

## 165

### **Miljøvurdering er ikke sort magi**

• en kommentar til EU-dom i sag C-43/10 og Højesterets dom af 7/9 2012

Af professor, dr. jur. Peter Pagh, Københavns Universitet

I dom af 11/9 2012 i sag C-43/10 om omlægning af den græske flod Ancheoos har EU-Domstolens Store Afdeling bl.a. præciseret konsekvenserne af mangelfulde oplysninger om projekters påvirkning af Natura 2000-områder. Samtidigt tager dommen stilling til andre spørgsmål om fortolkning af habitatdirektivet og flere principielle spørgsmål om fortolkning af vandrammedirektivet, VVM-direktivet og SMV-direktivet. Artiklen indeholder en gennemgang af dommen og afslutter med nogle komparative overvejelser om Højesterets dom af 7/9 2012 i en sag om opsætning af nye vindmøller ved Tåsinge nær et fuglebeskyttelsesområde.

#### **1. Sagerne om Ancheoos-flodens omlægning**

Sagen om omlægning af det øvre løb af den græske flod Ancheoos går mere end 20 år tilbage, hvor de græske myndigheder ønskede at omlægge flodens løb med henblik på at skaffe vandforsyning og kunstvandning i den græske region Thessalien og samtidigt etablere et vandkraftværk til at forbedre energiforsyningen. Efter indledende sonderinger besluttede den græske regering i 1992 at gennemføre projektet. Beslutningen gav anledning til et sagsanlæg fra NGO'er og lokale borgere, der gjorde gældende, at beslutningen var ugyldig, da den gennemførte miljøvurdering ikke modsvarede kravene i VVM-direktivet. Den øverste græske forvaltningsdomstol gav de sagsøgende medhold og annullerede i 1994 beslutningen med henvisning til, at den gennemførte miljøvurdering var utilstrækkelig, da miljøvurderingen alene belyste summen af de enkelte lokale virkninger, men ikke belyste den samlede virkning af omlægningen, hvilket var i modstrid med VVM-reglerne.<sup>1</sup>

De berørte ministerier iværksatte herefter en fornyet miljøvurdering, hvilket førte til, at projektet blev ændret således at den omlædte vandmængde blev reduceret fra 1100 mio. til 600 mio

m<sup>3</sup>. Denne beslutning blev igen indbragt for den øverste græske forvaltningsdomstol, der i dom fra 2000 annullerede beslutningen med henvisning til manglende undersøgelse af alternativer.

De berørte græske ministerier iværksatte herefter en fornyet miljøvurdering med belysning af alternativer og de miljømæssige konsekvenser af afhjælpningsforanstaltningerne, hvorefter den græske regering i marts 2003 udstedte en ny bekendtgørelse med tilladelse til gennemførelse af projektet. Beslutningen blev igen af lokale borgere og NGO'er indbragt for den øverste græske forvaltningsdomstol, der ved dom i 2005 annullerede beslutningen med henvisning til, at beslutningen ikke indgik i et program for bæredygtig vandforvaltning, hvilket fandtes i modstrid med vandrammedirektivet. Den græske domstol lagde herved til grund, at de arbejder, der skulle iværksættes i forbindelse med omlægning af flodens løb og etablering af vandforsyning, kunstvandning og vandkraft, ikke var integreret i et program for bæredygtig vandforvaltning, og at dette var påkrævet, da fristen for gennemførelse af vandrammedirektivet udløb i slutningen af 2003. Som det fremgår af præmisserne i EU-Domstolens senere dom, var den græske forvaltningsdomstols beslutning baseret på en misforståelse af vandrammedirektivets ikrafttrædelsesregel, men det ændrede ikke ved, at dommen ophævede beslutningen, og i 2006 annullerede den græske forvaltningsdomstol derfor den af miljøministeriet indgåede kontrakt om færdiggørelse af Sykia-dæmningen.

Efter den græske forvaltningsdomstol nu i fire omgange med forskellige begrundelser havde annulleret den græske regerings beslutninger om at gennemføre projektet, valgte regeringen i stedet at søge beslutningen af projektet gennemført som lov i det græske parlament. Og ved lov af 2/8 2006 besluttede det græske parlament at godkende projektet, idet det i loven var forudsat, at indtil det nationale program og de regionale planer for forvaltning af vandressourcer var ved-

taget, var det muligt ved lov at godkende foreløbige forvaltningsplaner for særlige vandløbsoplande.

## 2. Sag C-43/10

Vedtagelse af projektet ved lov gav anledning til et nyt sagsanlæg fra NGO'er og lokale borgere, der at dømme efter de præjudicielle spørgsmål til EU-Domstolen gjorde gældende, at loven var i modstrid med vandrammedirektivet (2000/60), VVM-direktivet,<sup>2</sup> SMV-direktivet<sup>3</sup> og habitatdirektivet (92/43). Dette førte til, at den øverste græske forvaltningsdomstol besluttede at forelægge EU-Domstolen 14 præjudicielle spørgsmål, og grundet flere af disse spørgsmåls principielle karakter, blev sagen afgjort af EU-Domstolens store afdeling – og i øvrigt med den danske dommer som refererende dommer. Da dommen er skrevet på en måde, der er lidt vanskelig tilgængelig, har jeg valgt at omtale dommen forholdsvis udførligt.

### 2.1 Vandrammedirektivet

Som det fremgår af omtalen ovenfor, havde den græske forvaltningsdomstol tidligere lagt til grund, at vandrammedirektivets regler om vandplaner allerede i 2005 betød, at projektet ikke kunne vedtages. Nu var den græske domstol imidlertid kommet i tvivl, idet den stillede fem præjudicielle spørgsmål om vandrammedirektivets fortolkning, hvilket EU-Domstolen dog valgte at samle i tre svar.

Det første spørgsmål var, om bestemmelsen i vandrammedirektivets art. 13, stk. 6 om, at medlemsstaterne senest den 22/12 2009 skal have vedtaget vandplaner skal fortolkes sådan, at det blot udgør en sidste frist for fastsættelse af forvaltningsplaner for vandressourcer, herunder de i anvendelsen af de i art. 4 fastsatte kriterier for vandmål, eller om der gælder specifikke frister. EU-domstolen fastslog, at den 22/12 2009 var den ultimative frist for gennemførelse af direktivets regler om vedtagelse af vandplaner.

Endvidere rejste den græske spørgsmålet om, hvorvidt det var foreneligt med vandrammedirektivet, at en medlemsstat inden den 22/12 2009 tillod at omlede vand, uden der var udarbejdet vandplaner for det pågældende vandområde. EU-Domstolen afviste, at der efter vandrammedirektivet gælder et sådant forbud før den

22/12 2009, da art. 4 i vandrammedirektivet ikke finder direkte anvendelse før dette tidspunkt, men fastslog at medlemsstaterne i perioden fra vandrammedirektivets vedtagelse og frem til den 22/12 2009 havde været forpligtet til at undlade at iværksætte eller tillade aktiviteter, der kunne bringe det i direktivet foreskrevne resultat i fare. I den forbindelse pegede EU-Domstolen dog på, at efter vandrammedirektivets art. 4(7) er det ikke i modstrid med direktivet, hvis manglende forebyggelse af forringelse af et overfladevandområdes tilstand skyldes nye ændringer af overfladevandområdets fysiske karakteristika eller forandringer i grundvandsforekomsternes niveau, eller hvis manglende forebyggelse af et overfladevandområdes forringelse fra tilstanden "høj" til tilstanden "god" skyldes nye bæredygtige menneskelige udviklingsaktiviteter, når følgende betingelser alle er opfyldt:

- a) *Der tages alle praktisk gennemførlige skridt for at mindske den skadelige indvirkning på vandforekomstens tilstand.*
- b) *Grundene til disse ændringer eller forandringer er specifikt angivet og forklaret i den vandområdeplan, der kræves i henhold til art. 13, og målene revideres hvert sjette år.*
- c) *Ændringerne eller forandringerne er begrundet i væsentlige samfundsinteresser, og/eller nyttevirkningerne for miljøet og samfundet ved opnåelse af målene i stk. 1 er mindre end de nyttevirksomheder, der følger af de nye ændringer eller forandringer for befolkningens sundhed, opretholdelsen af menneskers sikkerhed og en bæredygtig udvikling.*
- d) *De nyttige mål, der tilsigtes ved de nye ændringer eller forandringer af vandområdet, kan ikke på grund af tekniske vanskeligheder eller uforholdsmæssigt store omkostninger opnås med andre midler, som miljømæssigt er en væsentligt bedre løsning.*

Dommen understregede dermed, at disse kriterier også kunne anvendes før udløb af fristen i december 2009 som dokumentation for, at projektet ikke bragte den effektive gennemførelse af vandrammedirektivet i fare. Det foreliggende projekt kunne derfor i forhold til vandrammedirektivet tillades efter dommens præmis 67, hvis:

- alle praktisk gennemførlige skridt for at mindske projektets skadelige indvirkning på vandforekomstens tilstand var blevet taget
- grundene til gennemførelsen af projektet var specifikt angivet og forklaret
- projektet var begrundet i samfundsinteresser, der bl.a. kunne være vandforsyning, elproduktion eller kunstvanding, og/eller nyttevirkningerne for miljøet og samfundet ved opnåelse af målene i art. 4, stk. 1, var mindre end de nyttevirkninger, der følger af det pågældende projekt for befolkningens sundhed, opretholdelsen af menneskers sikkerhed og en bæredygtig udvikling, og
- de nyttige mål, der tilsigtedes ved projektet, ikke på grund af tekniske vanskeligheder eller uforholdsmæssigt store omkostninger kunne opnås med andre midler, som miljømæssigt var en væsentligt bedre løsning.

I forlængelse heraf understregede EU-Domstolen, at heraf følger yderligere, at mangel på tilstrækkelig vand til vandforsyning og kunstvanding i de berørte områder kan udgøre en sådan begrundelse, men at dette ikke er en nødvendig betingelse for projektet efter vandrammedirektivet. Dels kan fravigelsen af god økologisk vandkvalitet tillige begrundes med, at den samfundsmæssige nyttevirkning af projektet er større end nyttevirkningen af at opnå målet om god vandkvalitet i art. 4(1); dels kan fravigelsen af målet i art. 4(1) begrundes med, "at de nyttige mål, der tilsigtes ved den pågældende overførsel, på grund af tekniske vanskeligheder eller uforholdsmæssigt store omkostninger ikke kan opnås med andre midler, som miljømæssigt er en væsentligt bedre løsning" (præmis 68).

Denne del af dommen har mere principiel interesse for de mange verserende sager om de danske vandplaner, idet EU-Domstolen med det anførte præciserer indholdet af det ganske vidtgående skøn, som medlemsstaterne har ved fastsættelse af vandmål.<sup>4</sup>

Det sidste spørgsmål om vandrammedirektivet drejede sig om, hvorvidt vandrammedirektivets regler om offentlig høring var til hinder for, at parlamentet ved lov godkendte forvaltningsplaner uden forudgående høring af offentligheden. EU-Domstolen besvarede ikke dette

spørgsmål, men indskrænkede sig til at bemærke, at de af parlamentet i 2006 vedtagne forvaltningsplaner for omlægning af flodløbet ikke kunne anses for forvaltningsplaner i vandrammedirektivets forstand, hvorfor direktivets regler om offentlig høring ikke finder anvendelse.

## 2.2 VVM-direktivets undtagelse for anlægslove

Den græske domstol var endvidere i tvivl om, hvorvidt det græske parlaments beslutning om projektet opfyldte betingelserne i undtagelsen for anlægslove i VVM-direktivets art. 1(5). På dette punkt indeholder dommen ingen nyheder, da EU-Domstolens svar lægger sig op af de to seneste præjudicielle domme om samme spørgsmål i de forenede sager C-128/09 - C-131/09, C-134/09 og C-135/09, *Boxus m.fl.* og sag C-182/10, *Solvay m.fl.*<sup>5</sup>

På linje med de to seneste sager fastslog dommen, at undtagelsen kun kan anvendes, når loven har samme kendetegn som en tilladelse og indeholder en stillingtagen til alle de elementer i projektet, som kan have væsentlige miljømæssige virkninger, at der med loven er taget endelig stilling til projektet, og at lovgiver skal have de i VVM-direktivet krævede oplysninger om projektets miljøvirkninger, før loven vedtages. Den omstændighed, at miljøvurderingen var tilvejebragt forud for en senere ophævet retsakt, betød ikke, at vurderingen ikke kan anvendes af lovgiver, forudsat miljøvurderingen fortsat må anses for tidssvarende, men EU-Domstolen overlod det til den græske domstol at afgøre, om disse betingelser var opfyldt.

## 2.3 SMV-direktivets anvendelsesområde

I sagen var endvidere rejst tvivl ved, om fremgangsmåden med vedtagelsen af projektet ved lov var i modstrid med SMV-direktivet.<sup>6</sup> EU-Domstolen lagde imidlertid til grund, at det græske parlaments vedtagelse af projektet ikke kunne anses for en plan omfattet af SMV-direktivet, da der ikke var tale om en retsakt, der fastlægger kriterier og fremgangsmåder for arealanvendelse eller fastsætter regler og kontrolprocedurer, som gennemførelsen af et eller flere projekter er underlagt.

## 2.4 Habitatdirektivets art. 6(3) og (4)

Endelig havde den græske domstol rejst fem spørgsmål om fortolkning af habitatdirektivets art. 6(3) og (4), der dels angik ikrafttrædelsesproblemet, dels kravet til konsekvensvurdering i art. 6(3), og endelig betingelserne for at bruge undtagelsen i art. 6(4).

### 2.4.1 Ikrafttrædelsesproblemet

Det første spørgsmål drejede sig om, hvorvidt den i habitatdirektivets art. 6(3) krævede konsekvensvurdering af Natura 2000-områder fandt anvendelse på et projekt, der var vedtaget af det græske parlament den 2/8 2006, hvilket kun var 13 dage efter, at Kommissionen ved beslutning 2006/613 havde udlagt Natura 2000-områder i Middelhavsområdet, hvilket samtidigt var meddelt den græske regering.

Når spørgsmålet overhovedet er relevant at rejse, hænger det sammen med, at EU-Domstolen i relation til VVM-direktivet har anlagt det synspunkt, at direktivet kun gælder for ansøgninger om projekter, der er indgivet efter fristen for gennemførelse af VVM-direktivet, jf. sag C-396/92, *Naturbundsschutz*.<sup>7</sup> Fortolkningen betyder, at der i en periode efter VVM-reglernes ikrafttræden kunne meddeles tilladelser efter en procedure, der ikke opfyldte VVM-direktivets krav. Dette kan begrundes med, at VVM-direktivets regler regulerer krav til ansøgning af VVM-pligtige projekter, hvorfor et krav om at VVM-direktivet skulle anvendes på alle tilladelser afsagt efter ikrafttrædelsesdatoen ville bevirke, at ansøgninger, der ikke var færdigbehandlet inden denne dato, skulle indsendes på ny.<sup>8</sup>

Hvis fortolkningen af VVM-direktivets ikrafttræden kunne overføres på fortolkningen af ikrafttrædelsen af habitatdirektivets art. 6(3), er det forholdsvis oplagt, at habitatdirektivets art. 6(3) ikke kunne finde anvendelse på det græske parlaments vedtagelse af projektet om omlægning af Anhelos-floden, selv om omlægningen geografisk berørte flere udlagte Natura 2000-områder, da ansøgningen/lovforslaget må være fremsat mere end 13 dage før vedtagelsen. EU-Domstolen fandt imidlertid ikke anledning til at kommentere denne mulighed for, at art. 6(3) ikke fandt anvendelse på ansøgninger indgivet før art. 6(3) trådte i kraft i forhold til de berørte Natura 2000-områder. I stedet fastslog EU-

Domstolen kort, at når den græske regering var orienteret om Kommissionens beslutning om udlagte Natura 2000-områder, før parlamentet vedtog projektet, var gyldigheden af beslutningen betinget af, at beslutningen opfyldte kravene i habitatdirektivets art. 6(3), idet en medlemsstat efter modtagelsen af underretning om Kommissionens udpegning af Natura 2000-områder er forpligtet til at sikre de bevaringsforanstaltninger, der er fastsat i habitatdirektivets art. 6(2)-(4). Forskellen til VVM-reglerne kan forklares med, at når det gælder konsekvensvurderinger efter habitatdirektivets art. 6(3), er det ikke som ved VVM-reglerne ansøgeren, men derimod myndigheden der i overensstemmelse med den almindelige officialmaksime har ansvaret for, at der foreligger en konsekvensvurdering, som dokumenterer, at en tilladelse til det ansøgte ikke vil have skadelig virkning på Natura 2000-områder. EU-Domstolens udlægning af ikrafttrædelsesspørgsmålet vil derfor ikke fordre en ny ansøgning, men alene, at den kompetente myndighed ved en habitatkonsekvensvurdering sikrer sig, at betingelserne i art. 6(3) er opfyldt, før tilladelsen meddeles.

### 2.4.2 Kravene til konsekvensvurdering

Det var oplagt, at omlægningen af floden måtte anses for et projekt, og da ændringen af vandføringen ville gå gennem Natura 2000-områder, var spørgsmålet herefter, hvilke krav der følger af habitatdirektivets art. 6(3). Mere konkret havde den græske domstol spurgt, om et projekt kan tillades efter habitatdirektivets art. 6(3), hvis der mangler oplysninger og troværdige opdaterede data om fuglelivet i de lokaliteter, der ville blive berørt.

EU-Domstolen lagde som nævnt til grund, at habitatdirektivets art. 6(2)-(4) fandt anvendelse. Beslutningen var derfor kun gyldig, hvis der forud for Parlamentets beslutning var gennemført en konsekvensvurdering i overensstemmelse med habitatdirektivets art. 6(3), jf. ligeledes sag C-182/10 *Solvay* m.fl. Denne betingelse er ikke opfyldt, hvis der mangler oplysninger og troværdige opdaterede data vedrørende fuglelivet i de berørte fuglebeskyttelsesområder (præmis 115). Men "for så vidt som godkendelsen af et projekt annulleres eller tilbagekaldes, kan det ikke udelukkes, at de kompetente nationale

myndigheder a posteriori kan foretage en indsamling af troværdige og opdaterede data, og at de på grundlag af disse data og af en således fuldstændig vurdering”, kan foretage en ny vurdering og meddele godkendelse, hvis det er godtgjort, at projektet ikke har skadelig virkning (præmis 116).

Betragtningerne i denne del af dommen har almen interesse. For det første understreger dommen, at hvis der mangler troværdige opdaterede oplysninger om udpegningsgrundlagets tilstand, medfører dette i sig selv, at konsekvensvurderingen ikke opfylder kravene i art. 6(3), og at tilladelse derfor må afslås. Samtidigt fastslår dommen, at det er muligt at reparere fejlen ved at gennemføre en supplerende konsekvensvurdering af Natura 2000-påvirkningen, hvis den første vurdering er utilstrækkelig, men det forudsætter, at den første tilladelse tilbagekaldes eller annulleres.

#### *2.4.3 Undtagelsen i art. 6(4) og rækkevidden af bæredygtig udvikling*

Hvis det på grundlag af konsekvensvurderingen ikke kan udelukkes, at projektet har skadelig virkning på Natura 2000-området, kan undtagelsen for bydende nødvendige samfundshensyn i art. 6(4) anvendes. Og på dette punkt havde den græske domstol rejst tre spørgsmål. Det ene var, om begrundelserne for projektet kunne henføres til art. 6(4). Det andet var, hvilke krav der efter art. 6(4) stilles til passende kompensationsforanstaltninger, og det tredje var om rækkevidden af kravet i habitatdirektivets målsætning om bæredygtig udvikling.

EU-Domstolen fastslog, at kunstvanding og vandforsyning falder under de bydende nødvendige hensyn, der kan begrunde en fravigelse af beskyttelsen efter habitatdirektivets art. 6(3). Når Natura 2000-området er hjemsted for en prioriteret naturtype kan vandforsyning og kunstvanding dog kun i nogle tilfælde henføres som en foranstaltning begrundet i hensyn til miljøet eller den offentlige sundhed, hvorfor den i givet fald i stedet må gennemføres med henvisning til de andre anerkendte begrundelser som samfundsøkonomiske hensyn. I forhold til de kompenserende foranstaltninger, som kræves ved anvendelsen af undtagelsen i art. 6(4), fastslog

dommen, at disse må afstemmes med omfanget og størrelsen af projektet.

Den græske domstols sidste spørgsmål omhandlede hvorvidt rækkevidden af målet om bæredygtig udvikling må ses i lyset af, at kravet om bæredygtig udvikling til tider fremføres som et argument for, at der kræves en bestemt miljøbeskyttelse, og at bestemte aktiviteter ikke kan accepteres. Dette gælder især i den politiske argumentation, men anføres også lejlighedsvis som et retligt argument, således at bæredygtig udvikling skulle medføre et krav om en slags minimumsbeskyttelse af miljøet. EU-Domstolen undlod at gå ind på denne mere teoretiske debat, men fastslog mere generelt, at selv om et projekt skader et Natura 2000-områdes integritet, er det efter direktivets art. 6(4) ikke udelukket, at det kan tillades, når den i art. 6(4) anførte fremgangsmåde anvendes – og habitatdirektivets målsætning om bæredygtig udvikling ændrer ikke herved. Det sidste er efter min opfattelse en velgørende præcisering af, at målet om bæredygtig udvikling ikke er et retligt operativt princip i sig selv, men må udfyldes på grundlag af de afvejsninger, der er fastsat i den pågældende lovgivning.

### **3. Højesterets dom af 7/9 2012 om vindmøller ved Tåsinge**

Fire dage inden EU-Domstolens Store Afdeling afsagde dom om omlægning af Ancheolos-flo den, havde Højesteret afsagt dom i en sag om opstilling af to 126 meter høje vindmøller ved Tåsinge placeret ca. 600 meter fra et Natura 2000-område, der dels var udlagt som fuglebeskyttelsesområde og dels som habitatområde. Højesteret kunne derfor af gode grunde ikke tage højde for EU-Domstolens dom, men sammenholder man de to domme, forekommer Højesterets dom vanskelig forenelig med EU-Domstolens dom, som det belyses i det følgende.

#### **3.1 Forhistorien – forløbet**

Baggrunden for sagen går tilbage til 2005, hvor det daværende Fyns Amt igangsatte en saneringsplan for udskiftning af ældre vindmøller med større og mere effektive vindmøller. Som led heri ønskede amtet at erstatte 11 mindre vindmøller ved Tåsinge med to kæmpevindmøl-

ler på 126 meter. Amtet iværksatte derfor en miljøvurdering efter VVM-bekendtgørelsen. I november 2006 blev VVM-redegørelsen sammen med forslag til regionplantillæg sendt i høring, og i april blev forslaget vedtaget som kommuneplantillæg af Svendborg Kommune, der som følge af kommunalreformen havde overtaget VVM-kompetencen. Beslutningen blev påklaget til Naturklagenævnet, der i februar 2008 (MAD 2008.466 Nkn) stadfæstede beslutningen, idet nævnet bl.a. anførte, at det ikke fandt anledning til at underkende VVM-redegørelsens faglige vurdering af påvirkningen af fuglebeskyttelsesområderne. Den 26/11 2007 vedtog kommunen lokalplan til opstilling af vindmøllerne, og den 19/5 2008 meddelte kommunen VVM-tilladelse efter VVM-bekendtgørelsen til etablering af vindmøllerne. Lokalplanen og VVM-tilladelsen blev påklaget af naboer til Naturklagenævnet, hvor det bl.a. blev gjort gældende, at beslutningen var i modstrid med habitatdirektivets art. 6(3), da der ikke forelå en konsekvensvurdering af Natura 2000-påvirkningen ved opstilling af de to kæmpevindmøller, idet de nye vindmøller efter kommunens vurdering ikke vil påvirke Natura 2000-området væsentligt. Naturklagenævnet afviste i afgørelsen af 16/4 2009 klagerens indsigelse, idet nævnet fortsat ikke fandt grundlag for at underkende kommunens faglige vurdering af vindmøllernes påvirkning af Natura 2000-områder.

Efter et sagsanlæg mod Naturklagenævnet ved domstolene endte sagen med, at landsretten og siden Højesteret frifandt klagenævnet, idet domstolene ikke fandt "grundlag for at tilside-sætte Naturklagenævnets bedømmelse" af, at der ikke kunne kræves habitatkonsekvensvurdering. Inden jeg vender tilbage til dommen, er der grund til at interessere sig lidt nærmere for, hvad der forelå af oplysninger om vindmøllernes påvirkning af Natura 2000-områder, og for det regelgrundlag, der dannede grundlag for VVM-redegørelsen i 2006.

### **3.2 Oplysninger om Natura 2000-påvirkningen**

I den VVM-redegørelse, som det daværende Fyns Amt fik udarbejdet i 2006, er om vindmøllernes påvirkning af fuglebeskyttelsesområdet bl.a. anført:

"Inden for forstyrrelseszonen [på 400 meter] forventes vindmøllernes påvirkning af fuglene at være betragtelig med de største effekter inden for ca. 200 meter fra møllerne, men der vil dog være forskel på, hvor kraftigt de enkelte arter påvirkes. *I forstyrrelseszonen vil fuglenes fødesøgning og ynglemuligheder blive reduceret. Der foreligger ikke oplysninger om fugleforekomsterne i forstyrrelseszonen.* [...] Af de arter, der indgår i udpegningsgrundlaget for fuglebeskyttelsesområdet, *forventes især svanerne og gæsene potentielt at blive påvirket*, da deres mulighed for fødesøgning nær møllerne vil blive reduceret i efterårs, vinter- og forårsmånederne. [...] Markerne umiddelbart omkring Varø er et vigtigt fourageringsområde for sangsvanen, som indgår i udpegningsgrundlaget [...]. Området bruges hver vinter af 100-400 svaner. Placering af de store vindmøller *må forventes at begrænse svanernes potentielle fourageringsområde. Der vil ikke være tale om en forringelse inde i fuglebeskyttelsesområdet, men indirekte vil det kunne være en begrænsende faktor for sangsvanebestanden i øhavet, idet de samme individer fouragerer i vindmølleområdet og i øhavet. Den potentielle forstyrrelse af sangsvaner, der også udnytter fuglebeskyttelsesområdet, vil i nogen grad opvejes af fjernelse af gamle vindmøller.* (mine fremhævelser)."

I den supplerende redegørelse, som Naturklagenævnet modtog fra kommunen forud for klagenævnets afgørelse i MAD 2008.466, er om Natura 2000-påvirkningen bl.a. anført:

"Udpegningsgrundlaget for fuglebeskyttelsesområdet er bl.a. flere regelmæssigt ynglende vadefugle, bl.a. stor kobbersnepe, alm. ryle og klyde. Det er velkendt at vadefugle anlægger deres rede på lave åbne arealer og i en vis afstand fra buske, hegn og andre høje genstande i landskabet. *Det kan ikke udelukkes at den visuelle støj fra vindmøllerne vil påvirke vadefuglenes valg af ynglepladser, således at de fravælger den nordlige del af fuglebeskyttelsesområdet som yngleplads.* Vindmøllernes påvirkning af fouragerende og rastende sangsvaner er udførligt beskrevet i VVM-redegørelsen og i kommuneplantillægget. Vi har ikke yderligere viden om *fouragerende sangsvaner bortset fra at bestan-*

den er større end angivet i VVM-redegørelsen. [...] Det vurderes, at møllerne vil forstyrre fuglene betragteligt i en forstyrrelseszone i en radius på ca. 400 m og med de største effekter indenfor 200 m (se VVM-redegørelsen side 69). Da møllerne imidlertid placeres i en afstand på ca. 600 m fra fuglebeskyttelsesområdet vurderes møllerne ikke at påvirke fuglebeskyttelsesområdet som yngleplads væsentligt. (mine fremhævelser).”

Endelig oplyste kommunen forud for Naturklagenævnets afgørelse i april 2009 bl.a.:

“Der er ikke fremkommet ny viden om vindmøllernes evt. påvirkning af bl.a. Natura 2000-områdets fugle eller padder i forbindelse med lokalplanlægningen. Dog har en nyere fugletælling vist, at bestanden af fouragerende og rastende sangsvaner i dag er større end beskrevet i VVM-redegørelsen.”

Holder man sig til de oplysninger, som faktisk forelå forud for Naturklagenævnets afgørelser, må det lægges til grund, at der alene var foretaget en screening af vindmøllernes mulige påvirkning af Natura 2000-områder, og at denne screening var baseret på en undervurdering af størrelsen af bestanden af fouragerende og rastende sangsvaner. Selv om VVM-redegørelsen var baseret på en mangelfuld opgørelse af fuglebestanden, fremgik det direkte af redegørelsen, at vindmøllerne vil reducere føde- og ynglemuligheder inden for en 400 meters zone, og at “især svanerne og gæssene potentielt [forventes] at blive påvirket, da deres mulighed for fødesøgning nær møllerne vil blive reduceret”, og at vindmøllerne indirekte vil kunne være en begrænsende faktor for sangsvanebestanden i øhavet, men at denne forstyrrelse “i nogen grad” blev opvejet af, at de gamle vindmøller blev fjernet. Efter kommuneplantillægget blev påklaget, blev kommunen i øvrigt opmærksom på, at den visuelle støj fra vindmøllerne kunne påvirke vadefuglenes valg af ynglepladser, således at de fravælger den nordlige del af fuglebeskyttelsesområdet som yngleplads.

Sammenholdes disse faktuelle oplysninger med EU-Domstolens præmisser i sag C-43/10, forekommer det noget anstrengt at hævde, at

VVM-redegørelsen godtgjorde, at der ikke var risiko for, at de to kæmpevindmøller kunne skade udpegningsgrundlaget. Man behøver hverken at være biolog eller ornitolog for at forstå, at den gennemførte screening af påvirkning af Natura 2000-områder var gennemført på et mangelfuldt grundlag, og at det i høj grad var sandsynligt, at vindmøllerne vil få skadelig virkning på Natura 2000-områdets bestand af fugle. Så når Naturklagenævnet udtaler, at klagenævnet ikke vil tilsidesætte kommunens faglige vurdering, er det nærmest umuligt at udlægge dette som udtryk for, at klagenævnet foretog en miljøfaglig bedømmelse af mulig Natura 2000-påvirkning.

### 3.3 Den retlige forhistorie

Det har siden EU-Domstolens dom i sag C-418/04, *Kommissionen mod Irland*,<sup>9</sup> ligget fast, at en VVM-redegørelse henholdsvis en miljøvurdering efter SMV-direktivet ikke kan erstatte en konsekvensvurdering af Natura 2000-påvirkning efter habitatdirektivets art. 6(3).<sup>10</sup>

Netop dette forhold blev fra begyndelsen misforstået af de danske myndigheder og Naturklagenævnet, der i meget lang tid antog, at en VVM-procedure efter VVM-direktivet så at sige absorberede kravet om konsekvensvurdering af Natura 2000-påvirkning efter habitatdirektivets art. 6(3). Først efter den seneste habitatbekendtgørelse (408 af 1/5 2007) begyndte Naturklagenævnet at ændre praksis. Som eksempel på den daværende udlægning af habitatdirektivet kan nævnes MAD 2006.2201 Nkn om VVM-tilladelse og kommuneplantillæg om ændringen af saltholdigheden i Ringkøbing Fjord, der er udlagt som Natura 2000-område, hvor klagenævnet om Natura 2000-påvirkningen på grundlag af den dagældende habitatbekendtgørelse 2003/477 bl.a. udtalte:

“Naturklagenævnet skal i denne sag alene tage stilling til, hvorvidt planen vil indebære forringelse af områdets naturtyper eller levesteder for arterne, eller om planen kan medføre forstyrrelser, der har betydelige konsekvenser for de arter, området er udpeget for, jf. habitatbekendtgørelsens § 6, stk. 2.”

Som det fremgår indirekte, forudsatte Naturklagenævnet, at det på grundlag af VVM-redegø-

relsen skulle afgøres, om projektet havde skadelig virkning, og at projektet alene kunne nægtes, hvis der i VVM-redegørelsen var godtgjort en sådan skadelig virkning. Uanset denne misforståelse af forholdet mellem VVM-reglerne og habitatdirektivets art. 6(3) blev delvist rettet med habitatbekendtgørelsen i 2007, forklarer det forløbet i sagen om vindmøllerne ved Tåsinge. Da kommunen i april 2007 vedtog kommuneplantillæg for vindmøllerne, var der ikke i de danske regler krav om særskilt miljøkonsekvensvurdering af Natura 2000-påvirkning, men efter den dagældende habitatbekendtgørelse alene krav om, at kommuneplantillæg ikke kunne vedtages, hvis VVM-redegørelsen viste, at projektet havde skadelig virkning på Natura 2000-områder.

Da hverken Miljøministeriet eller Naturklagenævnet har tradition for at skilte med tidligere fejl, blev denne for kommunen undskyldelige misforståelse forbigået i tavshed af Naturklagenævnet, hvis afgørelser i 2008 og 2009 giver indtryk af, at der også forud for 1/5 2007 i de danske regler var krav om særskilt konsekvensvurdering af Natura 2000-påvirkning. Dette var ikke tilfældet. Selv om denne undskyldning ikke dækker kommunens VVM-tilladelse i 2008, var Naturklagenævnet så at sige fanget i tidligere fejl, hvilket efterlod manglende prøvelse af det faglige skøn som sidste forsvarsværk. Derimod synes kommunen at have spillet med mere åbne kort, idet kommunen åbent vedgik, at oplysningsgrundlaget var mangelfuldt, og at der var andre påvirkninger af fuglene end anført i VVM-redegørelsen. Når kommunen alligevel mente, at sagen var i orden, kan det forklares med, at dette måtte være konklusionen efter Naturklagenævnets tidligere praksis.

### 3.4 Landsrettens og Højesterets dom

Naturklagenævnets afgørelser blev indbragt for domstolene af to naboer, der bl.a. henviste til den manglende konsekvensvurdering af Natura 2000-påvirkning, hvor sagen endte med en frifindelse af klagenævnet i Højesterets dom af 7/9 2012. Når landsrettens dom har interesse, er det fordi Højesteret direkte henviser til de af landsretten anførte grunde.

Som begrundelse for frifindelse af Naturklagenævnet i relation til den manglende habitatkonsekvensvurdering anførte landsretten bl.a.:

*“at landsretten ikke har grundlag for at statuere, at nedtagningen af gamle møller ikke kan indgå i den samlede vurdering af vindmølleprojektets påvirkning af området. Naturklagenævnet har derfor ikke begået fejl ved ikke at kræve udarbejdelse af en habitatkonsekvensvurdering. Naturklagenævnet har vurderet, at klagesagerne var tilstrækkeligt oplyst, da man traf sine afgørelser [...]. Landsretten finder det ikke godtgjort, at sagerne ikke allerede var tilstrækkelig oplyst af kommunen, og de under retssagerne fremkomne oplysninger, herunder om to ynglende havørnepar ved Korinth og på det sydlige Langeland, giver ikke grundlag for at tilsidesætte denne bedømmelse. Det samme gælder den af N afgivne forklaring om fugletællinger i 2009 og 2010. Der er herved lagt vægt på, at disse oplysninger først er fremkommet under hovedforhandlingen i sagen, og at resultatet af fugletællingerne og den mulige sammenhæng med vindmølleprojektet ikke er nærmere dokumenteret i det for landsretten fremkomne.”*

Højesterets præmisser indledes med en omtale af habitatdirektivets art. 6(3), hvor Højesteret med henvisning til EU-Domstolens praksis anfører, at reglen i lyset af forsigtighedsprincippet betyder, at der skal “udarbejdes en habitatkonsekvensvurdering, hvis det på baggrund af objektive kriterier ikke kan udelukkes, at planen eller projektet i sig selv eller i forbindelse med andre planer og projekter kan påvirke lokaliteten væsentligt”. Dette er fuldstændig på linje med EU-Domstolens praksis, men herefter anfører Højesteret i den konkrete subsumtion af sagen, at:

*“Efter de foreliggende oplysninger, herunder det, som er anført i VVM-redegørelsen og Svendborg Kommunes udtalelser til Naturklagenævnet, har Højesteret ikke grundlag for at tilsidesætte Naturklagenævnets bedømmelse, hvorefter der i VVM-redegørelsen alene er foretaget en foreløbig vurdering (screening) af det planlagte vindmølleanlægs mulige påvirkning af beskyttelsesområderne og ikke en habitatkonsekvensvurdering, jf. bl.a. artikel 6, stk. 3, i habi-*



tatdirektivet. Højesteret tiltræder af de grunde, som landsretten har anført, at Naturklagenævnet ikke begik en fejl ved i forbindelse med klagesagerne behandling at undlade at kræve, at Svendborg Kommune udarbejdede en habitat-konsekvensvurdering.”

Studerer man præmisserne nærmere er første punktum i realiteten meningstom. Der står alene, at det var korrekt, at Naturklagenævnet lagde til grund, at der ikke var sket en konsekvensvurdering efter habitatdirektivets art. 6(3) – hvilket var ubestridt under sagen. Herefter tiltræder Højesteret blot landsrettens begrundelse, der bl.a. forudsætter, at der kan tages hensyn til, at de nye vindmøller betyder, at man samtidigt fjerner nogle gamle vindmøller, der generede fuglene. Til denne mere isolerede del af begrundelsen kan kort anføres, at en sådan udlægning ikke forekommer forenelig med EU-Domstolens dom i sag C-226/08, *Stadt Papenburg*, sag C-241/08, *Kommissionen mod Frankrig*, og sag C-404/09, *Kommissionen mod Spanien*, hvor det blev fastslået, at beskyttelsen af Natura 2000-områder er den samme efter habitatdirektivets art. 6(2) og 6(3), således at der skal gribes ind over for en bestående aktivitet, hvis den ikke kunne tillades efter art. 6(3).<sup>11</sup> Man kan derfor ikke – som landsretten forudsatte – begrænse sig til at vurdere den isolerede ekstrapåvirkning, når man skal vurdere den samlede påvirkning af Natura 2000-området, hvilket i øvrigt også er fast praksis ved Natur- og Miljøklagenævnet i sager om miljøgodkendelse af husdyrbrug.

Højesteret tiltræder imidlertid også, at det kan tillægges betydning, at nye oplysninger om fuglebestand og havørne ikke har betydning, hvilket kan sammenholdes med, at EU-Domstolen i sag C-43/10 afviste, at der efter art. 6(3) kan meddeles tilladelse til et projekt, hvis der mangler troværdige opdaterede data vedrørende fuglelivet.

Som antydet ovenfor finder jeg konklusionen ubegribelig. Efter min opfattelse er det indlysende, at etablering af de to kæmpevindmøller så nær et fuglebeskyttelsesområde krævede en konsekvensvurdering efter habitatdirektivets art. 6(3), og at dette burde have ført til ophævelse af VVM-tilladelsen og hjemvisning, jf. f.eks. senest Natur- og Miljøklagenævnets ophævelse

og hjemvisning af miljøgodkendelse til omlægning af Avedøreværket i MAD 2011.2645 Nmk.<sup>12</sup> Som det fremgår af både sag C-43/10 og sag C-404/09, *Kommissionen mod Spanien*, kunne der herefter være gennemført en konsekvensvurdering og truffet en ny afgørelse. Og havde konsekvensvurderingen vist, at det kunne have skadelig virkning på Natura 2000-området, måtte man benytte undtagelsen i art. 6(4).

Med begrundelsen dækker Højesteret sig indirekte ind under, at domstolene er tilbageholdende med at prøve skønsmæssige afgørelser. Mens en sådan tilbageholdenhed er velbegrundet, når det gælder udformning af de konkrete vilkår for en tilladelse, gælder dette efter min opfattelse ikke, når det som i dette tilfælde drejer sig om, at sikre sagens forsvarlige oplysning – og især ikke, når der er lovregler for sagens oplysning. Hvis der skal være mening med et klagesystem og en domstolsprøvelse af kravene til habitatkonsekvensvurdering, duer det ikke, hvis klagenævnet ikke foretager en reel prøvelse af kommunens miljøfaglige skøn, og domstolene herefter blot forlader sig på klagenævnets skøn. Miljøvurdering er trods alt ikke sort magi, men blot en måde at kvalificere beslutningsprocessen på.

## Noter

- 1) Denne beslutning fra den øverste græske forvaltningsdomstol er kort omtalt i EU-Domstolens dom, men da jeg har en engelsk oversættelse af denne dom, kan eventuelt interesserede læsere ved at kontakte mig få fremsendt en kopi af dommen fra 1994.
- 2) VVM er forkortelse af Vurdering af Virkning på Miljøet og refererer til direktiv 2011/92 om vurdering af visse offentlige og private projekters indvirkning på miljøet, der er en kodificering af det oprindelige direktiv 85/337 med senere ændringer – i det følgende betegnet VVM-direktivet.
- 3) SMV er forkortelse af Strategisk Miljøvurdering og refererer til direktiv 2001/42 om vurdering bestemte planers og programmers indvirkning på miljøet.
- 4) Om vandplanerne se tillige *Banner & Stoltenborg*: TfM 2011, 33; *Banner*: Juristen 2012, s. 124; *Anker & Banner*: TfL 2012.88.
- 5) Se *Pagh*: TfM 2011, 189.
- 6) For en gennemgang af SMV-direktivets praktiske anvendelse – se *Moe*: TfM 2012, 148.
- 7) Se hertil *Pagh*: EU-miljøret, 2006, s. 342.
- 8) Miljøklagenævnet forsøgte sig med en delvis analog til denne model i relation til VVM-forpligtelsen ved miljøgodkendelse af bestående husdyrbrug, hvor klagenævnet

lagde til grund, at dette alene gjaldt for ansøgninger indsendt efter 8/9 2005, hvor EU-Domstolen havde afsagt dom i sag C-416/02, *Kommissionen mod Spanien*, om VVM af spanske svinebrug (se herom *Pagh*: TFM 2010, 282). Efterfølgende viste det sig med EU-Domstolens dom i sag C-275/09, *Brussel Hoofdstedelijk*, at VVM-reglerne alene fandt anvendelse ved fornyelse af miljøgodkendelser, når der var etableret anlæg efter den tidligere godkendelse af husdyrbruget – se *Pagh*: TFM 2011, 98.

9) Se uddybende *Pagh*: TFM 2008, 26.

10) Forholdet mellem habitatdirektivets art. 6(3) og VVM henholdsvis SMV er dog ikke identiske. Mens det efter sag C-177/11, *Chorotakton*, ligger fast, at en konsekvensvurdering efter habitatdirektivets art. 6(3) automatisk udløser en miljøvurdering efter SMV-direktivet, gælder næppe samme automatik i forholdet mellem VVM-direktivet og habitatdirektivets art. 6(3). Forskel-

len skyldes det, at der efter SMV-direktivets art. 3(2)(b) er udtrykkelig krav om SMV i tilfælde af habitatvurdering efter habitatdirektivets art. 6(3), mens der ikke er en tilsvarende automatik efter VVM-direktivet, hvor påvirkningen for bilag II-projekter alene er et moment i screeningen. Forskellen kan forklares med, at der ved vedtagelsen af en plan alene tages stilling til en ramme, mens der ved tilladelse til et projekt, er taget endelig stilling. Og hvis en konsekvensvurdering efter habitatdirektivets art. 6(3) godtgør, at et projekt ikke har skadelig virkning på gunstig bevaringsstatus i et Natura 2000-område, og projektet ikke i øvrigt har væsentlige miljømæssige virkninger, er der intet behov for at iværksætte en VVM-procedure.

11) Se uddybende *Pagh*: TFM 2010, 80 og *Pagh*: TFM 2012, 19.

12) Se uddybende *Pagh*: TFM 2012, 1.