



Ellen Margrethe Basse  
Prof. dr. jur. & jur. dr. (h.c.)

Til deltagerne i mødet, der afholdes i Miljøministeriet den 10. september 2007

Risskov, den 9. september 2005

### **Kommentarer til udkastene af 15. august 2007 til to lovforslag om implementering af miljøansvarsdirektivet**

De nu fremsendte udkast til lovforslag er med få begrænsede ændringer en gentagelse af de to lovforslag L 175 og L 176, som miljøministeren fremsatte den 1. marts 2007. Derfor er de kommentarer, jeg fremsender, i betydelig grad en gentagelse af mine tidligere kommentarer.

På grund af begrænset tid er mine betragtninger summariske. De er begrænset primært til en kommentering af det lovforslag, der skal erstatte L 175. Betragtningerne relateres to hovedkritikpunkter:

- 1) Lovforslagene vil, hvis de vedtages, ikke sikre en korrekt gennemførelse af miljøansvarsdirektivet.
- 2) Lovforslagene vil, hvis de vedtages, gøre det meget vanskeligt at anvende de danske miljølove, der samtidig bliver afgørende svækket med hensyn til opfyldelse af de i lovene opstillede miljømålsætninger.

Jeg skal generelt henvise til de synspunkter, jeg fremførte den 11. april 2007 under eksperthøringen i Folketinget (som optrykt i bilag 11 til L 175, folketingsåret 2006-07), de synspunkter jeg fremførte på det efterfølgende møde på Proces- og Kriminalvidenskab samt mine synspunkter på mødet i Miljøstyrelsen den 12. juni 2007.



Ellen Margrethe Basse  
Prof. dr. jur. & jur. dr. (h.c.)

## 1 Lovforslagene vil ikke kunne sikre en korrekt implementering af miljøansvarsdirektivet

Gennemføres det foreliggende lovforslag om ændring af miljøbeskyttelse og forskellige andre love mv. vil der blive tale om at gennemføre nye regler også i situationer, hvor direktivet ikke forudsætter et miljøansvar. Derfor kan man naturligvis fastslå, at manglende overensstemmelse mellem de foreslåede lovændringer og direktivet ikke altid er relevant.

Da begrundelsen for indførelsen af reglerne imidlertid støttes på et ønske om at sikre ensartethed med udgangspunkt i direktivet, må en overensstemmelse med direktivet generelt være forudsat. Et sådant udgangspunkt vil derfor også præge det følgende.

### 1.1 Fortolkningsmetode og direktivtekst

I udkastet af 15. august 2007 til de generelle lovbemærkninger oplyses det på side 61:

”Eksperterne gjorde tillige opmærksom på, at de fandt det tvivlsomt, hvorvidt det er i overensstemmelse med direktivet, at miljøskader ikke skal behandles efter miljøskadeloven, såfremt forurenere/skadevolder ikke er ansvarlig eller ikke er betalingsdygtig. Der gøres i den forbindelse opmærksom på, at Kommissionens oprindelige forslag til miljøansvarsdirektivet ganske vist indeholdt bestemmelser om, at medlemsstaterne skulle forebygge og afhjælpe de miljøskader, der ikke blev håndteret af de ansvarlige for den erhvervsmæssige aktivitet, som forårsagede miljøskaden eller den overhængende fare herfor. Et stort flertal af medlemsstater modsatte sig imidlertid dette subsidiaire offentlige ansvar for miljøskaderne og den overhængende fare herfor, og bestemmelserne herom blev derfor slettet fra direktivforslaget og findes ikke i det vedtagne direktiv.”

Se også Udkast til bemærkninger af 5. september 2007 s. 9 (pkt. 1.2.8), hvor det oplyses, at Peter Pagh og jeg påpegede på eksperthøringen, at det er tvivlsomt, hvorvidt det er i overensstemmelse med direktivet, at miljøskader ikke skal behandles efter miljøskadeloven, såfremt forurenere/skadevolder ikke er ansvarlig eller ikke er betalingsdygtig.

Det citerede overbeviser ikke mig om, at Peter og jeg tager fejl.

EF-domstolen betragter ikke forarbejder som en del af retskildegrundlaget. Miljøansvarsdirektivet kan derfor ikke - som forudsat i det netop citerede - fortolkes ud fra det, der *ikke* står i direktivteksten. Forarbejderne (og anden forhistorie) til de enkelte direktiver, herunder de tekstændringer, der er foretaget i forhold til



Ellen Margrethe Basse  
Prof. dr. jur. & jur. dr. (h.c.)

det oprindelige miljøansvarsdirektivforslag, er ikke en del af det retskildemæssige grundlag i EU. Det afgørende er:

- En gennemførelse af direktivet, som sikrer en opfyldelse af direktivets formål
- En EU-konform fortolkning af begreberne og artiklerne i direktivet, herunder med inddragelse af formålsbestemmelsen og præamblen
- Konsistens i forhold til EU's miljølovgivning – ikke mindst når der er tale om et horisontalt instrument som miljøansvarsdirektivet
- Klarhed i de handleforpligtelser, der fastlægges i den konkrete implementeringslovgivning.

Formålet bag miljøansvarsdirektivet er – som det fremgår af direktivets artikel 1 og præambelen - at sikre en respekt for forurenere betaler-princippet samt at sikre en korrekt national gennemførelse og håndhævelse/opfyldelse af de forpligtelser, der er fastlagt i

- a) de miljødirektiver, der er opregnet i bilag III (de relevante aktiviteter) samt
- b) de miljøkvalitetskrav, der er fastlagt i vandrammedirektivet, fuglebeskyttelsesdirektivet og habitatdirektivet.

Flere af direktivets bestemmelser anvender endvidere formuleringer i beskrivelsen af myndighedernes opgaver, der i kombination med formålet bag direktivet og de miljødirektiver, som skal sikres gennemført, begrundet vores synspunkt. Jeg vil bl.a. nævne miljøansvarsdirektivets artikel 5, stk. 4 (forebyggende foranstaltninger), artikel 6, stk. 3 og artikel 7, stk. 3 (fastlæggelse af afhjælpende foranstaltninger), artikel 8, stk. 5 (myndighedernes foranstaltninger udelukker ikke operatørens ansvar) og artikel 15.

Efter habitatdirektivets artikel 6, stk. 2 er der endvidere som hovedregel en positiv handleforpligtelse for staten, når miljøskader truer de beskyttede arter og naturtyper.

Da miljøansvarsdirektivet skaber klare rettigheder, jf. artikel 12 (og præambelens 25.-26. betragtninger) for miljøorganisationerne, vil organisationerne kunne påberåbe sig direktivreglerne over for de danske myndigheder i den udstrækning, den nationale gennemførelse ikke er korrekt.



Ellen Margrethe Basse  
Prof. dr. jur. & jur. dr. (h.c.)

Danmark har en selvstændig pligt til at sikre en implementeringslovgivning, der er egnet til at opfylde miljøansvarsdirektivets formål.

## 1.2 Den foreslåede gennemførelse

Der er fortsat tale om nogle meget specielle konstruktioner, der anvendes i "L 175's afløser", som jeg mener udelukker en korrekt gennemførelse af direktivet i de konkrete sager. Det skal jeg underbygge med følgende betragtninger:

### 1.2.1. Lovforslagene bygger på en forkert fortolkning af direktivet

Én af hovedproblemerne med det foreliggende lovforslag "L175's afløser" er efter min opfattelse, at det er baseret på, at *miljøansvarsdirektivets artikel 8, stk. 3-4 og artikel 9* kan fungerer som den afgørende forståelsesramme for

- afgrænsningen af operatører og
- afgrænsningen af de sager, der behandles som miljøskadesager,
- ligesom konstruktionen får betydning for handleforpligtelserne efter miljøbeskyttelseslovens kapitel 8 a-8 c.

### Hvad står der i artikel 8 stk. 3-4?

Direktivets artikel 8, stk. 3-4 angiver nogle undtagelsessituationer ift. det, der står i artikel 8, stk. 1 og 2. Artikel 8, stk. 1 fastslår den for direktivets formål centrale hovedregel, at de omkostninger, der er knyttet til forebyggelse og afhjælpning, skal dækkes af forureneren. Bestemmelserne skal læses i lyset af direktivets formål, jf. forureneren betaler-princippet og forbuddet mod statsstøtte. Se også præambelens betragtning 18-21.

Artikel 8, stk. 2 fastslår, at myndighederne skal sikre sig denne hovedregel bliver respekteret, bl.a. når de har afholdt udgifter til sådanne foranstaltninger.

Artikel 8, stk. 3 fastslår, at en operatør ikke er forpligtet til at bære omkostningerne ved de foranstaltninger, der træffes, når han er i stand til at bevise, at skaden er forvoldt af tredjemand og indtrådt til trods for, at passende sikkerhedsforanstaltninger er truffet, eller hvis han har overholdt myndighedernes præcise anvisninger. I sådanne situationer "*træffer medlemsstaterne hensigtsmæssige foranstaltninger, således at operatøren kan få dækket de afholdte omkostninger*", jf. artikel 8, stk. 3 in fine. Her står der således intet om, at operatøren ikke har en handlepligt – det er omkostningerne ved udførte handlinger, han kan få refunderet.



Ellen Margrethe Basse

Prof. dr. jur. & jur. dr. (h.c.)

Direktivets artikel 8, stk. 4 anvender også formuleringen, at medlemsstaterne kan tillade, at en operatør *ikke bærer omkostningerne i forbindelse med afhjælpende foranstaltninger*, der træffes i medfør af direktivet, hvis operatøren kan bevise, at der er tale om en udtrykkelig tilladt aktivitet, eller at der var tale om anvendelse af et produkt, som på handlingstidspunktet ikke ansås for at indebære en sådan fare.

Bestemmelserne i direktivets *artikel 8, stk. 3 og stk. 4 kan således ikke* – som forudsat i "L 175's afløser" – bruges som grundlag for at afgrænse kredsen af de ansvarlige operatører. Operatørerne defineres og afgrænses ved artikel 2, stk. 6 samt opregningen af de relevante aktiviteter i bilag III.

Artikel 8, stk. 3 og stk. 4 vedrører *heller ikke* – sådan som det er forudsat i "L 175's afløser" – de handleforpligtelser, der skal pålægges operatøren i den nationale lovgivning til opfyldelse af kravene i direktivets artikel 5 (der fastlægger forpligtelserne for operatøren til at foretage forebyggende foranstaltninger) og artikel 6-7 (der fastlægger forpligtelserne med hensyn til at udføre afhjælpende foranstaltninger).

Artikel 8, stk. 3 og stk. 4 begrænser *heller ikke* de retskrav, der er tillagt miljøorganisationer over for det offentlige ved direktivets artikel 12.

#### Hvad står der i artikel 9?

Direktivets artikel 9 vedrører *alene* (ligesom artikel 8) medlemsstaternes muligheder for at opretholde regler, vedtage nationale regler og administrere efter regler, der foretager en *omkostningsfordeling* mellem flere ansvarlige skadevoldere. Bestemmelsen skal læses i lyset af direktivets formål, jf. ovenfor. Se også præambelns betragtning 22.

Direktivets artikel 9 vedrører ikke - som forudsat i "L 175's afløser" – en afgrænsning af "operatøren" (adressaten) eller et grundlag for at etablere et subsidiært operatøransvar.

Direktivets artikel 9 vedrører heller ikke begrænsningen af operatørens handleforpligtelser. Forpligtelserne er fastlagt i artikel 5, 6 og 7.

#### Hvordan anvendes artikel 8, stk. 3-4 og artikel 9 i lovforslaget?

Jeg skal illustrere af min påstand om, at lovforslaget "L 175's afløser" er baseret på artikel 8, stk. 3-4 samt artikel 9 i langt videre omfang, end de nævnte artikler overhovedet kan "bære". Jeg nævner som eksempel regler fra forslaget til ændring af miljøbeskyttelsesloven – de øvrige lovændringer er baseret på samme konstruktion. Der tages i lovforslaget udgangspunkt i:



## Ellen Margrethe Basse

Prof. dr. jur. & jur. dr. (h.c.)

- at operatøren kan *frigøre sig for en handleforpligtelse*, hvis han kan godtgøre, at han ikke handlede culpøst, da han forårsagede forureningen, se f.eks. forslaget til en ny § 64 g, stk. 1 i miljøbeskyttelsesloven. (Lovforslagets bestemmelse må være baseret på en fejlagtig anvendelse af direktivets artikel 8, stk. 3 og stk. 4, litra a, der som nævnt vedrører omkostningsdækning)
- *et subsidiært operatøransvar*, jf. forslaget til miljøbeskyttelseslovens § 64 g, stk. 2. Direktivet bruger ikke en sådan konstruktion. Efter direktivets artikel 2, stk. 6 sammenholdt med bilag III vil erhvervmæssige producenter, brugere, importører mv. af affald, kemikalier og GMO'er alle være omfattet af operatørbegrebet, hvis de kontrollerer den erhvervmæssige aktivitet, som er resulteret i miljøskaden. (Lovforslagets bestemmelse må være baseret på en fejlforklaring af direktivets artikel 8, stk. 3 og stk. 4, litra b, der som nævnt ikke vedrører operatørbegrebet og operatørens handleforpligtelser)
- at tilsynsmyndigheden *ikke kan give et påbud om afhjælpende foranstaltninger*, når forureneren kan godtgøre, at der er tale om en forurening, der ikke er en jordforurening, som er forvoldt ved en emission eller begivenhed, der udtrykkelig var tilladt i medfør af og fuldt ud i overensstemmelse med betingelserne i en tilladelse eller med regler, der er så detaljerede, at disse kan sidestilles med en udtrykkelig tilladelse, og som ikke skyldes egen uforsvarlig adfærd, jf. forslaget til miljøbeskyttelseslovens § 64 i, stk. 3, nr. 4. (Den valgte formulering er hentet fra artikel 8, stk. 4, litra a og præambelens 20. betragtning, der imidlertid alene vedrører myndighedernes dækning af deres omkostninger. Den vedrører ikke handleforpligtelserne).
- *Den ansvarlige for miljøskader defineres anderledes end forureneren, og culpa-vurderinger tillægges relevans. Det har betydning ikke kun for, hvem der gøres ansvarlig, men også for om der foreligger en sag, der skal oversendes til behandling ved miljøcentrene efter miljøskadeloven.* Se således forslaget til miljøbeskyttelseslovens § 64 r, stk. 4, der angiver, at den, der, som led i erhvervmæssige aktiviteter, bruger pesticider, affaldsprodukter mv., ikke er den ansvarlige, hvis han kan godtgøre, at "brugen var i overensstemmelse med forskrifterne for brug og brugerens adfærd i forbindelse med brugen ikke var uforsvarlig". (I denne afgrænsning anvendes der en konstruktion, der er baseret på direktivets artikel 8, stk. 3 og 4)
- Efter § 64 r, stk. 5 er *der en subsidiær påbudsadressat (en subsidiær operatør)*, hvis ikke der kan fastlægges et ansvar efter § 64 r, stk. 4. Den subsidiært ansvarlige operatør er efter bestemmelsen producenten og importøren af affaldsstoffer. For pesticider og biocider bliver operatøransvaret endvidere



Ellen Margrethe Basse

Prof. dr. jur. & jur. dr. (h.c.)

muligt, hvis der er tale om udviklingsskader. *Den komplicerede ansvars- og bevisvurdering har også betydning for, om sagen skal oversendes til behandling efter miljøskadeloven.* (I denne afgrænsning er det direktivets artikel 8, stk. 4, litra b samt artikel 9, der "legitimerer" den subsidiære operatørkonstruktionen)

- Den handleforpligtelse, der pålægges "den ansvarlige" i situationer, hvor der foreligger en overhængende fare for en miljøskade, jf. forslaget § 64 s, er afhængig af en stillingtagen til de komplicerede ansvarsforhold og bevisbyrder, der er beskrevet ved § 64 r, stk. 4, idet "den ansvarlige" defineres i § 64 r, stk. 4. *Det er næppe en umiddelbar handlepligt som forudsat i direktivets artikel 5, stk. 1, der pålægges operatøren med den valgte formulering af § 64 s - hverken efter de danske domstoles praksis eller efter EF-domstolens praksis.*

#### *B. Lovforslagene skal vurderes også i lyset af dansk retspraksis*

Da de danske domstole har opstillet meget strenge krav til lovreglernes klarhed (jf. legalitetsprincippet), når de ansvarlige myndigheder ønsker at gennemtvinge en handle- eller betalingsforpligtelse inden for miljøområder på et grundlag, der fraviger den almindelige erstatningsretlige culpavurdering, må denne retspraksis inddrages i vurderingen af, om de foreliggende lovforslag kan sikre, at Danmark gennemfører miljøansvarsdirektivet korrekt.

Det er i den sammenhæng særlig problematisk, at der i de regler,

- der afgrænser de ansvarlige
- de ansvarliges handleforpligtelser, samt i reglerne
- der bestemmer om sager skal oversendes til behandling efter miljøskadeloven,

anvendes erstatningsretlige begreber og tænkesæt, som de danske domstole naturligt vil vurdere ud fra de erstatningsretlige traditioner og ikke ud fra de formål, der ligger bag miljøansvarsdirektivet. Miljødirektivet har jo sådan set intet med et erstatningsansvar at gøre.

Da de nye miljøregler indgår i en forvaltningsretlige lovgivning, vil myndighederne - ud over at skulle foretage erstatningsretlige vurderinger - skulle opfylde de forvaltningsretlige principper. De vil bl.a. efter officialprincippet have ansva-



Ellen Margrethe Basse  
Prof. dr. jur. & jur. dr. (h.c.)

ret for at vurdere retsfaktum og at fortolke reglerne korrekt. Begås der fejl, kan det medføre afgørelsernes ugyldighed og et offentligretligt erstatningsansvar.

Det må forventes, at sagerne om miljøansvar bliver utrolig få, og at de vil komme til at versere i det danske retssystem i årevis.

## **2 De danske miljølove bliver uanvendelige, hvis lovforslagene vedtages**

Jeg skal i det hele henviser til det de betænkeligheder jeg tidligere har fremført på grund af denne sammenblanding af erstatningsret og forvaltningsret.

Jeg skal anbefale, at man undersøger, hvordan de øvrige nabolande har gennemført miljøansvarsdirektivet. Der vil næppe være noget andet medlemsland, der anvender erstatningsretlige kriterier ved afgrænsning af operatørerne og deres handleforpligtelser.

Det vil især være meget klart i de lande, der ligesom Danmark tilhører den kontinentaleuropæiske retstradition ("civil law"), at man vil fastholde er stringens i den forvaltningsretlige tankegang. Jeg skal i den forbindelse henviser til det grundige forarbejde, der blev iværksat i Belgien som led i implementeringen af miljøansvarsdirektivet. I Flandern etablerede miljøministeren en gruppe, der fik til opgave at vurdere konsekvenserne af direktivet (SIDEL-projektet). Konklusionen på dette arbejde var en anbefaling af, *at myndighederne ikke anvende de erstatningsretlige begreber i den offentligretlige lovgivning.*

### **2.1 Det går galt, når de forvaltningsretlige kriterier blandes med erstatningsret!**

Lovforslaget "L 175's afløser" er efter min opfattelse udtryk for *en meget uheldig sammenblanding af to retlige tankesæt, som ikke bør sammenblandes.* Der vil med sammenblandingen opstå uklarhed med hensyn til,

- om det er den forvaltningsretlige eller/og
- den privatretlige (erstatningsretlige) logik, der skal anvendes,
- ligesom forvaltningsmyndighederne vil komme til kort med hensyn til egnethed.

Der kan godt være erstatningsregler i en offentligretlig lovgivning, hvis der er tale om erstatningsregler, der fastlægger, hvem der skal dække omkostningerne og eventuelle tab. Derfor vil en korrekt anvendelse af de omkostningsfordelingsprincipper, der er fastlagt i direktivets artikel 8 og 9, godt kunne indgå som erstatningsregler, som er indføjet i miljølovene.





Ellen Margrethe Basse  
Prof. dr. jur. & jur. dr. (h.c.)

Det er derimod meget uheldigt, når

- afgrænsningen af adressaterne – de ansvarlige
- fastlæggelsen/afgrænsningen af de offentligretlige handleforpligtelser og
- myndighedskompetencerne og lovenes anvendelsesområder – konkret afgrænsningen mellem de gældende miljølove og miljøskadeloven

baseres på erstatningsretlige betragtninger om forsvarlighed (culpa), bevisbyrde-regler, primært og subsidiært ansvarlige personer, udviklingskader mv.

### **2.1 Uoverskuelighed på grund af mange parallelle bestemmelser**

Et andet helt afgørende problem med de foreliggende lovforslag er de mange parallelle påbudskompetencer, som gør det næsten umuligt at orientere sig i reglerne.

Man må i høj grad betvivle, at det bliver muligt at tegne forsikringer, for ansvar baseret på de nye regler, ligesom der vil kunne opstå problemer i forhold til de eksisterende fonds- og forsikringsordninger.

F.eks. vil forslaget til et nyt kapitel i havmiljøloven skulle spille sammen med den eksisterende ordning (§ 44 – baseret på sikkerhedsstillelse) og de gældende såvel som de nye ikke ikrafttrådte regler i lov om sikkerhed til søs (gennemførelse af Bunkers- og HNS-konventionen) på en måde, der er ganske uoverskuelig.

Der er derfor i høj grad grund til at overveje, om det overhovedet er muligt at orientere sig i reglerne og at anvende dem korrekt! Inden for miljøbeskyttelsesloven vil vi f.eks. have følgende situation:

- 1) "forureneren" defineres forskelligt i miljøbeskyttelseslovens nye kap. 8 a fra resten af loven, se § 64 f, stk. 1, der udtrykkeligt begrænser begrebet til kun at gælde dette kapitel
- 2) "den ansvarlige" defineres anderledes i lovens kap. 8 c end i resten af loven
- 3) "jordforurening" har en anderledes betydning i lovens kapitel 8 b end i resten af loven
- 4) de påbudskompetencer, som er i den eksisterende miljøbeskyttelseslov, opretholdes i konkurrence med (måske subsidiært i forhold til) de nye påbudsbestemmelser i lovens kap. 8 b. De kan ikke anvendes samtidigt.



Ellen Margrethe Basse  
Prof. dr. jur. & jur. dr. (h.c.)

Jeg har ikke – som det oplyses i udkastet af 5. september 2007 side 6 - argumenteret for

”forenklinger ved at acceptere lovgivning med tilbagevirkende kraft (det vil sige skærpe ansvarsgrundlaget i forhold til allerede skete forureninger) ...”.

Jeg har alene argumenteret for forenklinger, både på eksperthøringen og på mødet i Miljøministeriet den 12. juni 2007. De meget uoverskuelige regler, som karakteriserede L 175, forklarede jeg således under eksperthøringen i Folketinget. Det, jeg udtalte om forholdet til de eksisterende hhv. de nye regler, var følgende:

”Jeg er ikke sikker på, at man får mere miljø for pengene ved at opretholde de eksisterende forskelligartede ansvarskonstruktioner. Jeg mener der kunne være brug for – jeg mener i allerhøjeste grad, der kan være brug for – at få set på miljølovgivningen.”

Det, jeg mener med det citerede, skal jeg gerne tydeliggøre.

Det er efter min opfattelse bedre at have et forståeligt regelgrundlag, end det er at have nogle §’er, som er så sindrigt udtænkte og uforståelige, så ingen er i stand til at administrere efter. Med det meget brogede system af diverse ansvars-konstruktioner, som der fortsat lægges op til med de foreliggende lovforslag, er det min vurdering, at der næppe kommer mere miljø ud af. Det bliver formentlig primært juridiske diskussioner og retssager, som bliver resultatet.

Min anbefaling om forenkling betyder derfor ikke, at der herved er taget stilling til tilbagevirkende kraft. Resultatet af en forenkling kan godt blive, at der er enkelte sager, som måske rent hypotetisk kunne rejses efter de gældende regler, som ikke vil kunne rejses efter de nye. Det indebærer ikke i sig selv en svækkelse af retsstillingen, da der jo bl.a. er en betydelig usikkerhed med hensyn til, hvad der aktuelt er gældende ret (herunder det objektive grundejeransvar, som lovforslaget tager for giver, jf. Mogens Moes betragtninger).

De fleste af personer, der sidder i kommunerne, miljøcentrene og Miljøstyrelsen har ikke en uddannelse, som gør det muligt for dem at foretage de meget komplicerede retlige vurderinger – deres uddannelse er primært naturvidenskabelig og teknisk.

Spørgsmålet er, om der overhovedet er nogen, der kan finde ud af at anvende reglerne.



Ellen Margrethe Basse  
Prof. dr. jur. & jur. dr. (h.c.)

Med venlig hilsen

Ellen Margrethe Basse