

Supplerende notat om anlæg af Lynetteholm og væsentlige kritikpunkter

1. INDLEDNING

Transportministeriet har bedt Kammeradvokaten om at udarbejde et notat, der supplerer Kammeradvokatens notat af 17. maj 2021.¹ Transportministeriet har nærmere bestemt bedt om Kammeradvokatens gennemgang af en række synspunkter, som dels er blevet rejst af Ellen Margrethe Basse (herefter ”EMB”) i Tidsskrift for Miljø,² dels blev rejst på en eksperthøring om miljøvurdering af Lynetteholm-projektet, havmiljø og klimasikring, der afholdtes den 20. maj 2021 i Folketingets Transportudvalg (herefter ”ekspert høringen”).

De forhold, som ønskes behandlet, er følgende:

1. Er anlægsloven for Lynetteholm tilstrækkelig præcis og endelig til at leve op til betingelserne i VVM-direktivets³ artikel 2, stk. 5, herunder om loven er præcis nok til at erstatte de tilladelser mv., som ville følge af almindelig lovgivning (afsnit 2)?
2. Kritikpunkterne af vurderingerne efter habitatdirektivets⁴ artikel 6, stk. 3, af projektets potentielle virkninger for Natura 2000-områder (afsnit 3)?

¹ Kammeradvokatens notat af 17. maj 2021 om en anlægslov for Lynetteholm og vandrammedirektivet, habitatdirektivet, VVM-direktivet og havstrategidirektivet.

² Ellen Margrethe Basse, ”Lovforslaget om anlæg af Lynetteholm”, Tidsskrift for Miljø 2021, s. 133 ff. (herefter ”TfM 2021.133”). Visse af kritikpunkterne i artiklen er uddybet og suppleret i Ellen Margrethe Basse, ”Vedrørende Transportministeriets notat ”Kommentarer til artiklen ”Lovforslaget om anlæg af Lynetteholm” af Ellen Marie Basse fra Tidsskrift for Miljø, april 2021”, 11. maj 2021 (herefter ”EMB’s notat af 11. maj 2021”). Sidstnævnte notat inddrages også i det følgende.

³ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2011/92/EU af 13. december 2011 om vurdering af visse offentlige og private projekters indvirkning på miljøet som ændret ved direktiv 2014/52/EU af 16. april 2014.

⁴ Rådets direktiv 92/43/EØF af 21. maj 1992 om bevaring af naturtyper samt vilde dyr og planter med senere ændringer.

3. Er der sket en opdeling af et samlet projekt i mindre ”delprojekter” i strid med VVM-direktivets krav som fortolket i EU-Domstolens praksis, og/eller burde lovforslaget om anlæg af Lynetteholm have været undergivet en strategisk miljøvurdering (SMV) efter SMV-direktivet⁵ (afsnit 4)?
4. Lever mulighederne for domstolsprøvelse af afgørelser truffet i medfør af anlægsloven for Lynetteholm og af selve anlægsloven op til kravene i Århuskonventionens artikel 9 (afsnit 5)?

2. VVM-DIREKTIVET

2.1 De rejste synspunkter

I Kammeradvokatens notat af 17. maj 2021 blev visse nærmere afgrænsede spørgsmål om Lynetteholm-projektets overensstemmelse med VVM-direktivet undersøgt: (1) Om det er i strid med princippet om pligt til at undgå såkaldt ”salami slicing” (projekt-opdeling), at anlægsloven for Lynetteholm ikke omfatter en evt. Østlig Ringvej, metrolinjer samt den mulige byudvikling i området, og (2) om det er uforeneligt med VVM-direktivet, at det efter lovforslagets § 4 er muligt for Udviklingsselskabet By & Havn I/S at anmelde ændringer eller udvidelser af projektet, som kan være til skade for miljøet, til Trafikstyrelsen og få disse ændringer godkendt.

Det blev i notatet af 17. maj 2021 (s. 19 f.) konkluderet, *at* det ikke er i strid med VVM-direktivet, at de foreliggende miljømæssige undersøgelser kun i begrænset omfang behandler de øvrige mulige infrastruktur- og byudviklingsprojekter, og *at* lovforslagets § 4 ikke i sig selv indebærer, at projektet ikke er vedtaget ved anlægslov i overensstemmelse med betingelserne i VVM-direktivets artikel 2, stk. 5.

EMB rejser tvivl om, hvorvidt anlægsloven for Lynetteholm er tilstrækkelig præcis og endelig til at leve op til betingelserne i VVM-direktivets artikel 2, stk. 5, som fortolket i bl.a. sag C-287/98, Linster, herunder i lyset af lovforslagets § 4, hvorefter der efterfølgende kan blive tale om ændringer og udvidelser af projektet, der kan være til skade for miljøet.⁶ Under eksperthøringen blev spørgsmålet tillige rejst med henvisning til de forenede sager C-128-131/09 og C-134-135/09, Boxus m.fl. (herefter ”Boxus-dommen”).

2.2 VVM-direktivets artikel 2, stk. 5

VVM-direktivets artikel 2, stk. 5, har følgende ordlyd:

⁵ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/42/EF af 27. juni 2001 om vurdering af bestemte planers og programmeres indvirkning på miljøet.

⁶ Jf. EMB's notat af 11. maj 2021, s. 5-8.

”Med forbehold af artikel 7 kan medlemsstaterne i tilfælde, hvor et projekt vedtages ved en særlig national lov, fritage dette projekt fra de i dette direktiv fastlagte bestemmelser om offentlig høring, forudsat at målene med dette direktiv opfyldes. Fra den 16. maj 2017 underretter medlemsstaterne hvert andet år Kommissionen om alle anvendelser af denne fritagelse.”

Bestemmelsen fik sin nuværende ordlyd ved ændringsdirektiv 2014/52, således at undtagelsen alene vedrører proceduren for offentlig høring, mens medlemsstaterne fortsat bør sikre, at VVM-direktivets mål med hensyn til offentlig høring nås gennem lovgivningsprocessen, jf. betragtning 24 til direktiv 2014/52.⁷

EU-Domstolen har i sin praksis opstillet flere betingelser, der skal være opfyldt, før undtagelsen i VVM-direktivets artikel 2, stk. 5, finder anvendelse. Overordnet set skal de følgende to betingelser være opfyldt:

1. Projektet skal vedtages i enkeltheder ved en særlig lov, og
2. Direktivets formål, herunder det formål, som består i at stille oplysninger til rådighed, skal nås gennem lovgivningsprocessen.

EU-Domstolens Store Afdeling har i bl.a. Boxus-dommen uddybet og præciseret indholdet af de to betingelser.⁸ Den første betingelse indebærer således, at loven skal være ”særlig” og frembyde samme kendetegn som en tilladelse. Den skal bl.a. give bygherren ret til at gennemføre projektet, uden det er nødvendigt at træffe andre (administrative) foranstaltninger. Desuden skal projektet være vedtaget i enkeltheder, dvs. tilstrækkeligt præcist og endeligt, således at loven i lighed med en tilladelse indeholder alle de elementer i projektet, som er relevante for vurderingen af dettes indvirkning på miljøet, efter at lovgiver har taget disse i betragtning.⁹

Den anden betingelse kræver, at lovgiver er i besiddelse af tilstrækkelige oplysninger på det tidspunkt, hvor projektet vedtages. Oplysningerne skal svare til de oplysninger, der ville være blevet forelagt den kompetente myndighed i en almindelig procedure for indrømmelse af tilladelse til et projekt i overensstemmelse med VVM-direktivets artikel 5, stk. 1, og bilag IV.¹⁰

⁷ Undtagelser svarende til artikel 2, stk. 5, fandtes tidligere i artikel 1, stk. 4, i direktiv 2011/92/EU og artikel 1, stk. 5, i direktiv 85/337/EF. Efter de bestemmelser var undtagelsen af generel karakter og tillod, at sådanne projekter helt blev undtaget fra VVM-direktivets anvendelsesområde. På trods af den ændrede ordlyd af artikel 2, stk. 5, antager Kommissionen, at de generelle principper i EU-Domstolens hidtidige praksis fortsat finder anvendelse, jf. Kommissionens Vejledning vedrørende anvendelsen af undtagelser i henhold til artikel 1, stk. 3, og artikel 2, stk. 4 og 5, i direktivet om vurdering af indvirkningen på miljøet (2019/C 386/05), pkt. 4.3 ff. med note 10.

⁸ Boxus-dommen er bl.a. omtalt i Peter Pagh, ’VVM-direktivets undtagelse for anlægsloven og Århus-konventionens krav til prøvelsesadgang’, Tidsskrift for Miljø 2011.189.

⁹ Jf. Boxus-dommen, præmis 38-40. Se også bl.a. sag C-182/10, Solvay m.fl., præmis 32-34 og sag C-411/17, Inter-Environnement Wallonie og Bond Beter Leefmilieu Vlaanderen, præmis 105-107.

¹⁰ Jf. Boxus-dommen, præmis 41-43. Se også bl.a. sag C-182/10, Solvay m.fl., præmis 35-37 og sag C-411/17, Inter-Environnement Wallonie og Bond Beter Leefmilieu Vlaanderen, præmis 108-109.

VVM-direktivet og Århuskonventionens krav til domstolskontrol af projekter vedtaget ved en national lov omfattet af undtagelsesbestemmelsen i VVM-direktivets artikel 2, stk. 5, omtales i afsnit 2.4 nedenfor.

2.3 Lovforslaget og de foretagne vurderinger

Kammeradvokatens notat af 17. maj 2021 (s. 17 f.) indeholder en overordnet beskrivelse af lovforslag nr. L 220 om anlæg af Lynetteholm. Som det fremgår heraf, bemyndiges By & Havn efter lovforslagets § 1 til bl.a. at anlægge Lynetteholm ved at opfylde et areal i Københavns Havn, at etablere den østlige del af Lynetteholm som et kystlandskab, at foretage uddybning af sejlrenden i Kronløbet og syd for Middelgrundden (Svælget) og at foretage klappning af materiale i Køge Bugt. I den foreslåede § 1, stk. 4-6, er henvist til lovens kortbilag 1-3.

Det følger af lovforslagets § 3, at projektet nævnt i § 1 skal gennemføres inden for rammerne af de udførte vurderinger af projektets indvirkninger på miljøet samt implementeringsredegørelsen, dog således at By & Havn har mulighed for at foretage visse ændringer eller udvidelser af projektet, jf. den foreslåede bestemmelse i § 4. Hvis ændringen/udvidelsen kan være til skade for miljøet, kræver denne en forudgående tilladelse fra Trafikstyrelsen, jf. lovforslagets § 4, stk. 2.

Af de almindelige bemærkninger til lovforslaget fremgår bl.a., at da beskrivelsen i lovforslaget – også under hensyn til projektets omfang – nødvendigvis må være overordnet, er der i tillæg til lovbemærkningerne og projektbeskrivelsen i miljøkonsekvensvurderingerne udarbejdet en implementeringsredegørelse, som indeholder en sammenfattende beskrivelse af det projekt, som Folketinget vedtager, samt en opregning af de vilkår inden for hvilke, projektet skal gennemføres. I implementeringsredegørelsen redegøres der således for, hvorledes varetagelsen af naturhensyn og gennemførelse af afværgeforanstaltninger vil ske af hensyn til de relevante naturinteresser, som berøres af projektet. Implementeringsredegørelsen indeholder endvidere en uddybende anvisning på, hvordan projektet, som Folketinget tilslutter sig, skal udmøntes i praksis, hvilket By & Havn er forpligtet til at følge.¹¹

I lovforslagets kapitel 3 gives bestemmelser om fravigelse af anden lovgivning, hvilket ifølge bemærkningerne til lovforslaget bl.a. skal sikre, at anlægsloven udgør det fornødne retsgrundlag for, at By & Havn kan udføre de fysiske arbejder og indgreb, som er en forudsætning for at gennemføre projektet i overensstemmelse med anlægslovens bestemmelser og inden for rammerne af de udførte miljømæssige vurderinger samt implementeringsredegørelsen.¹²

¹¹ Lovforslag nr. L 220 af 28. april 2021 om anlæg af Lynetteholm, almindelige bemærkninger, afsnit 3.2.2 (s. 16).

¹² Lovforslag nr. L 220 af 28. april 2021 om anlæg af Lynetteholm, almindelige bemærkninger, afsnit 3.4.2 (s. 19).

2.4 Vurdering

I forhold til betingelsen om, at projektet skal vedtages i enkeltheder ved en særlig lov, bemærkes, at selvom beskrivelsen af Lynetteholm-projektet i selve lovteksten i lovforslag nr. L 220 er holdt på relativt overordnet niveau, suppleres lovteksten af en grundig beskrivelse af projektets elementer i lovforslagets bemærkninger og ikke mindst i de gennemførte miljøkonsekvensvurderinger og implementeringsredegørelsen. Det bemærkes, at der i lovforslagets § 3 findes en udtrykkelig henvisning til dette materiale, som tillige indgår i lovgivningsprocessen som en del af Folketingets beslutningsgrundlag.

Med Folketingets vedtagelse af lovforslaget bemyndiges By & Havn til at gennemføre Lynetteholm-projektet inden for de beskrevne rammer og forpligtende vilkår, der fremgår af implementeringsredegørelsen. Det følger af lovforslaget, at projektet ikke kræver tilladelse efter anden lovgivning, hvorfor By & Havn ved vedtagelsen af anlægsloven opnår ret til at gennemføre projektet i alle enkeltheder.

Som det fremgår af Kammeradvokatens notat af 17. maj 2021 (s. 19 f.), giver den foreslåede bestemmelse i § 4 i lovforslag nr. L 220 mulighed for – under overholdelse af VVM-direktivets regler – at give adgang til at godkende projektændringer administrativt. Den foreslåede bestemmelse i § 4 er udformet på samme måde som bestemmelserne med samme formål i anlægslovene for anlæg af Femern Bælt-forbindelsen¹³ og for anlæg af en ny Storstrømsbro.¹⁴ Det er – som det fremgår af vores notat – Kammeradvokatens vurdering, at denne bestemmelse ikke i sig selv indebærer, at projektet ikke vedtages ved anlægsloven i overensstemmelse med betingelserne i VVM-direktivets artikel 2, stk. 5, når anlægsloven i øvrigt giver By & Havn adgang til gennemførelse af projektet uden ændringer.

Ud fra lovforslagets bestemmelser og bemærkninger må vi derfor lægge til grund, at kravet om, at projektet skal være tilstrækkeligt præcist og endeligt, således at anlægsloven i lighed med en tilladelse indeholder alle de elementer i projektet, som er relevante for vurderingen af dettes indvirkning på miljøet, er opfyldt med lovforslag nr. L 220, de gennemførte miljøkonsekvensvurderinger samt den implementeringsredegørelse, der ligeledes udarbejdes. Det kræver dog, at sidstnævnte ikke indeholder vilkår, der fordrer en senere tilladelse eller godkendelse til etablering af anlægsprojektet.

Den fremgangsmåde, som Transportministeriet har valgt for Lynetteholm-projektet, herunder med udstedelse af en implementeringsredegørelse indeholdende vilkår for projektets gennemførelse, svarer til den fremgangsmåde, der blev anvendt i forbindelse med vedtagelse af lov nr. 575 af 4. maj 2015 om anlæg og drift af en fast forbindelse over Femern Bælt med tilhørende landanlæg i Danmark. Denne fremgangsmåde blev ikke anfægtet af Europa-Kommissionen eller ved EU-Domstolen.

¹³ Jf. § 8 i lov nr. 575 af 4. maj 2015 om anlæg og drift af en fast forbindelse over Femern Bælt med tilhørende landanlæg i Danmark.

¹⁴ Jf. § 4 i lov nr. 737 af 1. juni 2015 om anlæg af en ny Storstrømsbro og nedrivning af den eksisterende Storstrømsbro.

Vi har derfor ikke grundlag for at antage, at lovforslag nr. L 220 med tilhørende implementeringsredegørelse og miljøkonsekvensrapporter mv.¹⁵ ikke lever op til betingelserne i VVM-direktivets artikel 2, stk. 5, som fortolket i EU-Domstolens praksis, herunder i Boxus-dommen.

3. HABITATDIREKTIVET

3.1 De rejste synspunkter

Som beskrevet nærmere i Kammeradvokatens notat af 17. maj 2021 opstiller artikel 6, stk. 3, i habitatdirektivet en række processuelle og materielle krav til medlemsstaternes godkendelse af projekter, der kan have indvirkning på særlige bevaringsområder (Natura 2000-områder), der er udpeget i medfør af habitatdirektivet og fuglebeskyttelsesdirektivet.

I notatet af 17. maj 2021 (s. 14) foretog vi en gennemgang af de konklusioner, som er fremlagt i miljøkonsekvensredegørelserne med bagvedliggende bilag. Ud fra gennemgangen af disse konklusioner havde vi ikke grundlag for at antage, at vedtagelse af anlægsloven under hensyn til de foretagne vurderinger og den påtænkte implementeringsredegørelse vil være uforenelig med habitatdirektivets artikel 6, stk. 3. Vi gjorde dog også opmærksom på, at vi ikke kunne forholde os til de tekniske beregninger og miljøfaglige analyser, men måtte lægge By & Havns vurderinger til grund. Vi gik herved ud fra, at disse er fagligt begrundet og kan dokumenteres efter sædvanlig faglig standard.

EMB har i TfM 2021.133 rejst tvivl om, hvorvidt de gennemførte vurderinger af Lynetteholm-projektets potentielle indvirkning på en række Natura 2000-områder lever op til kravene i habitatdirektivets artikel 6, stk. 3.¹⁶ Kritikken blev desuden uddybet i EMB's notat af 11. maj 2021 (navnlig s. 17 ff.).

Flere af de fremførte kritikpunkter blev gentaget og uddybet af EMB under eksperthøringen i Folketingets Transportudvalg, hvor det bl.a. blev fremført, at der alene lægges vægt på spørgsmål om, hvorvidt der er støj, og hvorvidt sedimenterne kan indebære et problem, herunder i forhold til klaphæng. Ifølge EMB mangler der i de gennemførte vurderinger af projektet en vurdering af påvirkningen af flere svenske Natura 2000-områder og af Natura 2000-området Stevns Rev (N206), ligesom de gennemførte vurderinger mangler grundighed.

EMB kritiserede vurderingerne af de kumulative virkninger på Natura 2000-områderne. I den

¹⁵ Med "miljøkonsekvensrapporter mv." tænkes på de miljøkonsekvensrapporter samt tillæg, der er udarbejdet af By & Havn og Rambøll som led i forberedelsen af anlægsloven for Lynetteholm. Materialet kan rekvireres fra følgende side: <https://tbst.dk/da/Miljoevurdering/Lister/VVM-liste?project=Lynetteholm&projekt=Havne&tabs=Open>.

¹⁶ TfM 2021.133 (s. 139 f.).

forbindelse henviste EMB til, at Natur- og Miljøklagenævnet i 2011 tog stilling til brændselsoplægningen på Ørstedværket, hvor det bl.a. blev fastslået, at tungmetaller, herunder kviksølv, i Kalvebodssområdet fra tidligere industrielle aktiviteter skulle inddrages.¹⁷

Endelig gjorde EMB opmærksom på, at afstandskravet ikke er relevant i væsentlighedsvurderingen efter habitatdirektivets artikel 6, stk. 3, 1. pkt. På trods af dette har Kammeradvokaten ifølge EMB i notatet af 17. maj 2021 selv lagt vægt på afstandskravet.

3.2 Vurdering

Vi henviser indledningsvist til vores notat af 17. maj 2021 (afsnit 3.2) for en nærmere gennemgang af de gennemførte undersøgelser og vurderinger som led i Lynetteholm-projektet. De kumulative virkninger er særligt vurderet i Tillæg til miljøkonsekvensrapport – Påvirkninger fra det samlede projekt fra marts 2021. Som vi forstår EMB's kritik i TfM 2021.133 og notatet af 11. maj 2021 samt det, der blev rejst på eksperthøringen, er det EMB's opfattelse, at disse konklusioner hviler på et mangelfuldt miljøfagligt eller biologisk grundlag, samt at konklusionerne miljøfagligt er forkerte eller ubegrundede.

Som også understreget i notatet (s. 14) ligger det imidlertid uden for Kammeradvokatens faglighed at vurdere indholdet i de tekniske beregninger og miljøfaglige vurderinger, der ligger til grund for Rambølls, By & Havns og Trafikstyrelsens konklusioner. Vi må lægge de foretagne vurderinger til grund, idet vi antager, at disse er foretaget efter sædvanligt anerkendte faglige metoder. By & Havn og Rambøll har endvidere oplyst, at vurderingerne er gennemført med konservative beregningsforudsætninger og under hensyn til et forsigtighedsprincip. Vi kan ikke tilsidesætte disse oplysninger.

Det af EMB anførte på eksperthøringen ændrer derfor ikke på vores konklusion.

Det er ikke korrekt, at de gennemførte vurderinger ikke tager stilling til påvirkningen af flere svenske Natura 2000-områder og af Stevns Rev (N206). Der henvises til Kammeradvokatens notat af 17. maj 2021 (afsnit 3.2), hvor disse Natura 2000-områder omtales med henvisning til de gennemførte undersøgelser og vurderinger. De potentielle påvirkninger af Stevns Rev er omtalt i Tillæg til miljøkonsekvensrapport vedr. vandplaner, Danmarks havstrategi og uddybning af sejlrende (marts 2021).

Under eksperthøringen i Folketinget blev der endvidere henvist til Natur- og Miljøklagenævnets afgørelse af 4. november 2011.¹⁸ I denne afgørelse ophævede klagenævnet en miljøgodkendelse og VVM-

¹⁷ Kammeradvokaten er gået ud fra, at der tænkes på Natur- og Miljøklagenævnets afgørelse af 4. november 2011 (j.nr. NMK-33-00275 m.fl.), som er trykt i MAD 2011.2645 og KFE 2011.547 vedr. Avedøreværket.

¹⁸ Miljøretlige Afgørelser og Domme (MAD) 2011.2645.

tilladelse til en brændselsløgning på Avedøreværket. Det fremgår bl.a. af afgørelsen, at klagenævnet lagde til grund, at hovedproblemet i forhold til Natura 2000-området Vestamager var Avedøreværkets emissioner af kviksølv. På baggrund af den konkrete sags oplysninger konstaterede klagenævnet bl.a., at brændselsløgningen på værket ville give mulighed for en permanent øget forurening med bl.a. svovlforbindelser, kvælstofforbindelser og tungmetaller, og at dele af området var meget belastet af kviksølvforurening fra andre kilder. Det kunne derfor ikke udelukkes, at projektet i sig selv eller i sammenhæng med værkets nuværende emissioner indebar en risiko for skade på Natura 2000-området.

Vi forstår EMB's henvisning til Natur- og Miljøklagenævnets afgørelse sådan, at der rejses tvivl om, hvorvidt der i de gennemførte undersøgelser og vurderinger i tilstrækkelig grad er taget hensyn til baggrundsdepositionen i de potentielt berørte områder og til den akkumulerede ophobning af tungmetaller, som opsamles i biota. Som nævnt ligger det uden for Kammeradvokatens faglighed at vurdere indholdet i de tekniske beregninger og miljøfaglige vurderinger.

Vi kan dog konstatere, at det fremgår af miljøkonsekvensrapporten fra november 2020, at baggrunds-koncentrationer er indregnet i forhold til vurderinger med hensyn til grænseværdier.¹⁹ For så vidt angår ophobningen af tungmetaller i biota fremgår det af miljøkonsekvensrapporten bl.a., at ”risiko for en mål-elig opkoncentrering og akkumulering af metaller og forurenende organiske stoffer [vurderes] at være ubetydelig, ligesom der ikke vurderes at ville forekomme akut toksiske koncentrationer i vandmiljøet”.²⁰

Det er desuden den overordnede konklusion i de gennemførte undersøgelser og vurderinger, at anlæg og drift af Lynetteholm, uddybning af sejlrende og klappning af havbundsmateriale hverken hver for sig eller sammenlagt – i sammenhæng med andre planer og projekter – kan påvirke de beskyttede områder væsentligt.

Vi har ikke grundlag for at tilsidesætte disse oplysninger og konklusioner.²¹

Vi er endelig ikke enige i EMB's udlægning af vores notat af 17. maj 2021, hvorefter afstandskriteriet ”ikke er relevant”. Som anført i notatet af 17. maj 2021 (s. 11) følger det af EU-Domstolens praksis i bl.a. sag C-461/17, *Holohan m.fl.*, og sag C-142/16, *Kommissionen mod Tyskland*, at et projekts afstand til et Natura 2000-område ikke *i sig selv* kan udelukke, at projektet ikke vil indebære en væsentlig indvirkning på Natura 2000-området. Dette indebærer imidlertid ikke, at kriteriet ikke vil være relevant i forbindelse

¹⁹ Jf. miljøkonsekvensrapporten af 24. november 2020, s. 253 ff., herunder tabel 12-25 og 12-26.

²⁰ Jf. miljøkonsekvensrapporten af 24. november 2020, s. 391.

²¹ Kammeradvokaten er tillige opmærksom på Natur- og Miljøklagenævnets afgørelse af 6. december 2016 (j.nr. NMK-10-00908 og NMK-34-00448), trykt i MAD 2016.430, hvor klagenævnet ophævede og hjemviste en miljøgodkendelse og VVM-tilladelse til udvidelse af Ll. Torup Gaslager. Det bemærkes for en ordens skyld, at afgørelsen angik en konsekvensvurdering efter habitatdirektivets artikel 6, stk. 3 – ikke en væsentlighedsvurdering. Heller ikke denne afgørelse ændrer vores ovenstående konklusioner.

med en væsentlighedsvurdering. En væsentlig afstand vil i sagens natur ofte (men ikke altid) have betydning for intensiteten af en fysisk påvirkning, og kriteriet er derfor ofte relevant.

Vi har derfor som nævnt ikke grundlag for en anden vurdering end den konklusion, der fremgår af notatet af 17. maj 2021.

4. SMV-DIREKTIVET

4.1 De rejste synspunkter

Under forberedelsen af lovforslag nr. L 220 om anlæg af Lynetteholm har der i Folketinget, medierne og fagtidsskrifter været rejst tvivl om, hvorvidt de gennemførte miljøkonsekvensrapporter mv. var udtryk for en projektopdeling i strid med EU's VVM-direktiv.²² Det følger således af EU-Domstolens praksis, at et projekt ikke må deles op i mindre delprojekter med det formål, at VVM-direktivets regler omgås.

Transportministeriet bad på denne baggrund Kammeradvokaten om at vurdere, om der var sket en projektopdeling ("salami slicing") i strid med VVM-direktivet. I Kammeradvokatens notat af 17. maj 2021 (s. 14 ff.) blev det konkluderet, at det ikke på nuværende tidspunkt er muligt at foretage en konkret miljøvurdering af byudvikling, en evt. Østlig Ringvej mv., da disse infrastrukturprojekter hverken er planlagt eller i øvrigt er politisk besluttede. Vedtagelsen af anlægsloven udgør derfor ikke en projektopdeling i strid med VVM-direktivet.

Efterfølgende, herunder på eksperthøringen i Folketingets Transportudvalg, er der imidlertid blevet rejst spørgsmål om, hvorvidt SMV-direktivet kræver, at der forud for vedtagelsen af anlægsloven for Lynetteholmen gennemføres en strategisk miljøvurdering (SMV) af en plan eller et program, der skal belyse de langsigtede planer for arealanvendelsen på Lynetteholm, herunder boliger, infrastrukturprojekter mv.

Transportministeriet har nu bedt Kammeradvokaten om at undersøge dette spørgsmål.

4.2 SMV-direktivet

SMV-direktivet har til formål at sikre et højt miljøbeskyttelsesniveau og at bidrage til integrationen af miljøhensyn under udarbejdelsen og vedtagelsen af planer og programmer med henblik på at fremme bæredygtig udvikling ved sikring af, at der i overensstemmelse med direktivet gennemføres en

²² Ellen Margrethe Basse og Peter Pagh har bl.a. i en artikel på dr.dk af 30. marts 2021 peget på, at det er i strid med VVM-direktivet og EU-Domstolens praksis, at miljøkonsekvensvurderingen af en etablering af Lynetteholm alene tager stilling til selve etableringen af øen, men ikke efterfølgende byggerier i forbindelse med øen. Dele af kritikken er gentaget i TfM 2021.133 (s. 141).

miljøvurdering af bestemte planer og programmer, som kan få væsentlig indvirkning på miljøet. Direktivet er gennemført i dansk ret ved miljøvurderingsloven.

Miljøvurdering af planer og programmer er, hvor reglerne finder anvendelse, typisk aktuelt på et tidligere (mere overordnet/strategisk) stadie end miljøkonsekvensvurderingen af de konkrete projekter efter VVM-reglerne. For planer m.v., som skal undergives en miljøvurdering, skal den planlæggende myndighed udarbejde en miljørapport efter reglerne i direktivet, og denne rapport skal være genstand for høring af berørte myndigheder og offentligheden (efter omstændighederne også i andre medlemsstater), inden den endelige godkendelse eller vedtagelse af planen m.v.

Det er – for at SMV-direktivet skal finde anvendelse – bl.a. en forudsætning, at der er tale om en plan eller et program, ”som udarbejdes og/eller vedtages af en national, regional eller lokal myndighed, eller som udarbejdes af en myndighed med henblik på vedtagelse af parlament eller regering via en lovgivningsprocedure”, og ”som kræves ifølge love og administrative bestemmelser”, jf. artikel 2, litra a.

EU-Domstolen har om den sidste betingelse fastslået i sag C-567/10, Inter-Environnement Bruxelles m.fl. (præmis 31), at planer og programmer, hvis vedtagelse er reguleret ved nationale love og administrative bestemmelser, som fastlægger, hvilke myndigheder der har beføjelse til at vedtage dem samt proceduren for deres udarbejdelse, skal betragtes som ”krævet” i SMV-direktivets forstand og således underlagt miljøvurdering på de betingelser, som direktivet fastsætter.

SMV-direktivet kan også finde anvendelse på generelle retsakter, herunder love og bekendtgørelser, jf. EU-Domstolens dom af 27. oktober 2016 i sag C-290/15, D’Oultremont m.fl. Miljø- og Fødevareministeriet har i et notat om ”Miljøvurdering af generel regulering – miljøvurderingsdirektivets plan- og programbegreb i lyset af EU-dommen i sag C-290/15, D’Oultremont”, fra februar 2018, fastsat fem kriterier, som efter ministeriets vurdering er relevante for vurderingen af, om en generel regulering er omfattet af direktivets plan- og programbegreb. Der henvises til notatet for en nærmere gennemgang heraf.²³

I sag C-290/15 definerede EU-Domstolen begrebet ”planer og programmer” således (præmis 49):

”[...] begrebet »planer og programmer« vedrører enhver retsakt, der, idet den definerer de regler og kontrolprocedurer, der skal finde anvendelse på den pågældende sektor, fastlægger en betydningsfuld helhed af kriterier og fremgangsmåder for tilladelse og iværksættelse af et eller flere projekter, der kan have væsentlige indvirkninger på miljøet [...].”

²³ Notatet er tidligere blevet fremsendt til Folketingets Europaudvalg (bilag 423, alm. del, saml. 2017-18) og Miljø- og Fødevareudvalg (bilag 293, alm. del, saml. 2017-18) og kan rekvireres fra følgende side: <https://www.ft.dk/samling/20171/almDEL/MOF/bilag/293/1859957.pdf>.

I sag C-43/10, *Nomarchiaki Aftodioikisi Aitoloakarnanias m.fl.*, fandt EU-Domstolen, at de græske myndigheders beslutning om omledning af vand fra en flod ikke kunne anses for en plan eller et program omfattet af SMV-direktivet, da den ikke fastsatte kriterier og fremgangsmåder for arealanvendelse eller fastsatte regler og kontrolprocedurer, som gennemførelsen af en eller flere projekter er underlagt (præmis 92-96).²⁴

4.3 Vurdering

Af den politiske principaftale af 5. oktober 2018 om etableringen af en ny halvø i Københavns Havn følger bl.a., at Lynetteholm på længere sigt kan udvikles til en ny, attraktiv bydel, der understøttes af etablering af en metroforbindelse, ligesom muligheden for en Østlig Ringvej er overvejet i aftalen. De fremtidige anlægsprojekter, der vil kunne finde sted på Lynetteholm efter etableringen af halvøen, er dog fortsat uplanlagt i den forstand, at aftalen ikke er retligt bindende eller sætter rammer for Folketinget, ligesom aftalen endnu ikke er udmøntet i (forslag til) kommunal planlægning.

Som anført i Kammeradvokatens notat af 17. maj 2021 (s. 19) omfatter Lynetteholm-projektet som defineret i anlægsloven hverken byudvikling, etablering af en Østlig Ringvej eller øvrige mulige projekter. Anlægsloven fastlægger heller ikke kriterier og fremgangsmåder for den fremtidige arealanvendelse eller regler og kontrolprocedurer, som gennemførelsen af en eller flere fremtidige projekter er underlagt. I den forstand kan tilladelsen til Lynetteholm-projektet i medfør af anlægsloven sammenlignes med den ovennævnte sag C-43/10, og selve anlægsloven eller lovforslag nr. L 220 synes derfor ikke at kunne udgøre en ”plan” eller et ”program” som defineret i SMV-direktivets artikel 2, litra a, og artikel 3, stk. 2.

Anlægsloven for Lynetteholm vedtages ikke med henblik på opfyldelse af en EU-retlig eller folkeretlig forpligtelse, men udgør derimod nationalt initieret lovgivning, der ikke indgår i et normativt hierarki. Efter dansk forståelse af SMV-reglerne – udtrykt f.eks. i Miljø- og Fødevareministeriets notat om ”Miljøvurdering af generel regulering – miljøvurderingsdirektivets plan- og programbegreb i lyset af EU-dommen i sag C-290/15, *D’Oultremont*”, fra februar 2018 – indebærer dette, at anlægsloven ikke opfylder betingelsen om at være ”krævet” ifølge love og administrative bestemmelser, jf. SMV-direktivets artikel 2, litra a.

²⁴ I generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse i sag C-43/10 anføres tilsvarende, at ”[n]år konkrete projekter kræver en godkendelse, vil en miljøvurdering i henhold til SMV-direktivet som regel heller ikke være nødvendig. En projektgodkendelse som sådan er nemlig ikke nogen plan eller noget program” (punkt 151).

Samlet set er det derfor Kammeradvokatens vurdering, at lovforslag nr. L 220 ikke synes at opfylde kriterierne for at være en plan eller et program omfattet af SMV-direktivet, hvorfor der derfor ikke burde have været gennemført en strategisk miljøvurdering (SMV) forud for vedtagelsen af anlægsloven.

Det bemærkes i forlængelse heraf, at efter reglerne i planloven vil en senere byudvikling af Lynetteholm forudsætte kommuneplanlægning og givetvis også lokalplanlægning. Sådanne planer er omfattet af reglerne i miljøvurderingsloven om miljøvurdering af planer og programmer (SMV).

Under eksperthøringen i Folketingets Transportudvalg blev Naturklagenævnets afgørelse af 17. juni 2008, trykt i MAD 2008.1198, nævnt.²⁵ Sagen vedrørte et kommuneplantillæg med VVM-redegørelse efter de dagældende VVM-regler i planloven fremlagt af Københavns Kommune. Planforslaget angik rensning af forurenede jord på Kløvermarken. Området var i den eksisterende kommuneplans rækkefølgebestemmelse medtaget som et perspektiv for byudvikling, der tidligst kunne omdannes efter 2018, og hvorvidt området skulle fastholdes hertil, ville der blive taget stilling til i Kommuneplan 2009. Københavns Kommune havde truffet afgørelse om, at kommuneplantillægget ikke kunne anses for omfattet af SMV-reglerne i den dagældende miljøvurderingslov.

Naturklagenævnet ophævede kommunens afgørelse, idet nævnet fandt, at kommuneplantillægget ”fastsætter rammer for den VVM-pligtige oprensning af den stærkt forurenede ejendom”. Dette gjaldt uanset, at kommunen ikke på daværende tidspunkt havde planlagt for områdets anvendelse til boliger. Naturklagenævnet begrundede dette med, at der med kommuneplantillægget blev fastlagt rammer for anvendelse og oprensningen af området de næste 3-4 år, herunder rammer for anlægstilladelsen til et projekt omfattet af VVM-reglerne. Nævnet fandt derfor, at planen havde en styrende karakter for de efterfølgende beslutninger og dannede grundlag for den senere anlægstilladelse.

Det er Kammeradvokatens forståelse, at Naturklagenævnets afgørelse om, at kommuneplantillægget var en plan omfattet af SMV-reglerne i den dagældende miljøvurderingslov, ikke var begrundet i det forhold, at der senere skulle opføres boliger på det omhandlede areal på Kløvermarken. Det afgørende var derimod, at planen havde en styrende karakter for de efterfølgende beslutninger og dannede grundlag for den senere anlægstilladelse til oprensningen.²⁶ Afgørelsen understøtter, at der ikke skulle have været foretaget en strategisk miljøvurdering af Lynetteholm-projektet, idet gennemførelsen af dette projekt efter Folketingets vedtagelse af anlægsloven ikke forudsætter yderligere tilladelser, og anlægsloven ikke fastlægger en ramme for den fremtidige arealanvendelse i området.

²⁵ Afgørelsen er trykt i MAD 2008.1198 og i Naturklagenævnet Orienterer (NKO) nr. 484 fra juni 2009.

²⁶ Jf. i overensstemmelse hermed Helle Tegner Anker, Planloven med kommentarer, 2013, s. 267.

5. ÅRHUSKONVENTIONEN

5.1 De rejste synspunkter

Det fremgår af § 24, stk. 1, i lovforslag nr. L 220, at søgsmål til prøvelse af afgørelser efter loven skal være anlagt inden seks måneder efter, at afgørelsen er meddelt adressaten eller offentliggjort. Efter stk. 2 skal retten ved søgsmål om miljøforhold, der er omfattet af loven, påse, at omkostningerne ved sagen ikke er uoverkommeligt dyre for de berørte personer.

EMB anfører i Tfm 2021.133 (s. 146 f.) en række betragtninger om § 24 og bestemmelsens forhold til VVM-direktivets og Århuskonventionens regler om adgang til domstolsprøvelse. EMB bemærker bl.a., at der ikke i dansk ret er en lovhjemlet søgsmålsret for miljøorganisationer, men at søgsmålsadgangen bl.a. afhænger af, om kriteriet ”individuel væsentlig interesse” konkret er opfyldt. Ifølge EMB er disse regler ikke tilstrækkelig klare, gennemsigtige og konsistente som krævet i EU-Domstolens praksis. Endvidere stiller EMB sig tvivlende overfor, om lovforslaget om anlæg af Lynetteholm sikrer en ret til en fair og effektiv adgang til efterprøvelse, der ikke er uoverkommeligt dyr. I EMB's notat af 11. maj 2021 (s. 26 ff.) er synspunkterne uddybet under henvisning til en række domme fra EU-Domstolen, herunder sag C-72/95, Kraaijeveld m.fl., sag C-287/98, Linster og sag C-115/09, Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland, Landesverband Nordrhein-Westfalen.

5.2 Vurdering

Bestemmelsen i § 24 er identisk med bestemmelser i en række tidligere anlægslove, jf. f.eks. § 47 i lov nr. 575 af 4. maj 2015 om anlæg og drift af en fast forbindelse over Femern Bælt med tilhørende landanlæg i Danmark og § 19 i lov nr. 737 af 1. juni 2015 om anlæg af en ny Storstrømsbro og nedrivning af den eksisterende Storstrømsbro.

Det fremgår af de almindelige bemærkninger (afsnit 8.3) til lovforslag nr. L 220, at Transportministeriet har vurderet, at lovforslaget lever op til kravene om klage eller domstolsprøvelse i Århuskonventionen, idet processen ved danske domstole forudsættes at leve op til kravene i konventionen og VVM-direktivet mv. Efter dansk praksis kan enhver, der har retlig interesse efter dansk rets almindelige regler, herunder også organisationer omfattet af Århuskonventionens artikel 2, stk. 5, således bl.a. indbringe spørgsmålet om en lovs forenelighed med EU-retten for de danske domstole.

Det antages i almindelighed, at dansk rets almindelige regler for domstolsprøvelse efter retsplejelovens regler er tilstrækkelig klare, gennemsigtige og konsistente, således at disse lever op til kravene i Århuskonventionen og VVM-direktivet.

Miljøorganisationer og andre foreninger kan opfylde kravene om retlig interesse, hvilket EMB i øvrigt også gør opmærksom på.²⁷ Den praksis fra EU-Domstolen, som EMB henviser til i notatet af 11. maj 2021 (s. 27 ff.), begrundes efter Kammeradvokatens opfattelse ikke EMB's generelle konklusioner om behovet for en bedre beskyttelse af processuelle rettigheder.

Det er Kammeradvokatens vurdering, at den danske procesordning – når der bortses fra omkostningerne – i tilstrækkelig grad tilgodeser Århuskonventionens og VVM-direktivets krav til domstolsprøvelse af, om en anlægslov opfylder betingelserne i VVM-direktivets artikel 2, stk. 5, og om anlægsloven i øvrigt er i overensstemmelse med EU-retten. Enhver, der har retlig interesse, samt i givet fald organisationer omfattet af Århuskonventionens artikel 2, stk. 5, kan, når betingelserne er opfyldt, indbringe spørgsmålet om en lovs forenelighed med EU-retten for domstolene, jf. eksempelvis MAD 2013.816 V og U 2012.2572 H, der begge angik testcentret for vindmøller ved Østerild. Se også U 1994.780/2 V om Greenpeaces søgsmål vedr. anlægsloven om Øresundsforbindelsen.

I forhold til spørgsmålet om størrelsen af sagsomkostninger må det kort bemærkes, at EMB ikke nævner, at det fremgår af § 24, stk. 2, i lovforslag nr. L 220, at retten skal påse, at omkostningerne ved sagen ikke er uoverkommeligt dyre for de berørte personer ved søgsmål om miljøforhold, der er omfattet af loven. Ifølge bemærkningerne til lovforslaget har denne bestemmelse netop til formål at forpligte alle retsinstanser til at sikre overholdelse af kravet i Århuskonventionen om, at de tilgængelige retsmidler ikke må være uoverkommeligt dyre.²⁸

²⁷ TfM 2021.133 (s. 146 med note 75).

²⁸ Lovforslag nr. L 220 af 28. april 2021 om anlæg af Lynetteholm, bemærkningerne til § 24, stk. 2 (s. 70).