

✦ TORSTEN SVENDSEN (L)  
Certificeret Dansk *BOLIG*advokat  
BRIAN HEBEL ANDERSEN (H)  
✦ LOTTE HEBEL ANDERSEN (H)  
Certificeret Dansk *BOLIG*advokat  
STEN CORFIX JENSEN (H)  
ANNE FRIIS REFSGAARD  
MORTEN J.K. GROOT

Folketinget  
Rigsdagsgården  
1240 København K

14. april 2016  
J.nr. 31144-24

Att.: Folketingsmedlem Jacob Jensen

Sekretær: Marianne Lund  
Direkte tlf. 57 66 03 41  
ml@advokatfirmaet-svendsen.dk

Sendt pr. mail: jacob.jensen@ft.dk

### **Vedr.: Aktuelt projekt om vindmøllepark i Jammerland Bugt**

Under henvisning til møde hos dig den 19. januar 2016 vender jeg herved tilbage vedrørende aktuelt projekt om vindmøllepark i Jammerland Bugt.

Energiforligets forudsætning om lokal opbakning til kystnære havvindmølleparker kommer ikke til udtryk i nugældende regler om åben-dør-projekter. Derfor ændres lovreglerne nu således, at kommunerne sikres større indflydelse på, om kystnære havvindmølleparker skal etableres, og kompetencen flyttes fra Energistyrelsen til ministeren. Regelændringerne får imidlertid ikke tilbagevirkende kraft og den indflydelse, som kommunerne og politikerne er sikret i de kommende regler, gælder ikke for Kalundborg Kommune og politikere i relation til aktuelt projekt i Jammerland Bugt.

For Jammerland Bugt synes ministeren at forudsætte følgende:

- at ministeren ikke kan udøve indflydelse overfor Energistyrelsen i forbindelse med Energistyrelsens behandling af sagen,
- at Energistyrelsen derfor blot må træffe afgørelse uden politisk indflydelse, selv om der er politisk flertal for netop at ændre reglerne således, at hensyn til lokal opbakning og politisk indflydelse sikres,

at Staten risikerer et erstatningskrav fra projektudvikler European Energy på grund af udstedt forundersøgelsestilladelse, såfremt etableringstilladelse nægtes på trods af godkendt VVM-rapport.

Ovennævnte er juridisk forkert. Jeg vedlægger indhentet ”Responsum vedrørende retten til etableringstilladelse i forlængelse af forundersøgelsestilladelse”, udarbejdet af professor cand.jur. og ph.d. Bent Ole Gram Mortensen. Professor Bent Ole Gram Mortensen er en af få specialister på området. Af responsum fremgår følgende:

- Ministeren kan altid tilbagekalde delegation til Energistyrelsen, jfr. responsum, afsnit 7, hvor følgende anføres:

*”Efter VE-lovens bestemmelser er det klima-, energi- og bygningsministeren, der meddeler tilladelse til såvel forundersøgelse, etablering som idrifttagning. Det følger af VE-lovens § 70, at ministeren ”kan bemyndige en under ministeriet oprettet institution eller anden myndighed til at udøve de beføjelser, der i denne lov er tillagt ministeren”. Der er tale om en meget bred delegationsbeføjelse, som ved en delegationsbekendtgørelse overlader afgørelseskompetencen til bl.a. tilladelser til havvindmøller til Energistyrelsen. Energistyrelsens beføjelser hviler således udelukket på delegation fra ministeren. Ministerens delegation er udtryk for såkaldt ekstern delegation. Denne vil ministeren altid selv kunne tilbagekalde. Ministeren bevarer stadig efter delegationen over-/underordningsbeføjelser og dermed en instruktionsbeføjelse over for Energistyrelsen”.*

Vi mener, at Ministeren skal tilbagekalde delegation til Energistyrelsen og selv træffe afgørelse i sagen.

- Ministeren bevarer efter delegation over-/underordningsbeføjelser og dermed instruktionsbeføjelser overfor Energistyrelsen, jfr. ovenfor.
- Ministeren kan lovligt meddele Energistyrelsen, hvilke samfundsmæssige interesser der skal tages hensyn til, jfr. responsum, afsnit 7, hvori anføres følgende:

*”I delegationen til Energistyrelsen er der ikke sket nogen indskrænkninger i, hvilke hensyn Energistyrelsen kan lægge vægt på. I og med, at ministeren selv kan vægte forskellige lovlige og saglige hensyn, vil ministeren også i forbindelse med ekstern delegation i kraft af instruktionsbeføjelsen kunne fastlægge rammer for, hvilke lovlige og saglige hensyn der skal vægtes. Dermed kan ministeren meddele Energistyrelsen, hvilke samfundsmæssige interesser, der generelt skal tages hensyn til, så længe disse blot er lovlige”.*

- Energistyrelsen kan tillægge almene samfundsmæssige interesser afgørende betydning, blot interesserne ikke er usaglige. Således kan forligspartiernes forudsætning om sikring af lokal opbakning også gælde for aktuelt projekt i Jammerland Bugt. Se respon-

sum, afsnit 6.2. Andre samfundsmæssige hensyn som f.eks. erhverv, turisme, visuel påvirkning og støj i det konkrete landskab/område, kan også tillægges betydning. Se responsum, afsnit 1. svar spørgsmål 2 og 3.

Vi mener, at Ministeren ikke blot skal instruere Energistyrelsen om, hvilke hensyn der skal tillægges betydning. Ministeren bør tilbagekalde delegationen, og derved sikre at forligspartiernes forudsætninger opfyldes. Samtidigt bør sagen behandles i udvalget, og ministeren bør forholde sig til udvalgets henstillinger. Det giver nugældende regler mulighed for.

- Forundersøgelsestilladelse giver ikke ret til etableringstilladelse uanset om VVM-rapport godkendes af Energistyrelsen. Se responsum, afsnit 1 og afsnit 5.2., hvori bl.a. anføres følgende:

*”Derimod indeholder VE-lovens § 24 ikke en automatik mellem forundersøgelsestilladelse og etableringstilladelse. Der er således ikke indbygget noget tilsagn om en senere etableringstilladelse. Det ligger netop i systemet med den forundersøgelsestilladelse, at der ikke kan være en automatik til en eksklusiv licens til etablering men kun en forrang (først til mølle)”.*

Endvidere responsum, afsnit 5.2.:

*”En ubetinget ret til etableringstilladelse kan på forhånd afvises, allerede fordi lovteksten opstiller et kriterium om ”den fornødne tekniske og finansielle kapacitet”. Der vil givet også kunne findes andre saglige hensyn, der ikke har været en del af forundersøgelsesrapporten”.*

- Forundersøgelsestilladelse giver modtager af tilladelsen første ret til etablering af vindmøllepark hvis der gives tilladelse til opførelse af parken på den givne lokalitet. Modtager skal således ikke konkurrere med andre udviklere/projekter. Se responsum, afsnit 5.3.:

*”Den berettigede forventning består i at have første ret til en eventuel etablerings- og elproduktionstilladelse, jfr. i øvrigt ovenfor under afsnit 3.3”.*

- Projektudvikler har ikke i henhold til gældende lovgivning eller forundersøgelsestilladelsen haft en forventning om krav på etableringstilladelse ved godkendt VVM-rapport, jfr. responsum, afsnit 5.3. Projektudvikler har berettiget kunne forudsætte, at have første ret til etablering af vindmøllepark hvis vindmølleparken skal etableres. Staten kan derfor uden risiko for ansvar nægte etableringstilladelse.

Af ovennævnte fremgår meget klart og tydeligt, at såfremt den politiske holdning er, at vindmøller ikke bør opsættes i Jammerland Bugt, kan etableringstilladelse nægtes i henhold til nugældende regler.

Kalundborg Kommune har kontinuerligt siden 2012 fastholdt, at kommunen ikke ønsker en havvindmøllepark i Jammerland Bugt. Således er Kalundborg Kommune blevet gengivet i pressen og således har Kalundborg Kommune afgivet høringssvar i forbindelse med forundersøgelsestilladelse. Kalundborg Kommunes holdning var direkte årsag til, at Jammerland Bugt blev udtaget ved regeringens aftale den 27. november 2012 med Venstre, Dansk Folkeparti, Enhedslisten og Det Konservative Folkeparti! Etablering af cirka 500 MW kystnære havvindmøller frem til 2020 var en del af den energipolitiske aftale fra 2012. De 500 MW er senere reduceret til 350 MW i vækstpakken. Det fremgår, at etableringen skal ske på 6 udbudte områder. Jammerland Bugt er ikke blandt de 6 udpegede områder. Forinden udpegningen af de 6 områder, var Jammerland Bugt dog med i en indledende screening. De 6 områder blev udpeget bl.a. på grundlag af kommunal opbakning. På Energistyrelsens hjemmeside [www.ens.dk/undergrund-forsyning/vedvarende-energi/vindkraft-vindmoller/kystnaere-havmollerparke-10](http://www.ens.dk/undergrund-forsyning/vedvarende-energi/vindkraft-vindmoller/kystnaere-havmollerparke-10) anføres: *"Forud for udpegningen var der gennemført en offentlig høring af screeningsrapporten, og der blev kun medtaget områder, hvor der var kommunal opbakning"*. Det er uforståeligt og kritisabelt, at Energistyrelsen har lagt til grund, at Kalundborg Kommune ikke var modstander af vindmøller i Jammerland Bugt. Allerede fordi Jammerland Bugt netop blev udtaget af områder for offentligt udbud på grund af manglende lokal opbakning, burde det være åbenbart for Energistyrelsen, at Kalundborg Kommune er imod projektet. Der har i øvrigt været møde herom mellem Kalundborg Kommune og Energistyrelsen i juni 2015. Kalundborg Kommune har præciseret, at Kalundborg Kommune under ingen omstændigheder ønsker en vindmøllepark i Jammerland Bugt.

Det har aldrig været "åben dør-reglerne" formål eller politikernes forudsætninger, at reglerne skulle anvendes til et kæmpestort projekt som Jammerland Bugt. Vil Ministeren passivt se på, at det faktisk sker? Uden at tage ansvar for miljøet?

Hvis det er politikernes holdning, at tilladelse til forundersøgelse *politisk* giver nogen som helst rettighed eller forventning om etableringstilladelse, hvorfor bliver borgerne så ikke hørt i forbindelse med, at der gives tilladelse til forundersøgelse? Det er Folketingets ansvar at sikre en demokratisk proces.

Akademirådet, som er Statens rådgiver, har i åbent brev af 4. september 2015 til bl.a. ministeren i skarpe vendinger udtrykt modstand overfor projektet. Bl.a. anføres følgende:

*"Forløbet omkring Jammerland Bugt er en demonstration af, hvordan demokratiet **ikke** er en reel medspiller i planlægningen, da de statslige planer for udbygning med havvindmøller foregår med en **monumental mangel på æstetiske samfundshensyn og respekt for vores fælles landskabsværdier**"*.

Vil Ministeren forholde sig passivt overfor Statens egen rådgivers holdning til projektet?

Danmarks Naturfredningsforening meddeler officielt at være imod "åben-dør"-projekter.

Vi frygter på grundlag af Ministerens seneste udtalelser, at Kalundborg Kommunes kommende høringsvar ikke vil blive tillagt afgørende betydning, på samme måde som ved valg af offentligt udpegede områder. Det vil være forkert juridisk og politisk. Og i direkte modstrid med forligspartiernes forudsætninger.

Mine klienter og NGO Jammerland Bugt håber du vil forholde dig til nærværende i den videre proces vedrørende aktuelt projekt om vindmøllepark i Jammerland Bugt.

Vi mener, at Ministeren i henhold til gældende regler skal tilbagekalde delegation til Energi-styrelsen og selv træffe afgørelse i sagen i overensstemmelse med Energiforligets forudsætninger og nuværende samfundsmæssige interesser.

Jeg står naturligvis til disposition for eventuelle spørgsmål.

Med venlig hilsen

Brian Hebel Andersen

bha@advokatfirmaet-svensen.dk

## Bent Ole Gram Mortensen

Professor, cand.jur. & Ph.D.

Grants Allé 44, 2900 Hellerup, tlf. 2437 7334, e-mail: bom@sam.sdu.dk

---

# Responsum vedrørende retten til etableringstilladelse i forlængelse af forundersøgelsestilladelse

## Indholdsfortegnelse

1. Sammenfatning .....	2
2. Kommissorium .....	2
3. Generelt om tilladelse til kystnære havvindmøller .....	3
3.1. Koncession efter VE-loven .....	3
3.2. Den treleddede tilladelsesprocedure .....	4
3.3. Om forundersøgelsestilladelse i almindelighed .....	5
4. Projektet og forundersøgelsestilladelsen .....	6
5. Spørgsmål 1: Giver forundersøgelsestilladelse ret til etableringstilladelse? .....	7
5.1. Hvad er baggrunden for forundersøgelsestilladelsen? .....	7
5.2. Retsgrundlaget .....	8
5.2.1. Om forundersøgelsesrapporten .....	10
5.2.2. Sagsoplysning .....	11
5.3. Er der et retskrav på etableringstilladelse? .....	12
5.3.1. Eksplicit lovgivning inkl. bekendtgørelser .....	12
5.3.2. Selve forundersøgelsestilladelsens ordlyd .....	12
5.3.3. Administrativ praksis .....	13
6. Spørgsmål 2: Kan almene samfundsmæssige interesser, f.eks. hensyn til lokal opbakning, turisme, visuel påvirkning af landskabet og lignende tillægges afgørende betydning? .....	14
6.1. De almene hensyn .....	15
6.2. Eksplicite hensyn i lovgivningen .....	15
6.3. Hensyn, der relaterer sig til forundersøgelsen .....	16
6.3.1. Vilkår i tilladelsen .....	16
6.3.2. VVM-bekendtgørelsen .....	17
6.4. Særlig om visuel påvirkning .....	17
7. Spørgsmål 3: Er det muligt for Energi-, forsynings- og klimaministerens at meddele Energistyrelsen, hvilke samfundsmæssige interesser, der generelt skal tages hensyn til? .....	18
8. Materiale, der er indgået i udarbejdelsen .....	19
Juridisk litteratur, notater mv. ....	20
Folkeret .....	21

Love, ændringslove og forarbejder.....	21
Bekendtgørelser .....	21
Administrative afgørelser, udtalelser mv. ....	22
Politiske aftaler, strategier mv. ....	22
Vejledninger mv. ....	22

## 1. Sammenfatning

I det følgende anføres i svaret på de tre stillede spørgsmål i forkortet og forenklet form.

**Spørgsmål 1:** En forundersøgelsestilladelse giver ikke automatisk ret til en etableringstilladelse.

**Spørgsmål 2:** Ministeren (og Energistyrelsen efter delegation) kan tillægge almene samfundsmæssige interesser vægt, forudsat at der ikke er tale om usaglige hensyn (f.eks. magtfordrejning).

**Spørgsmål 3:** Ministeren kan meddele Energistyrelsen, hvilke samfundsmæssige interesser, der generelt skal tages hensyn til, så længe disse blot er udtryk for lovlige hensyn.

## 2. Kommissorium

Ved skrivelse af 25. januar 2016 har advokat Brian Hebel Andersen adresseret problematikken om etableringstilladelse til en kystnær havvindmøllepart i Jammerland Bugt på basis af en forudgående forundersøgelsestilladelse. I den forbindelse er der stillet følgende tre relevante spørgsmål:

1. Giver forundersøgelsestilladelse ret til etableringstilladelse?
2. Kan almene samfundsmæssige interesser, f.eks. hensyn til lokal opbakning, turisme, visuel påvirkning af landskabet og lignende tillægges afgørende betydning?
3. Er det muligt for Energi-, forsynings- og klimaministeren at meddele Energistyrelsen, hvilke samfundsmæssige interesser, der generelt skal tages hensyn til?

Disse tre spørgsmål vil blive besvaret i afsnittene 5-7. De foregående afsnit 3-4 indeholder generelle perspektiver.

### 3. Generelt om tilladelse til kystnære havvindmøller

Statens eksklusive rettigheder til energiresourcer fra vind og vand på havet reguleres folkeretligt bl.a. af havretskonventionen.<sup>1</sup> Det er en generel folkeretlig antagelse, at »the land dominates the sea«.<sup>2</sup> Havretskonventionens artikel 2 fastslår kyststaterne suverænitet over søterritoriet,<sup>3</sup> herunder »såvel luftrummet over søterritoriet som dets havbund og undergrund« - den såkaldte højhedsret. Der er som udgangspunkt tale om en fuld suverænitet, der kun begrænses af særlige folkeretlige forpligtelser, herunder skibstrafikkens ret til passage. Der er således ingen tvivl om, at kyststater folkeretligt inden for søterritoriet kan anbringe havvindmøller, blot retten til passage respekteres.

Højhedsretten kommer eksplicit til udtryk i § 22, stk. 1, 1. pkt. i VE-loven,<sup>4</sup> hvorefter adgangen til at udnytte energi fra vand og vind på søterritoriet og i den eksklusive økonomiske zone alene tilkommer den danske stat.<sup>5</sup> Med bestemmelsen understreges statens eksklusive ret til udnyttelse af energi fra vand og vind på bl.a. søterritoriet. Det kræver således statens tilladelse at etablere havvindmøller, herunder kystnære havvindmøller. Kommunerne har ikke kompetence på området.

#### 3.1. Koncession efter VE-loven

VE-lovens kapitel 3 indeholder bestemmelserne for tildeling af tilladelse (koncession) til bl.a. at etablere kystnære vindmøller. Der opereres med to forskelligartede procedurer: Udbudsproceduren og åben dør-proceduren.<sup>6</sup>

Ved anvendelse af udbud kommer initiativet fra staten, der med udbuddet giver udtryk for et (foreløbigt) ønske om at få opstillet vindmøller i et givet område. Efter åben dør-proceduren udgår initiativet fra en privat part, der selv identificerer et område, hvor den private part ønsker at undersøge mulighederne for at opstille vindmøller.

Ressortministeren<sup>7</sup> (i det følgende blot ministeren) har med hjemmel i § 22, stk. 3 udpeget arealer til statsligt udbud af havvindmølleparker.<sup>8</sup> I dis-

<sup>1</sup> De Forenede Nationers Havretskonvention af 10. december 1982 (UNCLOS).

<sup>2</sup> *Spiermann 2006*, s. 341.

<sup>3</sup> Se herom i søterritorielovens §§ 1-3.

<sup>4</sup> Senest lovebekendtgørelse nr. 122 af 6. februar 2015 om fremme af vedvarende energi, som senest ændret ved lov nr. 1877 af 29. december 2015.

<sup>5</sup> Bestemmelsen fandtes tidligere i elforsyningslovens § 13, stk. 1 (senest lovebekendtgørelse nr. 1115 af 8. november 2006). Bestemmelsen blev introduceret i elforsyningsloven med ændringslov nr. 89 af 10. februar 1998.

<sup>6</sup> Betegnelsen »åben dør« er hentet fra koncessionsretten på olie- og gasområdet. Se herom i *Mortensen & Rønne 2008*, s. 215.



se områder kan der ikke søges om koncession efter åben dør-proceduren, jf. § 22, stk. 5.

Åben dør-proceduren har hidtil kun medført etablering af mindre og kystnære projekter. Energistyrelsen har således givet etableringstilladelser efter en åben dør-procedure til demonstrationsprojekter på Avedøre Holme (3 vindmøller) og Frederikshavn (6 vindmøller). Den statsejede Sund & Bælt-koncern har dog fået opsat 7 ikke-demonstrationsmøller ved Sprogø efter åben dør-proceduren. Hertil kommer de kystnære havvindmøller på Middelfrunden, der dog blev godkendt efter den daværende § 1, stk. 6 i elforsyningsloven og ikke den nuværende åben dør-procedure.<sup>9</sup>

Der er også givet forundersøgelsestilladelse til en række større projekter efter åben dør-proceduren: Mejlflak, Omø Syd og Jammerland Bugt.<sup>10</sup> Hertil kommer et mindre projekt vedr. forsøgs møller ved Nissum Bredning.<sup>11</sup> Det er således noget nyt, at åben dør-proceduren bliver benyttet til store havvindmølleparker. VE-loven udelukker ikke dette, og der skal ikke i dette resposum spekuleres over, hvorvidt det fra lovgivers side har været tanken, at havvindmølleparker på flere hundrede MW skulle kunne etableres uden om de planlagte statslige udbud.

### 3.2. Den treleddede tilladelsesprocedure

I lighed med undergrundsloven<sup>12</sup> opererer VE-loven for så vidt angår kystnære havvindmøller med en treleddet tilladelsesprocedure:<sup>13</sup>

- Forundersøgelsestilladelse, jf. VE-lovens § 23, stk. 4.
- Etableringstilladelse, jf. VE-lovens § 25.
- Idrifttagningstilladelse (elproduktionstilladelse), jf. VE-lovens § 29.

Hertil kommer et eventuelt bevillingskrav efter elforsyningslovens § 10, stk. 1.

---

<sup>7</sup> Senest klima-, energi- og bygningsministeren.

<sup>8</sup> Ministerens skrivelse af 16. april 2012 til Energistyrelsen, j.nr. 2012-2366.

<sup>9</sup> På daværende tidspunkt var den nye elforsyningslov (lov nr. 375 af 2. juni 1999) endnu ikke trådt i kraft.

<sup>10</sup> Se Energistyrelsens hjemmeside på [www.ens.dk/undergrund-forsyning/vedvarende-energi/vindkraft-vindmoller/havvindmoller/idriftsatte-parker-nye](http://www.ens.dk/undergrund-forsyning/vedvarende-energi/vindkraft-vindmoller/havvindmoller/idriftsatte-parker-nye)

<sup>11</sup> Se også *Energistyrelsen 2011*, s. 6.

<sup>12</sup> Undergrundsloven regulerer bl.a. koncessionsrettighedstildelingen til olie- og gasfelter i den danske del af Nordsøen.

<sup>13</sup> På undergrundsområdet består tredelingen af en forundersøgelsestilladelse, en efterforskningstilladelse og en indvindingstilladelse.

Det er vigtigt at skelne mellem udbuds- og åben dør-proceduren. Når staten initierer et udbud i et specifikt område, så må forventningen være, at staten gerne vil have vindmøller der, medmindre der dukker uventede væsentlige hindringer op. Under åben dør-processen kan der ikke på forhånd (ved ansøgning om forundersøgelse) være en formodning for, at staten ønsker en vindmøllepark netop der.

### 3.3. Om forundersøgelsestilladelse i almindelighed

Åben dør-proceduren medfører, at der er mulighed for at ansøge om en forundersøgelsestilladelse uopfordret, dvs. uden at der er indledt en egentlig budrunde. Forundersøgelsestilladelsen gives efter åben dør-proceduren som en offentligretlig tilladelse, hvor staten optræder som myndighed.<sup>14</sup> Dette er i modsætning til udbudsproceduren, hvor staten også optræder i rollen som ordregiver og indgår i et gensidigt forpligtende aftaleforhold med virksomheden bag det vindende bud.<sup>15</sup>

Der er ingen begrænsninger i, hvem der kan søge om forundersøgelsestilladelse,<sup>16</sup> eller for hvilket område på søterritoriet eller i den eksklusive økonomiske zone der kan søges. I modsætning til udbudsproceduren er der begrænset offentlighed i forbindelse med en åben dør-procedure. Således sker der som udgangspunkt ingen offentliggørelse af ansøgninger modtaget efter åben dør-proceduren.

Det fremgår ikke af lovtæksten, hvorvidt ministeren (efter delegation: Energistyrelsen) har pligt til at offentliggøre indkomne ansøgninger. Af de specielle bemærkninger til lovforslag L 108/2008 (elforsyningsloven) fremgår dog tydeligt, at der ikke foreligger en sådan pligt. Noget egentligt forbud mod offentliggørelse heraf fremgår dog heller ikke. Noget sådant kan næppe heller udledes af de almindelige forvaltningsretlige regler om tavshedspligt.

I den tidligere elforsyningslovs § 14 inkluderede åben dør-proceduren, at der forinden meddelelse af forundersøgelsestilladelse skulle ske »offentliggørelse af en modtaget ansøgning, hvor andre interesserede parter opfordres til at indgive ansøgning«. Denne procedure er ikke videreført.

Om de særlige regler om forsøgsområder, se ovenfor under afsnit 2.3.2.

Der er ikke nogen pligt til at give forundersøgelsestilladelse. Energistyrelsen kan således undlade at give tilladelse af alle saglige grunde, herunder at området ønskes reserveret til senere brug. Energistyrelsen er i administrationen af højhedsretten dog underlagt det almindelige for-

<sup>14</sup> Se i øvrigt *Mortensen 2011*, s. 52 ff.

<sup>15</sup> Se i øvrigt de specielle bemærkninger til L 108/2008 (§ 13).

<sup>16</sup> Der er dog ville krav til den fornødne tekniske og finansielle kapacitet, jf. VE-lovens § 23, stk. 4.

valtningsretlige ligebehandlingsprincip og EU-rettens generelle principper (f.eks. ligebehandling og proportionalitet).

Inden der gives forundersøgelsestilladelse efter en åben dør-ansøgning foretager Energistyrelsen en høring af andre myndigheder med henblik på at afdække, om andre samfundsmæssige interesser kan blokere for den ansøgte placering. Denne myndighedshøring reducerer risikoen for, at projektet senere må stoppes af hensyn til andre interesser. Princippet betegnes normalt som one-stop-shop og anses normalt som et element, der er med til at begrænse bureaukratiet omkring etablering af havvindmølleparker.<sup>17</sup> Der sker således en vis afdækning af eventuelle barrierer for at opstille en havvindmøllepark, men kun i form af en begrænset sagsoplysning. Der foretages f.eks. ikke høring af private parter, brancheorganisationer, NGO'er eller lignende.

I stedet for at indkalde ansøgninger til et område, hvortil der er indgivet en åben dør-ansøgning, anvendes et »først til mølle«-princip. Indgives der flere ansøgninger til samme område, gives tilladelsen til den, der er først i tid. Heri ligger efter ordlyden af VE-lovens § 23, stk. 4, at tilladelsen gives til den, »som først fremsender en ansøgning, der dokumenterer opfyldelse af betingelserne herfor.« Da Energistyrelsen ikke er forpligtet til at give en forundersøgelsestilladelse, indebærer bestemmelsen reelt et forbud mod at give tilladelsen til den senere ansøger, hvis den første ellers opfylder betingelserne. Det vil formodentlig gælde, selv hvor Energistyrelsen har saglige grunde til at foretrække den senere ansøgning. Det er således tænkeligt, at der efter forundersøgelsestilladelsens udstedelse fremkommer et bedre projekt.

#### 4. Projektet og forundersøgelsestilladelsen

Forundersøgelsestilladelsen af 17. juni 2014 vedrører et projekt om etablering af 40-80 vindmøller á 3-7 MW med en totalhøjde på eventuelt over 150 m og en samlet kapacitet på 120-240 MW ud for kysten af Kalundborg Kommune på Vestsjællands kyst. Forundersøgelsesområdet omfatter et område i Jammerland Bugt syd for Kalundborg by. Tilladelsen er givet med hjemmel i VE-lovens dagældende lovbekendtgørelse nr. 1330 af 25. november 2013, § 22 og 23, stk. 4.

Etablering af ca. 500 MW kystnære havvindmøller frem til 2020 var en del af den energipolitiske aftale fra 2012. De 500 MW er senere reduceret til 350 MW i vækstpakken.<sup>18</sup> Det fremgår, at etableringen skal ske på 6 udbudte områder.<sup>19</sup> Jammerland Bugt er ikke blandt de 6 udpegede områder.<sup>20</sup>

<sup>17</sup> Se f.eks. *Deloitte 2011*, s. 13 og 17.

<sup>18</sup> Aftale af 14. juli 2014 om tilbagerulning af forsyningsikkerhedsafgiften mv. og lempelser af PSO.

<sup>19</sup> *Energistyrelsen 2012a*.

Forinden udpegningen af de 6 områder, var Jammerland Bugt dog med i en indledende screening.<sup>21</sup> De 6 områder blev angiveligt udpeget bl.a. på grundlag af kommunal opbakning: »Forud for udpegningen var der gennemført en offentlig høring af screeningsrapporten, og der blev kun medtaget områder, hvor der var kommunal opbakning.«<sup>22</sup>

Forundersøgelsestilladelsen til Jammerland Bugt er således givet på baggrund af den såkaldte åben-dør procedure, og indgår dermed ikke i den politisk bestemte udbygning med havvindmøller, der udelukkende er baseret på udbudsproceduren.

## 5. Spørgsmål 1: Giver forundersøgelsestilladelse ret til etableringstilladelse?

Med henblik på at besvare spørgsmålet gennemgås først baggrunden for forundersøgelsestilladelsen, dernæst retsgrundlaget for til sidst at besvare selve spørgsmålet,

### 5.1. Hvad er baggrunden for forundersøgelsestilladelsen?

Når man laver en særskilt forundersøgelsestilladelse i forhold til havvindmøller, så skyldes det dels, at myndigheden har behov for at få sagen oplyst, dels at man derved kan lave en omkostningsfordeling mellem myndighed og ansøger i en ansøgningssag.

Af VE-lovens § 23, stk. 4, følger at »Ved ansøgning uden for udbud kan klima-, energi- og bygningsministeren give tilladelse til forundersøgelser til områder, hvor udnyttelse af energi vurderes relevant, jf. § 22, og ansøgeren skønnes at have den fornødne tekniske og finansielle kapacitet til at gennemføre forundersøgelserne«.

Der er således to kriterier, som man må formode er undersøgt og opfyldt forinden forundersøgelsestilladelsen bliver givet:

- At udnyttelse af energi vurderes relevant i det pågældende område.
- At ansøgeren skønnes at have den fornødne tekniske og finansielle kapacitet.

Det første element om at udnyttelsen af energi er relevant i det pågældende område må antages at omfatte overordnede anskuelser. Kravet indebærer, at der ikke må gives tilladelse, hvis etablering af produktionsanlæg på forhånd

---

<sup>20</sup> Bornholm, Smålandsfarvandet, Sejerø Bugt, Sæby, Vesterhav Syd og Vesterhav Nord.

<sup>21</sup> *Havmølleudvalget 2012*.

<sup>22</sup> Energistyrelsens hjemmeside på: [www.ens.dk/undergrund-forsyning/vedvarende-energi/vindkraft-vindmoller/havvindmoller/kystnaere-havmolleparke-10](http://www.ens.dk/undergrund-forsyning/vedvarende-energi/vindkraft-vindmoller/havvindmoller/kystnaere-havmolleparke-10)

må anses for udelukket.<sup>23</sup> Relevansbestemmelsen fandtes oprindeligt i elforsyningslovens § 13, stk. 3. Af de specielle bemærkninger hertil fremgår:<sup>24</sup>

»Af det foreslåede stk. 3 fremgår det, at arealet for undersøgelserne efter ministerens vurdering skal være relevant, og der gives således ikke tilladelse, hvis etablering af produktionsanlæg på forhånd må anses for udelukket, f.eks. pga. af hensyn til miljø, sikkerhed, skibsfart, fiskeri m.v. Ansøgning kan således afslås, såfremt ministeren efter en konkret vurdering finder, at betingelsen om relevans ikke er opfyldt.«

Når der gives forundersøgelsestilladelse, ligger der således heri en formodning for, at en senere etablering ikke på forhånd er udelukket. Bag denne bestemmelse ligger et retsøkonomisk rationale. Der er ingen grund til, at hverken myndighed eller ansøger skal have yderlige omkostninger, hvis en tilladelse på forhånd kan udelukkes.

På tidspunktet for forundersøgelsestilladelsen er der typisk ikke lavet VVM, jordbundsprøver mv. De elementer, der ved denne senere sagsoplysning kommer frem, kan således ikke falde ind under forhåndsformodningen om, at de ikke på forhånd kan udelukke en etableringstilladelse. Der kan således ikke være taget stilling hertil i forundersøgelsestilladelsen.

Forinden der gives en forundersøgelsestilladelse, sendes ansøgningen i høring hos relevante myndigheder med ressortinteresser på havet samt berørte kommuner.<sup>25</sup> Naturstyrelsen vil bl.a., inden forundersøgelsestilladelsen udstedes, lave en foreløbig vurdering af projektets visuelle indflydelse på kyststrækningen med udgangspunkt i beskrivelsen af projektet. En mere konkret vurdering i form af en visualiseringsrapport udfærdiges dog først som led i forundersøgelserne.<sup>26</sup>

## 5.2. Retsgrundlaget

Særligt to paragraffer i VE-loven påkalder sig opmærksomhed:

§ 24. Når forundersøgelserne er afsluttet, indsendes en forundersøgelsesrapport til klima-, energi- og bygningsministeren, som tager stilling til, om forundersøgelsesrapporten kan godkendes. Godkendes denne, har ansøgeren ret til udnyttelse af den god-

<sup>23</sup> Det vil ikke være i overensstemmelse med god forvaltningsskik, hvis Energistyrelsen tillod en forundersøgelse, hvis det på forhånd kunne afvises, at der kunne gives etableringstilladelse. Derved ville ansøger blot forgæves blive påført en række forgæves udgifter til forundersøgelse.

<sup>24</sup> L108 som fremsat den 12. marts 2008.

<sup>25</sup> Se Energistyrelsens hjemmeside på [www.ens.dk/undergrund-forsyning/vedvarende-energi/vindkraft-vindmoller/havvindmoller/aaben-doer-ordningen/aaben#Åben-dør-proceduren](http://www.ens.dk/undergrund-forsyning/vedvarende-energi/vindkraft-vindmoller/havvindmoller/aaben-doer-ordningen/aaben#Åben-dør-proceduren)

<sup>26</sup> Se hertil Energi-, Forsynings- og Klimaministerens svar af 25. februar 2016 til EFK-udvalget på spørgsmål 114, j.nr. 2016-1373.

kendte forundersøgelsesrapport efter bestemmelserne i stk. 2-4.

*Stk. 2.* Inden 3 måneder efter godkendelse af forundersøgelsesrapporten skal ansøgeren meddele, om denne ønsker at opføre et produktionsanlæg på lokaliteten. Med klima-, energi- og bygningsministerens tilladelse kan retten til at udnytte en forundersøgelsestilladelse inden for samme frist overdrages til en anden.

*Stk. 3.* Modtager klima-, energi- og bygningsministeren et tilsagn som angivet i stk. 2, fastsættes en frist for modtagelse af ansøgning om etableringstilladelse efter § 25. Der kan endvidere stilles krav om sikkerhedsstillelse for gennemførelse af projektet.

*Stk. 4.* Modtager klima-, energi- og bygningsministeren ikke rettidigt et tilsagn omfattet af stk. 2, eller overholdes en frist efter stk. 3 ikke, kan ministeren uden vederlag til ansøgeren stille forundersøgelsesrapporten til rådighed for andre.

§ 25. Etablering af elproduktionsanlæg, der udnytter vand og vind, med tilhørende interne ledningsanlæg på søterritoriet og i den eksklusive økonomiske zone samt væsentlige ændringer i bestående anlæg kan kun foretages efter forudgående tilladelse fra klima-, energi- og bygningsministeren.

*Stk. 2.* Tilladelse meddeles til ansøgere, der har ret til at udnytte en forundersøgelsestilladelse efter § 24, stk. 1, 2 eller 4, og som skønnes at have den fornødne tekniske og finansielle kapacitet.

*Stk. 3-4.* Udeladt.

VE-lovens §§ 24 og 25 står uforandret fra lovens indførelse ved lov nr. 1392 af 27. december 2008. Der er således heller ikke sket ændringer mellem den lovbekendtgørelse (lovbek. 1330/2013), hvorefter forundersøgelsestilladelsen er udstedt, og den nuværende lovbekendtgørelse (lovbek. 122/2015).

Bestemmelserne i VE-lovens § 24 og § 25 er en videreførelse af de tidligere bestemmelser i elforsyningslovens § 15, som senest affattet ved ændringslov nr. 503 af 17. juni 2008. Af bemærkningerne til denne ændringslov<sup>27</sup> fremgår følgende:

»Til § 15

Bestemmelsen i § 15 indeholder forslag om en ny procedure for behandling af resultatet af forundersøgelser. Bestemmelserne gælder for såvel behandling af forundersøgelser efter udbud som efter ansøgning.

Efter forslaget til stk. 1 skal der, når forundersøgelsen er afsluttet, tages stilling til om rapporten herfra kan godkendes. I praksis vil der ske det, at Energistyrelsen som VVM-myndighed vil sende rapporten i høring hos en række myndigheder m.v. og herefter tage stilling til de indkomne høringssvar. Godkendelsen består således i en sikring af, at undersøgelserne opfylder de stillede krav, og at resultatet heraf ikke gør en udbygning med energianlæg betænkelig ud fra miljømæssige eller andre planlægningsmæssige forhold. Hvis forundersøgelsen peger på alvorlige betænkeligheder ved en udbygning, kan der således træffes afgørelse om, at forundersøgelsesrapporten ikke kan godkendes med henblik på etablering af anlæg på den pågældende lokalitet.

Godkendes forundersøgelsesrapporten derimod, har ansøgeren efter forslaget til stk. 2 tre måneder til at afgøre, om denne ønsker at opføre et produktionsanlæg eller evt. overdrage muligheden herfor til en anden. Hensigten hermed er dels at sikre, at der sker en samlet stillingtagen til forundersøgelsen, dels at det herefter hurtigt afklares,

<sup>27</sup> Lovforslag L108 som fremsat den 12. marts 2008.



den forundersøgelsestilladelse, at der ikke kan være en automatik til en eksklusiv licens til etablering men kun en forrang (først til mølle).

Det er herefter spørgsmålet, at en godkendt forundersøgelsesrapport giver ret til etableringstilladelse. Ordlyden i VE-lovens § 25, stk. 2 kunne lede tanken hen herpå:

»Tilladelserne meddeles til ansøgere, der har ret til at udnytte en forundersøgelsestilladelse efter § 24, stk. 1, 2 eller 4, og som skønnes at have den fornødne tekniske og finansielle kapacitet.«

Ordlyden havde været klarere, såfremt der havde stået »Tilladelserne *skal* meddeles til ansøgere« eller »Tilladelserne *kan kun* meddeles til ansøgere«.

En ubetinget ret til etableringstilladelse kan på forhånd afvises, allerede fordi lovteksten opstiller et kriterium om »den fornødne tekniske og finansielle kapacitet«. Der vil givet også kunne findes andre saglige hensyn, der ikke har været en del af forundersøgelsesrapporten.

### 5.2.2. Sagsoplysning

Forundersøgelsesrapporten er i lighed med resultaterne af forundersøgelsen i almindelighed et led i en almindelig forvaltningsmæssig sagsoplysning. Det følger af den almindelige officialmaksime, at offentlige myndigheder er forpligtiget til at oplyse en sag, før der træffes afgørelse.<sup>29</sup> I ansøgningssager efter åben dør-proceduren er en del af sagsoplysningen ved *lex specialis* overladt til ansøger.

Ud fra sagens oplysning, herunder forundersøgelsesrapporten, kan myndigheden beslutte, hvorvidt sagen skal videreføres, hvilket konkret vil sige at åbne mulighed for at der kan indgives ansøgning om etableringstilladelse. Dette sker konkret ved enten at godkende forundersøgelsesrapporten eller ikke godkende forundersøgelsesrapporten.

Det kan undre, at man ikke blot afgør sagen i forbindelse med en tilladelse eller et afslag på baggrund af en ansøgning om etableringstilladelse. Systemer med godkendelse af forundersøgelsestilladelse understøtter dog et først til mølle-princip og sikrer, at den ansøger, der har bekostet forundersøgelsen, også kommer i første række. Desuden kan der fremføres retsøkonomiske betragtninger for en godkendelse af en forundersøgelsesrapport. Der er ingen grund til, at ansøger yderligere skal bekoste en ansøgning om etableringstilladelse, og at myndigheden skal behandle denne, hvis sagsoplysningen i forbindelse med forundersøgelsen viser, at myndigheden efterfølgende vil afslå en ansøgning om etableringstilladelse.

<sup>29</sup> Se f.eks. *Erhvervsforvaltningsret 2016*, s. 173, *Fenger 2013*, s. 492 ff., *Revsbech, Nørgaard & Garde 2014*, s. 145 ff., *Bønsing 2013*, s. 141 ff. og *Rønsholdt 2014*, s. 379 ff. Se også FOB 2011.5-3.



### 5.3. Er der et retskrav på etableringstilladelse?

Det fremføres ofte, at der er en automatik mellem forundersøgelsestilladelse og etableringstilladelse sådan at forstå, at ansøger har en berettiget forventning om etableringstilladelsen, såfremt der ikke fremkommer noget gravevende under forundersøgelsen. Denne forventning kan have basis i følgende:

- EksPLICIT lovgivning inkl. bekendtgørelser.
- Selve forundersøgelsestilladelsen.
- Administrativ praksis.

#### 5.3.1. EksPLICIT lovgivning inkl. bekendtgørelser

Som anført ovenfor under afsnit 5.2. er der ingen eksPLICIT ret til etableringstilladelse knyttet til udstedelse af en forundersøgelsestilladelse.

#### 5.3.2. Selve forundersøgelsestilladelsens ordlyd

I det øjeblik en virksomhed modtager en tilladelse fra en offentlig myndighed, vil virksomheden have en berettigede forventning om at kunne indrette sig på tilladelsen inkl. dennes vilkår. For at en forventning skal være berettiget, skal der dels være tale om en subjektiv forventning, dels skal den objektivt være berettiget.<sup>30</sup>

I forundersøgelsestilladelsen er der eksPLICIT anført, at der ikke nødvendigvis kan påregnes at blive givet etableringstilladelse:

»Energistyrelsen har med denne tilladelse til forundersøgelser ikke taget endelig stilling til ansøgningens forslag til den konkrete udformning af projektet, herunder forslag til udformning og placering af vindmøllerne, nettilslutninger og tidsplan. Resultatet af VVM-høringen kan nødvendiggøre, at projektet helt eller delvist må ændres i forhold til det ansøgte, eller at projektet ikke kan gennemføres.«

Det synes således klart, at selve ordlyden af forundersøgelsestilladelsen ikke kan give en objektiv berettiget forventning om en senere etablerings- og ibrugtagningstilladelse.

Berettigede forventninger er tæt knyttede til et indrettelsessynspunkt. I hvilket omfang har en adressat for en begunstigende forvaltningsakt indrettet sig på udnyttelsen af en tilladelse? I det konkrete tilfælde, i hvilket omfang betyder en forundersøgelsestilladelse, at tilladelseshaver indretter sig på en senere etablering af en havvindmøllepark? Herom kan indehaveren af en forundersøgelsestilladelse nok have forhåbninger, men da resultatet af forundersøgelserne i sagens natur ikke er kendt på forhånd, kan en adressat til en forundersøgelsestilladelse ikke ved modtagelsen heraf have en beretti-

<sup>30</sup> Om berettigede forventninger, se *Erhvervsforvaltningsret 2016*, s. 292. og *Garde m.fl. 2009*, s. 437 f.

get forventning om at kunne *etablere* havvindmøllerne. Den berettigede forventning består i at have første ret til en eventuel etablerings- og elproduktionsstilladelse, jf. i øvrigt ovenfor under afsnit 3.3.

### 5.3.3. *Administrativ praksis*

Forvaltningen er i et vist omfang bundet af den administrative praksis. Det følger af lighedsgrundsætningerne.<sup>31</sup> Særligt vedrørende praksis i skønsspørgsmål, har forvaltningen dog mulighed for at foretage en generel praksisændring. Det kan f.eks. være en ændret vægtning af forskellige hensyn. Ændringerne skal dog ligge inden for lovens rammer, og at den er saglig. Det er de enkeltstående fravigelser fra sin egen fulgte praksis, der vil være i strid med lighedsgrundsætningen. Dog kan en fravigelse konkret begrundes i saglige omstændigheder for den pågældende sag.<sup>32</sup> To sager om kystnære havvindmøller er næppe helt ens. Eksempelvis er der stor forskel på, om kystnære havvindmøller bliver etableret ud for tekniske anlæg som havne og broer (eksempelvis Sprogø og Middelgrunden), eller om havvindmøllerne bliver etableret ud for en kyststrækning med et mere uberørt landskabsmæssigt indtryk.

Det er kun i begrænset omfang opsat havvindmøller efter åben dør-proceduren. Tidligere har kystnære havvindmøller da også været anset for en undtagelse.

I Energiklagenævnets afgørelse af 29. januar 2003 om tilladelse til etablering af 4 vindmøller på søterritoriet ved Grenå Havn fandtes Energistyrelsens praksis vedrørende kystnære havvindmølleparker at være saglig og inden for lovens rammer. Efter denne praksis accepteredes *kystnære havvindmølleparker* kun undtagelsesvis. Der skulle foreligge en særlig landskabelig og funktionel begrundelse herfor. Desuden skulle en konkret vurdering påvise, at projektet har underordnet betydning for de landskabelige forhold og ikke ville påvirke områder med væsentlige kulturspor eller marinebiologiske og geologiske interesser. Det fremgår ikke eksplicit af lovgivningen, at denne praksis skulle være forladt i forhold til kystnære havvindmøller efter åben dør-proceduren.

I Energistyrelsens Rammer for kystnære havmøller og mindre havmølleparker, april 2011, s. 5 anføres det: »Er der på den anden side meddelt forundersøgelsestilladelse, og viser forundersøgelserne, at opstilling af vindmøller er mulig, har ansøgere krav på at modtage etableringstilladelse.« Det fremgår ikke, hvad udtrykket »er muligt« dækker over, ud over, at det refererer til noget, som forundersøgelsen måtte vise.

Særligt i forbindelse med Mejl Flak-projektet (Havvind Århus Bugt-HÅB) kan man finde udsagn om Energistyrelsens praksis på området:

<sup>31</sup> Om lighedsgrundsætningerne, se bl.a. *Erhvervsforvaltningsret 2016*, s. 292 ff. og *Garde m.fl. 2009*, s. 250 ff.

<sup>32</sup> Se herom i *Erhvervsforvaltningsret 2016*, s. 42 og *Garde m.fl. 2009*, s. 253.

»Energistyrelsen godkendte d. 28. juli 2014 forundersøgelsesrapport vedrørende havmølleparken Mejl Flak i Århus Bugt. Godkendelsen af forundersøgelsesrapporten betyder ikke, at Energistyrelsen har taget stilling til etablering af det konkrete projekt, men at HÅB har opfyldt deres forpligtelser i forhold til at udarbejde et dækkende sæt af forundersøgelser jf. VE-loven og VVM-bekendtgørelsen.«<sup>33</sup>

Det er således indbygget i systemet med en forundersøgelsestilladelse, at forundersøgelsestilladelsen gives på et tidspunkt, hvor sagen er utilstrækkelig oplyst til, at pågældende myndighed kan give en tilladelse. Pligten til at oplyse en sag, før der træffes afgørelse følger såvel generelt af officialmaksimen,<sup>34</sup> som mere konkret af kravet om VVM i VE-lovens § 26 og den tilhørende bekendtgørelse.<sup>35</sup> Det bemærkes, at officialmaksimen er udtryk for en såkaldt garantiforskrift.<sup>36</sup>

## 6. Spørgsmål 2: Kan almene samfundsmæssige interesser, f.eks. hensyn til lokal opbakning, turisme, visuel påvirkning af landskabet og lignende tillægges afgørende betydning?

Hvilke lovlige (saglige) hensyn, der kan indgå i en forvaltningsafgørelse, fremgår ikke eksplicit af VE-loven eller underliggende bekendtgørelser. Der findes heller ikke nogen eksplicit afskæring af visse hensyn, hverken i lovtæksten eller i dens forarbejder. Således er man nødsaget til at foretage en almindelig fortolkning af loven og dens forarbejder.<sup>37</sup>

Som udgangspunkt er ministeren (og dermed Energitilsynet) tillagt et vidt skøn. Dette understøttes af den brede formålsbestemmelse, jf. nedenfor under afsnit 6.2. Energistyrelsen har af det administrative rekursystem da også tidligere været tillagt en betydelig skønsfrihed.

Det administrative rekursorgan Energiklagenævnet har tillagt Energistyrelsen »et ganske vidt skøn« i en sag, der blev ført efter de tidligere regler i elforsyningsloven: »Det fremgår dog af bekendtgørelse nr. 815, at VVM-vurderingen skal påvise, beskrive og vurdere et projekts direkte og indirekte virkninger på bl.a. mennesker, fauna, flora, klima og landskab. Energiklagenævnet finder på baggrund af disse regler, og på baggrund

<sup>33</sup> Se Energistyrelsens hjemmeside på [www.ens.dk/undergrund-forsyning/vedvarende-energi/vindkraft-vindmoller/havvindmoller/idriftsatte-parker-nye#Jammerland](http://www.ens.dk/undergrund-forsyning/vedvarende-energi/vindkraft-vindmoller/havvindmoller/idriftsatte-parker-nye#Jammerland)

<sup>34</sup> Også betegnet som official- eller undersøgelsesprincippet. Se herom i *Erhvervsforvaltningsret*, s. 169 ff. og *Garde m.fl. 2009*, s. 329 ff.

<sup>35</sup> Bekendtgørelse nr. 68 af 26. januar 2012 om vurdering af virkning på miljøet (VVM) ved projekter om etablering m.v. af elproduktionsanlæg på havet.

<sup>36</sup> Se om garantiforskrifter i *Erhvervsforvaltningsret 2016*, s. 418 f. og *Garde m.fl. 2009*, s. 439 f.

<sup>37</sup> Se generelt om inddragelse af hensyn i *Erhvervsforvaltningsret 2016*, s. 282 ff.

af elforsyningslovens § 1, hvoraf fremgår, at formålet med loven er at sikre, at landets elforsyning tilrettelægges og gennemføres i overensstemmelse med hensynet til bl.a. miljø, fremme af bæredygtig energianvendelse og anvendelse af vedvarende og miljøvenlige energikilder, at hensyn til miljø i bred forstand skal inddrages ved vurderingen af den nærmere placering af elproduktionsanlæg efter elforsyningslovens §§ 16 og 17. Energiklagenævnet finder det endvidere naturligt, at hensynet til sejladsikkerhed indgår i den nærmere afvejning. Energiklagenævnet finder, at Energistyrelsen under varetagelse af disse hensyn er tillagt et ganske vidt skøn med hensyn til placeringen af havvindmølleparken.<sup>38</sup>

Det må forventes, at også domstolene vil acceptere denne vide skønsmarginal. Således er det traditionelle udgangspunkt en legalitetsprøvelse, hvor domstolene ikke prøver forvaltningens skønsmarginal, men alene prøver efterlevelsen af de retlige rammer for udøvelse af skønnet.<sup>39</sup>

### 6.1. De almene hensyn

En række hensyn betegnes som de almene hensyn, og disse vil det generelt være lovlige at inddrage, medmindre inddragelsen heraf eksplicit er afskåret.

Under sådanne hensyn hører bl.a. varetagelse af internationale forpligtigelser, herunder på miljøområdet. Endvidere er hensynet til borgernes retsbeskyttelse som udgangspunkt et lovligt kriterium. Det samme gælder hensynet til at undgå værdispil.

Berettigede forventninger henhører også under de almene hensyn. Se herom i afsnit 5.3.2. ovenfor.

### 6.2. Eksplicitte hensyn i lovgivningen

Formålsbestemmelsen i VE-lovens § 1 er bredt formuleret. Således anføres det, at formålet er at »fremme produktion af energi ved anvendelse af vedvarende energikilder i overensstemmelse med *klima- og miljømæssige samt samfundsøkonomiske hensyn*« (min fremhævelse). Under disse tre hensyn, kan mange almene samfundsmæssige interesser indfortolkes. Under samfundsøkonomiske hensyn ligger således naturligt erhvervsmæssige interesser som turisme. Under miljømæssige interesser ligger naturligt visuel påvirkning af landskabet

Desuden må det antages, at formålsbestemmelsen ikke i sig selv indskrænker, hvilke lovlige og saglige hensyn, der kan tillægges vægt. Det fremgår således ikke af lovforslagets bemærkninger, at formålsbestemmelsen skulle have en selvstændig retlig funktion.

<sup>38</sup> Energiklagenævnets afgørelse af 20. oktober 2008, j.nr. 1011-5, s. 20.

<sup>39</sup> *Erhvervsforvaltningsret 2016*, s. 408 samt Garde m.fl. 2009, s. 354 og 388 ff.

Således anføres det i Justitsministeriets vejledning om lov kvalitet, at det bør »... afklares i lovforslagets bemærkninger, hvis meningen med formålsbestemmelsen undtagelsesvist er, at den skal have en selvstændig retlig funktion ved f.eks. at kunne have betydning for fortolkningen af lovens øvrige bestemmelser.«<sup>40</sup>

Saglige interesser, som f.eks. lokal opbakning må således også kunne indgå i afvejningen af hensyn. Det bemærkes da også, at der tilsyneladende har været lagt vægt på kommunal opbakning i forbindelse med udpegning af de 6 områder, der er sendt i udbud med henblik på etablering af kystnære havvindmøller. Dette hensyn må også være saglige i forbindelse med en afgørelse efter åben dør-proceduren.

### 6.3. Hensyn, der relaterer sig til forundersøgelsen

De krav som indehaveren af forundersøgelsen skal leve op til fremgår primært af

- Vilkår i tilladelsen.<sup>41</sup>
- VVM-bekendtgørelsen.<sup>42</sup>

Disse krav er de primære i forbindelse med eventuel udstedelse af etableringstilladelse. Kravene vedrører

#### 6.3.1. *Vilkår i tilladelsen*

Forundersøgelsestilladelsen af 17. juni 2014 indeholder en række vilkår vedrørende forhold, der skal undersøges. Disse forhold må antages et kunne på indvirkning på den eventuelle etableringstilladelse.

Vilkårene omfatter bl.a. hensyn til:

- Internationale naturbeskyttelsesområder.
- Hensynet til fiskeri.
- Påvirkning af kystmorfologi og hydrografi.
- Trækfugle og truede arter.
- Bundfauna- og bundflora og deres fødegrundlag.
- Påvirkning af radar på Storebælt og Sjællands Odde.
- Sejlads.
- Produktionstab på eksisterende vindmøller.

Der er endvidere krav om visualiseringer.

<sup>40</sup> Se Justitsministeriet: Vejledning om lov kvalitet, juni 2005, s. 9.

<sup>41</sup> Forundersøgelsestilladelse af 17. juni 2014.

<sup>42</sup> Bekendtgørelse nr. 68 af 26. januar 2012 om vurdering af virkning på miljøet (VVM) ved projekter om etablering m.v. af elproduktionsanlæg på havet.

### 6.3.2. VVM-bekendtgørelsen

Bekendtgørelsen om vurdering af virkning på miljøet (VVM) ved projekter om etablering m.v. af elproduktionsanlæg på havet omfatter projekter om etablering eller ændring af elproduktionsanlæg, der udnytter bl.a. vind, jf. VE-lovens § 25, stk. 1. Der er således de projekter, der er givet forundersøgelsestilladelse til efter lovens § 22.

Bekendtgørelsen stiller krav til indholdet af beslutningsgrundlaget. Den indeholder ikke en normering af, i hvilke tilfælde og under hvilke nærmere betingelser en tilladelse til etablering af f.eks. kystnære havvindmøller kan meddeles.

Det må have formodningen for sig, at de oplysninger, der skal indhentes efter bekendtgørelsen, repræsenterer lovlige og saglige hensyn i forbindelse med behandling af en ansøgning om etableringstilladelse. Overordnet set skal VVM-undersøgelsen »påvise, beskrive og vurdere et projekts direkte og indirekte virkninger på følgende faktorer:

- 1) Mennesker, fauna og flora.
- 2) Jordbund, havbund, vand, luft, klima og landskab.
- 3) Materielle goder og kulturarv.
- 4) Samspillet mellem faktorerne i nr. 1-3.«

Tilsvarende gælder i forhold til konsekvensvurderingsreglerne ift. Natura 2000-områder.<sup>43</sup> Den pågældende bekendtgørelse gælder også havvindmøller, jf. § 1, stk. 2, nr. 1.

### 6.4. Særlig om visuel påvirkning

Store vindmøller ses i sagens natur på lang afstand i flade landskaber, herunder ved kystnære placeringer.

Den visuelle påvirkning er erfaringsmæssigt noget, der kan have stor betydning for markedsværdien af ejendomme nær opstillede vindmøller.

Som et led i en pågående undersøgelse af sammenhængen mellem vindmøller og huspriser,<sup>44</sup> er der lavet et casestudie, der undersøger priseffekten af eksisterende havvindmølleparker. Undersøgelsen synes dog at have mindre relevans for kystnære vindmøller, da undersøgelsen er basseret på havvindmøller placeret betydeligt længere fra kysten (havvindmølleparkerne

<sup>43</sup> Bekendtgørelse nr. 1476 af 13. december 2010 om konsekvensvurdering vedrørende internationale naturbeskyttelsesområder samt beskyttelse af visse arter ved projekter om etablering m.v. af elproduktionsanlæg og elforsyningsnet på havet.

<sup>44</sup> For Energistyrelsen foretager COWI og Københavns Universitet en undersøgelse angående vindmøllers indvirkning på huspriser. Undersøgelsen forventes at være færdig i april 2016.

Nysted og Rødsand II). Således anføres det eksplicit, at »Undersøgelsens resultater kan ikke uden forbehold oversættes til de kommende kystnære havmølleparker«. <sup>45</sup>

Undersøgelsen tager udgangspunkt i Nysted og Rødsand II Havmøllepark, som begge ligger betydeligt længere væk fra helårsboliger og sommerhuse, end de områder der er udpeget til potentielle kystnære havvindmølleparker.

Det er udtryk for væsentligheden af de visuelle påvirkninger ved kystnære havvindmøller, at Energistyrelsen i 2012 fik udgivet en rapport om evnet.

I forundersøgelsestilladelsen, s. 6 citeres Naturstyrelsen for i forbindelse med en høring at have gjort opmærksom på den manglende visualisering i det fremsendte materiale. Det må forstås som et ønske om, at dette element blev oplyst i forbindelse med forundersøgelsen. Det ses da heller ikke, at ansøgningen af 22. februar 2012 indeholder visualiseringer.

7. Spørgsmål 3: Er det muligt for Energi-, forsynings- og klimaministeren at meddele Energistyrelsen, hvilke samfundsmæssige interesser, der generelt skal tages hensyn til?

Efter VE-lovens bestemmelser er det klima-, energi- og bygningsministeren, der meddeler tilladelse til såvel forundersøgelse, etablering som idrifttagning. Det følger af VE-lovens § 70, at ministeren »kan bemyndige en under ministeriet oprettet institution eller anden myndighed til at udøve de beføjelser, der i denne lov er tillagt ministeren.« Der er tale om en meget bred delegationsbeføjelse, som ved en delegationsbekendtgørelse overlader afgørelseskompetencen til bl.a. tilladelser til havvindmøller til Energistyrelsen. <sup>46</sup> Energistyrelsens beføjelser hviler således udelukkende på delegation fra ministeren. Ministerens delegation er udtryk for såkaldt ekstern delegation. <sup>47</sup> Denne vil ministeren altid selv kunne tilbagekalde. Ministeren bevarer stadig efter delegationen over-/underordningsbeføjelser og dermed en instruktionsbeføjelse over for Energistyrelsen.

I delegationen til Energistyrelsen er der ikke sket nogen indskrænkninger i, hvilke hensyn Energistyrelsen kan lægge vægt på. I og med, at ministeren selv kan vægte forskellige lovlige og saglige hensyn, vil ministeren også i forbindelse med ekstern delegation i kraft af instruktionsbeføjelsen kunne

<sup>45</sup> [www.ens.dk/sites/ens.dk/files/byggeri/praesentation\\_huspriser\\_kystnaer\\_case\\_2016.pdf](http://www.ens.dk/sites/ens.dk/files/byggeri/praesentation_huspriser_kystnaer_case_2016.pdf)

<sup>46</sup> Se hertil bekendtgørelse nr. 436 af 11. maj 2012 om Energistyrelsens opgaver og beføjelser, § 3, stk. 1, nr. 5.

<sup>47</sup> Det er alment accepteret, at ekstern delegation kan ske uden eksplicit hjemmel inden for det statslige hierarki. Se om ekstern delegation i *Erhvervsforvaltningsret 2016*, s. 88 ff.

fastlægge rammer for, hvilke lovlige og saglige hensyn der skal vægtes. Dermed kan ministeren meddele Energistyrelsen, hvilke samfundsmæssige interesser, der generelt skal tages hensyn til, så længe disse blot er lovlige.

VE-loven definere ikke, hvilke hensyn, der ikke er lovlige, det må således følge af almindelige forvaltningsretlige grundsætninger, hvilke hensyn der ikke er lovlige og saglige, herunder magtfordrejningslæren.<sup>48</sup>

Der er dog eksempler på, at hensyn er blevet beskrevet som uhjemlede i forarbejderne. Et eksempel herpå findes i de almindelige bemærkninger til lovens nu ophævede § 22 a (L 193/2009), hvorefter der ikke er hjemmel til at lægge vægt på lokal tilknytning ved valg af projekt, hvis der er flere ansøgere til samme område. Bemærkningen kan synes overflødig, da det efter almindelige forvaltningsretlige saglighedskrav vil kræve lovhjemmel at vægte et sådant hensyn.

## 8. Materiale, der er indgået i udarbejdelsen

I forbindelse med kommissoriet har advokat Andersen fremsendt følgende omfattende materiale:

- Energi-, Forsynings- og Klimaministerens svar af 25. februar 2016 til EFK-udvalget på spørgsmål 114, j.nr. 2016-1373.
- *Energipolitisk aftale 2012*: Aftale af 22. marts 2012 mellem regeringen (Socialdemokraterne, Det Radikale Venstre, Socialistisk Folkeparti) og Venstre, Dansk Folkeparti, Enhedslisten og Det Konservative Folkeparti om den danske energipolitik 2012-2020. Tilgængelig på [www.ens.dk/sites/ens.dk/files/politik/dansk-klimatenergipolitik/politiske-aftaler-paa-energiomraadet/energiaftalen-22-marts-2012/Aftale\\_22-03-2012\\_FINAL\\_ren.doc.pdf](http://www.ens.dk/sites/ens.dk/files/politik/dansk-klimatenergipolitik/politiske-aftaler-paa-energiomraadet/energiaftalen-22-marts-2012/Aftale_22-03-2012_FINAL_ren.doc.pdf)
- *Energistyrelsen 2014*: Forundersøgelsestilladelse af 17. juni 2014.
- *Energistyrelsen 2011*: Rammer for kystnære havmøller og mindre havmølleparker, april 2011.
- *Energistyrelsen 2012*: Kystnære Havvindmølleplaceringer – en vurdering af de visuelle forhold ved opstilling af store vindmøller nær kystområder, juni 2012 (udfærdiget af Sweco Architects).
- European Energy A/S: Ansøgning om forundersøgelsestilladelse i Jammerland Bugt, af 22. februar 2012.
- Energi-, Forsynings- og Klimaministerens svar af 25. februar 2016 til EFK-udvalget på spørgsmål 114, j.nr. 2016-1373.

Endvidere har jeg inddraget følgende materiale:

<sup>48</sup> Om magtfordrejningslæren, der også kan betragtes som læren om saglige hensyn, se *Erhvervsforvaltningsret 2016*, s. 283 ff. og *Garde m.fl. 2009*, s. 223 ff.



**Juridisk litteratur, notater mv.**

- Bønsing 2013*: Sten Bønsing: Almindelig forvaltningsret, 3. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2013.
- Deloitte 2011*: Deloitte: Analyse vedrørende fremme af konkurrence ved etablering af store havvindmøleparker i Danmark, rapport af 28. april 2011 efter opdrag af Klima- og Energiministeriet.
- Energistyrelsen 2012a*: Notat af 27. november 2012: Nye rammer for kystnære havvindmøller, [http://www.ens.dk/sites/ens.dk/files/byggeri/faktaark\\_kystnaere\\_moeller\\_web\\_27112012.pdf](http://www.ens.dk/sites/ens.dk/files/byggeri/faktaark_kystnaere_moeller_web_27112012.pdf)
- Erhvervsforvaltningsret 2016*: Bent Ole Gram Mortensen (red.): Erhvervsforvaltningsret, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2016.
- Fenger 2013*: Niels Fenger: Forvaltningsloven med kommentarer, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2013.
- Garde m.fl. 2009*: Jens Garde, Jørgen Albæk Jessen, Orla Friis Jensen, Helle Bødker Madsen & Karsten Revsbech: Forvaltningsret. Almindelige emner, 5. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2009.
- Havmølleudvalget 2012*: Havmølleudvalget: Kystnære havmøller i Danmark. Screening af havmølleplaceringer indenfor 20 km fra kysten, oktober 2012. Tilgængelig på [www.ens.dk/sites/ens.dk/files/undergrundforsyning/vedvarende-energi/vindkraft-vindmoeller/havvindmoeller/planlaegning-fremtidens/screening%20af%20kystn%c3%a6re%20havm%c3%b8ller%20oktober%202012.pdf](http://www.ens.dk/sites/ens.dk/files/undergrundforsyning/vedvarende-energi/vindkraft-vindmoeller/havvindmoeller/planlaegning-fremtidens/screening%20af%20kystn%c3%a6re%20havm%c3%b8ller%20oktober%202012.pdf)
- Mortensen & Rønne 2008*: Bent Ole Gram Mortensen, og Anita Rønne: Olie- og naturgasudvinding i Ellen Margrethe Basse (red.): Miljøretten 6. Energi og klima, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2008.
- Mortensen 2011*: Bent Ole Gram Mortensen: Dansk regulering af havvindmøller, MarIus 403/2011.
- Sandroos 2012*: Bo Sandroos: The Greenland Mineral Resource Act, DJØF Publishing, 2015.
- Sandroos 2015*: Bo Sandroos: Undergrundsloven med kommentarer, Jurist og Økonomforbundets Forlag, 2012.
- Spiermann 2006*: Ole Spiermann: Moderne folkeret, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2006.

*Revsbech, Nørgaard & Garde 2014*: Karsten Revsbech, Carl Aage Nørgaard og Jens Garde: Forvaltningsret – Sagsbehandling, 7. udgave, Jurist og Økonomforbundets Forlag 2014.

*Rønsholdt 2014*: Steen Rønsholdt »Forvaltningsret – Retssikkerhed. Proces. Sagsbehandling« 4. udgave, Karnov Group, 2014.

### **Folkeret**

De Forenede Nationers Havretskonvention af 10. december 1982 (UNCLOS).

### **Love, ændringslove og forarbejder**

*Elforsyningsloven*: Lov nr. 1329 af 25. november 2013 om elforsyning.

- Lovbekendtgørelse nr. 1115 af 8. november 2006 om elforsyning (seneste lovbek. hvori bestemmelserne om elproduktionsanlæg på havet indgik).
- Lov nr. 503 af 17. juni 2008 om ændring af lov om elforsyning, lov om naturgasforsyning, lov om varmforsyning og lov om Energinet.dk.
  - Lovforslag nr. L 108: Forslag til lov om ændring af lov om elforsyning, lov om naturgasforsyning, lov om varmforsyning og lov om Energinet.dk, som fremsat den 12. marts 2008.
- Lov nr. 89 af 10. februar 1998 om ændring af lov om elforsyning.

*Søterritorieloven*: Lov nr. 200 af 7. april 1999 om afgrænsning af søterritoriet.

*Undergrundsloven*: Lovbekendtgørelse nr. 960 af 13. september 2011 om anvendelse af Danmarks undergrund.

*VE-loven*: Lovbekendtgørelse nr. 122 af 6. februar 2015 om fremme af vedvarende energi, som senest ændret ved lov nr. 1877 af 29. december 2015.

- Lov nr. 1392 af 27. december 2008 om fremme af vedvarende energi lov (den oprindelige VE-lov).
  - Lovbemærkningerne til L 108/2008, som fremsat den 12. marts 2008.
- Lovbekendtgørelse nr. 1330 af 25. november 2013 om fremme af vedvarende energi (den udgave af VE-loven, som forundersøgelsestilladelsen er udstedt i medfør af).

### **Bekendtgørelser**

Bekendtgørelse nr. 1476 af 13. december 2010 om konsekvensvurdering vedrørende internationale naturbeskyttelsesområder samt beskyttelse af visse

## Bent Ole Gram Mortensen

---

arter ved projekter om etablering m.v. af elproduktionsanlæg og elforsyningsnet på havet.

Bekendtgørelse nr. 68 af 26. januar 2012 om vurdering af virkning på miljøet (VVM) ved projekter om etablering m.v. af elproduktionsanlæg på havet.

Bekendtgørelse nr. 436 af 11. maj 2012 om Energistyrelsens opgaver og beføjelser (delegationsbekendtgørelsen).

### **Administrative afgørelser, udtalelser mv.**

Energiklagenævnets afgørelse af 29. januar 2003 om tilladelse til etablering af 4 vindmøller på søterritoriet ved Grenå Havn, j.nr. 11-102 og 11-103.

Energiklagenævnets afgørelse af 20. oktober 2008, klage fra Danmarks Naturfredningsforening over afgørelse fra Energistyrelsen af 6. maj 2008 om tilladelse til etablering af elproduktionsanlægget Rødsand II med internt ledningsnet, j.nr. 1011-5.

Ministerens skrivelse af 16. april 2012 til Energistyrelsen, j.nr. 2012-2366. Tilgængelig på <http://www.ens.dk/sites/ens.dk/files/undergrund-forsyning/vedvarende-energi/vindkraft-vindmoeller/havvindmoeller/planlaegning-fremtidens/Svarreservationarealerstorehavmoelleparker.pdf>.

### **Politiske aftaler, strategier mv.**


Aftale af 14. juli 2014 om tilbagerulning af forsyningssikkerhedsafgiften mv. og lempelser af PSO mellem Regeringen, Venstre, Dansk Folkeparti, Socialistisk Folkeparti og Enhedslisten er enige om en aftale om tilbagerulning af forsyningssikkerhedsafgiften mv. og lempelser af PSO. Tilgængelig på [www.fm.dk/nyheder/pressemeddelelser/2014/07/aftale-om-tilbagerulning-af-fsa-mv,-d,-og-lempelser-af-pso/](http://www.fm.dk/nyheder/pressemeddelelser/2014/07/aftale-om-tilbagerulning-af-fsa-mv,-d,-og-lempelser-af-pso/)

### **Vejledninger mv.**

Justitsministeriet: Vejledning om lov kvalitet, juni 2005. Tilgængelig på <http://jm.schultzboghandel.dk/publikationer/publikationsdetaljer.aspx?PID=a9e0219b-967e-467b-ac3c-c4a685a6106c>

Ministerens skrivelse af 16. april 2012 til Energistyrelsen, j.nr. 2012-2366.

Hellerup, den 6. marts 2016



Bent Ole Gram Mortensen