

Artikel

96

Hvor og hvornår gælder forbuddet mod tilstandsændringer i naturbeskyttelseslovens § 3, og hvad betyder forbuddet?

– analytiske og retssikkerhedsmæssige problemer med § 3

Af professor, dr.jur. Peter Pagh

Naturbeskyttelseslovens § 3 indeholder et straf-sanktioneret forbud mod at ændre tilstanden i bestemte naturtyper som moser og enge, medmindre der er meddelt dispensation efter § 65. Umiddelbart ser reglen enkel ud, men i praksis giver den anledning til betydelig tvivl. Dette gælder både mht., om et areal er beskyttet, hvilken tilstand der er beskyttet, og hvad lokaliteten er beskyttet imod, fordi svaret på disse spørgsmål ofte beror på biologisk sagkundskab. Hertil kommer, at både det beskyttede areal og den beskyttede tilstand er variable, der ændrer sig med tiden, da et areal kan vokse ud og ind af beskyttelsen eller vokse ind i en anden beskyttet tilstand, uden at § 3 er overtrådt. I praksis kan det derfor være vanskeligt for den enkelte grundejer at få hold på, hvor og hvornår § 3 gælder, og hvad det så konkret indebærer af rådhedsbegrænsninger. Konsekvensen viser sig i form af ganske mange sager om retlig eller fysisk lovliggørelse af forhold, der i nogle tilfælde er begået for 15 til 20 år siden, og hvor sagen ofte afgøres på grundlag af gamle luftfotos. I artiklen fremlægges en oversigt over de mange indbyrdes sammenhængende spørgsmål, som må besvares for at afgøre, om § 3 er relevant, hvilket danner grundlag for en afsluttende drøftelse af de retssikkerhedsmæssige betænkeligheder ved den

nuværende udformning af § 3, hvor inddrages en ny dom om randzonenloven.¹

1. Forbuddet mod tilstandsændringer i § 3

Naturbeskyttelseslovens § 3 lyder:

Der må ikke foretages ændring i tilstanden af naturlige søer, hvis areal er på over 100 m² eller af vandløb eller dele af vandløb, der af miljøministeren efter indstilling fra kommunalbestyrelsen er udpeget som beskyttede. Dette gælder dog ikke for sædvanlige vedligeholdelsesarbejder i vandløb.

Stk. 2. Der må ikke foretages ændringer i tilstanden af

- 1) heder,
- 2) moser og lignende,
- 3) strandenge og strandsumpe samt
- 4) ferske enge og biologiske overdrev,

når sådanne naturtyper enkeltvis, tilsammen eller i forbindelse med de søer, der er nævnt i stk. 1, er større end 2.500 m² i sammenhængende areal.

Stk. 3. Der må heller ikke foretages ændring i tilstanden af moser og lignende, der er mindre end 2.500 m², når de ligger i forbindelse med en sø eller et vandløb, der er omfattet af beskyttelsen i stk. 1.

Reglen er opdelt således, at stk. 1 omfatter naturlige søer over 100 m² og udpegede vandløb, og stk. 2

1. Artiklen er en viderebearbejdning af et indlæg på en høring i Folketingets Miljøudvalg den 6. maj 2015 om de retssikkerhedsmæssige og analytiske problemer ved forbuddet mod tilstandsændringer i naturbeskyttelseslovens § 3.

omfatter bestemte naturtyper, hvis areal alene eller tilsammen er 2.500 m². Fælles for de to bestemmelser er, at de indeholder et forbud mod at »foretage ændring i tilstanden« af de pågældende lokaliteter.

Denne udformning af forbuddet går tilbage til 1972, hvor der i den daværende naturfredningslovs § 43, stk. 2 blev indført en regel om, at »ændringer af offentlige vandløbs åbne forløb samt naturlige søers tilstand må kun ske med fredningsplanudvalgets tilladelse«. I 1978 blev reglen udvidet til at omfatte private vandløb og moser, og i 1983 kom heder og strandenge med. Med naturbeskyttelsesloven i 1992 blev ordningen ændret til et forbud med mulighed for dispensation, og ordningen blev samtidig udvidet til at omfatte ferske enge og overdrev. Efter at Naturklagenævnet i MAD 2001.1530 Nkn afviste, at »overdrev« omfattede andet end historiske overdrev, blev forbuddet mod tilstandsændringer ved lov 454/2004 udvidet til at omfatte »biologiske overdrev«.

Når beskyttelsen af biotoper blev udformet som et generelt forbud mod tilstandsændringer, var det primært for at undgå problemer med ekspropriationserstatning for rådighedsbegrænsninger, da et generelt forbud normalt har karakter af erstatningsfri regulering. Dette betød så samtidig, at forbuddet mod tilstandsændringer i § 3 ikke griber ind i den hidtidige lovlige anvendelse af en ejendom, selv om denne anvendelse må forventes at føre til ændringer af en § 3-beskyttet biotop,² ligesom det medførte, at § 3 ikke indebar en handlepligt, hvorfor forbuddet ikke omfatter unladelser, selv om fx manglende pleje kan føre til ændringer af tilstanden i en beskyttet biotop.

Forbuddet mod tilstandsændringer i § 3-beskyttede naturtyper omfatter derfor ikke enhver ændring af tilstanden i de beskyttede naturtyper, hvor til kommer, at det i forarbejderne er forudsat, at

2. Med lov nr. 179/2015 vedtog Folketinget i naturbeskyttelseslovens § 3 a et forbud mod gødskning og sprøjtning af beskyttede naturtyper omfattet af § 3, stk. 2 med ikrafttræden den 1. september 2017. Da forbuddet griber ind i ejerens hidtidige lovlige anvendelse af den beskyttede naturtype, er der i naturbeskyttelseslovens § 60, stk. 5-7 tilføjet hjemmel til ekspropriation, men i motiverne er samtidig anført, at ministeren frem for at ekspropriere kan meddele dispensation fra forbuddet i § 3 a (FT 2014-2015, Lovforslag L 94).

den beskyttede naturtype som følge af ændringer i floraen kan vokse ind og ud af § 3 beskyttelsen, fordi naturen er dynamisk. Udtrykt lidt anderledes *indeholder § 3 et forbud mod at foretage ændringer af noget, som ændrer sig*. Denne indbyggede modsigelse gav ikke problemer i begyndelsen, hvor forbuddet skulle hindre, at landmænd opfyldte søer og moser. Men efter at forbuddet mod tilstandsændringer blev udvidet til andre naturtyper som heder, enge og biologiske overdrev, giver § 3's indbyggede modsigelse anledning til betydelige problemer af både analytisk og retssikkerhedsmæssig karakter, når det skal afgøres, om en lokalitet er omfattet af § 3, henholdsvis hvad der er forbudt efter § 3. Dette er emnet for det følgende.

2. Hvilke arealer er omfattet af § 3?

Efter ordlyden af § 3 er der to hovedfaktorer, der bestemmer, om en bestemt lokalitet er omfattet af forbuddet mod tilstandsændringer, nemlig (1) om der er en eller flere af de i § 3 anførte naturtyper, og (2) om lokaliteten med den/de naturtyper har en arealmæssig udstrækning på 2.500 m² (for »naturlige søer« dog kun 100 m²), hvor det er uden betydning, om lokaliteten er udstrakt over flere ejendomme.

Men herudover er tidsfaktoren afgørende, hvilket hænger sammen med, at naturtyper er dynamiske og over tid ændrer udstrækning og karakter også uden direkte menneskelig indgriben. Dette betyder, at en § 3-beskyttet lokalitet med fx hede eller mose territorielt kan brede sig, blive reduceret eller helt forsvinde, uden at forbuddet i § 3 er overtrådt. Hvis lokaliteten med eller uden menneskelig indgriben er blevet reduceret til under 2.500 m², uden at § 3 er overtrådt, bortfalder forbuddet i § 3. Omvendt kan en mindre biotop vokse i udstrækning, så den bliver omfattet af § 3, ligesom der med eller uden menneskelig indgriben kan opstå § 3-beskyttede biotoper på nye lokaliteter, og bestående § 3-biotoper kan vokse ind i en ny beskyttet tilstand, som det fx var tilfældet i MAD 2015.114 Nmk, hvor nævnet lagde til grund, at der som følge af kommunens manglende vedligeholdelse af vandløb var indtrådt en ny § 3-beskyttet tilstand.

Tidsfaktoren har dermed både betydning for, om lokaliteten er omfattet af § 3, og for, hvilken

tilstand der er beskyttet mod tilstandsændringer, hvorved det må erindres, at § 3-beskyttelsen af en lokalitet ikke afhænger af, om myndighederne har truffet en beslutning og registreret lokaliteten som omfattet af § 3, men derimod alene afhænger af de faktiske forhold på det pågældende tidspunkt.³

Udtrykt lidt anderledes indeholder § 3 et forbud mod at foretage ændringer i tilstanden i en biotop, hvis tilstand i alle tilfælde må forventes at ændre sig som følge af naturens dynamik. Reglen indeholder således en indbygget modsigelse, da § 3 *forbyder at foretage ændringer i noget, som ændrer sig*.

I forhold til håndhævelsen af § 3 bevirker dette flere problemer, fordi håndhævelsen først er relevant, når der er sket en tilstandsændring, og denne tilstandsændring vil ofte medføre, at lokaliteten ikke længere er omfattet af § 3. I disse tilfælde må man først undersøge, om der tidligere var en § 3-beskyttet biotop, hvilket i sig selv kan volde betydelige bevismæssige vanskeligheder, da et mere sikkert svar ofte vil kræve både vidneafhøring og anden dokumentation. I praksis afgøres de fleste af disse sager imidlertid på grundlag af ældre luftfotos, som fx MAD 2015.64 Nmk, hvor nævnet på grundlag af ældre luftfotos fandt, at nogle marker, der i 2006 var genopdyrket, havde været beskyttet eng før 1992, og herefter ophævede en lovliggørende dispensation. Pålideligheden af dette oplysningsgrundlag kan dog diskuteres, hvilket illustreres af, at byretten i MAD 2015.24 B på grundlag af skønserklæring underkendte Natur- og Miljøklagenævnets beslutning om, at nogle marker på grundlag af ældre luftfotos kunne klassificeres som ferske enge.

Hvis det kan lægges til grund, at der tidligere var en § 3-beskyttet biotop, må det herefter undersøges,

3. Kommunerne gennemfører ganske vist registrering af naturtyper omfattet af § 3, men denne er kun vejledende, og selv om der i naturtypebekendtgørelsen § 8 indført en ordning, hvorefter en grundejer kan spørge kommunen om, hvorvidt en lokalitet er omfattet af naturbeskyttelseslovens § 3, henholdsvis om en påtænkt foranstaltning er omfattet af forbuddet i § 3, forudsætter reglens praktiske anvendelse, at grundejeren opdager, at der kan være et problem med § 3. Se hertil *Koester: Naturbeskyttelseslovskommentaren*, 2009, s. 178 ff og *Pagh: Fast ejendom – regulering og køb*, 2013, s. 347 f og *Revsbech & Puggaard: Lærebog i miljøret*, 2008, s. 320.

om ændringen i tilstanden, som har bragt lokaliteten ud af § 3, skyldes en handling, som er omfattet af forbuddet i § 3. Er lokaliteten vokset ud af § 3 som følge af naturlige påvirkninger, indirekte påvirkninger fra fx baggrundsdeposition af kvælstof eller som følge af menneskelige undladelser (som fx ophør af kvæggæsning), er tilstandsændringen sket, uden at § 3 er overtrådt. Det samme gælder, hvis ændringen skyldes fortsættelse af en aktivitet, der var lovlig, da lokaliteten blev omfattet af § 3.

Såfremt det derimod må lægges grund, at ophør af den tidligere § 3-beskyttede lokalitet skyldtes en overtrædelse af § 3, har det den retsvirkning, at lokaliteten er omfattet af forbuddet mod at foretage ændringer i tilstanden i § 3, selv om lokaliteten ikke længere opfylder de betingelser, der er anført i § 3. Denne mulighed kan fx foreligge, hvis en beskyttet moses udstrækning som følge af ulovlig dræning er blevet mindre end de 2.500 m², som kræves efter § 3, stk. 2. I dette tilfælde vil forbuddet i § 3 fortsat gælde, således at det er forbudt at opfylde den resterende del af mosen, selv om størrelseskravet i § 3, stk. 2 ikke længere er opfyldt.

Heraf følger, at en § 3-beskyttet biotop kan ændre tilstand og eventuelt ophøre, uden at forbuddet mod tilstandsændringer er overtrådt. Men omvendt kan en lokalitet også være omfattet af forbuddet mod at ændre tilstanden på et tidspunkt, hvor lokaliteten ikke længere opfylder betingelserne i § 3, hvis lokaliteten tidligere har været omfattet af § 3, og ændringen skyldtes, at § 3 var overtrådt.

Til disse variabler må yderligere tilføjes undtagelsen i naturtypebekendtgørelsens § 2, hvorefter en lokalitet ikke kan vokse ind i § 3-beskyttelsen, hvis søer, moser, heder, enge og/eller biologiske overdrev er dannet, fordi der efter aftale med en offentlig myndighed i en nærmere angiven periode er gennemført en særlig miljøvenlig driftsform på arealet, som fx braklægning, jf. fx MAD 2013.3039

Nmk.⁴ Endvidere undtager naturtypebekendtgørelsens § 1 heder, enge, strandsumpe og biologiske overdrev, der den 1. juli 1992 var beliggende i byzone eller sommerhusområder, fra forbuddet i § 3, medmindre årsagen til tilstandsændringen sker til landbrugsformål.

Om en lokalitet er omfattet af § 3, beror derfor på et dynamisk samspil mellem (1) tilstedeværelsen af en eller flere af de i § 3 anførte biotoper, (2) disse biotopers territoriale udstrækning, (3) tidsfaktoren og (4) årsagen til, at tilstanden er ændret.

Som det søges illustreret nedenfor med omtale af nyere retspraksis, efterlader både det dynamiske samspil mellem de fire faktorer og hver af de fire faktorer mange lodsejere med en betydelig usikkerhed om, hvorvidt en lokalitet er omfattet af § 3.

2.1 Hvilke naturtyper er omfattet af § 3

De beskyttede naturtyper er i § 3 afgrænset ved betegnelser for bestemte biotoper, nemlig de af ministeren udpegede vandløb, »naturlige søer«, »moser og lignende«, heder, strandenge, strandsumpe, ferske enge og biologiske overdrev. Mens de af ministeren udpegede vandløb ikke giver anledning til tvivl, forholder det sig noget anderledes med de øvrige betegnelser.

For de i § 3, stk. 2 anførte naturtyper er det efter forarbejderne botaniske kriterier, der afgør, om en lokalitet kan anses for at falde ind under en af de

beskyttede naturtyper.⁵ Lovbemærkningerne indeholder en forholdsvis detaljeret oprensning af de botaniske kendetegn, der til tider gengives i Natur- og Miljøklagenævnets afgørelser, som det fx skete i MAD 2014.492 Nmk, hvor nævnet stadfæstede kommunens registrering af nogle marker som eng med henvisning til bl.a. følgende fyldige citat fra lovbemærkningerne:

»Engenes plantesamfund afviger delvis fra de oprindelige kærsumfund. Ved slåning eller græsning forhindres træer og buske i at indvandre, ligesom græsser og planter, der kan tåle kulturpåvirkningen, får øgede fordele frem for de øvrige arter. Dette bevirker, at det oprindelige kærsumfund ændres til at indeholde en større del af plantearter, der tåler slåning og nedbidning, samt arter, der på anden måde begunstiges af påvirkningen. Af sådanne artsgrupper kan nævnes laver, lyskrævende planter samt en- og toårige urter, hvis spiring begunstiges af kreatureres oprampning af jordbunden eller regelmæssig slåning.

Enge på forholdsvis god jordbonitet (rigkær) kan eksempelvis have en vegetation af lavere urter som trævlekrone, engkabelje, engblomme, vinget perikon samt maj-gøgeurt og andre orkideer mv. Er græsning eller høslæt forholdsvis ekstensiv eller ophørt, kan disse engtyper være under tilgroning med højere planter som f.eks. rørgræs, engrørhvene, lådden dueurt, stor nælde, tagrør, almindelig mjødurt, kærstar, almindelig fredløs, angelik og kærtidsele m.fl. Denne vegetation kan over nogle år udvikle sig til krat og sumpskov.« (i forhold til forarbejderne var tilføjet rørgræs og engrørhvene).

Efter lovbemærkningerne er det således korrekt, at de i § 3, stk. 2 anførte naturtyper bestemmes på grundlag af botaniske kriterier. Da det i kommunerne typisk er biologer, der varetager tilsynet med § 3-lokaliteter, må disse myndighedspersoner anta-

4. Rækkevidden af undtagelsen i naturtypebekendtgørelsens § 2 er behæftet med usikkerhed, som det fremgår af MAD 2014.490 Nmk, der vedrørte landbrugsarealer, som i 15 år havde været omfattet af EU's braklægningsordning, og hvor der i braklægningsperioden var opstået strandeng og overdrev. Natur- og Miljøklagenævnet afviste imidlertid, at der var genopdykningsret, med den begrundelse, at strandeng og overdrev ikke var opstået som følge af braklægning, men pga. manglende vedligeholdelse af dræn og vandløb, hvilket dog også kan opfattes som en logisk følge af braklægningen.

5. For træbevoksede skovmoser gælder dog den yderligere begrænsning, at vegetationen skal være »opstået naturligt« og er begrænset til udyrkede eller ekstensivt dyrkede arealer, hvilket i UFR 2001.1278 H førte til, at Højesteret – modsat Naturklagenævnet – afviste, at en askemose var omfattet af § 3, fordi lokaliteten var »bevokset med plantede asketræer, og [...] arealerne er i almindelig omdrift«. Tilsvarende var »overdrev« i 1992 begrænset til historiske overdrev, hvorfor Naturklagenævnet i MAD 2001.1530 Nkn afviste, at reglen omfattede biologiske overdrev, hvilket førte til en lovændring i 2004, så det også for overdrev er de botaniske kriterier, der bestemmer, om en lokalitet er omfattet af § 3.

ges at have den fornødne biologiske sagkundskab til at håndtere de botaniske kriterier, om end der også kan være tvivl og uenighed i sagkundskaben. Det store problem er, at forbuddet gælder umiddelbart og ikke kræver en myndighedsafgørelse, hvorfor forbuddet bygger på, at ejeren har det fornødne kendskab til de på lokaliteten forekommende arter til at vurdere, om der er tale om en § 3-beskyttet lokalitet. Jeg vil hævde, at de færreste grundejere har den fornødne botaniske indsigt til at identificere de i motiverne anførte arter, og om de forefindes i et omfang, som medfører, at lokaliteten er omfattet af § 3. Mange grundejere vil derfor kunne være uvidende om, at ejendommen huser en § 3-beskyttet biotop, hvorfor en grundejer uforvarende kan komme til at overtræde forbuddet, hvis myndigheden ikke forudgående har underrettet grundejeren om, at lokaliteten er omfattet af § 3.

Konsekvenserne illustreres af MAD 2005.1596 Ø, hvor E havde købt en sommerhusgrund og af kommunen havde fået tilladelse til at tilføre jord. Efter besigtigelse påbød amtet E at standse opfyldningen med henvisning til, at der var tale om en § 3-registreret mose, hvilket amtet dog ikke havde orienteret kommunen og ejeren om. Natur- og Miljøklagenævnet stadfæstede amtets afslag på dispensation, hvilket blev tiltrådt af landsretten.

Problemstillingen kompliceres yderligere af den anden betingelse om, at den/de beskyttede naturtyper skal have en udstrækning på mindst 2.500 m², da udstrækningen af de beskyttede lokaliteter er under stadig ændring, og en lokalitet både kan vokse sig ind i beskyttelsen og ud af beskyttelsen, fx fordi lokalitetens udstrækning ændres. Et eksempel på dette er MAD 2013.941 B, hvor ejeren på grundlag af byggetilladelse i 2004 opførte et sommerhus, men hvor amtet i 2006 meddelte, at byggeriet var ulovligt, fordi sommerhuset var opført i en registreret klitmose. Med henvisning til ejerens gode tro meddelte amtet lovliggørende dispensation, men dette blev efter klage fra Danmarks Naturfredningsforening ophævet af Naturklagenævnet i MAD 2008.486 Nkn. Under den efterfølgende retssag mod nævnet blev der udmeldt syn og skøn, og på dette grundlag konkluderede byretten, at klitmosen ikke ved husets opførelse havde en størrelse, så

den var omfattet af § 3, hvorfor nævnets afgørelse blev ophævet som ugyldig.

2.2 Naturlige søer

De i § 3, stk. 1 omhandlede naturlige søer på over 100 m² kan ligeledes fremkalde overraskelser for grundejere, fordi begrebet »naturlige søer« har et andet meningsindhold i § 3 end den naturlige sproglige forståelse, da dette efter motiverne ikke begrænses til søer, der er naturligt opstået, men også omfatter

»Søer som helt eller delvist skyldes eller er påvirket af menneskelig indsats for en kortere eller længere årrække siden. Det kan f.eks. være gadekær, møllesøer og ældre opstemningsanlæg samt færdigt udgravede grus-, ler-, tørve- og mergelgrave, bevaringshuller, vildtdamme (andedamme) mv.« (FT 1991-92, lovforslag L. 70 – men fremhævelse).

Det afgørende er efter motiverne, om der over en årrække er opstået et karakteristisk plante- og dyreliv i tilknytning til søen.⁶ Naturklagenævnet antog på denne baggrund i MAD 2004.1643 Nkn, at en sø, der var opstået i et miljøgodkendt spulefelt for havbundsmateriale, var omfattet af § 3, og at der derfor var krav om dispensation for at fortsætte den miljøgodkendte deponering af havbundsmateriale i spulefeltet. Et flertal i nævnet besindede sig

6. Denne fortolkning af begrebet »naturlige søer« går tilbage til ændringen af naturfredningslovens § 43 i 1972, hvor begrebet »søer« primært sigtede på en sammenhængende en vandflade på mindst 10.000 m². Den udvidende fortolkning af begrebet »naturlige« blev præciseret ved ændringen af naturfredningslovens i 1978, hvor det anføres: »For så vidt angår begrebet naturlige søer, bemærkes, at dette begreb som hidtil omfatter alle søer, der traditionelt indgår i det pågældende landskab eller miljø, jf. ministerens utrykte svar under Folketingets behandling af lovforslaget til de i 1972 gennemførte ændringer [...]. Det vil sige, at også søer, der helt eller delvis skyldes menneskelig indsats for en årrække siden, og hvor der har udviklet sig et karakteristisk dyre- og planteliv i tilknytning til søen (f.eks. færdigt udgravede grus-, ler-, tørve-, og mergelgrave, gadekær, møllesøer og ældre opstemningsanlæg) er omfattet af bestemmelsen. [...] I ordet »sø« ligger dog en størrelsesmæssig begrænsning. Således kan ganske små vandhuller og damme i almindelighed ikke anses for omfattet af dette begreb.« (FT 1977-78, A, sp. 2631 – mine fremhævelser).

dog efterfølgende og omgjorde i 2005 afgørelsen, så søen ikke var omfattet af § 3.⁷ Denne retsopfattelse blev bekræftet i MAD 2012.843 Nmk, hvor Natur- og Miljøklagenævnet i anden sag ophævede § 3 registrering af strandeng opstået som følge af spulefelt, så området ikke var omfattet af § 3, så længe spulefeltet blev benyttet i overensstemmelse med miljøgodkendelsen.⁸ Derimod fandt nævnet i MAD 2014.131 Nmk, at to vandhuller, der var opstået i en ikke afsluttet kælderudgravning, efter at bygherren gik konkurs i 2008, var omfattet af naturbeskyttelseslovens § 3, fordi der var opstået et naturligt plante- og dyreliv, og at det derfor krævede dispensation fra § 3 at afslutte byggeriet. Da byggeriet ikke var afsluttet, burde forholdet efter min opfattelse i stedet have været vurderet som en midlertidig ændring, der ikke er omfattet af § 3, jf. MAD 2013.2089 Nmk, hvor nævnet ophævede nævnets tidligere registrering af beskyttet mose, fordi nye oplysninger viste, at der var tale om en midlertidig tilstand som følge af et defekt dræn, der efterfølgende blev udbedret.

Endnu mere vidtgående er MAD 2015.65 Nmk, hvor der uden landzonetilladelse og tilladelse efter vandløbsloven var etableret to mindre søer på naboejendom til golfbane for at afvande golfbanen, og hvor en senere ejer af den vandlidende grund lovliggjorde forholdet ved bl.a. at tildække den ene sø. Nævnet fandt imidlertid, at søerne var vokset ind i § 3-beskyttelsen, hvorefter nævnet stadfæstede påbud om at retablere de to søer, selv om en sådan reetablering vil tvinge ejeren til at begå en strafsanktioneret overtrædelse af vandløbsloven og planloven. Afgørelsen er ikke afstemt med MAD 2014.477 Nmk og MAD 2013.3162 Nmk, hvor nævnet meddelte påbud at fjerne en i 1999 ulovligt etableret sø på strandeng, henholdsvis et vandhul inden for strandbeskyttelseslinjen etableret for 20 år siden. Se tillige MAD 2014.125 Nmk, hvor påbud om at fjerne ulovlig opstemning i § 3-vandløb blev stadfæstet, uden at det kunne tillægges betydning,

7. Naturklagenævnets afgørelse af 20. december 2005, j.n.nr. 03-131/420-0020,

8. Når Natur- og Miljøklagenævnet i MAD 2011.651 Nmk stadfæstede registrering af § 3 mose og sø inden for et miljøgodkendt spulefelt, var det begrundet med, at søen og mosen ikke var opstået som følge af spulefeltet.

at dette vil være skadeligt for en § 3-forbundet sø, hvis eksistensen afhang af den ulovlige opstemning.

2.3 Tidsfaktoren og årsagen til tilstandsændringen

Tidsfaktoren har betydning for, om en lokalitet er omfattet af § 3. Dette bevirker, at en lokalitet, der ikke opfylder de botaniske og størrelsesmæssige betingelser i § 3, kan være omfattet, fordi lokaliteten tidligere har været omfattet, og tilstanden er ændret ved en overtrædelse af § 3. Men det kan også forholde sig omvendt, så en lokalitet, der objektivt opfylder de botaniske og størrelsesmæssige betingelser for at være omfattet af § 3, ikke er omfattet af forbuddet mod tilstandsændringer, hvis lokaliteten er omfattet af en af undtagelserne i naturtypebenedtgørelsens §§ 1 og 2. Endelig kan etableringen af den beskyttede biotop have en så midlertidig karakter, at lokaliteten ikke omfattes af § 3, jf. MAD 2013.2089 Nmk om udbedring af et defekt dræn.

Men herudover kan forhistorien have betydning for især overdrev og enge. Dette hænger sammen med, at der i forarbejderne for disse naturtyper er forudsat frekvenser for omdrift, fordi forbuddet i § 3 forudsætter, at den hidtidige benyttelse kan fortsætte uændret. I konsekvens heraf anføres det i motiverne om enge:

»Udformningen af [...] forslaget § 3 forudsætter, at benyttelsen af de beskyttede arealer kan fortsætte som hidtil. [...] Dyrkning af korn og andre sædskifteafgrøder på enge i større omfang end hidtil vil kræve dispensation. Det samme gælder, såfremt man ønsker at omlægge eller på anden måde foretage jordbearbejdning i ferske enge, som ikke hidtil har været regelmæssigt omlagt, hvorved normalt forstås inden for de sidste 7-10 år.«

Problemstillingen illustreres af MAD 2015.24 B, hvis baggrund var, at Natur- og Miljøklagenævnet i MAD 2012.3345 Nmk på grundlag af luftfotos havde stadfæstet kommunens afgørelse om, at fire marker var beskyttede ferske enge, da naturbeskyttelsesloven trådte i kraft i 1992, hvorfor det fandtes uden betydning, at markerne havde været braklagt i 1998-2008. I den efterfølgende retssag blev nævnet underkendt, idet byretten på grundlag af skønserklæring fandt, at arealerne før 1992 havde været omlagt hyppigere end hvert 7.-10. år.

I relation til biologiske overdrev var det i lov-bemærkningerne forudsat, at man kunne anvende de frem til lovændringen i 2004 uhjemlede registreringer, men med den præcisering, »at intensiv opdyrkning skal være opgivet for mindst 30-50 år siden«. Med henvisning hertil blev registrering af biologisk overdrev, der havde ligget udyrket i 18 år, ophævet i MAD 2013.1214 Nmk. Derimod fandt Natur- og Miljøklagenævnet i MAD 2013.1164 Nmk, at to arealer, der kun havde været udyrket i 19-20 år, måtte anses for biologiske overdrev, da opdyrkning blev genoptaget i 2010. Nævnet henviste til, at ministeren ved behandling af lovændringen i 2004 havde oplyst, at det ikke var udelukket, at et areal kunne vokse ind i beskyttelsen på mindre end 30-50 år. En tilsvarende udvidende fortolkning ses i MAD 2011.2242 Ø, hvor landsretten tiltrådte Naturklagenævnets registrering af overdrev på et areal, der i 2004 opfyldte de biologiske kriterier for overdrev, at uden det blev tillagt betydning, at arealet ville have mistet sin karakter af overdrev, hvis amtet ikke i 1998/99 havde meddelt et uhjemlet forbud mod dyrkning, hvormed lovændringen i 2004 fik en art tilbagevirkende kraft.

2.4 Hvis naturtypen ulovligt er fjernet eller ulovligt etableret

Hvis en grundejer ulovligt har ændret tilstanden på en § 3 beskyttet lokalitet, så den beskyttede naturtype er fjernet, gælder § 3 beskyttelsen for lokaliteten fortsat, selv om lokaliteten ikke opfylder de botaniske kriterier i § 3. Dette kan illustreres med MAD 2013.2631 B, der vedrørte et areal, som tidligere havde været mose, men som havde været genopdyrket siden 1995/96, og hvor der i henhold til miljøgodkendelse skete udbringning af husdyrgødning. Byretten stadfæstede Natur- og Miljøklagenævnets beslutning om, at arealet uanset den 13-14-årige dyrkning var omfattet af § 3, og tilsluttede sig afslaget på dispensation. Det gjorde således i denne sag ingen forskel, at lokaliteten i knap 15 år ikke havde opfyldt de botaniske kriterier for § 3-beskyttelsen.

Såfremt der meddeles efterfølgende lovliggørende dispensation efter naturbeskyttelseslovens § 65, stk. 3 til tilstandsændringen, vil lokaliteten ikke længere være omfattet af forbuddet mod til-

standsændringer i § 3, medmindre de botaniske og størrelsesmæssige betingelser i § 3 fortsat er opfyldt. Til illustration kan nævnes MAD 2013.2210 Nmk, hvor registrering af overdrev blev ophævet, fordi der i 2013 var meddelt lovliggørende dispensation efter naturbeskyttelseslovens § 65, stk. 3 til en i 2007 gennemført ulovlig jordpåfyldning fra kloakarbejder.

Den i MAD 2013.2631 B og MAD 2013.2210 Nmk forudsatte forståelse af naturbeskyttelseslovens § 3 må tiltrædes, idet eventuelle diskussioner om forståelsen af landsmandens berettigede forventning vedrører dispensationen efter § 65, stk. 3 og ikke § 3's anvendelse. Det må derimod undre, at Natur- og Miljøklagenævnet i MAD 2014.354 Nmk besluttede at ophæve en lovliggørende dispensation til en ulovligt anlagt vej i en § 3 beskyttet mose med den begrundelse, at »myndighederne har fortabt retten til at kræve vejen fjernet og mosen retableret. Konsekvensen heraf er, at forholdet må anses for lovligt bestående uden lovliggørende dispensation.« Selv om det i denne sag på baggrund af myndighedspassivitet må tiltrædes, at det ikke længere var muligt at kræve mosen retableret, efter at anklagemyndigheden havde afvist, at der var grundlag for at rejse straffesag, medfører dette ikke, at myndigheden kan anse § 3-beskyttelsen for bortfaldet, men alene, at der meddeles lovliggørende dispensation, så § 3-beskyttelsen herefter bortfalder, som det skete i MAD 2013.2210 Nmk.

En variant forelå i MAD 2013.3256 Nmk, hvor et areal i 1994 var registreret som eng omfattet af § 3, og hvor kommunen i 2013 opdagede, at der i 2012 var tilkørt jord og trærod-der på arealet og herefter påbød dette fjernet. Efter klage fra landmanden, som gjorde gældende, at engen havde været opdyrket siden 1994, lagde nævnet på grundlag af luftfotos til grund, at området før 1993 havde været omlagt oftere end hvert 7.-10 år, at arealet »i 1995 har karakter af eng«, og at der efter 1997 var sket omlægninger i 1998 og 2005. Nævnet fandt herefter ikke, at området i 2012 var beskyttet eng uanset registreringen i 1994, hvilket kan tiltrædes, men det er misvisende, at området i 1995 var eng.

Den omvendte problemstilling foreligger i de tilfælde, hvor en § 3-beskyttet lokalitet er etableret ved en ulovlig handling, som i de ovennævnte sager i MAD 2014.125 Nmk, MAD 2014.477 Nmk og MAD 2015.65 Nmk, der alle vedrørte ulovlig etab-

lering af søer, som efterfølgende opfyldte de størrelsesmæssige og biologiske kriterier for at være omfattet af § 3.

Første gang nævnet tog stilling til en sådan problematik, var så vidt ses i MAD 1998.1507 Nkn, der vedrørte ansøgning om dispensation til opfyldning af sø i lokalplanlagt område med henblik på opførelse af butiksbygning. Det blev i sagen lagt til grund, at søen var opstået under byggemodning mellem 1990 og 1992, og i 1995 havde amtet registreret søen som omfattet af § 3. I 1998 meddelte amtet dispensation til opfyldningen, hvilket blev påklaget af Danmarks Naturfredningsforening. Under sagen afviste ejeren, at søen var omfattet af § 3, med henvisning til, at søen var opstået ved vejmyndighedernes overtrædelse af vandløbslovens regler. Naturklagenævnet fandt det usikkert om søen var opstået ulovligt, men bemærkede, »at ulovligheden i givet fald burde være gjort gældende inden for rimelig tid efter skadens konstatering«. Herefter stadfæstede et flertal dispensationen fra § 3 med henvisning til, at søen var opstået tilfældigt, området var lokalplanlagt og bygherrens berettigede forventninger.

I forhold til den muligt ulovlige etablering af søen begrundede nævnet således i MAD 1998.1507 Nmk § 3-beskyttelsen med, at ejeren ikke havde reageret inden rimelig tid, hvilket må ses i sammenhæng med, at det var vejmyndighederne, der angiveligt havde begået ulovligheden.

Denne sammenhæng blev forbigået i MAD 2014.502 Nmk, der drejede sig om en sø, der i 2010 var etableret af kommunen på privat ejendom efter mundtlig aftale med ejeren, men uden landzonetilladelse og uden tilladelse efter vandløbsloven. I 2013 registrerede kommunen søen som omfattet af § 3, hvilket ejeren påklagede med henvisning til, at søen var ulovligt etableret. Nævnet stadfæstede imidlertid registreringen med den begrundelse,

»at kommunen har haft til hensigt at meddele en egentlig landzonetilladelse, men ikke før 2013 har fulgt dette op. Lodsejeren har ikke tidligere rejst spørgsmål om betydningen af, at søen er etableret uden fornøden tilladelse. Da der ikke inden for rimelig tid er reageret på, at søen er etableret uden landzonetilladelse, finder nævnet ikke, at det nu anførte herom bør påvirke vurderingen af, om søen er omfattet af naturbeskyttelseslovens § 3.«

Ifølge afgørelsen i MAD 2014.502 Nmk vil et ulovligt forhold således være lovligt, hvis ejeren som den forpligtede efter planloven ikke inden rimelig tid søger om lovliggørende landzonetilladelse. Synspunktet blev gentaget i MAD 2015.65 Nmk om to ulovligt etablerede søer, hvor nævnet ligeledes begrundede § 3-beskyttelsen med, at »ejerne inden rimelig tid [burde] have påberåbt sig de ulovlige forhold, såfremt de ønskede at hindre, at søerne over tid udviklede sig til § 3-søer«, uden at det blev tillagt betydning, at ejendommen havde skiftet ejer, og at ejeren efter planloven og vandløbsloven havde været forpligtet under strafansvar til at nedlægge søerne.

Efter min opfattelse har Natur- og Miljøklagenævnet i de to afgørelser vendt passivitetshensynet på hovedet. Passivitetshensynet i forhold til offentligretlige rådighedsbegrænsninger indebærer, at det er myndighedens passivitet, der kan føre til, at der må meddeles en lovliggørende dispensation eller tilladelse til det ulovlige forhold, hvor det normalt forudsættes, at myndigheden har kendskab til det ulovlige forhold, mens ejeren ikke kan opnå ret til ulovligheden ved blot at forholde sig passiv. Men efter nævnets begrundelse i de to sager kan et ulovligt forhold blive lovligt, fordi den forpligtede af det ulovlige forhold ikke reagerer, hvilket vil have uoverskuelige konsekvenser. Hertil kommer de alvorlige retssikkerhedsmæssige problemer, der opstår, når ejeren bringes i en situation, hvor ejeren i alle tilfælde vil overtræde en strafsanktioneret regel, fordi en manglende opfyldning af den ulovligt etablerede sø udgør en overtrædelse af planloven og vandløbsloven, mens en opfyldning af søen udgør en overtrædelse af naturbeskyttelsesloven. Denne modsigelse kan kun løses, hvis § 3 ikke omfatter biotoper, der er etableret ulovligt, hvilket yderligere kan begrundes med, at det må kræve udtrykkelige holdepunkter i lov, hvis retsordenen skal beskytte et ulovligt forhold.⁹

9. Se tillige *Pagh*: TfM 2013.165 om sondringen mellem ulovlige handlinger og ulovlige undladelser.

2.5 Sammenfattende om arealer omfattet af § 3

De ovennævnte afgørelser udgør kun et mindre udpluk af den omfattende praksis fra Natur- og Miljøklagenævnet om, hvilke arealer der er omfattet af § 3, men giver overordnet grundlag for enkelte konklusioner. Helt overordnet er problemet, at § 3 forbyder at foretage ændringer i noget som ændrer sig, og at der derfor på forhånd er usikkerhed om, hvorvidt ændringen af tilstanden er lovlig eller ej. Hertil kommer, at de botaniske kriterier for de forskellige naturtyper ikke kan forventes kendt af almindelige grundejere, hvilket i sig selv kan føre til, at § 3 overtrædes. Forholdet kompliceres yderligere af tidsfaktoren og de bevismæssige vanskeligheder, der i mange tilfælde ikke kan løses betryggende uden vidneførsel. Sammenholdt med § 3's indgribende virkning for den enkelte lodsejer må disse problemer siges at rejse alvorlige retssikkerhedsmæssige betænkeligheder, der kun effektivt kan imødegås, hvis forbuddet mod tilstandsændringer i beskyttede biotoper er begrænset til de lokaliteter, som myndighederne forud har besluttet er omfattet af § 3, hvilket så logisk må modsvares af, at § 3-beskyttelsen først bortfalder, når en lokalitet ved en myndighedsafgørelse er afklassificeret som omfattet af § 3.

3. Hvilke foranstaltninger er omfattet af forbuddet i § 3

Forbuddet mod, at der »foretages ændringer i tilstanden« i beskyttede naturtyper, er som anført begrænset til *aktive handlinger*, mens *undladelser ikke er omfattet*, jf. udtrykket »foretages«. Ændringer af tilstanden i beskyttede naturtyper som følge af ophør af en hidtidig aktivitet som græsning eller slåning er derfor ikke omfattet af forbuddet i § 3, ligesom tilstandsændringer som følge af selvsåede planter falder uden for § 3. Dette betyder, at der ikke i § 3 kan indfortolkes en pligt til at vedligeholde et vandløb, uanset manglende vedligeholdelse må forventes at ændre tilstanden, og en sådan vedligeholdelsespligt er strafsanktioneret efter vandløbslovens § 85. Medfører manglende vedligeholdelse af vandløbet en ændring af tilstanden, er dette ikke en overtrædelse af § 3, men den nye tilstand i vandløbet bliver herefter omfattet af for-

buddet mod tilstandsændringer, så gennemførelse af regulativfastsat vandløbsvedligeholdelse kræver dispensation fra § 3, jf. Ufr 2012.1151 H, hvor Højesteret stadfæstede afslag på dispensation til ekstra grødeskæring.

Det er imidlertid ikke alle aktive handlinger i eller omkring § 3-beskyttede naturtyper, der er omfattet af forbuddet. Den hidtidige lovlige aktivitet kan fortsætte, uanset om dette på kortere eller længere sig må forventes at medføre en ændring af tilstanden i den beskyttede biotop, jf. MAD 2004.1597 Nkn, hvor Naturklagenævnet tilsluttede sig amtets:

»vurdering af, at den fræsning af mosearealerne, som virksomheden foretager med års mellemrum for at holde arealerne vegetationsfrie af hensyn til at sikre kvaliteten af torven, ikke kræver en dispensation fra naturbeskyttelseslovens § 3, da der er tale om en fortsættelse af en længerevarende sædvanlig drift«.

Aktive handlinger, der har karakter af almindelig vedligeholdelse, er derfor ikke omfattet af forbuddet, hvilket i relation til dræn er udtrykt således i motiverne:

»Sædvanlig vedligeholdelse af bestående dræningsanlæg vil ikke være i strid med bestemmelsen i § 3, stk. 2. I overensstemmelse med praksis efter de hidtil gældende regler vil imidlertid ny dræning, ændringer i eksisterende dræns placering, herunder nedlægning af drænrør i større udstrækning eller større dybde end hidtil, samt ændringer i eksisterende dræns diameter kræve dispensation.« (FT 1991-92, Lovforslag L.70)

Hvis »udførte drænarbejder erstatter dræn, der i en længere årrække ikke har været velfungerende«, antager Natur- og Miljøklagenævnet, at arbejderne er omfattet af forbuddet, jf. MAD 2014.303 Nmk om dræningsarbejder i beskyttet eng.

Forbuddet mod at foretage ændringer i tilstanden betyder, at forbuddet angår faktiske ændringer i tilstanden. Forbuddet i § 3 gælder derfor kun, hvis det må *forventes*, at den aktive handling vil medføre en *faktisk ændring af tilstanden* i den beskyttede biotop. Viser det sig efterfølgende, at handlingen ikke har medført en ændring af tilstanden i den beskyttede biotop, er § 3 ikke overtrådt, da reglen alene vedrører faktiske ændringer, hvilket kan illustreres med MAD 2014.286 B, hvor en ejer var

tiltalt for at overtræde bl.a. naturbeskyttelseslovens § 3 ved at have udsat 550 ænder i gråænder i nogle søer med henblik på jagt. Byretten frifandt imidlertid ejeren med den begrundelse, at efter den kommunale tilsynsmyndigheds forklaring

»kan det lægges til grund, at der hverken før eller efter [udsætningen af ænder] er lavet målinger af vandkvaliteten i [søerne]. Da det videre efter tiltaltes forklaring må lægges til grund, at der siden 1946 er sat ænder til jagt ud på søerne, er det ikke bevist, at tiltaltes udsætning af ænder i 2013 har medført ændringer i søernes tilstand eller tilført dem forurenende stoffer.«

Tanken med § 3 er imidlertid at hindre, at tilstandsændringen sker – og ikke at reagere, når den er sket. Reglen forudsætter derfor, at grundejer og myndighed forudgående tager stilling til, om en påtænkt handling i eller omkring en beskyttet biotop *kan forventes* at medføre en ændring af biotopens tilstand. Hvad der ligger heri, er ikke ganske klart. *Koester* antager, at »det er tilstrækkeligt, at det er sandsynligt, eller at der er risiko for, at der vil ske ændringer inden for et § 3 område, og at disse ikke er bagatelagte«, hvilket støttes på Naturklagenævnets afgørelse om udsætning af bæver i MAD 1999.851 Nkn.¹⁰ Der er imidlertid ingen støtte i denne afgørelse til *Koesters* udlægning, da det var evident, at udsætning af bæver i væsentlig grad vil medføre en tilstandsændring i § 3 områderne, og forsigtighedsprincippet anvendelse alene vedrørte påvirkning af Natura 2000 områder. Efter min opfattelse kan § 3 derfor ikke udstrækkes til andet end aktiviteter, som efter en almindelig vurdering må antages at have mere end bagatelagte virkninger på de beskyttede naturtypers tilstand, medmindre myndigheden i forbindelse med ansøgning efter anden lovgivning om tilladelse til aktiviteten godtgør, at den ansøgte aktivitet vil have en virkning, jf. MAD 2014.286 B om udsætning af ænder og MAD 2008.2249 Nkn (se ndf.).

Tilstandsændringen skal være af varig karakter. *Midlertidige virkninger* er derfor ikke omfattet, jf. UfR 2006.76 Ø, hvor landsretten afviste, at udsætning af ænder i en beskyttet mose var en over-

trædelse af § 3, fordi det ikke fandtes godtgjort, at »følgerne af udsætningen har haft karakter af en mere varig ændring af mosens tilstand«. Natur- og Miljøklagenævnet synes derimod ikke at tillægge foranstaltningens midlertidige virkning betydning for, om § 3 anvendes, men tillægger det i stedet betydning for, om der meddeles dispensation, jf. MAD 2014.340 Nmk om rørlægning i beskyttet eng. Selv om det for ejeren kan være ligeegyldigt, om den midlertidige foranstaltning er omfattet af § 3, når der meddeles dispensation, er nævnets sammenblanding problematisk, fordi nævnet dermed udvider § 3's anvendelsesområde.

Forbuddet i § 3 omfatter ikke bagatelagte ændringer, da »foranstaltninger kan være så perifere eller bagatelagte, at de kan iværksættes uden dispensation«, som det anføres i forarbejderne til § 3. Dette kan illustreres med MAD 2008.2249 Nkn, hvor kommunen havde fundet, at etablering af juletræs- og pyntegrøntkulturer grænsende op til en § 3-beskyttet mose krævede dispensation fra § 3 grundet brug af pesticider og gødning, som kunne sive ud til mosen. Dette blev imidlertid afvist af Naturklagenævnet, der ikke fandt, at det ansøgte ville påvirke § 3-områderne på en så direkte måde, at det forudsætter dispensation fra naturbeskyttelseslovens § 3, idet nævnet mere generelt udtalte:

»Ved bedømmelsen efter § 3 indgår, om foranstaltningen har en umiddelbar og direkte virkning på området, og om foranstaltningen har en konkret og varig karakter. I bedømmelsen indgår desuden, hvor tæt på det beskyttede område foranstaltningen finder sted, samt om den specielt påvirker dette område i modsætning til de omliggende områder generelt. Det fremgår af lovbemærkningerne til naturbeskyttelsesloven, at det afgørende ikke blot er foranstaltningens karakter, men navnlig den virkning, foranstaltningen har for området, nemlig om den »ændrer« dette og dermed ændrer naturtilstanden. I princippet er således alle ændringer omfattet. Dog kan foranstaltninger være så perifere eller bagatelagte, at de kan iværksættes uden dispensation.«

Bagatelsynspunktet og den midlertidige virkning medfører, at lovlig jagt og lovligt fritidsfiskeri falder uden for forbuddet i § 3.

Det er uden betydning, om ændringen kan anses for positiv eller negativ for naturen. Den naturforbedrende effekt af en ændret tilstand kan have betydning for, om der meddeles dispensation, men

10. *Koester*: Naturbeskyttelseslovskommentaren, 2009, s. 139.

ikke for, om foranstaltningen er omfattet af forbuddet og kræver dispensation. jf. MAD 2012.2408 Nmk, hvor nævnet stadfæstede en dispensation til udvidelse af sø i § 3-beskyttet mose pga. den naturforbedrende funktion. Se tillige MAD 2009.1297 Nkn, hvor kemisk bekæmpelse af bjørneklo på beskyttet eng blev anset for omfattet af forbuddet i § 3, men hvor dispensation meddelte på vilkår af, at bekæmpelsen skete med håndholdt sprøjte og pensling

Foreløbigt sammenfattende kan de aktive handlinger, der er omfattet af § 3, afgrænses med: (1) at undladelser ikke er omfattet; (2) at hidtidig lovlig anvendelse kan fortsætte; (3) at den aktive handling kan forventes at medføre en tilstandsændring, idet der kan ses bort fra bagateller og midlertidige ændringer; (4) at forbuddet kun er overtrådt, hvis der faktisk er sket en tilstandsændring; og (5) at forbuddet også gælder, når tilstandsændringen har en naturforbedrende karakter, men denne positive virkning kan ofte begrunde dispensation efter § 65, stk. 3.

Det er dog ikke alle aktive handlinger, der opfylder de ovennævnte fem betingelser, som er omfattet af § 3. For det første indeholder naturtypebekendtgørelsens § 5 en undtagelse for udsætning af fisk, krebs og bløddyr, når der ikke sker fysiske indgreb i vandområdet. Derimod vil anden udsætning af vilde dyr være omfattet af forbuddet i § 3, medmindre det må lægges til grund, at en sådan udsætning ikke varigt ændrer tilstanden, jf. UfR 2006.76 Ø og MAD 2014.286 B. I MAD 2002.279 Nkn lagde Naturklagenævnet til grund, at § 3 omfatter enhver form for tilplantning, hvorfor forbuddet også omfattede udplantning af vandplanter i forbindelse med et naturgenopretningsprojekt.

For det andet er det i lovbemærkningerne til naturbeskyttelsesloven fra 1992 udtrykkeligt forudsat, at sædvanlige landbrugshegn ikke er omfattet af forbuddet i § 3, mens andre hegn er omfattet.

Der er ikke i forarbejderne en stillingtagen til, om nedrivning af bygninger er omfattet af forbuddet i § 3, men det er forholdsvis indlysende, at nedrivning af bygninger i en beskyttet biotop vil medføre en tilstandsændring af denne. *Koester* antager imidlertid uden forbehold, at nedrivning ikke omfattes af forbuddet, medmindre nedrivning

gen medfører skade på beskyttede naturtyper, som ikke umiddelbart lader sig retablere.¹¹ Spørgsmålet ses ikke afgjort i praksis, men *Koesters* synspunkt forekommer ikke analytisk holdbart, da det forudsætter, at det alene er de skadelige virkninger på beskyttede biotoper, der bringer handlingen under § 3, selv om der er almindelig enighed om, at § 3 også omfatter positive naturbevarende ændringer af tilstanden.

Endelig må nævnes problemet med ny bebyggelse i tilknytning til en eksisterende ejendom beliggende i en § 3 beskyttet naturtype. I Miljøministeriets cirkulære 103/1984 om naturfredningslovens forbud mod tilstandsændringer på heder og strandenge og strandsumpe antog man, at ny bebyggelse i tilknytning til eksisterende bebyggelse ikke krævede tilladelse, fordi

»de fleste bygninger må antages at have præget det omliggende areal på en sådan måde, at der ikke er mulighed for at karakterisere det som hede, strandeng eller strandsump, og at det nævnte omliggende areal derfor, som oftest [...] ikke vil være omfattet af § 43 a eller § 43 b«.

Samme opfattelse blev gentaget i Skov- og Naturstyrelsens vejledning fra 1993 og er ligeledes gentaget i Naturstyrelsens gældende vejledning om naturbeskyttelseslovens § 3 fra 2009 (s. 31).

Uanset disse klare tilkendegivelser antog Natur- og Miljøklagenævnet i MAD 2014.142 Nmk, at udvidelse med 11 m² af en mindre jagtthytte på 28 m² beliggende på hede krævede dispensation, idet nævnet udtalte:

»at der gælder en undtagelse fra naturbeskyttelseslovens § 3, hvorefter opførelse af ny bebyggelse på § 3 arealer i tilknytning til en ejendoms eksisterende bygninger efter omstændighederne kan opføres uden dispensation, fordi der ikke vil være tale om en tilstandsændring i lovens forstand. Henset til navnlig lovbemærkningernes forudsætning om perifere og bagatelagte foranstaltninger og formålet med § 3 finder nævnet, at en sådan undtagelse må være begrænset til mindre bebyggelse. Dette gælder uanset formuleringerne i cirkulæret fra 1984 og de senere vejledninger, der blot omtaler ny bebyggelse i tilknytning til en ejendoms eksisterende bygninger. Ved fastlæggelsen af, hvad der kan opføres uden

11. *Koester*: Naturbeskyttelseslovskommentaren, 2009, s. 142.

dispensation, dvs. hvad der udgør en så perifer eller bagatelagtig foranstaltning, at den kan antages at være forudsat undtaget kravet om dispensation, må [...] navnlig lægges vægt på størrelsen af den ny bebyggelse, herunder bebyggelsens størrelse set i forhold til ejendommens eksisterende bygninger. For så vidt angår den konkrete sag finder Natur- og Miljøklagenævnet, at den ansøgte bebyggelse medfører en ikke uvæsentlig forøgelse (ca. 11,65 m²) af den eksisterende bebyggelse (ca. 28,35 m²). Nævnet kan på den baggrund tiltræde, at det ansøgte indebærer en tilstandsændring af heden, der kræver dispensation fra naturbeskyttelseslovens § 3.« (min fremhævelse).

Nævnet begrunde således § 3's anvendelse med omfanget af udvidelsen i forhold til den eksisterende bebyggelse, hvilket ikke ses relevant for, om der foreligger en tilstandsændring. Sagen endte herefter med, at der blev meddelt dispensation med den grundelse, at

»en udvidelse af bebyggelsen med ca. 11,65 m² ikke kan antages at ville medføre en forrykning af tilstanden af hedearealerne i afgørende modstrid med de interesser, der skal varetages med naturbeskyttelseslovens § 3. [...] Der er herved bl.a. lagt vægt på oplysningerne om karakteren af de bygningsnære arealer, samt på at bebyggelsen er omgivet af et menneskeskabt dige, der medvirker til at adskille bebyggelsen og de bygningsnære arealer fra de omkringliggende mere uberørte og værdifulde hedearealer, [og] at en mindre udvidelse af bebyggelsen [...] ville kunne gennemføres uden dispensation fra naturbeskyttelseslovens § 3.« (mine fremhævelser).

Set fra en analytisk vinkel forekommer afgørelsen inkonsistent. Hvis tilbygningen ikke forrykker tilstanden af hedearealerne, når udvidelsen sker på et areal, der som følge af bygningens hidtidige anvendelse og ophold uden for bygningen netop ikke har karakter af hede, burde disse forhold ikke føre til dispensation, men til, at tilbygningen ikke var omfattet af § 3.

Afgørelsen i MAD 2014.142 Nmk illustrerer imidlertid et tilbagevendende problem i en del af Natur- og Miljøklagenævnets afgørelser om naturbeskyttelseslovens § 3, hvor nævnet frem for at afvise, at foranstaltningen er omfattet af § 3, i stedet vælger at meddele dispensation, hvilket så begrundes med foranstaltningen ubetydelige virkning. Hvis nævnet var første instans, kunne dette være ligegyldigt, fordi resultatet bliver det samme. Problemet er, at Natur- og Miljøklagenævnet er re-

kursinstans, hvor nævnets udvidende fortolkning let bliver præjudicerende for praksis.

3. Retssikkerhedsmæssige overvejelser

Som det er fremgået, volder det ikke sjældent problemer at afgøre, om en lokalitet på et givet tidspunkt er omfattet af forbuddet mod tilstandsændringer i beskyttede naturtyper omfattet af § 3, og om en handling i givet fald er forbudt. Efter min opfattelse kan nogle af disse problemer i en vis udstrækning forklares med manglende analytisk stringens i Natur- og Miljøklagenævnets og domstolens praksis, fordi der ikke tilstrækkeligt skarpt sondres mellem, om en handling er omfattet af § 3 eller ej, når der meddeles dispensation, ligesom der til tider kan være tvivl om myndighederne har opfyldt officialmaksimen. Dette ændrer imidlertid ikke ved, at hovedproblemet er udformningen af forbuddet i § 3.

Grundlæggende er problemet, at beskyttede naturtyper i alle tilfælde ændrer tilstand i størrelse og karakter, og at forbuddet ikke omfatter ændringer, der skyldes (1) naturens egen dynamik, (2) indirekte udefrakommende påvirkninger af lokaliteten, (3) ophør af en hidtidig aktivitet eller (4) fortsættelse af den hidtidige lovlige aktivitet.

Selv om det efter forarbejderne normalt er botaniske kriterier, der er bestemmende for, om en lokalitet på et bestemt tidspunkt opfylder betingelserne for at være omfattet af § 3, stk. 2 (og naturlige søer i stk. 1), når de størrelsemæssige krav er opfyldt, er det derfor *ikke en botanisk, men en juridisk vurdering*, der afgør, om lokaliteten er omfattet af § 3, og om der er sket en tilstandsændring i modstrid med § 3, henholdsvis om en påtænkt aktivitet er omfattet af forbuddet i § 3, ligesom myndighedens undersøgelse heraf må ske på grundlag af myndighedens undersøgelsespligt efter *den almindelige officialmaksime* med de bevismæssige konsekvenser, som dette har.

Dette ændrer imidlertid ikke ved, at udformningen af forbudsnormen i § 3 indeholder en indbygget modsigelse, fordi den forbyder handlinger, som ændrer tilstanden i noget som i alle tilfælde ændrer sig. Reglens forudsætning er derfor, at den enkelte grundejer er bekendt med, at en lokalitet er omfattet af § 3, og at grundejeren forstår rækkevidden af

forbuddet mod at ændre tilstanden. Hvis en af disse betingelser ikke er opfyldt, vil grundejeren uforvarende kunne komme til at overtræde forbuddet. Dette vil bevirke, at der efterfølgende skal foretages en undersøgelse og vurdering af, om lokaliteten på handlingstidspunktet var omfattet af § 3, hvilken tilstand der i givet fald var, og om handlingen har ændret denne tilstand på en måde, der er omfattet af forbuddet.

En besvarelse af disse spørgsmål kræver, at det undersøges, om ændringen er midlertidig eller bagatelagtig, eller om der alene var tale om en sædvanlig handling, da et positivt svar bevirker, at handlingen ikke er omfattet af § 3. Hvis disse muligheder må afvises, må herefter undersøges, om der er sket faktisk ændring af tilstanden, hvilket forudsætter oplysning om naturtypens tilstand før og efter den pågældende handling – oplysninger, der kan være vanskelige at skaffe, hvis der er gået længere tid mellem den mulige overtrædelse af § 3 og det tidspunkt, hvor dette opdages.

Må det herefter lægges til grund, at der objektivt er sket en overtrædelse af § 3, vil overtrædelsen kun kunne håndhæves strafferetligt, hvis overtrædelsen kan tilregnes den tiltalte som uagtsom, jf. straffelovens § 19, da naturbeskyttelseslovens § 89 ikke indeholder et objektivt strafansvar. Der er ikke i naturbeskyttelsesloven taget direkte stilling til, om en administrativ håndhævelse i form af påbud om retablering af den beskyttede biotop er undergivet et tilsvarende krav om uagtsomhed, men da det efter naturbeskyttelseslovens § 74 påhviler den til enhver tid værende ejer eller bruger at lovliggøre et ulovligt forhold, kan dette indicere, at der gælder et objektivt ansvar for den administrative håndhævelse. Hertil vil dog kunne anføres, at den modsvarende regel i naturbeskyttelseslovens § 69 om den ansvarlige pligt til at lovliggøre et ulovligt forhold fortolkes som en culpanorm, jf. UfR 1998.549 H og UfR 2006.1531 H. Det er derfor ikke helt klart, om en ny ejers succession i den tidligere ejers ansvar efter naturbeskyttelseslovens § 74 forudsætter, at selve overtrædelsen kan anses for culpøs, og spørgsmålet ses indtil nu ikke direkte besvaret i retspraksis. Da ejerens gode tro om handlingens imidlertid i retspraksis er afvist som begrundelse for, at påbud efter naturbeskyttelseslovens § 73, stk.

5 om fysisk lovliggørelse savner hjemmel, jf. MAD 2005.1596 Ø, tyder dette på, at der administrativt kan påbydes lovliggørelse, hvis de objektive betingelser for at overtræde § 3 er opfyldt, og der ikke er grundlag for at meddele retligt lovliggørende dispensation efter naturbeskyttelseslovens § 65, stk. 3, og at manglende overholdelse af et lovliggørelsespåbud strafferetligt kan håndhæves.

Heraf følger, at det ofte kan have meget indgribende konsekvenser, hvis en grundejer uforvarende kommer til at overtræde forbuddet i § 3. Dette må sammenholdes med, at udformningen af forbuddet mod tilstandsændringer i beskyttede naturtyper giver anledning til betydelig usikkerhed om, hvilke lokaliteter der er omfattet, hvilken tilstand der er beskyttet, og hvad der er forbudt. Efter min opfattelse rejser den nuværende udformning af forbuddet i § 3 alvorlige retssikkerhedsmæssige betænkeligheder, fordi reglen ikke opfylder det elementære krav, at den forpligtede af et vidtgående indgreb har kendskab til indgrebet og dets rækkevidde. I stedet forventes ejeren så at sige selv at botanisere på sin ejendom for at undersøge om den er omfattet af § 3.

Det er nærliggende at sammenholde dette med en nylig dom om overtrædelse randzonenloven, hvor det var ubestridt, at to landmænd i 2013 havde dyrket arealer inden for 9 meter fra åbne vandløb efter randzonenloven, og hvor det måtte lægges til grund, at nogle af vandløbene var omfattet af dyrkningsforbuddet i randzonenlovens § 1, der trådte i kraft den 1. september 2012. Byretten frifandt imidlertid de to landmænd¹² med følgende begrundelse:

»På gerningstidspunktet – i efteråret 2012 og foråret 2013 – herskede der stor usikkerhed om den nærmere forståelse af randzonenloven. Det bemærkes i den forbindelse, at kompensationskortet med en foreløbig angivelse af, hvilke vandløb der var omfattet af randzonenloven, i alvorlig grad var behæftet med fejl. Det fremgår blandt andet af sagens oplysninger, at det oprindelige kompensationskort fejlagtigt angav et rørlagt vandløb med randzone.

I den oprindelige randzonenlov med ikrafttræden den 1. september 2012 var det bestemt, at alle åbne vandløb i landzone skulle undergives randzonepligt. Dette skulle sammenholdes med et krav om, at vandløbet var vandførende i hovedparten af året, hvilket fremgår af den udfærdigede

12. Holstebro Rets dom af 11. maj 2015 i sag 7-2551/2013.

vejledning om randzoner og kompensation, som er dateret januar 2013.

Vidnet [fra NaturErhvervsstyrelsen] har forklaret, at han i forbindelse med sin besigtigelse i april 2013 var nødt til at lade oplysninger fra DMI om forudgående måneders regnvandsmængde indgå i sin vurdering af, om en vandløbsstrækning var vandførende i hovedparten af året. I 2014-loven opererer man nu med nogle mere objektivt konstaterbare kriterier i modsætning til 2012-loven, hvor kriteriet for, om et vandløb er omfattet, beror på et konkret skøn i hvert enkelt tilfælde. [...]

Det fremgår af det i sagen udarbejdede skema, at der i flere omgange er foretaget en reduktion af det samlede randzoneareal, også når der bortses fra den reduktion, der er foretaget efter revisionen af randzonenloven.

Da kompensationsordningen efter landdistriktsordningen bortfaldt som følge af den afgørelse, der blev truffet i Natur- og Miljøklagenævnet den 6. december 2012, opstod der yderligere tvivl om, hvorledes der skulle forholdes med hensyn til loven.

Der har i relation til den første randzonenlov således været mange usikkerhedsfaktorer, og på denne baggrund finder retten, at der fra de tiltaltes side alene er udvist en så ringe grad af uagtsomhed, at det er betænkeligt at anse de tiltalte for skyldige.

Ved vurderingen heraf er det også taget i betragtning, at det fra myndighedernes side blev tilkendegivet, at jordbrugerne kunne regne med, at der ikke ville blive pålagt bøder for det første år og også senere, så længe der var tvivl om, hvor der skulle udlægges randzoner.

Retten har endelig også taget i betragtning, at det relativt hurtigt efter lovens ikrafttræden viste sig nødvendigt at revidere randzonenlovgivningen.«

Dommen blev ikke anket af anklagemyndigheden, men førte til, at 300 straffesager om randzonenloven blev henlagt, hvorfor anklagemyndigheden må have vurderet, at dommens principielle synspunkter vil blive fulgt af andre domstole i sager om overtrædelser af randzonenloven før ændringen af randzonenloven i 2014.

Byretten lagde vægt på grundlæggende retssikkerhedsprincipper og begrundede frifindelsen for en objektivt klar overtrædelse af et ved lov fastsat forbud med fem argumenter: (1) usikkerhed i 2012-2013 om, hvilke vandløb og søer der afkastede randzone, (2) fejl i kortmaterialet, (3) usikkerhed

om kompensationsordningen, efter, vandplanerne blev ophævet, (4) ministerens tilkendegivelser om fjumreår, og (5) at loven blev revideret i 2014.

Sammenholdes randzonedommens begrundelser for frifindelse med overtrædelser af naturbeskyttelseslovens § 3, gør de to førstnævnte forhold sig ofte gældende for overtrædelser af § 3, mens de tre sidste forhold ikke er relevante for § 3. Selv om randzonedommens konklusion ikke lader sig overføre på sager om overtrædelse af naturbeskyttelseslovens § 3, må randzonedommen tages som en påmindelse om de retssikkerhedsmæssige betæneligheder i usikkerheden om, hvilke lokaliteter der er omfattet af § 3.

De indbyggede retssikkerhedsmæssige problemer med anvendelsen af den nugældende § 3 kan efter min opfattelse kun løses ved en lovændring, der kan bygge videre på forslaget i Natur- og Landbrugskommissionens rapport (s. 28) om, at registrering og afregistrering af § 3-beskyttede lokaliteter skal gøres bindende og ske ved en afgørelse, der kan påklages. Ved en sådan lovændring bør det tydeliggøres, at beskyttelsen af beskyttede naturtyper forudsætter, at miljømyndighederne har truffet beslutning om, at den pågældende lokalitet er omfattet af § 3, med angivelse af det præcise geografiske område og med angivelse af, hvad forbudet indebærer af rådighedsbegrænsninger, på linje med hvad der fx kendes ved forureningskortlægning efter jordforureningslovens §§ 4 og 5. Det må samtidig være et krav, at ejeren underrettes og har mulighed for at påklage beslutningen. Hvis forholdene ændrer sig, så der ikke længere er en beskyttet naturtype, må ejeren have mulighed for at kræve, at lokaliteten afklassificeres som beskyttet efter § 3, hvilket ligeledes bør være undergivet klageret.

Den nye regerings regeringsgrundlag lægger op til, at § 3 skal ændres, så beskyttelsen af eng og græsarealer lempes og et større areal skal udlægges til statslig skov. Det vil være nærliggende ved samme lejlighed at få løst de retssikkerhedsmæssige problemer med § 3.