

1

Nye EF-domme om fuglebeskyttelse kræver ændret dansk lovgivning

Af professor dr. jur. Peter Pagh

Miljøministeriet har i det seneste år arbejdet med nye bekendtgørelser for at undgå, at Kommissionens åbningsskrivelser ender med en traktatbrudssag mod Danmark for manglende gennemførelse af EU's fuglebeskyttelsesdirektiv (79/409) og habitatdirektiv (92/43). Samtidigt lovede miljøministeriet at gennemføre en række lovændringer, hvilket dog for en betydelig del er blevet ved løftet. Nu viser EF-Domstolens dom i sag C-418/04 og flere andre nye domme, at Danmark har endnu flere problemer med at opfylde EU-rettens krav til naturbeskyttelse, end miljøministeriet forudsatte i sit svar. Først og fremmest viser dommen i sag C-418/04, at den generelle beskyttelse af Natura 2000 områder og fuglebeskyttelsesområder efter habitatdirektivets art. 6(2) er umiddelbar. Dvs. direktivets krav til beskyttelse ikke kan opfyldes, når forbuddet som i de danske regler er afhængig af en meddelelse til ejeren. Artiklen belyser de nyere EF-domme om fuglebeskyttelsesområder og sammenholder dette med Kommissionens åbningsskrivelse, miljøministeriets svar og de danske regler.

Næppe noget andet EU-direktiv har som direktiv 79/409 om beskyttelse af vilde fugle voldt så mange hovedbrud i Miljøministeriet. Da direktivforslaget blev fremsat i 1976, havde Danmark alvorlige statsretlige betænkeligheder, fordi EU dermed gennemførte lovgivning på områder, som næppe var overladt til EU efter den oprindelige danske tiltrædelseslov.¹ Derimod undervurderede miljøministeriet direktivets vidtgående rækkevidde for den danske naturbeskyttelse, idet man i 1979 fejlagtig antog, at direktivet kun krævede en mindre ændring af jagtloven. Der skulle gå 15 år, før ministeriet i 1994 fik udstedt en bekendtgørelse om de særlige fuglebeskyttelsesområder. Selvom bekendtgørelsen betød en tilnærmelse til EU's krav til

fuglebeskyttelse, var de danske regler fortsat helt utilstrækkelige.²

Først efter indhentning af et notat fra Kammeradvokaten i august 2002³ tog ministeriet initiativ til en mere omfattende ændring af den danske lovgivning om naturbeskyttelse. Ændringerne blev vedtaget i juni 2004, hvor Folketinget accepterede, at EU's krav til artsbeskyttelse fortsat ikke var gennemført i dansk lovgivning. Allerede få måneder efter lovændringen blev det med EF-Domstolens dom i sag C-127/02 *Waddenzee* klart, at heller ikke den danske beskyttelse af særligt beskyttede fugleområder (SBO) og Natura 2000 områder opfyldte EU-rettens krav. Miljøministeriet prøvede at bagatellisere problemerne, men i juli 2006 fremsendte Kommissionen to åbningsskrivelser til Danmark for manglende gennemførelse af fuglebeskyttelsesdirektivet og habitatdirektivet.⁴ I svaret erkendte miljøministeriet (langt om længe), at de danske regler fortsat ikke levede op til EU-kravene, men lovede at få dette bragt i orden med lovændringer, hvoraf en stor del fortsat ikke er fremsat primo 2008. Supplerende har Miljøministeren i foråret 2007 udstedt en ny habitatbekendtgørelse, der imødekommer nogle, men langt fra alle indsigelser.⁵

Som det vil fremgå af det følgende, viser flere nye EF-domme, at manglerne i de danske regler er endnu mere omfattende, end miljøministeriet har oplyst over for Folketinget. I denne artikel belyses alene de danske problemer med beskyttelse af SBO. Dette skal ikke tages som udtryk for, at fuglebeskyttelsen er det eneste tilbageværende danske udestående med EU's krav til naturbeskyttelse. En del af det nedenfor anførte om SBO kan tilsvarende anføres for de såkaldte Natura 2000 områder udlagt efter habitatdirektivet. Og når det gælder artsbeskyttelsen uden for de særligt udlagte lokaliteter, er den basale del af EU-reglerne fortsat ikke gennemført.⁶

1. Udpegning og afgrænsning af særligt beskyttede fuglebeskyttelsesområder (SBO)

Efter fuglebeskyttelsesdirektivets art. 4(1) og (2) har Danmark og de øvrige medlemsstater siden 1981 været forpligtet til som SBO at udpege de bedst egnede områder for trækfugle og de i direktivet bilag I anførte truede arter. Om lokaliteter er 'bedst egnede' beror for de i bilag I anførte arter på kriterierne i art. 4(1), hvorefter der skal tages hensyn til: a) arter, der trues af udsletelse; b) arter, der er følsomme over for bestemte ændringer af deres levesteder; c) arter, der anses for sjældne, fordi bestanden er ringe eller den lokale udbredelse begrænset; og d) andre arter, der kræver speciel opmærksomhed på grund af deres levesteders særlige beskaffenhed. For trækfugle indeholder direktivets art. 4(2) følgende regel om udlægning af SBO'er:

“Under hensyn til beskyttelsesbehovene i det geografiske sø- og landområde, hvor dette direktiv finder anvendelse, træffer medlemsstaterne tilsvarende foranstaltninger med hensyn til regelmæssigt tilbagevendende trækfuglearter, som ikke er anført i bilag I, for så vidt angår de pågældende arters yngle-, fjerskifte- og overvintringsområder samt rasteområderne inden for deres trækruter. Med henblik herpå er medlemsstaterne i særlig grad opmærksomme på, at vådområderne, og især vådområder af international betydning, beskyttes.”

Uanset fuglebeskyttelsesdirektivets art. 2 indeholder en generel regel om at afveje direktivets økologiske krav med økonomiske og rekreative hensyn fastslog EF-Domstolen i sag *C-44/95, Royal Society for Protection of Wild Birds*, at denne afvejningsregel ikke gælder ved udlægning og afgrænsning af SBO'er, hvor det alene er kriterierne i art. 4(1) og (2), der finder anvendelse. De britiske myndigheder kunne derfor ikke ved udlægning af et SBO ved Lappel Banks reservere et mindre område til en kommende havneudvidelse, selvom denne del af området kun blev benyttet af trækfugle. Dommen understreger, at det efter EU-retten er ulovligt at tage samfundsøkonomiske eller rekreative hensyn ved udpegning og afgrænsning af SBO'er.

En medlemsstat har heller ikke mulighed for at undlade udpegning af et område eller afgrænse dette til et mindre område, fordi der i forvejen er udpeget en meget stor del af området, jf. sag *C-3/96 Kommissionen mod Holland* og sag *C-235/04 Kommissionen mod Spanien*.⁷ Alene de ornitologiske kriterier afgør, hvilke områder der skal udlægges som SBO.

Ved den konkrete stillingtagen til om et bestemt område skulle have været udlagt som SBO, lægger EF-Domstolen afgørende vægt på den såkaldte IBA 2000 fortegnelse for Europa, der udgives af Birdlife International.⁸ Således fastslog EF-Domstolen i sag *C-334/04 Kommissionen mod Grækenland*, at IBA 2000 udgør en relevant reference for udlægning af SBO. Da Grækenland ikke videnskabeligt havde imødegået, at der var grundlag for at udpege de 186 områder, som fremgik af IBA 2000 fortegnelsen, blev Grækenland dømt for at tilsidesætte fuglebeskyttelsesdirektivets art. 4(1) og (2). Det gjorde i den sammenhæng ingen forskel, at dette betød, at 25 pct. af det græske territorium skal udlægges som SBO. Det følger af dommen, at hvis et bestemt geografisk område optræder som særligt fuglebeskyttelsesområde på IBA 2000, gælder der en bevisformodning for, at det skal udlægges som SBO. Kun hvis det kan dokumenteres, at der er videnskabeligt grundlag for at fratage IBA 2000 listen, vil en medlemsstat kunne vente at få medhold. EF-Domstolen afviste således et græsk argument om, at Grækenland skulle have tid til at undersøge, om der rent faktisk var videnskabeligt grundlag for udpegning af en række områder som SBO.⁹

Forpligtelsen til at udlægge egnede SBO'er er ikke begrænset til medlemsstaternes territorium, men omfatter hele den eksklusive økonomiske zone, jf. sag *C-6/04 Kommissionen mod Storbritannien*, der ganske vist angik habitatdirektivet, men formentlig også må gælde for fuglebeskyttelsesdirektivet.

Til forskel fra udpegning af Natura 2000-områder efter habitatdirektivet er der ikke i fuglebeskyttelsesdirektivet regler om, hvilken fremgangsmåde der skal anvendes ved udpegningen. Men det fremgår af EF-Domstolens praksis, at de nationale regler skal gengive pligten til at udpege SBO'er, når betingelserne i fuglebeskyttelsesdirektivets art. 4(1) eller (2) er opfyldt. Dette

hænger bl.a. sammen med, at der er tale om en dynamisk forpligtelse, således at der skal udlægges nye SBO'er, når der opstår nye egnede områder, jf. sag C-209/04 *Kommissionen mod Østrig*. Det fremgår samtidigt af dommen i sag C-191/05 *Kommissionen mod Portugal*, at en lokalitet ikke kan ophæves som SBO, blot fordi den fugleart, som lokaliteten oprindeligt var udpeget til, ikke længere bruger området. Bruges området i stedet af andre særligt beskyttede fugle eller trækfugle, vil området ikke kunne nedlægges som SBO.

I sag C-418/04 *Kommissionen mod Irland* gik EF-Domstolen endnu videre. I relation til lokaliteterne *Cross Lough* og *Moy Valley* var det ubestridt, at de to områder tidligere havde været et betydningsfuldt yngleområde for splitterner henholdsvis engsnaren. Men som følge af manglende beskyttelse mod mink var splitternerne fortrængt fra Cross Lough, og engsnaren var fortrængt fra Moy Valley af landbruget. Da lokaliteternes manglende egnethed var en følge af, at Irland havde forsømt den efter direktivet krævede beskyttelse, fandt EF-Domstolen, at Irland fortsat havde pligt til at udpege de to lokaliteter som SBO, da Irland ikke skulle drage fordel af den manglende beskyttelse. Dette betyder, at der også kan være pligt til at udpege lokaliteter som SBO, uanset de ikke pt. anses som bedst egnede, hvis der tidligere har været grundlag for en sådan udpegning. Dette betyder formentlig tillige, at hvis beskyttede fugle ikke længere anvender et udpeget SBO, fordi en medlemsstat har forsømt den i direktivet krævede beskyttelse af dette SBO, vil medlemsstaten være forpligtet til en lang tid fremover at opretholde udpegningen som SBO og beskytte området.

Sammenholdes EF-Domstolens fortolkning af pligten til at udlægge SBO med de danske regler, kan det uden videre konstateres, at der ikke i dansk lovgivning findes bindende regler for, hvornår SBO'er skal udpeges. Kommissionen har påtalt dette forhold i åbningsskrivelsen for så vidt angår art. 4(1). Miljøministeriet har lovet at imødekomme kritikken ved at fremsætte forslag om ændring af miljømålsloven i Folketingets samling 2007/2008, men foreløbig er det ikke sket. Supplerende bemærkes, at der ligeledes er krav om, at dansk lovgivning indeholder de i direktivets art. 4(2) anførte kriterier for ud-

lægning af SBO til trækfugle, hvorfor dette ligeledes skal være indeholdt i en kommende ændring af miljømålsloven.

Om Danmark faktisk har udpeget alle de relevante lokaliteter som SBO må bero på en nærmere undersøgelse og sammenligning med IBA 2000. Om en sådan undersøgelse er gennemført vides ikke, men det kan konstateres, at Miljøministeriet i MAD 1000.305 accepterede, at en del af arealet i et SBO ved Vadehavet blev overført til byzone med henblik på udvidelse af renseanlæg. Ministeriet henviste til, at der ved den i 1994 fastsatte afgrænsning af SBO'en "blev udtaget et areal af beskyttelsesområdet" til renseanlægget, men at man ikke på daværende tidspunkt kunne forudsige skærpede krav til rensning. Dette kan sammenholdes med, at behov for rensningsanlæg ikke er et lovligt kriterium ved afgrænsning af SBO efter EF-Domstolens praksis. Den første afgrænsning byggede derfor på ulovlige kriterier, og den efterfølgende ændring vil kun kunne ske efter en særlig fremgangsmåde efter habitatdirektivets art. 6(3) og (4), jf. nærmere nedenfor. Det kan næppe udelukkes, at tilsvarende ulovlige hensyn er indgået ved afgrænsning af andre SBO'er.

2. Beskyttelsen af udpegede SBO'er

De udpegede SBO'er har siden 1994 været beskyttet efter habitatdirektivets art. 6(2)-(4), jf. habitatdirektivets art. 7.¹⁰ Art. 6(2) indeholder den generelle beskyttelse af SBO'er mod negative påvirkninger, art. 6(3) angiver den specielle beskyttelse mod planer og projekter med krav om forudgående vurdering og tilladelse; og art. 6(4) indeholder en hjemmel til i særlige tilfælde at fravige beskyttelsen efter art. 6(3).

Ved siden af habitatdirektivets art. 6(2)-(4) er SBO'er efter fuglebeskyttelsesdirektivets art. 4(1) og 4(2) omfattet af en generel positiv beskyttelsespligt, hvis nærmere indhold dog ikke indtil nu har ført til domfældelse.¹¹ De beskyttede fugle er endvidere beskyttet af fuglebeskyttelsesdirektivets art. 4(4) sidste punktum om at undgå forurening eller forringelse af levesteder også uden for disse beskyttede områder.

Endelig følger af miljøansvarsdirektivet (2004/35), at der er ansvar for genopretning i tilfælde af skade på de beskyttede fugles gunstige bevaringsstatus, hvilket formentlig også omfat-

ter krav på genopretning af betingelserne i et SBO. Ansvar, der i en række tilfælde er objektivi, påhviler den, der i erhvervsmæssigt eller offentligt øjemed har forvoldt skaden. Hvis skaden på de beskyttede fugle ikke kan genoprettes, skal den ansvarlige betale udgifterne til tilsvarende eller sammenlignelig økologisk genopretning.

Det ligger fast, at Danmark ikke har gennemført miljøansvarsdirektivets regler, der skulle være gennemført den 1/4 2007. Men som det vil fremgå af det følgende, opfylder de danske regler heller ikke habitatdirektivets eller fuglebeskyttelsesdirektivets krav til negativ beskyttelse af SBO'er. De påtænkte lovændringer, miljøministeriet meddelte Kommissionen, vil efter dommen i sag C-418/04 *Kommissionen mod Irland* og flere andre domme ikke være tilstrækkelige. Da problemerne med reglerne er forskellige gennemgås de enkelte regler hver for sig.

2.1 Den generelle beskyttelse af SBO'er

Habitatdirektivets art. 6(2) lyder:

“Medlemsstaterne træffer passende foranstaltninger for at undgå forringelse af naturtyperne og levestederne for arterne i de særlige bevaringsområder samt forstyrrelser af de arter, for hvilke områderne er udpeget, for så vidt disse forstyrrelser har betydelige konsekvenser for dette direktivs målsætninger.”

Miljøministeriet udlagde oprindeligt denne regel således, at forbuddet kun omfattede aktiviteter inden for den udlagte SBO, og at forbuddet ikke omfattede den hidtidige anvendelse og brug af de udlagte lokaliteter. Efter EF-Domstolen i sag C-117/00 *Kommissionen mod Irland* fastslog, at art. 6(2) også kræver indgreb mod bestående aktiviteter, der har den i art. 6(2) anførte skadelige virkninger på et SBO, blev naturbeskyttelsesloven og skovloven ændret.¹² Efter lovændringen skal kommunen meddele påbud eller forbud til ejeren i tilfælde af, at en sådan skadelig aktivitet konstateres. Idet der ikke er vedtaget Natura 2000 planer, er den relevante gældende regel naturbeskyttelseslovens § 19f, stk. 1, der lyder således:

“Indtil der foreligger en endeligt vedtaget Natura 2000-plan, skal kommunalbestyrelsen pålægge ejeren af en ejendom i eller uden for internationale naturbeskyttelsesområder den drift eller de andre foranstaltninger, som er nødvendige for at undgå forringelse af naturtyper og levesteder for arter eller betydelig forstyrrelse af arter, som området er udpeget for, hvis det ikke kan afvente vedtagelse af Natura 2000-planen, og hvis sådan forringelse eller forstyrrelse ikke kan afværges gennem aftale eller på anden måde.”

Som det fremgår, gælder beskyttelsen efter § 19f ikke alene imod aktiviteter inden for en SBO, men tillige uden for, hvis der indtræder de anførte skadelige virkninger. Denne territoriale udstrækning af beskyttelsen til at gælde uden for en SBO er i overensstemmelse med dommen i sag C-6/04 *Kommissionen mod Storbritannien*, hvor det tillige blev fastslået, at beskyttelsen også omfatter ikke-menneskeskabte forstyrrelser, der har den i art. 6(2) anførte skadevirkning.¹³

I Kommissionens åbningskrivelse blev Danmark bl.a. kritiseret for, at de danske regler vedrørende generel beskyttelse af SBO'er på land ikke beskytter mod tredjemand, og at der manglede regler for beskyttelse af SBO'er på havet. Miljøministeriet afviste kritikken af de danske regler på land med, at myndighederne efter reglerne er forpligtet til at gribe ind. Kan det ikke ske ved aftale med ejeren, er der i loven ingen begrænsninger for myndighedernes adgang til at gribe ind over for ejeren eller over for offentligheden. Miljøministeriet undlod dog at oplyse, at reglen så vidt vides kun er anvendt i under en håndfuld tilfælde. Derimod anerkendte miljøministeriet, at der mangler regler for beskyttelse af SBO'er på havet, men lovede en række lovændringer allerede i samlingen 2006/2007 og yderligere i samlingen 2007/2008.

Sammenholdes den rejste kritik af de danske regler med dommen i sag C-418/04 *Kommissionen mod Irland*, synes EF-Domstolen at gå videre end Kommissionens kritik af de danske regler. På linje med Danmark havde Irland gennemført art. 6(2) beskyttelsen ved regler, som bemyndigede de irske myndigheder til at gribe ind i tilfælde af skadelige aktiviteter på beskyttede

områder. Således lød de centrale irske regler (regulation 13(3) og 14):

13(3): *“Ministeren træffer passende foranstaltninger for at undgå forringelse af naturtyperne og levestederne for arterne i de særlige bevaringsområder, der er udpeget i medfør af Regulation 9, samt forstyrrelser af de arter, for hvilke områderne er udpeget, for så vidt som disse forstyrrelser har betydelige konsekvenser for dette direktivs målsætninger.”*

14: *“På enhver ejendom, der er beliggende i et særligt bevaringsområde, eller på en lokalitet, der er opført på en liste i overensstemmelse med kapitel 1 i denne del, er det forbudt at udføre, at lade udføre eller at fortsætte en handling eller en aktivitet, der er nævnt i en meddelelse, der er udstedt i henhold til Regulation 4(2), medmindre handlingen eller aktiviteten udføres, ønskes, tillades eller fortsættes af ejeren, beboeren eller brugeren af stedet, og*

- a) *en af disse har tilstillet ministeren et skriftligt forslag om den handling eller aktivitet, der påtænkes udført, hvori der afgives nærmere oplysninger om den pågældende handling eller aktivitet, og det præciseres, på hvilken ejendom, den skal udføres, og*
- b) *en af betingelserne i stk. 2 er opfyldt.*

2. Betingelserne i stk. 1 er følgende:

- a) *handlingen eller aktiviteten udføres efter ministerens skriftlige godkendelse, eller*
- b) *handlingen eller aktiviteten udføres i overensstemmelse med forvaltningsaftalen i Regulation 12.*

3. Enhver person, der uden gyldig grund tilsidesætter bestemmelserne i stk. 1, begår en lovovertrædelse."

Om disse bestemmelser opfyldte habitatdirektivets art. 6(2) anførte EF-Domstolen i præmis 205-206:

“For så vidt angår Irlands argument om, at habitatforskrifternes Regulation 13(3), gennemfører habitatdirektivets artikel 6(2), må det konstateres, at forskrifternes Regulation 13(3) som sit eneste formål har at pålægge vedkommende minister en forpligtelse til at træffe alle nyttige dis-

positioner for at undgå forringelse af naturtyperne og levestederne for arterne samt forstyrrelser af de arter, for hvilke områderne er udpeget, med den virkning, at denne bestemmelse kun har retsvirkning, når de berørte SBO'er direkte henhører under ministerens ressortområde. Inden for rammerne af habitatforskrifternes udbygger forskrifternes Regulation 13(3) bestemmelserne i samme forskrifternes Regulations 4 og 14, der fastsætter en ansvarsordning for grundejeren, der hviler på meddelelser. Da det i denne sag er ubestridt, at der ikke er udstedt sådanne meddelelser for alle SBO'er, kan habitatforskrifternes Regulation 13(3) ikke anses for at sikre en tilstrækkelig gennemførelse af habitatdirektivets artikel 6, stk. 2.

Hvad angår argumentet om, at habitatforskrifternes Regulation 14 indebærer, at der føres kontrol med de handlinger og aktiviteter, som er opregnet i en meddelelse, der er udstedt af den kompetente minister i overensstemmelse med forskrifternes Regulation 4, og hvorefter de opregnede aktiviteter kun kan udføres efter ministerens tilladelse eller efter en forvaltningsaftale som omhandlet i forskrifternes Regulation 12, må det blot konstateres, at Regulation 14 også forudsætter, at der foreligger en meddelelse. Af samme grund som den i den foregående præmis nævnte kan denne sidstnævnte bestemmelse ikke anses for at sikre en tilstrækkelig gennemførelse af habitatdirektivets artikel 6(2).”

EF-Domstolen afviste således, at beskyttelsen efter art. 6(2) kan være afhængig af en meddelelse, medmindre der på forhånd er udstedt en sådan meddelelse for alle SBO'er. Det fremgår af den efterfølgende præmis 208, at det ikke gør nogen forskel, at myndigheden kan meddele et påbud, idet EF-Domstolen hertil bemærkede:

“Selv om Irland i sin duplik har anført, at den kompetente ministers kompetence, sådan som den er præciseret i den foregående præmis, kan anvendes til at fremsætte en umiddelbar begæring om genoprettelsesforanstaltninger i form af et midlertidigt påbud, må det nemlig konstateres, at disse dispositioner nødvendigvis først kan sættes i værk, efter de pågældende aktiviteter er påbegyndt, og dermed efter at eventuelle forringelser er indtrådt. Desuden har ministeren ikke

kompetence til ensidigt at forbyde en skadelig aktivitet, og denne kompetence forudsætter, at der er blevet udført en passende vurdering af den pågældende aktivitets virkning på miljøet, før der fremsættes begæring om et retsligt forbud. Den reaktive beskyttelse af SBO'er kan forsinkes betydeligt af disse retsskridt. Disse dispositioner sikrer lige så lidt beskyttelsen af SBO'er mod privates aktiviteter, da en sådan beskyttelse kræver, at de private på et tidligere tidspunkt hindres i at udføre eventuelle skadelige aktiviteter."

Som det fremgår, fører EF-Domstolens fortolkning af art. 6(2) til, at medlemsstaterne ikke kan opfylde reglen ved middelbare regler, hvis bindende virkning for borgerne beror på en forvaltningsakt fra en myndighed – i hvert fald når der ikke forud er meddelt sådanne præcise rådgivelsesbegrænsninger for alle SBO'er. Dette forekommer velbegrunderet, da en middelbar beskyttelse betyder, at der reageres for sent, fordi myndighederne vanskeligt kan forudsige alle de handlinger, der kan begrunde indgreb. Beskyttelsen efter art. 6(2) må derfor kræve et umiddelbart forbud mod aktiviteter, der har skadelige virkninger for et SBO. Efter dommen forekommer det meget lidt sandsynligt, at miljøministeriet kan komme igennem med sin argumentation, da de irske og danske regler er rimeligt sammenlignelige.

Vedrørende de manglende danske regler om generel beskyttelse af SBO'er på havet må det konstateres, at den ved lov nr. 548/2007 gennemførte ændring af undergrundsloven, kystbeskyttelsesloven m.fl. ikke på nogen måde modsvarer habitatdirektivets art. 6(2), da de ændrede regler vedrører betingelser for tilladelser. Hvad angår de i øvrigt af miljøministeriet lovede ændringer af jagt- og vildforvaltningsloven, havmiljøloven, naturbeskyttelsesloven, fiskeriloven, hvor lovforslag var lovet i oktober 2007, ses der primo 2008 ikke fremsat noget lovforslag.

2.2 Den specielle beskyttelse af SBO mod projekter og planer

Mens art. 6(2) omfatter skadelige påvirkninger af beskyttede lokaliteter i almindelighed, indeholder art. 6(3) en specialregel for, hvordan

SBO'er er beskyttet mod projekter og planer. I sag C-127/02, *Waddenzee* om muslingefiskeri i et SBO i den hollandske del af Vadehavet fastslog EF-Domstolen, at for projekter og planer er det alene art. 6(3), der skal anvendes. Hvis den tilladte aktivitet senere viser sig at give anledning til ikke forudsete skadevirkninger, skal art. 6(2) anvendes. Bestemmelsen i art. 6(3) lyder:

“Alle planer eller projekter, der ikke er direkte forbundet med eller nødvendige for lokalitetens forvaltning, men som i sig selv eller i forbindelse med andre planer og projekter kan påvirke en sådan lokalitet væsentligt, vurderes med hensyn til deres virkninger på lokaliteten under hensyn til bevaringsmålsætningerne for denne. På baggrund af konklusionerne på vurderingen af virkningerne på lokaliteten, og med forbehold af stk. 4, giver de kompetente nationale myndigheder først deres tilslutning til en plan eller et projekt, når de har sikret sig, at den/det ikke skader lokalitetens integritet, og når de – hvis det anses for nødvendigt – har hørt offentligheden.”

Den noget knudrede regel rejser fire spørgsmål. Det ene er, hvad der forstås ved projekt og planer. Det andet er, hvornår der skal ske vurdering. Det tredje er, hvad vurderingen kræver af undersøgelser. Og det fjerde er, hvornår der kan gives tilladelse efter sidste punktum.

Starter man med sidste punktum er det relativt tydeligt, at der gælder en art omvendt bevisbyrde, idet en tilladelse kun må gives, når myndigheden har sikret sig dokumentation for, at den ansøgte aktivitet ikke medfører skade. Som det fremgår af EF-Domstolens principielle dom i sag C-127/02, *Waddenzee* har denne omvendte bevisbyrde tillige betydning for, hvordan første led af art. 6(3) skal fortolkes.

Sag C-127/02 vedrørte en hollandsk fisker, der hvert år havde fået fornyet sin tilladelse til mekanisk muslingefiskeri i et SBO i Vadehavet. Efter at de hollandske myndigheder også dette år havde fornyet tilladelsen, anlagde to hollandske miljøorganisationer sag med påstand om, at tilladelsen var ugyldig, bl.a. fordi der ikke kunne gives tilladelse efter habitatdirektivets art. 6(3), da fiskeriet kunne have en skadelig virkning på fuglene i den udlagte SBO i Vadehavet. Med

henvisning til at 'projekter' efter VVM-direktivets definition også omfatter indgreb i det naturlige miljø, fastslog EF-Domstolen, at en tilladelse til fiskeri er et projekt, idet det ikke kunne tillægges betydning, at der var tale om en årlig fornyelse af tilladelsen.¹⁴

Herefter fastslog EF-Domstolen, at medmindre det på forhånd helt kan udelukkes, at projektet kan påvirke bevaringsmålsætningen for et SBO, skal der gennemføres en vurdering af alle aspekter af projektet, som kan påvirke et SBO, hvor der skal tages hensyn til kumulative effekter. Påvirkningen skal bedømmes på grundlag af "den bedste videnskabelige viden på området". Tilladelse kan kun meddeles, hvis denne vurdering viser, der ikke ud fra et videnskabeligt synspunkt er usikkerhed om projektets skadelige virkning på bevaringsmålsætningen for lokaliteten. Ønsker myndigheden alligevel at give tilladelse, kan det kun ske efter den særlige undtagelse i habitatdirektivets art. 6(4). Videre fremgår af dommen i C-127/02, at disse regler har direkte effekt og kan påberåbes af en miljøorganisation.

Af sag C-418/04 *Kommissionen mod Irland* fremgår yderligere, at det i art. 6(3) indeholdte krav om vurdering af virkning ikke kan opfyldes ved en vurdering efter VVM-direktivet (85/337) eller en vurdering efter direktiv 2001/42 om miljøvurdering af planer og programmer. Det fremgår tillige af dommen, at også vedligeholdelse af afvandingskanaler falder under kravet om vurdering af projekter i habitatdirektivets art. 6(3).¹⁵ Dommen viser, at selv om der ikke er sikkerhed for, i hvilken udstrækning en sjælden fugl som isfuglen bruger en lokalitet, kræver direktivets beskyttelse, at der for arten udpeges SBO, og at arten omfattes af beskyttelsen i udlagte SBO'er.¹⁶

I Kommissionens åbningsskrivelse kritiseres Danmark bl.a. for, (1) at de danske regler ikke indeholder krav om vurdering af alle relevante projekters virkning på beskyttede lokaliteter, (2) at kravet om vurdering af projekter i en række tilfælde alene beror på VVM-reglerne, (3) at kravet om vurdering af projekter i råstofloven og naturbeskyttelseslovens § 19b er begrænset til projekter *inden for lokaliteten*, og (4) at betingelsen for at meddele tilladelse efter habitatdirektivets art. 6(3) ikke er gengivet i dansk ret.

Til de to første kritikpunkter vedgik miljøministeriet, at de danske regler er mangelfulde for så vidt angår projekter på havet, men lovede at fremsætte lovforslag inden udgangen af 2007. Tilsvarende mente miljøministeriet, at der med den nye bekendtgørelse om udpegning og administration af internationale naturbeskyttelsesområder (bkg. 408/2007) vil blive taget højde for alle relevante projekter på landjorden. Det kan uden videre konstateres, at der fortsat ikke er fremsat lovforslag om ændring af fiskeriloven og flere andre love vedrørende havet. Det lovede forslag om ændring af råstofloven, blev afvist i juni 2007, uden at et nyt efterfølgende er fremsat. Hertil kommer, at den nye bekendtgørelse 408/2007 fx ikke kræver, at byggetilladelser efter bygge-loven eller tilladelser efter vejloven omfattes af forudgående vurdering af virkning på SBO'er og Natura 2000 områder, selv om det er oplagt, at sådanne tilladelser ofte kan have virkning på beskyttede lokaliteter. På dette pkt. forlader de danske regler sig fortsat på VVM-reglerne,¹⁷ hvilket efter dommen i C-418/04 må anses som utilstrækkelig. Det er derfor i overensstemmelse med EU-retten, når Miljøklagenævnet i MAD 2007.881 ophævede miljøgodkendelse af anlæg til havnesediment fra Esbjerg Havn, selv om Naturklagenævnet havde accepteret VVM-redegørelsen.

Miljøministeriet afviste kritikken af, at kravet om vurdering af en række projekter er begrænset til aktiviteter *inden for den udpegede lokalitet*, med, at de udpegede lokaliteter var større i udstrækning end EU-reglerne kræver, og at der derfor med reglerne var taget højde for alle relevante projekter. Hertil må for det første bemærkes, at der ikke ses dokumentation for, at de danske SBO'er er større i udstrækning, end anført i IBA 2000. For det andet er det indlysende, at ny intensiv gødsugning opstrøms et udpeget SBO kan have betydelige virkninger på et SBO, hvorfor sådanne aktiviteter er omfattet af direktivets krav om forudgående vurdering, uanset at de sker uden for et SBO.

Hvad angik kritikken af den manglende gennemførelse af betingelsen for at meddele tilladelse, henviste miljøministeriet til, at dette vil fremgå af den nye bekendtgørelse. Dette må sammenholdes med, at betingelsen for tilladelse

til projekter efter den nye bkg. 408/2007, § 7, stk. 2 er udformet således:

“Viser vurderingen, at projektet vil skade det internationale naturbeskyttelsesområde, kan der ikke meddeles tilladelse, dispensation eller godkendelse til det ansøgte.”

Heller ikke de nye danske regler indeholder dermed den omvendte bevisbyrde, der er indeholdt i habitatdirektivets art. 6(3). Efter de danske regler kan der kun meddeles afslag, hvis vurderingen viser, at det ansøgte vil skade den beskyttede lokalitet, hvormed der er en præsumption for tilladelse. Men som det fremgår af dommen i sag C-127/02 er forholdet omvendt. Dette er yderligere bekræftet i sag C-418/04, hvor Irland bl.a. blev dømt for at tillade vedligeholdelse af afvandingskanaler uden der var videnskabelig vished for, at dette ikke skadede et nærliggende SBO. Det er derfor ikke kun, når vurderingen viser, at det ansøgte er skadelig for den beskyttede lokalitet, at der skal gives afslag. Afslag skal tilige gives, hvis der mangler dokumentation for, at det ansøgte ikke har skadelig virkning.

Dette er yderligere understreget i sag C-239/04 *Kommissionen mod Portugal*, der vedrørte linjeføring af motorvej gennem et SBO ved *Castro Verde*. Den af de portugisiske myndigheder gennemførte vurdering viste, at linjeføringen kunne have skadelig virkning, men da den skadelige virkning fandtes ubetydelig, blev projektet tilladt. Da sagen kom for EF-Domstolen var projektet gennemført, og de efterfølgende vurderinger viste, at projektet ikke havde haft nogen skadelig virkning på det udlagte SBO. EF-Domstolen afviste, at det for overholdelsen af art. 6(3) kunne tillægges betydning, at projektet efter gennemførelsen ikke havde haft skadelige virkninger, idet den udtalte:

“Det er nemlig det tidspunkt, da der træffes afgørelse om tilladelse til gennemførelse af projektet, at der ud fra et videnskabeligt synspunkt ikke må foreligge nogen rimelig tvivl i forhold til skadevirkninger for de omhandlede områders integritet.”

De seneste EF-domme understreger således klart, at der skal gives afslag, medmindre det

ved anvendelse af den nyeste videnskabelige viden godtgøres, at projektet ikke er skadeligt. Så også på dette pkt. synes der fortsat grundlag for Kommissionens indsigelser.

Det fremgår endvidere af sag C-304/05 *Kommissionen mod Italien* om et projekt til alpint skiløb i et SBO i den italienske naturpark, *Parco Nazionale dello Stelvio*, at det er i modstrid med art. 6(3), hvis en tilladelse gøres betinget af efterfølgende vurderinger. Efter dommen var det således i modstrid med art. 6(3), at Miljøklagenævnet i MAD 2003.678 gav en tidsbegrænset tilladelse til klappning nær et SBO med henblik på at afslutte igangværende undersøgelser af virkning.¹⁸

2.3 Undtagelsen for den specielle beskyttelse

Efter habitatdirektivets art. 6(4) er det muligt at tillade projekter og planer, selv om en vurdering efter art. 6(3) viser, at projektet eller planen har skadelig virkning på et SBO. Der er tale om en meget snæver undtagelse, der kun kan anvendes, når der forud er gennemført den i art. 6(3) krævede vurdering, jf. sag C-441/03 *Kommissionen mod Holland*. Det er yderligere en betingelse, at der ikke er alternativer, og at gennemførelsen er begrundet i bydende nødvendige samfundsmæssige hensyn, forudsat at der iværksættes kompenserende foranstaltninger. Den begrænsede mulighed for at anvende art. 6(4) er understreget i sag C-418/04 *Kommissionen mod Irland*, hvor EF-Domstolen om et afvandingsprojekt ved SBO'et *Glen Lough*, der forstyrrede sangsvaner udtalte (præmis 260):

“at en tilladelse i medfør af habitatdirektivets artikel 6, stk. 4, på trods af en negativ vurdering af virkningerne på lokaliteten kun ville have været mulig, såfremt der ikke fandtes alternative løsninger, og projektet skulle gennemføres af bydende nødvendige hensyn til væsentlige samfundsinteresser og på betingelse af, at medlemsstaten traf alle nødvendige kompensationsforanstaltninger for at sikre, at den globale sammenhæng i Natura 2000 beskyttes.”

Kravet om, at der ikke er alternativer, fortolkes ganske strengt, som det fremgår af sag C-239/04 *Kommissionen mod Portugal* om linjeføring af

motorvej. I dette tilfælde var det evident, at de portugisiske myndigheder havde undersøgt alternativer, og at linjeføringen gennem et SBO var valgt som det mindste onde af flere undersøgte muligheder. Dette var imidlertid ikke tilstrækkeligt til at overbevise EF-Domstolen, der henviste til, at Kommissionen havde påvist alternativer, som ikke var undersøgt af de portugisiske myndigheder. Med henvisning til at art. 6(4) kun kan anvendes, "hvis det er bevist, at der ikke var alternative løsninger", blev Portugal herefter dømt.

I Kommissionens kritik af de danske regler er bl.a. anført, at undtagelsen i art. 6(4) ikke tilstrækkeligt tydeligt fremgår af alle relevante regler. Miljøministeriet vedgik, at reglen manglede for en del projekter på havet, men mente i øvrigt art. 6(4) var korrekt gennemført. Uanset svaret næppe på daværende tidspunkt var helt retvisende, er udsagnet i hovedsagen korrekt efter den nye habitatbekendtgørelse (408/2007) blev ændret ved bkg. 1443/2007, hvorefter undtagelsen også er betinget af, at der "ikke findes et tilfredsstillende alternativ". Det må dog anføres, at betingelsen om, at alternativet skal være "tilfredsstillende", kan være vanskelig at forene med dommen i sag C- 239/04 *Kommissionen mod Portugal*.

2.4 Den supplerende beskyttelse af beskyttede fugle uden for SBO'erne

Som anført suppleres beskyttelsen af SBO'er efter habitatdirektivets art. 6(2)-(4) med sidste punktum i fuglebeskyttelsesdirektivets art. 4(4), hvorefter:

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

I sag C-418/04 *Kommissionen mod Irland* påstod Kommissionen, at Irland ikke havde sikret den i fuglebeskyttelsesdirektivets art. 4(4) sidste punktum krævede beskyttelse uden for SBO'erne. Irland gjorde hertil gældende, at den i art. 4(4) sidste punktum krævede beskyttelse var gennemført ved miljøgodkendelser på grundlag af IPPC-direktivet, ved reglerne om håndtering af husdyrgødning, ved anvendelse af forordningen om krydsoverensstemmelse for landbrugs-

støtte og ved art. 11 i Wildlife Act om, at ministeren skal sikre bevarelsen af vilde dyr og planter og fremme bevarelsen af biologisk mangfoldighed. Efter at have konstateret, at ingen af de anførte regler indeholder en specifik henvisning til de ornitologiske kriterier, der er styrende for beskyttelsen efter fuglebeskyttelsesdirektivets art. 4(4), afviste EFD alle Irland indsigelser, idet reglen i Wildlife Act art. 11 ikke var præcis nok, hvorfor Irland også dømt for dette forhold.

I Kommissionens kritik af de danske regler blev det ligeledes anført, at Danmark ikke havde gennemført den supplerende beskyttelse efter fuglebeskyttelsesdirektivets art. 4(4). Miljøministeriet afviste denne kritik med, at denne beskyttelse er afløst af habitatdirektivets art. 6(2)-(4). Miljøministeriet har herved tilsyneladende overset, at sidste punktum i art. 4(4) fortsat er gældende. Sammenholdes de danske regler herefter med de modsvarende irske regler, synes problemet at være det samme for Danmark. Hverken miljøbeskyttelsesloven, loven om husdyrbrug eller andre miljølove indeholder særskilte krav om forebyggelse af forurening, som kan genere de beskyttede fugle uden for de udlagte SBO'er. Så også på dette pkt. mangler der fortsat i Danmark de nødvendige regler.

3. Beskyttelsen af lokaliteter, der skulle være udlagt som SBO

Allerede i sag C-355/90 *Kommissionen mod Spanien* om manglende udpegning af et SBO i *Santona Marshes* fastslog EF-Domstolen, at hvis en lokalitet skulle have været udpeget som SBO, men ikke var udpeget, gælder beskyttelsen efter fuglebeskyttelsesdirektivets art. 4(4). Derimod afviste EF-Domstolen i sag C-374/98 *Kommissionen mod Frankrig*, at sådanne ikke udpegede lokaliteter for særligt beskyttede fugle er omfattet af beskyttelsen efter habitatdirektivets art. 6(2)-(4). Dommen antydede, at sådanne ikke udpegede lokaliteter i stedet er omfattet af fuglebeskyttelsesdirektivets art. 4(4) første punktum, men tog ikke stilling, da der ikke var nedlagt påstand herom.

I sag C-418/04 *Kommissionen mod Irland* havde Kommissionen nedlagt påstand om, at Irland havde tilsidesat fuglebeskyttelsesdirektivets art. 4(4) ved ikke i lokaliteter, der skulle have været udlagt som SBO, at have sikret den i

reglen krævede beskyttelse. EF-Domstolen lagde til grund, at direktivets beskyttelsesformål ikke vil kunne nås, hvis medlemsstaterne kunne unddrage sig pligten til at beskytte lokaliteter ved ikke at udpege disse, hvorefter Irland også blev dømt for dette forhold.¹⁹ Om dommen på dette pkt. har betydning for Danmark afhænger af, om der er udpeget de nødvendige SBO'er, hvilket jeg ikke har grundlag for at bedømme.

4. Foreløbig vurdering

Det er umuligt at forudsige, hvordan Kommissionen vil følge op den danske åbningsskrivelse, da der kan være andre lodder i vægtskålen end de juridiske argumenter. Men med den nidkære håndhævelse Kommissionen har fulgt over for de fleste andre medlemsstater mht. fuglebeskyttelse,²⁰ vil det være en overraskelse, hvis det ikke ender med en traktatbrudssag – i hvert fald så længe man alene bedømmer de juridiske aspekter.

Det må i denne sammenhæng nærmest tange-re en provokation, når regering og Folketinget i det væsentlige end ikke har gennemført de lovede lovændringer, men til gengæld har haft tid til at vedtage en lov om forlængelse af Gudenaacentralens koncession (lov 1533/2007), uden at der så vidt ses foreligger den i habitatdirektivets art. 6(3) krævede vurdering af forlængelsens virkning på de berørte habitatområder. Der kan i den sammenhæng være grund til at erindre, at også de projekter, som Folketinget måtte vedtage ved lov, er omfattet af kravet om vurdering i habitatdirektivets art. 6(3). Hvis dette forhold skal bringes ind i en eventuel traktatbrudssag, vil Kommissionen dog være nødsaget til at fremsende en supplerende åbningsskrivelse. Men en sådan metode blev faktisk anvendt over for Irland i sag C-418/04, da Kommissionen under vejs opdagede, at der var endnu flere problemer med fuglebeskyttelsesdirektivet i Irland, end Kommissionen først antog.

Noter

- 1) For en oversigtsmæssig gennemgang af de statsretlige aspekter, se U 1998. 800 H (side 847 ff).
- 2) Se herom Pagh: UfR 1997B. 511, Koester: UfR 1998B. 75, Pagh: UfR 1998B. 182 og Koester: UfR 1998B. 345 – hvor Koester forsvarede miljøministeriets udlægning.

- 3) Notatet kan hentes på Folketingets hjemmeside, Miljø- og planlægningsudvalget december 2002.
- 4) Kommissionens åbningsskrivelser kan hentet på Folketingets hjemmeside, Miljø- og Planlægningsudvalget, samling 2006/2007, bilag 171, hvori tillige er offentliggjort Miljøministeriets svar.
- 5) Se bkg. 408 af 1/5 2007 om udpegning og administration af internationale naturbeskyttelses-områder, der siden er ændret ved bkg. 1443 af 11/12 2007.
- 6) Se herom Pagh: TfM 2006, s. 494 og Pagh: UfR 2005B. 25.
- 7) Se tillige: sag C-166/97 *Kommissionen mod Frankrig*, sag C-96/98 *Kommissionen mod Frankrig*, sag C-240/00 *Kommissionen mod Finland*, sag C-202/01 *Kommissionen mod Frankrig*, sag C-378/01 *Kommissionen mod Italien*, sag C-166/04 *Kommissionen mod Grækenland*.
- 8) IBA 2000 står for: Inventory of Bird Areas in the European Community. Oversigten kan findes på Birdlife Internationals hjemmeside: http://www.birdlife.org/action/science/sites/european_ibas/index.html.
- 9) Denne bevisforudmodning for IBA 2000 som referencegrundlag for udlægning af SBO er efterfølgende bekræftet i sag C-186/06 *Kommissionen mod Spanien* og sag C-418/04 *Kommissionen mod Irland*.
- 10) Indtil habitatdirektivet trådte i kraft var de udpegede SBO'er i stedet beskyttet af fuglebeskyttelsesdirektivets art. 4(4) første punktum, hvorefter "medlemsstaterne træffer egnede foranstaltninger med henblik på i de i stk. 1 og stk. 2 nævnte beskyttede områder at undgå forurening eller forringelse af levestederne samt forstyrrelse af fuglene, i det omfang en sådan forurening, forringelse eller forstyrrelse har væsentlig betydning for formålet med denne artikel". EF-Domstolen fastslog i sag 57/89 *Kommissionen mod Tyskland (Leybucht)* om et digeprojekt ved Vadehavet, at beskyttelsen efter art. 4(4) ikke giver mulighed for at tage økonomiske hensyn.
- 11) I sag C-418/04 *Kommissionen mod Irland* gjorde Kommissionen gældende, at Irland havde tilsidesat den positive beskyttelsespligt efter fuglebeskyttelsesdirektivet. EF-Domstolen var enig i, at der består en sådan positiv beskyttelse, men fandt ikke, at Kommissionen havde godtgjort, at Irland havde overtrådt denne.
- 12) Indgreb i bestående råden giver krav på fuld erstatning efter naturbeskyttelseslovens § 19g. Om de ekspropriationsretlige aspekter af dette indgreb i hidtidig lovlig råden, se *Peter Mortensen*: TfL 2004.57 og Pagh: UfR. 2005B. 25.
- 13) I sag C-98/03 *Kommissionen mod Tyskland* er tillige fastslået, at de nationale regler om brug af pesticider skal indeholde et udtrykkeligt forbud mod, at pesticider anvendes på en måde, der har den i art. 6(2) anførte skadevirkning.
- 14) Se ligeledes sag C-201/02 *Wells* om fornyelse af råstof-tilladelser. Tilsvarende fremgår af sag C-6/04 *Kommissionen mod Danmark*.

onen mod Storbritannien, at også byggetilladelser omfattes af kravet om vurdering

- 15) På linje med denne fortolkning kan nævnes Naturklagenævnets afslag på grødeskæring i MAD 2005.1436 og MAD 2006.371.
 - 16) Det må derfor anses i modstrid med dommen i sag C-418/04, når Naturklagenævnet i MAD 2007.990 ikke fandt, at der var krav om vurdering af 10 vindmøllers indvirkning på kongeørnen i et tilstødende SBO, fordi kongeørnen nok kun var observeret i lokaliteten, men efter det oplyste ikke etableret i dette SBO.
 - 17) Se MAD 2005.429, hvor Naturklagenævnet accepterede, at vurderingen af en lokalplans virkning på et Natura 2000 område kunne anses for opfyldt med den af amtet gennemførte VVM-screening. Tilsvarende anså Naturklagenævnet i MAD 2004.797 om en omfartsvej ved Ribe, at VVM-redegørelsen var tilstrækkelig til at opfylde vurderingspligten efter habitatdirektivet.
- Samme praksis fulgte nævnet i MAD 2006.2146 vedrørende en motortrafikvej i Vejle Amt.
- 18) Så vidt ses har Miljøklagenævnet efterfølgende skiftet praksis, jf. fx MAD 2006.248 om afslag på klapning i et SBO. Derimod synes Naturklagenævnet fortsat at acceptere tilladelser, der er afhængig af efterfølgende vurderinger.
 - 19) Se tillige sag C-186/06 *Kommissionen mod Spanien*, hvor Spanien tilsvarende dømt for at overtræde fuglebeskyttelsesdirektivets art. 4(4) ved at tillade et overrindingsprojekt i et område, der skulle have været udlagt som SBO for steppefugle.
 - 20) Ifølge min opgørelse var der ultimo 2007 afsluttet 64 traktatbrudssager vedrørende fuglebeskyttelsesdirektivet og habitatdirektivet samt 16 præjudicielle forelæggelser.