gøres i klagen gældende, at der i forbindelse med vedtagelsen af lokalplanen og kommuneplantillægget forelå inhabilitet for både borgmester Erik Christensen og Nyborg Kommune.

Kommunen har i juli 2012 til Naturgas Fyn Administration under navneforandring til Naturgas Fyn A/S solgt et ubebygget erhvervsareal beliggende på Industrivej i Ørbæk. Det fremgår af købsaftalen, at Lokalplan nr. re. 51.21.01 er gældende for området. Købsaftalen er ikke betinget af en lokalplansændring.

... ..

Selskaberne Naturgas Fyn A/S og Bionaturgas Ørbæk A/S er en del af forsyningskoncernen Naturgas Fyn.

... ..

Naturgas Fyn I/S er et kommunalt fællesskab, der ejes af 8 fynske kommuner, herunder Nyborg Kommune. Nyborg Kommunes ejerandel er på 7,9 %. Hver kommune er repræsenteret med ét medlem i bestyrelsen i både Naturgas Fyn I/S og Naturgas Fyn Holding A/S. Erik Christensen er således repræsenteret i bestyrelsen i såvel interessentskabet som i holdingselskabet. Han deltager alene som menigt medlem af bestyrelsen og således ikke som formand. Erik Christensen deltager ikke i ledelsen af datterselskabet Bionaturgas Danmark A/S eller dette selskabs datterselskab Bionaturgas Ørbæk A/S.

... ..

Reglerne om inhabilitet følger både af styrelseslovens § 14 og forvaltningslovens kapitel 2 (§§ 3-6).

... ..

Følgende fremgår af forarbejderne til forvaltningslovens § 3, stk. 1, nr. 3:

"Bestemmelsen vedrører kun tilknytning til en privat juridisk person. Denne afgrænsning indebærer, at tilknytning til en juridisk person, der fuldt ud ejes af stat eller kommune, ikke medfører inhabilitet som følge af bestemmelsen i nr. 3.

(...)

Det er endvidere jævnlige forekommende, at kommunalbestyrelsesmedlemmer af kommunalbestyrelsen eller efter dennes indstilling er indvalgt i selskabs- eller foreningsbestyrelser eller lignende for dér at varetage kommunale interesser. Ifølge den kommunalretlige praksis antages et sådant repræsentationsforhold ikke i almindelighed at bevirke, at den pågældende er inhabil i forhold til kommunalbestyrelsens behandling af en sag, hvori den pågældende enhed er part, eller som denne i øvrigt er berørt af. Lovforslaget tilsigter ikke nogen ændring af denne praksis (...)"

... ..

3.4. Indenrigsministeriets rapport fra 2006

Indenrigs- og Sundhedsministeriet har i december 2006 udgivet "Rapport fra Udvalget vedrørende de styringsmæssige relationer mellem kommunalbestyrelser og kommunale selskaber". Følgende fremgår af rapporten vedrørende inhabilitet:

"Det er herefter udvalgets opfattelse, at det ved forvaltningslovens vedtagelse har været udgangspunktet, at kommunalbestyrelsesmedlemmer eller kommunalt ansatte, der er udpeget eller indstillet af kommunalbestyrelsen som medlemmer af bestyrelsen i et aktie- eller anpartsselskab, ikke anses som inhabile." (s. 116)

Endvidere anbefaler udvalget en fremtidig retstilstand på det kommunale område, hvorefter der som udgangspunkt ikke foreligger inhabilitet i kommunalbestyrelsen som følge af deltagelse i bestyrelsen i aktie- og anpartsselskaber med kommunal deltagelse, herunder også fuldt ud kommunalt ejede aktie- og anpartsselskaber med flere kommunale ejere.

Udvalgets anbefaling lægger således op til en øget anvendelse af den kommunalretlige modifikation. Udvalget angiver herudover fire typesituationer, hvor der - uanset den kommunalretlige modifikation - efter omstændighederne fortsat kan være anledning til at statuere inhabilitet for et kommunalbestyrelsesmedlem, der også deltager i ledelse af et kommunalt ejet selskab:

- hvor kommunalbestyrelsen skal tage stilling til den pågældendes varetagelse af sit bestyrelseshverv,
- hvor kommunalbestyrelsen udøver tilsyn – ud over det overordnede økonomiske tilsyn med selskabet, der følger af kommunernes ejerskab – eller kontrolvirksomhed i forhold til selskabet,
- hvor kommunalbestyrelsesmedlemmet er bestyrelsesformand i selskabet, og der kan være tvivl om, hvorvidt den pågældende ved kommunalbestyrelsens behandling af sagen alene vil varetage saglige, offentlige interesser, og
- hvor kommunalbestyrelsen og selskabet indgår privatretlige aftaler

Vurdering af inhabilitet

4.1. Inhabilitet for Erik Christensen

Det følger af bestemmelsen i forvaltningslovens § 3, stk. 1, nr. 3, at et kommunalbestyrelsesmedlem, herunder borgmesteren, som medlem af bestyrelsen for et selskab vil være inhabil ved kommunalbestyrelsens behandling af en sag, hvis selskabet har en særlig interesse i denne. Det fremgår imidlertid af lovforarbejderne til § 3, stk. 1, nr. 3, at bestemmelsen ikke finder anvendelse i forhold til et kommunalbestyrelsesmedlem, der er medlem af bestyrelsen for et offentligt ejet selskab.

Da selskaberne Naturgas Fyn I/S og Naturgas Fyn Holding A/S fuldt ud er kommunalt ejede, finder bestemmelsen således ikke anvendelse i forhold til Erik Christensens deltagelse i ledelsen af disse selskaber.

Uanset om inhabilitet skal vurderes efter forvaltningslovens § 3, stk. 1, nr. 3, eller opsamlingsbestemmelsen i § 3, stk. 1, nr. 5, er det absolutte udgangspunkt under alle omstændigheder, at borgmesterens deltagelse i ledelsen af selskabet ikke fører til borgmesterens inhabilitet ved kommunalbestyrelsens behandling af en sag vedrørende selskabet. Dette følger af den såkaldte kommunalretlige modifikation, jf. også ombudsmandens udtalelse i sagen FOB85.75, samt rapporten fra Udvalget vedrørende de styringsmæssige relationer mellem kommunalbestyrelser og kommunale selskaber. Der er ikke ved kommunens vedtagelse af en lokalplan tale om et af de fire typetilfælde, der efter omstændighederne kan udgøre en undtagelse til den kommunalretlige modifikation. Der er således ikke ved vedtagelsen af lokalplanen tale om, at kommunalbestyrelsen skal tage stilling til borgmesterens varetagelse af sit bestyrelseshverv, at kommunalbestyrelsen udøver tilsyn, at borgmesteren er bestyrelsesformand i selskabet, eller at kommunalbestyrelsen og selskabet indgår en privatretlig aftale.

Da borgmester Erik Christensen deltager i ledelsen af Naturgas Fyn I/S og Naturgas Fyn Holding A/S for her at varetage kommunens interesser, samt da ovennævnte fire undtagelser ikke finder anvendelse i denne sag, finder den kommunalretlige modifikation anvendelse.

... ..

Hertil kommer også, at borgmesteren ikke deltager i ledelsen af datterselskaberne i naturgas-koncernen, herunder selskabet Bionaturgas Ørbæk A/S, og at borgmesteren ikke har en personlig interesse i sagen. Det

følger således også af interessens styrke og sagens karakter, at der ikke kan antages at være fare for, at vedtagelsen af lokalplanene har været påvirket af uvedkommende hensyn, jf. forvaltningslovens § 3, stk. 2.

... ..

Myndighedsinhabilitet

Forvaltningslovens regler om inhabilitet behandler ikke spørgsmålet om myndighedsinhabilitet. Retsstillingen på området bygger derfor på uskrevne retsgrundsætninger udviklet gennem praksis.

Ved vurderingen af myndighedsinhabilitet skal der tages stilling til, om kommunen (dvs. den samlede kommunalbestyrelse) er inhabil som følge af kommunens interesser i sagen. Det bemærkes, at den risiko for mistillid, der eventuelt kan opstå som følge af en eller flere kommunalbestyrelsesmedlemmers dobbeltrolle som kommunalbestyrelsesmedlemmer og medlemmer af en selskabsbestyrelse, ikke kan overføres på kommunen/den samlede kommunalbestyrelse. Det er i teori og praksis fast antaget, at kommunalbestyrelsens rolle som aktionær ikke i sig selv fører til, at kommunalbestyrelsen som sådan må anses som myndighedsinhabil, når en beslutning vedrører et af kommunen helt eller delvist ejet aktieselskab.

Hertil kommer, at det er helt almindelig praksis – såvel i Nyborg Kommune som i andre kommuner – at kommunen har flere roller, herunder både som grudsælger og planmyndighed. Der er ligeledes almindelig praksis, at kommunen i forbindelse med et grudsalg efterfølgende tilvejebringer det nødvendige plangrundlag for den påtænkte anvendelse af grunden eksempelvis ved udstedelse af en lokalplan. Der er således ikke tale om, at kommunen særligt har tilgodeset egne interesser, herunder interesser i et kommunalt ejet selskab, idet kommunen ved vedtagelsen af lokalplanen blot har fulgt almindelig praksis på området. Det gøres i den forbindelse også gældende, at begrebet myndighedsinhabilitet i praksis ikke eksisterer på miljøområdet, da myndighederne med hjemmel i miljølovgivningen i mange situationer skal træffe afgørelser i egne sager.

Kommunens salg af erhvervsarealet til Naturgas Fyn er sket til markedspris, og kommunens vedtagelse af lokalplan 239 og plantillæg 12 har til formål at muliggøre etablering af et biogasanlæg, hvorved kommunen således varetager en lovlig kommunal interesse (miljømæssige hensyn). Lokalplanens vedtagelse er således også både saglig og lovlig.

Endelig bemærkes, at substitution ikke er mulig, idet beslutningen ikke kan overlades til en anden myndighed. På denne baggrund, samt da kommunen inden for ret vide rammer er forpligtet til at varetage kommunens økonomiske interesser, er der således intet belæg for at anse kommunen for inhabil i den pågældende sag.

De omboendes advokat har orienteret om, at Statsforvaltningen med afgørelse af 14. maj 2013 har afvist at behandle spørgsmål om habilitet under henvisning til sagens behandling i Natur- og Miljøklagenævnet. Advokaten er ikke kommet med supplerende bemærkninger til at det af kommunens advokat anførte.

Natur- og Miljøklagenævnet har på baggrund af nyere praksis fra EF-domstolen drøftet nævnets praksis om biogasanlæg, herunder forholdet mellem bl.a. affaldsdirektivet og VVM-direktivet⁵, med Kammeradvokaten.

⁵ Dette spørgsmål er bl.a. også rejst af Helle Tegner Anker i "Planloven med kommentarer" udgivet i 2013. Se side 287-88.

Natur- og Miljøklagenævnets bemærkninger og afgørelse

I sagens behandling har deltaget 9 af Natur- og Miljøklagenævnets 10 medlemmer i den læge sammensætning: Pernille Christensen (formand), Ole Pilgaard Andersen, Leif Hermann, Per Larsen, Marion Pedersen, Poul Søgaard, Peter Thyssen, Jens Vibjerg og Henrik Waaben.

Efter planlovens § 58, stk. 1, nr. 4, kan der alene klages til Natur- og Miljøklagenævnet over retlige spørgsmål i forbindelse med kommunens afgørelser efter planloven. Spørgsmål om VVM-reglerne såvel som vedtagelse af planer efter planloven er omfattet af denne klageadgang. Endvidere er det et retlig spørgsmål, om de almindelige forvaltningsretlige regler vedrørende habilitet er fulgt.

Planvedtagelse

Reglerne om inhabilitet gælder samtidig med planlovens regler om bl.a. frister for vedtagelse af lokal- og kommuneplaner. Reglerne om habilitet fremgår af forvaltningslovens § 3:

- § 3 Den, der virker inden for den offentlige forvaltning, er inhabil i forhold til en bestemt sag, hvis
- 1) vedkommende selv har en særlig personlig eller økonomisk interesse i sagens udfald eller er eller tidligere i samme sag har været repræsentant for nogen, der har en sådan interesse,
 - 2) vedkommendes ægtefælle, beslægtede eller besvogrede i op- eller nedstigende linie eller i sidelinien så nær som søskendebørn eller andre nærstående har en særlig personlig eller økonomisk interesse i sagens udfald eller er repræsentant for nogen, der har en sådan interesse,
 - 3) vedkommende deltager i ledelsen af eller i øvrigt har en nær tilknytning til et selskab, en forening eller en anden privat juridisk person, der har en særlig interesse i sagens udfald,
 - 4) sagen vedrører klage over eller udøvelse af kontrol- eller tilsynsvirksomhed over for en anden offentlig myndighed, og vedkommende tidligere hos denne myndighed har medvirket ved den afgørelse eller ved gennemførelsen af de foranstaltninger, sagen angår, eller
 - 5) der i øvrigt foreligger omstændigheder, som er egnede til at vække tvivl om vedkommendes upartiskhed.

Stk. 2 Inhabilitet foreligger dog ikke, hvis der som følge af interessens karakter eller styrke, sagens karakter eller den pågældendes funktioner i forbindelse med sagsbehandlingen ikke kan antages at være fare for, at afgørelsen i sagen vil kunne blive påvirket af uvedkommende hensyn.

Stk. 3 Den, der er inhabil i forhold til en sag, må ikke træffe afgørelse, deltage i afgørelsen eller i øvrigt medvirke ved behandlingen af den pågældende sag.

Klagernes advokat har anført, at såvel kommunen som borgmesteren har været inhabile under tilvejebringelsen af planlægningen. Kommunen har ved sin advokat vurderet, at idet selskaberne Naturgas Fyn I/S og Naturgas Fyn Holding A/S fuldt ud er kommunalt ejede, finder bestemmelsen i § 3, stk. 1, nr. 3, ikke anvendelse i forhold til borgmester Erik Christensens deltagelse i ledelsen af disse selskaber. Der er endvidere argumenteret for, at der heller ikke er tale om inhabilitet i forhold til lovens § 3, stk. 1, nr. 5 (opsamlingsbestemmelsen), og henvist til udsagn og anbefalinger i Indenrigs- og Sundhedsministeriets "Rapport fra Udvalget vedrørende de styringsmæssige relationer mellem kommunalbestyrelser og kommunale selskaber" fra december 2006.

Af oplysningerne på sagen fremgår bl.a. også:

Kommunen har i juli 2012 solgt et ubebygget areal til Naturgas Fyn Administration (senere Naturgas Fyn Holding A/S). Købsaftalen var ikke betinget af vedtagelsen af den påklagede lokalplan med tilhørende kommuneplantillæg.

Naturgas Fyn I/S er et kommunalt fællesskab, der ejes af 8 fynske kommuner, herunder Nyborg Kommune. Nyborg Kommunes ejerandel er på 7,9 %. Naturgas Fyn I/S ejer Naturgas Fyn Holding A/S. Hver kommune er repræsenteret med ét medlem i bestyrelsen i både Naturgas Fyn I/S og Naturgas Fyn Holding A/S. Borgmester Erik Christensen er således repræsenteret i bestyrelsen i såvel interessentskabet som i holdingselskabet. Han deltager alene som menigt medlem af bestyrelsen og ikke som formand. Borgmesteren deltager ikke i ledelsen af datterselskabet Bionaturgas Danmark A/S eller dette selskabs datterselskab Bionaturgas Ørbæk.

Natur- og Miljøklagenævnet har forstået kommunens oplysninger således, at deltagelsen forudsætter, at borgmesteren varetager offentlige interesser. Nævnet finder på baggrund af oplysningerne om borgmesterens deltagelse som Nyborg Kommunes repræsentant i bestyrelsen i selskaberne Naturgas Fyn I/S og Naturgas Fyn Holding A/S ikke, at der grundlag for at antage, at han har haft en sådan særlig interesse i sagens udfald, eller at der i øvrigt har været om omstændigheder, som er egnede til at vække tvivl om borgmesterens upartiskhed, jf. § 3, stk. 1, nr. 3 og 5, at han har været inhabil forhold til sagen om vedtagelse af lokalplan- og kommuneplanlægning for erhvervsområdet i Ørbæk.

Klagernes advokat har også anført, at Nyborg Kommune bl.a. som følge af salget af grunden, hvorpå BioNaturGas Ørbæk skal etableres, skulle være inhabil i behandling af spørgsmål om vedtagelse af planlægning for ejendommen og området.

Forvaltningsloven indeholder ikke bestemmelser om myndighedsinhabilitet. Retstilstanden beror på den praksis, der har udviklet sig hos domstolene og hos Folketingets Ombudsmand med udgangspunkt i reglerne om personlig inhabilitet.

Nævnet har på baggrund af sagens oplysninger ikke fundet grundlag for at konstatere, at Nyborg Kommune/kommunalbestyrelsen som helhed skulle være inhabil i denne sag eller have varetaget usaglige interesser under planlægningen eller vedtagelse af samme.

Natur- og Miljøklagenævnet kan på den baggrund ikke give de omboende medhold i klagen over kommunens afgørelse af 19. marts 2013 om vedtagelse af lokalplan nr. 239 og kommuneplantillæg nr. 12.

VVM-reglerne

Det er også et retligt spørgsmål, om Nyborg Kommunes afgørelse i henhold til reglerne om VVM, der er fastsat i planloven og VVM-bekendtgørelsen⁶, er korrekt, herunder om anlægget forudsætter tilvejebringelse af en VVM-redegørelse. Om kommunens afgørelse i henhold til VVM-reglerne er hensigtsmæssig, er et skønsmæssigt spørgsmål, der ikke kan påklages til Natur- og Miljøklagenævnet.

De nærmere regler om VVM-pligt er fastsat i VVM-bekendtgørelsen. Bekendtgørelsen fastsætter i § 3, stk. 1, at forslag til kommuneplanretningslinjer for de i bekendtgørelsens bilag 1 angivne anlæg

⁶ Bekendtgørelse nr. 1510 af 15. december 2010 om vurdering af visse offentlige og private anlægs virkning på miljøet

ved nyanlæg skal ledsages af en redegørelse, der indeholder en vurdering af anlæggets virkning på miljøet (obligatorisk VVM-pligt). Ved nyanlæg og ændringer af bestående anlæg på bilag 2, skal kommunen offentliggøre forslag til kommuneplanretningslinjer for anlægget, når anlægget på grund af dets art, dimensioner og placering må antages at kunne få væsentlig indvirkning på miljøet. Ved vurdering heraf skal der tages hensyn til kriterierne i bilag 3, jf. § 3, stk. 2 (screening).

En screening er en foreløbig vurdering af, hvorvidt en væsentlig påvirkning af miljøet er påregnelig. Det indebærer, at der må accepteres et vist spillerum for vurderingen. En screeningsafgørelse skal kunne træffes ret hurtigt og hovedsagelig på grundlag af allerede foreliggende oplysninger og alment erfaringer om det pågældende sagsområde. Er der behov for mere indgående undersøgelser for at foretage den fornødne vurdering, taler det for, at der foretages en VVM-vurdering.

Det fremgår af VVM-vejledningen, at hvis en gennemførelse af et anlægsprojekt forudsætter, at der skal foretages ændringer i kommuneplanen, bortset fra ubetydelige ændringer eller ændringer af en art, der ikke kan påvirke miljøet, vil anlægget som udgangspunkt være VVM-pligtigt.

Er biogasanlæg omfattet af bilag 1 eller bilag 2?

Biogasanlæg har ikke et selvstændigt punkt på VVM-bekendtgørelsens bilag 1 eller 2. Et biogasanlæg kan afhængig af kapacitet og indretning være omfattet af forskellige bilagspunkter. Det drejer sig navnlig om

- bilag 1, punkt 10 Anlæg til bortskaffelse af ikke-farligt affald ved forbrænding eller kemisk behandling (som defineret i bilag II A til direktiv 75/442/EØF) afsnit D9) med en kapacitet på over 100 tons/dag
- bilag 1, punkt 39 Enhver ændring eller udvidelse af projekter, der er opført i dette bilag, såfremt en sådan ændring eller udvidelse i sig selv opfylder de eventuelle tærskelværdier, der er fastsat i dette bilag.
- bilag 2, punkt 3a, Energiindustrien: Industrianlæg til fremstilling af elektricitet, damp og varmt vand
- bilag 2, punkt 12b Andre anlæg: Anlæg til bortskaffelse af affald

Hvilket af bilagspunkterne det enkelte biogasanlæg er omfattet af, afhænger af anlæggets indretning og kapacitet. Biogas produceres typisk af husdyrgødning og organisk affald. I nogle anlæg afbrændes biogasse i energianlæg som en del af biogasanlægget. I andre biogasanlæg opgraderes biogassen til naturgas, før den afsættes til naturgasnettet. De enkelte biogasanlæg kan have meget forskellige indretninger og kapacitet.

I den hidtidige praksis om VVM-reglerne og biogasanlæg har udgangspunktet været, at et biogasanlæg er omfattet af bilag 2, punkt 12b og dermed skal screenes. Hvis miljøpåvirkninger har været vurderet som væsentlige, jf. kriterierne på bilag 3, så var anlægget VVM-pligtigt.

Nævnets nye praksis betyder, at nogle biogasanlæg også kan være omfattet af VVM-bekendtgørelsens bilag 1, og dermed er obligatorisk VVM-pligtige. Andre anlæg vil fortsat skulle screenes i henhold til bilag 2, punkt 12b.

Udgangspunktet for Natur- og Miljøklagenævnets vurdering af om et biogasanlæg er omfattet af bilag 1, punkt 10 er bl.a., at selv om biogas isoleret må antages at være et stof, der er ophørt med at være affald, herunder et stof som indgår som en del af en energifremstilling, så er den biomasse,

som tilføres et biogasanlæg, affald. Det vil efter nævnets opfattelse ikke være i overensstemmelse med VVM-reglerne at opdele produktionsprocesserne i et biogasanlæg mellem affaldsbehandling og energifremstilling. Det indgår også i nævnets vurdering heraf, at det af praksis om bortskaffelse og nyttiggørelse af affald fremgår, at begrebet bortskaffelse af affald i VVM-direktivet er et selvstændigt begreb, som skal forstås bredt som omfattende samtlige metoder, der enten fører til bortskaffelse af affald i streng forstand eller til nyttiggørelse af affaldet⁷.

Ved fortolkningen af ordlyden af bilag 1, punkt 10, er det endvidere indgået i nævnets vurdering, at det af praksis om fortolkningen af VVM-direktivet fremgår, at direktivets anvendelsesområde er vidt og dets formål bredt, og at bilagspunkterne skal fortolkes bredt og formålsbestemt⁸. Det forhold, at biogas må antages at være et stof, der er ophørt med at være affald, fører efter nævnets vurdering ikke til, at processerne i et biogasanlæg kan opdeles, således at en evt. efterfølgende forbrænding eller opgradering af biogassen fører til, at der ikke er tale om behandling af affald, og dermed at et anlæg trods kapaciteten på 100 tons/dag kan undgå den obligatoriske VVM-pligt efter bilag 1, punkt 10. En sådan opdeling af produktionen i et biogasanlæg vurderes ikke at være i overensstemmelse med VVM-direktivet.

Efter Natur- og Miljøklagenævnets opfattelse skal processerne i og miljøpåvirkninger fra et biogasanlæg ses under et, og en afbrænding af biogas på selve anlægget og/eller opgradering i anlægget med henblik på at afsætte den opgraderede biogas skal indgå i den samlede bedømmelse af anlægget i henhold til bilag 1, punkt 10. Endvidere er det indgået i nævnets vurdering, at den brede forståelse af bortskaffelsesbegrebet i VVM-direktivet må føre til, at metoderne nævnt i bilag 1, punkt 10 (forbrænding eller kemisk behandling) ligeledes skal fortolkes bredt. Nævnet finder således ikke grundlag for generelt at fortolke henvisningen til affaldsdirektivets i bilag 1, punkt 10, og de omtalte metoder indskrænkende med henblik på at undgå, at visse biogasanlæg med en kapacitet på 100 tons/dag bliver omfattet af den obligatoriske VVM-pligt, der følger af VVM-direktivets bilag 1.

For de biogasanlæg, der ligger under kapacitetsgrænsen på 100 tons/dag på bilag 1, punkt 10, vil udgangspunktet fortsat være, at der er pligt til at screene anlægget efter bilag 2, punkt 12b, som et anlæg til bortskaffelse af affald.

BioNaturGas Ørbæk

Nyborg Kommune har vurderet, at anlægget er omfattet af bilag 2, punkt 12b, og har udarbejdet kommuneplantillæg nr. 12 – for et erhvervsområde 3.E.6 i Ørbæk.

I anlægget BioNaturGas Ørbæk produceres biogassen på baggrund af husdyrgødning og industriaffald. Projektet omfatter behandling af ca. 150.000 tons husdyrgødning og 50.000 tons industriaffald/år. Kapaciteten er således over 100 tons/dag. Biogassen opgraderes til naturgaskvalitet og afsættes direkte via gasledning til NaturgasFyns ledningsnet. Den afgassede biomasse og gødningsvand leveres tilbage til landbruget, der har leveret husdyrgødningen. Fiberfraktionen afhændes til skovbrug og jordbrug. Efter Natur- og Miljøklagenævnets vurdering er etablering af et biogasanlæg

⁷ Se bl.a. C-486/04 Kommissionen mod Italien, præmis 44.

⁸ Se bl.a. C-227/01 Kommissionen mod Spanien og C-142/07 Ecologistas en Acción-CODA om unddragelse fra VVM-direktivets anvendelsesområde og om fortolkning af bilagspunkter og direktivets formål bl.a. C-72/95 Kraaijeveld, C-435/97 WWF, C-2/07 Abraham, C-263/2008 Djurgården, C-50/09 Kommissionen mod Irland og C-227/01 Kommissionen mod Spanien.

med denne kapacitet og indretning til opgradering af biogassen til naturgas omfattet af VVM-bekendtgørelsens bilag 1 punkt 10, og dermed omfattet af den obligatoriske VVM-pligt.

Natur- og Miljøklagenævnet ophæver derfor Nyborg Kommunes afgørelse af 7. september 2012 om etableringen af biogasanlægget BioNaturGas Ørbæk, og hjemviser sagen til fornyet behandling, da udvidelsen af biogasanlægget forudsætter udarbejdelse af en VVM-redegørelse (VVM-pligt).

Natur- og Miljøklagenævnet beklager sagsbehandlingstiden.

På nævnets vegne



Susanne Spangsberg

Afgørelsen er sendt pr. e-mail til:

- Kielberg Advokater, ref. 32806 – KT-BW, kielberg@kielberg.com; bw@kielberg.com; kt@kielberg.com
- Nyborg Kommune, j.nr. 450-2912-24482, kommune@nyborg.dk; pju@nyborg.dk

og pr. brev til:

- BioNaturGas Danmark A/S, Ørbækvej 260, 5220 Odense SØ
- Aage Boel, Nyborgvej 27B, 5853 Ørbæk