

Professor, dr. jur. Peter Pagh

Folketingets Miljø- og Fødevarerudvalg
Christiansborg
1218 København K

21. december 2017

Vedr.: Artikel om retssag og klagenævnsafgørelser om vindmøllebekendtgørelsen og EU-domme om miljøvurderinger

Jeg tillader mig herved uopfordret til udvalgets orientering at fremsende en netop offentliggjort artikel i Tidsskrift for Miljø, der vedrører det notat af 17. oktober 2017, som Miljøstyrelsen har oversendt til udvalget vedrørende styrelsens vurdering af vindmøllebekendtgørelsen i lyset af nye EU-domme (udvalgets bilag 40).

Med venlig hilsen



Peter Pagh

University of Copenhagen, Law Faculty
Karen Blixens Plads 16
2300 Copenhagen S - DK
Telephone: (+45) 35 32 31 27
E-mail: peter.pagh@jur.ku.dk

Private residence:
Degnehusene 70
2620 Albertslund - DK
Telephone: (+45) 21 82 00 38

Artikel

Status efter nye klagenævnsafgørelser og dom om gyldigheden af tilladelser til vindmølleparker og SMV-direktivets retsvirkning

– og om Miljø- og Fødevarerklagenævnet og Planklagenævnet som procespart

Af professor, dr.jur. Peter Pagh

Som en del læsere af Tidsskrift for Miljø nok er bekendt med, betød EU-Domstolen dom i oktober 2016 i sag C-290/15, at der blev rejst tvivl om gyldigheden af den danske vindmøllebekendtgørelse, fordi bekendtgørelsen var vedtaget uden forudgående miljøvurdering og offentlig høring efter reglerne i direktiv 2001/42 om miljøvurdering af planer og programmer (SMV-direktivet). Da EU-Domstolen i sag C-379/15 fastslog, at en sådan overtrædelse af SMV-direktivet bevirker, at retsakten og de afgørelser, der træffes på grundlag heraf, også er ugyldige, medmindre fire betingelser er opfyldt, måtte dommene logisk betyde, at der ikke kan meddeles tilladelse til vindmølleparker, før denne overtrædelse af SMV-direktivet er afhjulpet ved, at der efter en SMV-procedure udstedes en ny vindmøllebekendtgørelse, som jeg nærmere har belyst i TFM 2016, s. 411. Disse synspunkter har efterfølgende været gjort gældende i flere klagesager over tilladelser til vindmølleparker for Miljø- og Fødevarerklagenævnet, Planklagenævnet og Energiklagenævnet. Nu foreligger de første delafgørelser fra klagenævn, hvor nævnene med forskellig begrundelse har afvist, at støjbekendtgørelsens mulige modstrid med EU-retten kan begrunde opsættende virkning af klager over tilladelser til vindmølleparker. Endvidere har byretten i dom af 9. oktober 2017 i retssag anlagt af naboer mod Natur- og Miljøklagenævnet om en af nævnet stadfæstet tilladelse til vindmøllepark ved Varde afvist, at klagenævnet er rette sagsøgte for sådanne indsigelser om overtræ-

delse af EU-retten med den begrundelse, at klagenævnene ikke er den ansvarlige myndighed for støjbekendtgørelsen. Artiklen indeholder en analyse af de seneste klagenævnsafgørelser og byretsdommen suppleret af nogle principielle betragtninger om de centrale statslige myndigheders håndtering af sagsforløbet og om, hvem der er pennefører, når uafhængige klagenævn er sagsøgt. Først har jeg dog valgt kort at redegøre for de to EU-domme, der så at sige udgør bagtæppet for den retlige vurdering af de verserende ansøgninger, klagesager og retssager om gyldigheden af tilladelser til vindmølleparker.

1. Dommene i sag C-290/15 og C-379/15

Sag C-290/15 *Patrice D'Oultremont m.fl.* var en præjudiciel forelæggelse for EU-Domstolen i anledning af en tvist i den belgiske delstat Vallonien om gyldigheden af den vallonske regerings bekendtgørelse om vindmølleparker med en samlet effekt over 0,5 MW, hvor sagsøgerne bl.a. gjorde gældende, at bekendtgørelsen var ugyldig, fordi den var vedtaget uden forudgående miljøvurdering og offentlig høring efter SMV-direktivets regler. EU-Domstolen tog udgangspunkt i, at SMV-direktivets begreb, 'planer og programmer' skal fortolkes udvidende og ikke er begrænset til retsakter, der regulerer et begrænset geografisk område i en medlemsstat. SMV-direktivets regler gælder således også for sektorspecifik planlægning af områder eller zoner generelt, når den pågældende generelle retsakt fastlægger en betydningsfuld helhed af kriterier og fremgangsmåder for tilladelse og iværk-

sættelse af et eller flere projekter, der kan have væsentlig indvirkning på miljøet. SMV-direktivets regler var derfor også gældende for vedtagelse af den vallonske vindmøllebekendtgørelse.

I sag C-379/15 *Association France Nature Environnement* tog EU-Domstolen mere generelt stilling til retsvirkningerne af, at en retsakt omfattet af SMV-direktivets regler om miljøvurdering (som fx vindmøllebekendtgørelsen) er vedtaget uden at overholde SMV-direktivets regler om miljøvurdering og offentlig høring. EU-Domstolen fastslog således, at dette betyder, at retsakten som udgangspunkt er ugyldig. Denne ugyldighedsvirkning omfatter tillige de afgørelser, der efterfølgende besluttes på grundlag af den pågældende retsakt, hvilket fx kan omfatte tilladelser til vindmølleparker. Ifølge EU-Domstolen kan dette kun fraviges undtagelsesvis og vil i en retssag uden appelmulighed kræve forelæggelsespligt for EU-Domstolen, medmindre den nationale domstol på detaljeret vis redegør for, at det utvivlsomt kan lægges til grund, at følgende fire betingelser er opfyldt:

- »At den anfægtede nationale bestemmelse udgør en foranstaltning til korrekt gennemførelse af EU-retten på miljøbeskyttelsesområdet
- vedtagelsen og ikrafttrædelsen af en ny national bestemmelse ikke gør det muligt at undgå de skadelige virkninger på miljøet, som følger af annullationen af den anfægtede nationale bestemmelse
- annullationen af denne sidstnævnte medfører, at der skabes et retligt tomrum for så vidt angår gennemførelsen af EU-retten på miljøområdet, som ville være mere skadelig for miljøet i den forstand, at annullationen ville betyde ringere beskyttelse og således ville modvirke selve EU-rettens væsentligste formål, og
- en undtagelsesvis opretholdelse af virkningerne af en sådan bestemmelse omfatter alene en tidsperiode, som er begrænset til det strengt nødvendige til vedtagelse af foranstaltninger, der kan afhjælpe den konstaterede uregelmæssighed.«

Sammenholdes disse fire betingelser med tilladelser til danske vindmølleparker, vil vindmøllebekend-

gørelsen og tilladelser, der udstedes på grundlag heraf, være ugyldige efter EU-retten, medmindre myndigheden kan godtgøre, at en udsættelse af tilladelsen til vindmølleparker vil medføre skadelige virkninger på miljøet, og at disse skadelige virkninger ikke kan imødegås på anden måde. Så vidt jeg kan vurdere, er det ikke muligt at godtgøre, at udsættelse af tilladelse til vindmølleparker med 1-2 år vil have sådanne virkninger på klimaet, at de kan anses skadelig virkning på miljøet. Ophævelse af VVM-tilladelsen og hjemvisning vil tværtimod svare til sædvanlig praksis, når et retsgrundlag anses for ugyldig, jf. MAD 2014.54 Nmk.

Men selv hvis denne vurdering af de miljøskadelige virkninger af en vindmøllebekendtgørelsens ophævelse er forkert, vil vindmøllebekendtgørelsens ugyldighed ikke forhindre myndighederne i at regulere støj og andre miljøgener ved tilladelser til vindmølleparker. For vindmøller på land har myndighederne mulighed for at regulere miljøgener fra vindmøller i VVM-tilladelsens vilkår og ved påbud efter miljøbeskyttelseslovens § 42.¹ Det må derfor afvises, at vindmøllebekendtgørelsens ugyldighed efterlader et retligt tomrum, som har skadelige virkninger på miljøet.

Det følger heraf, at i hvert fald to af EU-Domstolens betingelser for at undlade at tillægge overtrædelsen af SMV-direktivet ugyldighedsvirkning for den danske vindmøllebekendtgørelse *ikke* er opfyldt. Medmindre både min vurdering af de miljøskadelige virkninger af en udsættelse af tilladelse til vindmølleparker og min vurdering af muligheden for alternativ regulering er forkerte, vil det efter dommene i sag C-290/15 og C-379/15 derfor være i klar modstrid med EU-retten, at meddele tilladelse til vindmølleparker, før den manglende miljøvurdering og offentlige høring af vindmøllebekendtgørelsen er gennemført.

Hvis det omvendt må lægges til grund, at begge mine vurderinger er forkerte, skal myndigheden i tilladelsen redegøre for, hvordan i hvert fald disse to betingelser er opfyldt. Da det sidste ikke er sket i en eneste af de verserende sager om tilladelse til vind-

1. For havvindmølleparker er der tilsvarende i VE-lovens § 25, stk. 3, mulighed for at regulere miljøgener ved vilkår i tilladelser til havvindmølleparker.

mølleparker, har klagenævn og domstole ikke anden mulighed end at erklære tilladelserne ugyldige

og hjemvise sagen med henblik på en konkret miljøvurdering af de ansøgte vindmøllers støjpåvirkning og påvirkning af landskab, hvis en åbenbar modstrid med EU-retten skal undgås. Indbringes en sådan sag for landsretten, vil landsretten efter dommen i sag C-379/15 således ikke kunne undlade at anse vindmøllebekendtgørelsen for gyldig uden at spørge EU-Domstolen, medmindre landsretten detaljeret begrundet, hvordan de fire betingelser for undtagelsesvis at fravige ugyldighedsvirkning er opfyldt.

Ovenstående er en kort sammenfatning af konklusionerne i min analyse offentliggjort i TfM 2016, s. 411. Efter 11 måneders overvejelser har Miljøstyrelsen erkendt, at der som følge af dommen i sag C-290/15 kan være problemer med vindmøllebekendtgørelsen, og besluttet at gennemføre en miljøvurdering af bekendtgørelsens regler. Derimod mener Miljøstyrelsen ikke, at dette har betydning for de verserende sager om tilladelser til vindmøller, uden at Miljøstyrelsen dog forholder sig til dommen i C-379/15 eller på anden måde begrundet denne juridiske vurdering.²

Som det belyses i det følgende, har det i flere klagesager over tilladelser til vindmølleparker været gjort gældende, at tilladelsen er ugyldig som følge af de EU-Domstolens domme i sag C-379/15 og C-290/15. Ingen af klagesagerne er endeligt afgjort, men der er i mindst tre tilfælde taget stilling til, om indsigelsen kan begrunde opsættende virkning, og herudover foreligger der en enkelt byretsdom, hvor der i en sag mod det tidligere Natur- og Miljøklagenævn (nu Miljø- og Fødevareklagenævnet og Planklagenævnet) blev taget stilling til indsigelsen.³

2. Klagenævnets afgørelser om opsættende virkning

Fra de relevante klagenævn foreligger der ultimo oktober 2017 så vidt vides tre afgørelser, hvor klagenævn har taget stilling til, om de EU-retlige problemer med vindmøllebekendtgørelsen kan begrunde opsættende virkning, nemlig Energiklagenævnets delafgørelse om havvindmøllepark Vesterhav Syd og Miljø- og Fødevareklagenævnets delafgørelse om vindmøllepark på Tendrup Vestermark henholdsvis ved Torrild, begge beliggende i Odder Kommune.

2.1 Energiklagenævnets delafgørelse om havvindmølleparken Vesterhav Syd

Energiklagenævnets delafgørelse fra august 2017 drejede sig om opsættende virkning af en klage fra en grundejerforening over, at Energistyrelsen i december 2016 havde meddelt tilladelse efter VE-lovens § 25⁴ og elforsyningslovens § 22 a til etablering af den kystnære havvindmøllepark Vesterhav Syd.⁵ I klagesagen gjorde grundejerforeningen bl.a. gældende, at tilladelsen medførte støjproblemer, som var undervurderet i miljøvurderingen. Dette førte til, at Energistyrelsen på forespørgsel fra Energiklagenævnet oplyste, at styrelsen fandt, at den svenske modelberegning for støj fra vindmøller overvurderede støjbidraget, og at vindmøllerne, som skal opføres mellem 4 og 9 km fra kysten, kun ville medføre et supplerende støjbidrag på mellem 0 og 3 dB. Efterfølgende anmodede Energiklagenævnet i juni 2017 på baggrund af indsigelser fra klagers advokat om Energistyrelsens bemærkninger til betydningen af EU-Domstolens domme i sag C-290/15 og C-379/15. Energistyrelsen besvarede dette med en henvisning til Miljø- og Fødevareministerens svar på forespørgsel i Folketinget, hvor ministeren oplyste, at ministeriet havde igangsat en analyse af dommenes retsvirkning.⁶ I forhold til det konkrete projekt ved Vesterhav Syd anførte Energi-

2. Se Miljøstyrelsens pressemeddelelse af 19. oktober 2017. Se dog sidst i efterskrift til denne artikel.

3. For god ordens skyld må oplyses, at jeg, efter at jeg skrev artiklen i TfM 2016, s. 411, har bistået klager i enkelte klagesager over tilladelse til vindmølleparker, men ikke har bistået i nogle af de sager, hvor der er truffet delafgørelse om opsættende virkning, ligesom jeg ikke har bistået i den sag, som byretten tog stilling til.

4. VE-loven er forkortelse af lov om fremme af vedvarende energi.

5. Energiklagenævnets afgørelse af 21. august 2017, j. nr. 1131-17-170.

6. Se ministerens svar på spørgsmål 243 fra Energi-, Forsynings- og klimaudvalget – bilag almindelig del 2016/2017.

styrelsen med henvisning til forvaltningsretlig teori,⁷ at hvis Energiklagenævnet skulle finde,

»at vilkårets henvisning til vindmøllebekendtgørelsen er mangelfuld, bør Energiklagenævnet efter Energistyrelsens opfattelse foretage en rettelse af vilkåret om støj, herunder eventuelt fastsætte et støjvilkår med helt specifikke krav om projektets maksimale støjpåvirkning i henhold til VE-lovens § 25, stk. 3«.

Energiklagenævnet lagde i delafgørelsen indledningsvis til grund, at grundejerforeningen havde klageret efter VE-lovens § 67, stk. 3, da det drejede sig om et VVM-pligtigt anlæg, hvilket er helt i overensstemmelse med EU-Domstolens fortolkning af VVM-direktivets art. 11 og Aarhus-konventionens art. 9(2),⁸ uden at disse retskilder dog omtales af klagenævnet. Men herefter afviste Energiklagenævnet opsættende virkning af klagen, selv om klagenævnet var opmærksom på, at der med EU-Domstolens dom i sag C-290/15 kunne rejses tvivl om vindmøllebekendtgørelsens gyldighed. Som begrundelse for afvisning af opsættende virkning af klage anføres i afgørelsen:

»Energiklagenævnet har ved vurderingen [...] bl.a. lagt vægt på, at der i VVM-redegørelsen er en beskrivelse af anlæggets påvirkning af miljøet i forhold til bl.a. lav- og højfrekvens støj fra havvindmøller, jf. bekendtgørelse 1736 af 21. december 2015 om støj fra vindmøller (vindmøllebekendtgørelsen). Energiklagenævnet bemærker, at vindmøllebekendtgørelsen og den tilhørende vejledning, Energiklagenævnet bemærker, at vindmøllebekendtgørelsen og den tilhørende vejledning primært omhandler vindmøller opstillet på land, og i mindre grad havvindmøller.

Energiklagenævnet har lagt vægt på nødvendigheden af, at lovgiver bør vurdere hjemmelsgrundlaget for vindmøllebekendtgørelsen, idet Energiklagenævnet er bekendt med, at EU-Domstolen har truffet to nye afgørelser¹² vedr. direktiv 2001/42/EF om miljøvurdering af planer og programmer (SMV-direktivet).

[...]

Energiklagenævnet har endvidere lagt vægt på, at Energistyrelsen til Energiklagenævnet har oplyst, at Energistyrelsen afventer Miljø- og Fødevareministeriets og Justitsministeriets analyse af de to EU-domme om miljøvurdering af planer og programmer, jf. SMV-direktivet. Når analysen er

færdiggjort, vil Miljø- og Fødevareministeriet forholde sig til dommens konsekvenser for blandt andet vindmøllebekendtgørelsen.

Energiklagenævnet finder på den baggrund, at der efter en foreløbig vurdering kan foreligge en risiko for, at vindmøllebekendtgørelsen kan være vedtaget i strid med SMV-direktivet og dermed være i uoverensstemmelse med EU-retten.

Energiklagenævnet har ydermere vurderet, at vurderingerne i EU-dommen, der omhandler Valloniens vindmøllebekendtgørelse, ikke uden videre kan overføres på den danske vindmøllebekendtgørelse, idet de to vindmøllebekendtgørelser indholdsmæssigt og omfangsmæssigt ikke er enslydende.

Energiklagenævnet finder ikke, at der foreligger særlige omstændigheder, der vil gøre klageadgangen til Energiklagenævnet illusorisk, og at der vil ske uoprettelig skade, såfremt klagen ikke tillægges opsættende virkning. Det bemærkes i den forbindelse, at Vattenfall er bekendt med de verserende klagesager ved Energiklagenævnet, og at Vattenfall dermed påtager sig en betydelig økonomisk risiko ved at igangsætte den kystnære havvindmøllepark Vesterhav Syd på nuværende tidspunkt, hvis en senere afgørelse ved Energiklagenævnet måtte give klagerne medhold.« (mine fremhævelser).

Energiklagenævnet lægger således i begrundelsen for at afvise opsættende virkning til grund, at der »efter en foreløbig vurdering kan foreligge en risiko for, at vindmøllebekendtgørelsen kan være vedtaget i strid med SMV-direktivet og dermed være i uoverensstemmelse med EU-retten«. Når klagenævnet alligevel afviste opsættende virkning af klagen, er dette begrundet med fem forhold. Det ene er, at VVM-redegørelsen belyser vindmølleparkens påvirkning af miljøet. Det andet er, at vindmøllebekendtgørelsen primært gælder for vindmøller opstillet på land. Det tredje er, at den danske vindmøllebekendtgørelse ikke er fuldt sammenlignelig med den vallonske vindmøllebekendtgørelse. Den fjerde begrundelse er, at nævnet finder, at lovgiver bør vurdere hjemmelsgrundlaget, og at Miljø- og Fødevareministeriet sammen med Justitsministeriet har iværksat en analyse af de to dommes konsekvenser. Endelig anføres som den femte begrundelse, at der ifølge klagenævnet ikke vil ske uoprettelig skade, hvis klagen ikke tillægges opsættende virkning, idet det er vindmølleopstillerens økonomiske risiko, hvis projektet igangsættes, inden klagesagen er endeligt afgjort.

Efter min opfattelse må konklusionen i den foreliggende sag tiltrædes, men med en lidt anden begrundelse. Energiklagenævnet burde således supplerende have anført, at de forhold, der reguleres

7. Styrelsen henviste særskilt til Revsbech m.fl.: Forvaltningsret almindelige emner, 2016, s. 292 ff og til Gammeltoft-Hansen m.fl.: Forvaltningsret, 2002, s. 853 f.

8. Se *Pagh*: TfM 2017, s. 3.

i vindmøllebekendtgørelsen, kan reguleres efter VE-lovens § 25, stk. 3,⁹ som Energistyrelsen anførte, og at fejlen derfor kan og skal rettes i den endelige tilladelse. Når dette sammenholdes med, at støjproblemerne ifølge afgørelsen var miljøvurderet, og at vindmøllebekendtgørelsen kun har marginal betydning for havvindmøller placeret mellem 4 og 9 km fra kysten, vil det være i overensstemmelse med hidtidig praksis mht. opsættende virkning af klage at afslå, at klagen i dette konkrete tilfælde tillægges opsættende virkning.¹⁰

Derimod efterlader det uklarer, hvad klagenævnet mener med betragtningerne om »nødvendigheden af, at lovgiver bør vurdere hjemmelsgrundlaget for vindmøllebekendtgørelsen«, og at klagenævnet vil afvente de to ministeriers analyse af de to EU-dommes og Miljø- og Fødevareministeriets stillingtagen. Set i konteksten forudsætter udsagnet, at klagenævnet har kompetence til at underkende tilladelsen med henvisning til de to EU-dommes betydning for vindmøllebekendtgørelsens gyldighed, men at klagenævnet afstår herfra i en foreløbig afgørelse om opsættende virkning, da der er iværksat en analyse af ministeriet. Hvis dette er den rigtige forståelse af klagenævnets opfattelse af EU-rettens direkte virkning, er det imidlertid uheldigt, at klagenævnet samtidig anfører »nødvendigheden af, at lovgiver bør vurdere hjemmelsgrundlaget for vindmøllebekendtgørelsen«, da det kan forstås, som om klagenævnet ikke har kompetence. Men hvis dette er tilfældet, er de øvrige overvejelser om de to EU-dommes betydning uden relevans, hvorfor »nødvendighed« formentlig ikke skal læses som en kompetencebegrænsning, men som en hensigtsmæssighedsbetragtning, hvor klagenævnet ikke i en foreløbig afgørelse vil foregribe konklusionerne

9. VE-lovens § 25, stk. 3, lyder: »Energi-, forsynings- og klimaministeren kan betinge godkendelsen af disse anlæg af vilkår, herunder krav til konstruktion, indretning, installationer, opstilling, drift, nedtagning og sikkerhedsstillelse for nedtagning af anlæg, samt økonomiske, tekniske, sikkerheds- og miljømæssige forhold i forbindelse med etablering og drift, herunder ophold og beboelse.«

10. Hvorvidt et sådant afslag på opsættende virkning også er i overensstemmelse med Aarhus-konventionens art. 9(4), er et andet spørgsmål, som er for omfattende til at blive behandlet her.

i en iværksat juridisk analyse af en bekendtgørelse, der havde marginal betydning i den konkrete sag, hvilket efter min opfattelse er velbegrunder i den konkrete delafgørelse.

2.2 Miljø- og Fødevareklagenævnets delafgørelser om to vindmølleparker i Odder Kommune

Miljø- og Fødevareklagenævnets to delafgørelse, fra 6. oktober 2017¹¹ drejede sig om opsættende virkning af klage over Odder Kommunes VVM-tilladelse af 12. februar 2017 til opstilling af tre vindmøller ved Torrild og Odder Kommunes VVM-tilladelse af 16. december 2016 til opstilling vindmøllepark på Tendrup Vestermark meddelt efter den dagældende planlovs § 19 g og den dagældende VVM-bekendtgørelse. Klagesagerne skulle derfor behandles efter planlovens regler, hvor Miljø- og Fødevareklagenævnet overtog kompetencen den 1. februar 2017, jf. overgangsreglen i § 57, stk. 7, i den nye lov om miljøvurdering af planer og projekter (SMV- og VVM-loven).

I begge klagesager gjorde klagerne gældende, at VVM-tilladelsen var ugyldig, med henvisning til EU-Domstolens domme i sag C-290/15 og C-379/15, og at klagen derfor skulle tillægges opsættende virkning.

I delafgørelserne tog Miljø- og Fødevareklagenævnet udgangspunkt i, at efter den i december 2016 gældende planlovs § 60 og forarbejderne hertil har klage over VVM-tilladelser som udgangspunkt ikke opsættende virkning, hvilket dog kan fraviges af klagenævnet, hvis det er overvejende sandsynligt, at der foreligger en væsentlig risiko for overtrædelse af loven, ligesom der kan lægges vægt på, om udnyttelse af tilladelse vil influere uheldigt på muligheden for at kræve fysisk lovliggørelse.

Med henvisning hertil afviste klagenævnet i begge klagesager at tillægge klagen opsættende og anførte som begrundelse herfor bl.a. [enslydende i de to afgørelser]:

»Det er Miljø- og Fødevareklagenævnets vurdering, at EU-Domstolens afgørelse i sag C-290/15 [...], skal forstås

11. Miljø- og Fødevareklagenævnets delafgørelser af 6. oktober 2017 i j.nr. NMK-34-00616 og i j.nr. NMK-34-00575.

i lyset af, at de potentielle vallonske vindmøllelokationer og deres indvirkning på miljøet ikke på noget tidspunkt har været genstand for en strategisk miljøvurdering i overensstemmelse med SMV-direktivet, og at der bl.a. som følge af sagens omstændigheder er sket en omgåelse af direktivets forpligtelser.

Miljø- og Fødevareklagenævnet konstaterer, at der efter dansk lovgivning gælder et krav om SMV-screening, og eventuelt udarbejdelse af en strategisk miljøvurdering, forud for en vedtagelse af en kommunal vindmølleplan eller kommuneplantillæg. Udpegningen i en plan eller et tillæg til en plan er en forudsætning for, at vindmølleprojekter kan gennemføres. Det er på den baggrund Miljø- og Fødevareklagenævnets foreløbige vurdering, at der ikke foreligger en væsentlig overtrædelse af EU-retten, idet der allerede er foretaget en strategisk miljøvurdering af den plan, der ligger til grund for vindmølleprojektet i denne sag.

Miljø- og Fødevareklagenævnet har i sin vurdering af, om kommunens afgørelse bør tillægges opsættende virkning lagt vægt på:

- at vurderingerne i EU-dommen, der omhandler Valloniens vindmøllebekendtgørelse, ikke uden videre kan overføres på denne sag,
- at vindmølleprojektets placering ved Tendrup Vestermark [og Torrild] i Odder Kommune [har været underkastet en strategisk miljøvurdering i forbindelse med vedtagelsen af kommuneplanen, herunder kommuneplanens retningslinjer for vindmøller,
- at nævnet ikke på et foreløbigt grundlag kan konkludere, at det er overvejende sandsynligt, at der foreligger en væsentlig overtrædelse af SMV-direktivet, og
- at der ikke vil ske uoprettelig skade, såfremt klagen ikke tillægges opsættende virkning.

Det bemærkes, at hvis ansøger vælger at udnytte den meddelte tilladelse, mens klagesagen verserer, bærer ansøger selv risikoen herfor. Miljø- og Fødevareklagenævnets afgørelse om opsættende virkning medfører ikke begrænsninger i nævnets adgang til at ændre eller ophæve den påklagede afgørelse.«

Som det fremgår, har Miljø- og Fødevareklagenævnet foretaget en foreløbig prøvelse af indsigelsen vedrørende betydningen af de to EU-domme. Efter en foreløbig vurdering har klagenævnet imidlertid ment, at dommen i sag C-290/15 ikke kan overføres på den konkrete sag, fordi der i denne sag er sket en miljøvurdering af kommuneplantillægget, hvorved risikoen for omgåelse af SMV-direktivet skulle være imødegået, og at der som følge heraf ikke vil være tale om en væsentlig overskridelse. Derimod forholder klagenævnet sig ikke til, at miljøvurderingen af plangrundlaget for de to vindmølleparker

har lagt vindmøllebekendtgørelsens regler uprøvet til grund i relation til de miljøgener, som vindmøllebekendtgørelsen regulerer på linje med alle andre miljøvurderinger af vindmølleparker.

Det må endvidere noteres, at der ikke i EU-Domstolens hidtidige fortolkning af SMV-direktivet er støtte til, at ugyldighedsvirkning af overtrædelser af EU-rettens regler om miljøvurdering af planer og projekter er begrænset til *væsentlige overtrædelser*. Tværtimod har EU-Domstolen i sag C-137/14 *Kommissionen mod Tyskland* direkte fastslået, at det er uforeneligt med VVM-direktivets art.11, hvis annullation af forvaltningsafgørelser er betinget af, at klager løfter bevisbyrden for, at processuelle fejl er konkret væsentlige, eller at der er godtgjort årsagsforbindelse mellem de processuelle fejl og afgørelsens resultat. På linje hermed fastslog EU-Domstolen i sag C-295/10 *Valciukienė m. fl.*, at en miljøvurdering af miljøgodkendelse af større svinebrug efter VVM-direktivet ikke kunne erstatte SMV-direktivets krav om miljøvurdering af den lokalplan, der var nødvendig for at etablere svinefarmen. Selv om der i dansk forvaltningsretlig teori og praksis er støtte til, at processuelle fejl alene medfører ugyldighed, når fejlen er konkret væsentlig, tyder EU-Domstolens praksis således på, at dette ikke kan overføres til processuelle fejl ved overtrædelse af VVM-direktivet og SMV-direktivet.

Endelig forekommer det lidet overbevisende, at klagenævnet begrunder afslag på opsættende virkning med, at det er bygherres risiko, hvis bygherren vil udnytte tilladelsen, idet afvisning af opsættende virkning ikke medfører begrænsninger i nævnets adgang til at ændre eller ophæve den påklagede afgørelse. Jeg vil herved for det første henvise til det store antal klagesager og bl.a. miljøgodkendelse af husdyrbrug, hvor klagen ikke blev tillagt opsættende virkning, og hvor godkendelsen blev udnyttet inden klagesagen var afgjort. I disse sager har det været fast praksis, at ophævelsen af miljøgodkendelsen blev udsat i typisk et år, så der kunne meddeles en ny miljøgodkendelse, jf. senest MAD 2017.23 Nmk og MAD 2017.65 Nmk.

Klagenævnet ser endvidere bort fra, at det *ikke er vindmølleopstilleren*, men derimod det tidligere Natur- og Miljøklagenævn (og dermed Miljø- og Fødevareklagenævnet selv) sammen

med ministeriet, der er ansvarlig, hvis klagenævnet efterfølgende når frem til, at VVM-tilladelsen er ugyldig som følge af den manglende miljøvurdering af vindmøllebekendtgørelsen. Dette vil efter EU-Domstolens domme i sag C-201/02 *Wells* og sag C-348/15 *Stadt Wiener Neustadt* formentlig udløse erstatningsansvar for de ansvarlige myndigheder (dvs. klagenævnet) og/eller staten i forhold til vindmølleopstilleren. Man kan derfor sige, at Miljø- og Fødevarerklagenævnet i denne sag har en økonomisk tilskyndelse til at udsætte retsvirkningen af en ophævelse af en VVM-tilladelse, når først klagenævnet har afvist opsættende virkning af klage.

Dette kan yderligere sammenholdes med, at EU-Domstolen senest i de forenede sager C-196/16 og C-197/16 *Commune di Corridonia m.fl.* fastslog, at tilladelser meddelt i modstrid med reglerne om VVM-screening kun undtagelsesvis kan retlig lovliggøres ved efterfølgende miljøvurdering, og kun hvis en sådan retlig lovliggørelse ikke er udtryk for omgåelse, og forudsat de ansvarlige myndigheder erstatter de skader, som overtrædelsen af reglerne om VVM-screening har medført. Det er nærliggende at antage, at det samme må gælde for overtrædelser af SMV-direktivet. Set i lyset af dommen i sag C-196/16 og C-197/16 og hidtidig praksis forekommer det derfor ikke overbevisende, at klagenævnet henviser til byherrens risiko ved at udnytte tilladelsen, mens klagesagen verserer. Hertil kommer i øvrigt, at klagenavnets afvejning af hensyn ikke forekommer umiddelbart forenelig med EU-Domstolens Store Afdelings betragtninger om opsættende virkning i sag C-416/10 *Krizan*, men da dette rejser mange yderligere juridiske spørgsmål, falder det uden for denne artikels rammer.

3. Esbjerg Rets dom om vindmøllepark ved Ulvemose og Bækhed Plantage

Esbjerg Rets dom fra oktober 2017 vedrørte et sagsanlæg mod det tidligere Natur- og Miljøklagenævnet (nu Miljø- og Fødevarerklagenævnet og Planklagenævnet), som ved formandsafgørelse i maj 2016 (MAD 2016.225 Nmk) havde stadfæstet Varde Kommunes VVM-tilladelse fra juni 2015 til opførelse af vindmøllepark med ti vindmøller på knap 150 meters højde, hvor nævnet efterfølgende

(MAD 2016.327 Nmk) havde afvist genoptagelse.¹² Sagen startede dog tidligere, idet Varde Kommune i oktober 2013 vedtog kommuneplantillæg og lokalplan samt meddelte VVM-tilladelse til projektet. Plangrundlaget og VVM-tilladelsen blev påklaget af omboende naboer, der bl.a. gjorde gældende, at projektet var i modstrid med det dagældende vindmøllecirkulære, da afstandskravet og samspillet med andre vindmølleparker ikke var overholdt eller beskrevet, ligesom naboerne gjorde gældende, at støjberegninger og påvirkning af grundvand ikke var beskrevet korrekt. Klagesagen blev behandlet af det samlede Natur- og Miljøklagenævns læge nævn, som den 15. september 2014 (i MAD 2014.349 Nmk) ophævede og hjemviste VVM-tilladelsen, idet klagenævnet gav naboerne medhold i indsigelsen om overtrædelse af vindmøllecirkulæret og i indsigelsen om mangelfuld miljøvurdering. Naboerne fik således medhold i, at afstanden til andre vindmølleparker var mindre end forudsat i vindmøllecirkulæret, uden at der forelå en begrundelse herfor, hvorfor

»vindmøllecirkulærets § 2, stk. 4, der opstiller krav til kommunernes vindmølleplanlægning, ikke er opfyldt. Da det må anses for at være en væsentlig mangel ved kommunens afgørelse, må VVM-tilladelsen ophæves som ugyldig. Såfremt vindmølleprojektet ved Ulvemose/Bækhed Plantage ønskes gennemført, må kommunen – som også oprindelig planlagt – overveje projektets konsekvenser for (nogle af) de eksisterende møller.«

Vedrørende mangelfuld begrundelse af projektets påvirkning af grundvand anførte klagenævnet:

»Miljørapporten indeholder ingen vurdering af, om selve grundvandssænkningen eller bortledningen af vand fra møllerne kan påvirke grundvandsmagasiner og grundvandskvalitet, nærliggende vandløb eller §3-områder. Det fremgår af VVM-bekendtgørelsen [...], at miljørapporten skal indeholde en beskrivelse af anlæggets såvel kortsigtede som langsigtede virkninger på miljøet som følge af bl.a. påvirkning af overflade- og grundvandssystemer. Ligeledes fremgår det af miljøvurderingsloven, at miljørapporten skal indeholde oplysninger der beskriver og evaluerer den sandsynlige væsentlige indvirkning på miljøet – herunder for så vidt angår vand, samt beskrive de planlagte foranstaltninger for at undgå en-

12. Esbjerg Rets dom af 9. oktober 2017 i sag BS-31-1142/2016.

hver eventuel væsentlig negativ indvirkning på miljøet efter planens gennemførelse. Det er hovedprincipper i VVM-direktivet, at der skal foretages en forudgående vurdering af alle miljøeffekter i bred forstand af det konkrete projekt [...] med henblik på offentlighedens og øvrige relevante parter inddragelse i beslutningsprocessen. Formålet er at skabe det bedst mulige beslutningsgrundlag forud for stillingtagen til de omhandlede projekter. Det skal således sikres, at der foretages en fuldstændig vurdering af indvirkningen på miljøet, inden der gives tilladelse til projektet.» (min fremhævelse).

På baggrund af ophævelsen af VVM-tilladelsen meddelte Varde Kommune den 3. oktober 2014 standsningspåbud, men besluttede den 7. oktober 2014 at påbegynde en ny VVM-proces for projektet. I den miljøvurdering, som kommunen sendte i høring i marts 2015, var bl.a. anført om støj:

»Der er henvist til kravene til støj fra møller i vindmøllebekendtgørelsen. Der er foretaget beregninger for normalstøj for hovedforslag og 0-alternativ samt af lavfrekvent støj fra hovedforslag. Der er ikke truffet endelig beslutning om møllefabrikat, men beregningerne er som øvrige dele af miljøvurderingen udført for de største mølletyper, der kan etableres i området.«

I august 2015 vedtog Varde Kommune plangrundlag og meddelte VVM-tilladelse til projektet, idet det om indsigelser under den offentlige høring vedrørende støj bl.a. blev anført i kommunens høringsnotat, at beregningerne viste, at alle grænseværdier (i vindmøllebekendtgørelsen) var overholdt, og at det »er ikke lovpligt at lægge støj fra forskellige typer støjklager sammen, da sådanne beregninger anses for meget komplekse. Kravene om støj i vindmøllebekendtgørelsen er overholdt ved alle naboer til projektet.«

Kommunens VVM-tilladelse og plangrundlag blev igen af naboer påklaget til Natur- og Miljøklagenævnet, der i november 2015 afviste at tillægge klagen opsættende virkning. I formandsafgørelse fra maj 2016 (MAD 2016.225 Nmk) afviste klagenævnet, at der var grundlag for at give klagerne helt eller delvist medhold, idet klagenævnet bl.a. anførte:

»Miljøvurderingsloven bestemmer i § 6, stk. 1, at der skal gennemføres en miljøvurdering under udarbejdelsen af planen og inden, der træffes beslutning om den endelige vedtagelse. Den vurdering, der følger af VVM-reglerne, vil som regel tillige kunne tilgodese kravene til en miljørapport i

medfør af miljøvurderingslovens § 7, hvori den sandsynlige væsentlige indvirkning på miljøet af planens gennemførelse og alternativer fastlægges, beskrives og vurderes. Der er dog enkelte undtagelser, herunder bl.a. med hensyn til tilvejebringelse af en sammenfattende redegørelse og et overvågningsprogram. Der er i sagen udarbejdet en miljørapport, som indeholder både VVM-vurdering og miljøvurdering i samme dokument. [...]

I Vindmøllebekendtgørelsens § 2, nr. 7, er begrebet »støjfølsom arealanvendelse« bl.a. defineret som områder, der anvendes til boligformål, eller i lokalplan er udlagt til støjfølsom rekreativ aktivitet. Bekendtgørelsens § 4, stk. 1, nr. 2, regulerer støjkrav for områder udlagt til støjfølsom anvendelse, og § 4, stk. 2, sætter grænsen for den maksimale samlede lavfrekvente støj fra vindmøller indendørs i beboelse i det åbne land eller indendørs i områder til støjfølsom arealanvendelse. Det følger bl.a. af vindmøllebekendtgørelsens § 13, at kommunalbestyrelsens afgørelser ikke kan påklages til anden administrativ myndighed, bortset fra afgørelser vedrørende kommunalt ejede eller kommunalt drevne vindmøller. Kommunes vurdering af, at der ikke er tale om støjfølsom arealanvendelse, kan således ikke påklages til Natur- og Miljøklagenævnet, hvorfor dette klagepunkt afvises fra realitetsbehandling. [...]

Vindmøllebekendtgørelsen omhandler den samlede støjbelastning fra vindmøller. Der er ikke krav om en kumulativ støjberedning med andre støjklager. [...]

Det fremgår af lokalplanredegørelsen, at afstanden mellem møllerne er ca. 460 m. Der er på lokalplanens kortbilag 2 med signatur angivet »vindmølleplacering«. Natur- og Miljøklagenævnet finder herefter, at beskrivelsen af møllernes placering lever op til kravet i bekendtgørelsen [om planlægning for og tilladelse til opstilling af vindmøller]. [...]

Sammenfattende finder Natur- og Miljøklagenævnet, at miljørapporten i alt væsentligt indeholder tilstrækkelige oplysninger i relation til de påklagede forhold og giver et passende retvisende billede af projektets påvirkninger af omgivelserne, og at rapporten derfor opfylder kravene i VVM-reglerne og miljøvurderingsloven. Der er således ikke i sagen påvist så væsentlige mangler ved rapporten, at det ville kunne medføre ugyldighed.» (min fremhævelse).

Ved stadfæstelse af VVM-tilladelse til projektet ved Ulvemose lagde klagenævnet således til grund, at når miljøvurderingen viste, at afstandskrav og støjkrav i vindmøllebekendtgørelsen var overholdt, kunne der ikke stilles yderligere krav til miljøvurderingen, hverken efter VVM-bekendtgørelsen eller miljøvurderingsloven.¹³ Selvom denne anta-

13. Efter klagenævnets stadfæstelse af tilladelsen i maj 2016 mente naboerne, at der var konstateret ynglende traner og anmodede med henvisning bl.a. hertil om genoptagelse af klagesagen, hvilket klagenævnet afviste i august 2016 (se MAD.327 Nmk).

gelse må tiltrædes i forhold til VVM-reglerne, kan der ikke sluttes analogt til miljøvurderingsloven. Tværtimod er begrundelsen for SMV-direktivet krav om miljøvurdering af planer, at man ville sikre, at miljøvurdering og offentlig høring af væsentlige miljøvirkninger ikke blev omgået ved, at dette var reguleret ved rammer, som ikke kunne ændres i VVM-tilladelsen. Som planloven er udformet, var (og er) miljøvurderingen af kommuneplantillæg og lokalplan imidlertid undergivet de samme begrænsninger, som gælder for VVM af projekter. Indtil dommen i sag C-290/15 var denne del af klagenævnets begrundelse for afgørelsen i MAD 2016.225 Nmk således i overensstemmelse med den danske fortolkning af SMV-direktivets rækkevidde.

Derimod er det uforståeligt, at klagenævnet i relation til indsigelserne mod miljøvurderingen afviste kumulativ støjberegning med andre støjkilder. Det er ganske vist korrekt, at vindmøllebekendtgørelsen alene omhandler den samlede støjbelastning fra vindmøller, men EU-Domstolen havde netop i januar 2016 i sag C-141/14 *Kommissionen mod Bulgarien* fastslået, at VVM-direktivets regler om miljøvurdering af vindmølleprojekter også omfatter projektets kumulative miljøvirkning med alle andre projekter. Det er efter denne dom derfor i klar modstrid med VVM-direktivet, hvis vurderingen af den kumulative støjvirkning af vindmølleprojekter kun omfatter støj fra vindmøller. Dette illustrerer tillige problemerne ved, at miljøvurderingen begrænser sig til at kontrollere, om vindmøllebekendtgørelsens regler kan forventes overholdt.

Klagenævnets afgørelse i MAD 2016.225 Nmk blev i november 2016 af nogle af de klagende naboer indbragt for domstolene, hvor naboerne bl.a. gjorde gældende, at nævnets stadfæstelse af VVM-tilladelsen var i modstrid med EU-retten med henvisning dommene i sag C-290/15 og C-379/15, og at miljøvurderingen af støj var utilstrækkelig.

Disse indsigelse blev afvist af Planklagenævnet og Miljø- og Fødeklagenævnet, der bl.a. anførte:

»Det bestrides, at der efter VVM- og miljøvurderingsreglerne stilles krav om yderligere vurderinger i forhold til støj som anført af sagsøgerne. Miljørapporten er derfor også på dette punkt tilstrækkelig, uanset at sagsøgerne konkret er uenige i, at vindmøllebekendtgørelsens støjgrænser udgør tilstrækkelig beskyttelse for de omboende.

En generel vurdering/prøvelse af de med vindmøllebekendtgørelsen fastlagte støjgrænseværdier ligger i øvrigt uden for både nævnets kompetence som klagemyndighed og domstolens kompetence i relation til prøvelsen af nævnets konkrete afgørelse, jf. nærmere herom nedenfor. [...]

Nævnet er ikke den ansvarlige myndighed for støjbekendtgørelsen, og nævnet har med afgørelsen af 27. maj 2016 (bilag 1) med rette ikke foretaget en prøvelse af bekendtgørelsen. Det bestrides desuden, at nævnet har været forpligtet (eller kompetent) til at annullere støjbekendtgørelsen i forbindelse med den konkrete klagesagsbehandling.

Det gøres således gældende, at nævnet hverken har hjemmel eller kompetence til at foretage en prøvelse af bekendtgørelsens regler, herunder de fastsatte støjgrænseværdier og bekendtgørelsens EU-medholdelighed. For sådanne spørgsmål er nævnet derfor ikke rette sagsøgte, hvilket støttes af grundlæggende forvaltningsretlige principper, navnlig det organisatoriske specialitetsprincip og legalitetsprincippet.

Det følger af det organisatoriske specialitetsprincip, at en forvaltningsmyndighed ikke må varetage hensyn – eller som det mindre i det mere administrere lovgivning – som der ikke er hjemmel for myndigheden til at varetage. Efter legalitetsprincippet må en forvaltningsmyndighed kun disponere inden for det rum, som loven giver den pågældende myndighed hjemmel til. Det anførte må også gælde for nævnet som klagemyndighed, når der ingen klageadgang er.

En prøvelse af støjbekendtgørelsens gyldighed ligger derfor uden for rammerne af nærværende søgsmål, der alene angår en prøvelse af nævnets konkrete afgørelse (bilag 1). Sagsøgerne synes da også [...] at være enige med nævnet i, at retten ikke i forbindelse med nærværende sag kan foretage en prøvelse af bekendtgørelsens gyldighed i almindelighed. Det gøres hertil gældende, at der heller ikke er noget grundlag for – i forhold til prøvelsen af den konkrete afgørelse – at anse bekendtgørelsen for ugyldig. Der er derfor heller ikke på denne baggrund noget grundlag for at tilsidesætte nævnets afgørelse af 27. maj 2016 som ugyldig. *Nævnet har været rettidigt og forpligtet til at lægge bekendtgørelsen til grund.* [...]

Det fremgår i øvrigt [...], at Miljø- og Fødevarerministeriet er ved at analysere domme fra EU-Domstolen om miljøvurdering af planer og programmer, og at Justitsministeriet vil blive inddraget. Miljø- og Fødevarerministeriet vil forholde sig til dommernes konsekvenser for bl.a. vindmøllebekendtgørelsen, når analysen er færdiggjort, og det fremgår af bilag H, at sagsbehandlingen efter ministeriets opfattelse indtil da bør ske efter de gældende regler.«

De to klagenævn gjorde således i retssagen gældende, at miljøvurderingen af vindmølleprojekters støjvirkninger alene skulle ske på grundlag af vindmøllebekendtgørelsen, men afviste samtidig, at den manglende miljøvurdering af bekendtgørelsen kunne tillægges betydning i en konkret sag. Dette

blev begrundet med, at så længe ministeriet ikke har ophævet bekendtgørelsen, kan de to klagenævn efter det organisatoriske specialitetsprincip ikke tilsidesætte en afgørelse, selvom afgørelsen hviler på en bekendtgørelse, der er ugyldig på grund af EU-rettens forrang. Denne fortolkning blev tiltrådt af byretten, der frifandt nævnet og herom anførte bl.a.:

»Natur- og Miljøklagenævnet har vurderet, at der ikke er grundlag for at tilsidesætte kommunens konklusion med hensyn til spørgsmålet om støjen fra vindmøllerne.

Kommunen har foretaget beregninger af normalstøj samt lavfrekvent støj, ifølge hvilke projektet kan overholde alle grænseværdier. *Der er ikke grundlag for under denne sag at efterprøve gyldigheden af støjbekendtgørelsen, da nævnet vedrørende dette spørgsmål ikke er rette sagsøgte.* Kommunen har i forbindelse med beregningerne fastlagt karakteren af området og områdets afgrænsning. Kommunens afgørelser i den forbindelse kan ikke indbringes for anden administrativ myndighed, jf. vindmøllebekendtgørelsens § 13, og kan ikke prøves under denne sag, der angår gyldigheden af Miljø- og Naturklagenævnets afgørelse.

Der er ikke grundlag for at tilsidesætte nævnets vurdering af, at kommunens undersøgelser og konklusion med hensyn til støj er korrekte og fyldestgørende.« (min fremhævelse).

Byretten lagde således i den afsluttende betragtning til grund, at VVM-tilladelsens regulering af støjvilkår kunne ske med henvisning til vindmøllebekendtgørelsen, men afviste samtidigt, at klagenævnet var rette sagsøgte for, om bekendtgørelsens regler var gyldige, uden at retten forholdt sig nærmere til, om dette er foreneligt med EU-rettens direkte effekt.

4. Kommentarer til byrettens dom og klagenævnens anbringender

Indledningsvis må det med baggrund i sag C-379/15 konstateres, at såfremt byrettens dom appelleres, vil det efter min opfattelse ikke være muligt for landsretten at stadfæste dommen med den af byretten anførte begrundelse uden at komme i modstrid med EU-retten. Ved appel af byrettens dom vil landsretten således have tre muligheder. Den ene er at spørge EU-Domstolen, om der er grundlag for undtagelsesvis at anse vindmøllebekendtgørelsen for gældende i den konkrete sag. Den anden er, at landsretten i dommen detaljeret redegør for,

hvordan de fire betingelser for at fravige ugyldighedsvirkning af overtrædelse af SMV-direktivet er opfyldt i den konkrete sag, så VVM-tilladelsen til vindmølleparken undtagelsesvis ikke anses for ugyldig. Den tredje mulighed er, at landsretten giver sagsøgerne medhold og ophæver VVM-tilladelsen og hjemviser sagen.

Det må endvidere konstateres, at de to klagenævns anbringender om prøvelsesbegrænsninger i retssagen ikke er afstemt med Miljø- og Fødevarerklagenævnets to delafgørelser om opsættende virkning, hvor det i begge sager er forudsat, at klagenævnet (i overensstemmelse med EU-rettens forrang og direktivers direkte virkning) kan underkende en tilladelse, hvis tilladelsen bygger på en retsakt, der er i modstrid med EU-retten.

Det kan endvidere konstateres, at byretten og klagenævnet i sine anbringender har set bort fra, at Natur- og Miljøklagenævnet efter § 16, stk. 2, i den nu ophævede lov om miljøvurdering af planer og programmer kan ophæve en bekendtgørelse, hvis bekendtgørelsen er vedtaget i modstrid med reglerne om miljøvurdering af planer og programmer. Dette er ligeledes lagt til grund i Miljø- og Naturklagenævnets afgørelse i MAD 2015.100 Nmk om bekendtgørelse om vildtreservat på Saltholm, hvor klagenævnet afviste Naturstyrelsens indsigelse om, at der ikke efter jagt- og vildtforvaltningsloven var klageret over bekendtgørelsen, med, at der efter miljøvurderingslovens § 16, stk. 2, er klageret over, at bekendtgørelsen ikke er miljøvurderet. Det må ganske vist medgives, at der er den forskel, at klagen i MAD 2015.100 Nmk vedrørte selve bekendtgørelsen, mens klagen i MAD 2016.225 Nmk vedrørte en konkret afgørelse. Ved klagenævnets afgørelse af klager over VVM-tilladelsen til vindmøller vil det derfor ikke være muligt for klagenævnet at ophæve selve vindmøllebekendtgørelsen, men alene at ophæve bekendtgørelsens retsvirkning i forhold til den konkrete afgørelse for at undgå modstrid med EU-retten. Da det imidlertid fremgår, at VVM-tilladelsen og miljøvurderingen af projektet i forhold til støj ikke har foretaget en konkret vurdering af projektets miljøvirkninger, men har lagt vindmøllebekendtgørelsens regler om støj uprøvet til grund, selv om vindmøllebekendtgørelsen efter EU-retten må anses for ugyldig, er der sådanne

mangler ved miljøvurderingen og vilkårene for tilladelsen, at tilladelsen må anses for ugyldig.

Som følge af EU-retten forrang, princippet om EU-retten effektive og direkte virkning var klagenævnet efter princippet om direktivers direkte virkning således forpligtet til ikke at træffe afgørelser, der er i modstrid med EU-retten og direktivbestemmelser, som har direkte effekt. Dette er ligeledes forudsat i Natur- og Miljøklagenævnets afgørelse i MAD 2016.285 Nmk, hvor klagenævnet ophævede Naturstyrelsens dispensation fra strandbeskyttelseslinjen med henvisning til EU-retten direkte effekt, selv om dispensationen var i overensstemmelse med den danske lovgivning. Tilsvarende kan nævnes MAD 2009.1405 Nmk, hvor det daværende Miljøklagenævnet ophævede en miljøgodkendelse af Fynsværket til udledning af spildevand med henvisning til, at godkendelsen var i modstrid med habitatdirektivets art. 6(3), selv om en sådan modstrid ikke kunne udledes af den dagældende habitatbekendtgørelse.¹⁴

Det kan således noteres, at i retssagen om vindmøllepark ved Ulvemose har de to klagenævne i relation til EU-retten direkte effekt i byretten argumenteret for en forståelse af klagenævnenes kompetence og prøvelsesadgang, som både er i modstrid med det tidligere Natur- og Miljøklagenævnets praksis, i modstrid med Miljø- og Fødevareklagenævnets afgørelser om opsættende virkning af klage og i modstrid med juridisk teori og EU-Domstolens fortolkning af EU-retten direkte virkning.¹⁵

Der foreligger ingen officiel forklaring på diskrepansen mellem Miljø- og Fødevareklagenævnets anbringender i retssagen og klagenævnets egen praksis samt tidligere praksis. Det kan i den sammenhæng noteres, at selv om den del af retssagen, der omhandler de to EU-domme, har karakter

af væsentlige nye juridiske oplysninger, som der af gode grunde ikke kunne tages højde for ved formandsafgørelsen i maj 2016, genoptog klagenævnet ikke sagen. Dette kan sammenholdes med, at de to nye EU-domme på væsentlig måde ændrer det juridiske bedømmelsesgrundlag. Dette burde, når der er anlagt retssag, efter min opfattelse give anledning til, at vindmøllesagen fra Ulvemose blev genoptaget af de to klagenævne med fuld besætning og deltagelse af landsdommere og de af Folketinget udpegede medlemmer, hvor de to klagenævne kunne tage stilling til betydningen af de to nye EU-domme i forhold til VVM-tilladelsen til vindmølleparken i Ulvemosen.

Så mens det ved Natur- og Miljøklagenævnets behandling af klagesagen i maj 2016 var uproblematisk at afgøre sagen som formandsafgørelse, når man ser på nævnets øvrige praksis, havde forholdene ændret sig, da retssagen blev anlagt i november 2016, hvor de to EU-domme var afsagt. Da det tidligere Natur- og Miljøklagenævnet og de to nye klagenævne må antages at være bekendt med de to EU-domme og formentlig også var bekendt med, at dommene allerede primo 2017 gav anledning til »blinkende røde lamper« i Miljø- og Fødevareministeriet, burde klagenævnene have genoptaget sagen og taget stilling på grundlag af de ændrede retlige oplysninger om SMV-direktivets anvendelse. Når dette ikke skete i første omgang, kan det hænge sammen med, at Natur- og Miljøklagenævnet blev nedlagt pr. 31. januar 2017, og at det tillige som følge af udflytning af medarbejdere tog noget tid, før Planklagenævnet og Miljø- og Fødevareklagenævnet kunne komme i gang med arbejdet.

Dette kan også være forklaringen på, at processførelsen ved Esbjerg Ret giver indtryk af, at de to klagenævne har overladt det til Kammeradvokaten at fremkomme med argumenter, der kunne overbevise retten om, at klagenævnene skulle frifindes. Dette må sammenholdes med, at retsvirkningen af de to EU-domme, så vidt jeg forstår, er under behandling i regeringens Juridiske Specialudvalg, hvor Kammeradvokaten deltager i sager af denne

14. Om ophævelse af miljøgodkendelsen af Fynsværket, se *Pagh*: MAD 2009.1405.

15. Se fx *Birgitte Egelund Olsen* om EU-retten forrang i antologien *Europæiseringen af dansk ret*, 2008, der bl.a. med henvisning til dommen i sag C-118/00 *Larsy* anfører, »at princippet om EU-retten forrang skal iagttages ikke blot af de nationale domstole, men af alle instanser i medlemsstaterne [...] dvs. alle retsanvendende myndigheder i Danmark, der skal undlade at anvende nationale bestemmelser, der ikke er i overensstemmelse med EU-retten« (s. 348-349).

type.¹⁶ De af Kammeradvokaten anførte argumenter for frifindelse af de to klagenævn ligner således efter min opfattelse mere brandslukning fra centrale statslige myndigheder, der ikke ønsker, at tilladelse til vindmølleprojekter skal udsættes, og derfor søger at begrænse skadevirkningen af dommen i sag C-290/15 om Valloniens vindmøllebekendtgørelse. Det sidste er naturligvis et legitimt politisk synspunkt, men kan ikke være styrende for de to uafhængige klagenævns juridiske vurdering. Hvis de to klagenævn efter nærmere overvejelser har valgt at tillægge konsekvenshensynet afgørende vægt, vil det forudsætte en genoptagelse og en begrundelse for de to klagenævns stilling, hvor klagenævnene må forklare, hvorfor de mener, at de fire betingelser for at se bort fra ugyldighedsvirkning er opfyldt. Derimod mener jeg, at det falder uden for de retlige rammer for de to klagenævns deltagelse som procespart i civile sager og klagenævnenes uafhængighed, at klagenævnenes juridiske argumentation i den enkelte retssag hentes fra regeringens Juridiske Specialudvalg og/eller Kammeradvokaten, i hvert fald når retssagen omhandler så principielle juridiske spørgsmål som sagen om vindmøllepark ved Ulvemosen.

Det er således indlysende, at Miljø- og Fødevareministeriet har en interesse i, at de to klagenævn ikke i konkrete sager kan prøve, om en dansk bekendtgørelse er i modstrid med EU-retten, selv om dette har betydning for sagens udfald. Det burde imidlertid være lige så indlysende, at klagenævnene nu engang må holde sig til, at EU-retten har forrang og direkte effekt, og at de uafhængige klagenævn som følge heraf kan være nødsaget til at tilsidesætte en bekendtgørelse i en konkret sag – også selv om det er ubelejligt for et ministerium. Herefter må de centrale statslige myndigheder drage konsekvensen, og hvis den statslige myndighed er uenig med klagenævnet, vil myndigheden have mulighed for at indtræde som biintervenient i en retssag, hvilken mulighed de relevante ressortministerier afstod fra i byretssagen om vindmøllepark ved Ulvemosen. Men når dette er tilfældet, er det ikke meningen,

at Kammeradvokaten skal agere stedfortræder ved domstolene for et eller flere ministerier, blot fordi Kammeradvokaten samtidig er advokat for klagenævnene.

Hvis Kammeradvokaten skal være procesførende for klagenævn, bør det forudsætte, at der sikres en klar adskillelse mellem Kammeradvokatens rådgivning af ministerier og Kammeradvokatens procesførelse for klagenævn, da en manglende klar adskillelse indirekte kan rejse tvivl om klagenævnenes uafhængighed.

Efterskrift om Miljø- og Fødevareministeriets notat

Efter at manus var indleveret, offentliggjorde Miljøstyrelsen det notat, som dannede grundlag for Miljøstyrelsens pressemeddelelse af 19. oktober 2017. I notatet anføres som begrundelse for, at vindmøllebekendtgørelsen fortsat er gældende i forhold til betingelse nr. 2 og 3:

»I forhold til betingelse nr. 2 og 3 bemærkes, at en annullation af vindmøllebekendtgørelsen ville indebære en periode med et fravær af generel regulering til sikring af beskyttelse mod støj fra vindmøller. Dette er efter ministeriets opfattelse tilfældet, selvom også andre regelsæt har betydning for de støjmæssige forhold i omgivelserne omkring vindmøller. Det gælder navnlig bekendtgørelse om planlægning for og tilladelse til opstilling af vindmøller, der bl.a. indeholder krav om afstand til nabobeboelse. Endvidere kan der i forbindelse med en eventuel VVM-vurdering (som typisk vil skulle foretages) af et konkret vindmølleprojekt kunne fastsættes vilkår i relation til støj og placering. Endelig vil der efter opførelsen af en vindmølle efter omstændighederne kunne være grundlag for at meddele påbud om reduktion af støj, jf. miljøbeskyttelseslovens § 42.

Ved en eventuel annullation af den gældende generelle vindmøllebekendtgørelse ville der trods disse andre regelsæt være en nærliggende risiko for, at der i konkrete tilfælde kunne indtræde et lavere beskyttelsesniveau. Navnlig ville beskyttelsen i situationer, hvor en VVM-vurdering ikke er påkrævet, i høj grad bero på en efterfølgende påbudsregulering, hvilket ikke ville give samme sikkerhed for et ensartet beskyttelsesniveau som generelle regler eller vilkår knyttet til en tilladelse. Selv om der således ikke ville være tale om et absolut retligt tomrum, er det på baggrund af disse omstændigheder Miljø- og Fødevareministeriets vurdering, at også den anden og tredje betingelse ville kunne anses for opfyldt.«

16. Om Juridisk Specialudvalg, se *Pagh*: UfR 2004B.305 og *Pagh* i antologien *Europæiseringen af dansk ret* (red. Birgitte Egelund Olsen og Karsten Engsig Sørensen), 2008, s. 475 ff.

Som det fremgår, mener ministeriet, at en ophævelse af bekendtgørelsen om planlægning for og

tilladelse til opstilling af vindmøller vil efterlade et tomrum i relation til afstandskrav. Ministeriet må herved have overset, at disse vindmøller typisk kræver landzonetilladelse efter planlovens § 35 og i alle tilfælde kræver lokalplan efter planlovens § 35, stk. 2, og at det herigennem er muligt at sikre de fornødne afstandskrav, men naturligvis først når de miljømæssige effekter er belyst.

Ministeriet erkender i notatet, at det er muligt at regulere støj efter miljøbeskyttelseslovens § 42, men afviser, at dette er tilstrækkeligt til at sikre vindmøllebekendtgørelsens begrænsning af støj, navnlig fordi det i tilfælde, hvor der alene sker VVM-screening, i høj grad vil bero på en efterfølgende påbudsregulering, hvilket ikke ville give samme sikkerhed for et ensartet beskyttelsesniveau. Hertil må for det første bemærkes, at ministeriets argument så at sige skyder sig selv i foden. Hvis bekendtgørelsen ophæves, vil det alene betyde, at der

skal ske en konkret vurdering af støj, hvilken netop begrundes, at vindmøllerne ikke kan tillades uden forudgående VVM-vurdering med undersøgelse af støjen. Og det er direkte vildledende, når ministeriet hævder, at ensartede regler skulle sikre et højt beskyttelsesniveau, da meningen med vindmøllebekendtgørelsens ensartede støjkrav ikke er at sikre en høj beskyttelse af naboer, men derimod at skabe enkle rammebetingelser for vindmølleindustrien. Som ministeriet udmærket ved, er Miljøstyrelsens vejledende støjgrænser netop egnet til at sikre naboer mod sundhedsskadelig støj under hensyn til de konkrete forhold.

Efter min opfattelse må ministeriets notat derfor tages som udtryk for, at der savnes overbevisende argumenter for, at vindmøllebekendtgørelserne om støj, henholdsvis om planlægning for vindmøller midlertidigt kan opretholdes uden at komme i konflikt med dommen i sag C-379/15.