



Kammeradvokaten

Vester Farimagsgade 23  
DK-1606 København V

Telefon: 33 15 20 10  
Telefax: 33 15 61 15

mail@kammeradvokaten.dk  
www.kammeradvokaten.dk

Ref.: Stig Grønbæk Jensen  
sgj@kammeradvokaten.dk  
Direkte: 72 30 73 90  
Mobil: 29 25 92 02

Dato: 12. maj 2010

J.nr.: 40-2458 SFS/SGJ/JKA/spe

**Via e-mail: kikem@mim.dk**

Miljøministeriet

**Att.: Kirsten Kemp**

Højbro Plads 2

1200 København K

### **Forslag til lov om et testcenter for store vindmøller ved Østerild**

Miljøministeriet har anmodet om min vurdering af konklusionerne i professor dr. jur. Peter Paghs notat af 11. maj 2010 vedrørende ovennævnte lovforslag (L 206). Notatet indeholder en vurdering af, om det fremsatte lovforslag er i overensstemmelse med VVM-direktivet, habitatdirektivet og fuglebeskyttelsesdirektivet. Notatet behandler seks spørgsmål, og mine bemærkninger nedenfor følger dispositionen i notatet.

Jeg har drøftet notatet med By- og Landskabsstyrelsen på et møde i dag. Det blev på mødet aftalt, at jeg alene vurderer de punkter (spørgsmål), hvor Peter Pagh rejser kritik af det foreliggende lovforslag. Min vurdering omfatter endvidere kun de retlige spørgsmål i notatet, idet jeg ikke har grundlag for at vurdere de planlægningsmæssige, miljø- og naturfaglige skøn i materialet, som ligger til grund for eller er tilvejebragt i forbindelse med behandlingen af lovforslaget.

Det er min sammenfattende vurdering, at Peter Pagh ikke i notatet af 11. maj 2010 har påvist retlige problemer, som ikke vil kunne håndteres inden for rammerne af den igangværende lovgivningsproces.

Til de enkelte punkter (spørgsmål) i Peter Paghs notat bemærker jeg følgende:



### Ad 1. VVM-direktivet

Peter Pagh konkluderer:

"Den foreliggende VVM-redegørelse må anses for at opfylde de krav til miljøvurdering, som efter EU-Domstolens praksis er betingelsen for, at Folketinget kan anvende undtagelsen i VVM-direktivets artikel 1(5) og vedtage testcentrets etablering ved en lov. Det forudsætter imidlertid, at testcentrets placering, udformning og karakter ikke afviger fra de forudsætninger, der er lagt til grund i VVM-redegørelsen. I forhold til alternative placeringer af testcentret, er det efter min opfattelse tilstrækkeligt, at der alene er foretaget en screening. Hvis Folketinget ønsker at placere testcentret på en anden lokalitet, vil en lov herom først kunne vedtages, når der er gennemført en miljøvurdering af konsekvenserne af denne alternative placering."

Jeg er enig i Peter Paghs forudsætning for så vidt, at det endeligt vedtagne testcenter inklusive afværgeforanstaltninger ikke må afvige på en sådan måde fra de forudsætninger, der er lagt til grund i VVM-redegørelsen, at der efter VVM-reglerne er krav om tilvejebringelse af en ny VVM-redegørelse. Det er herunder en forudsætning, at de afværgeforanstaltninger, som ikke er nærmere behandlet i den foreliggende VVM-redegørelse, hverken selvstændigt eller sammen med testcenter og andre afværgeforanstaltninger er VVM-pligtige efter reglerne herom.

By- og Landskabsstyrelsen har på mødet i dag oplyst, at styrelsen er opmærksom på og tager højde for denne forudsætning.

Herefter, og på baggrund af Peter Paghs konklusion i øvrigt, behandler jeg ikke herudover forholdet til VVM-direktivet, jf. opgavebeskrivelsen ovenfor.

### Ad 2. EU's beskyttelse af arter og deres levesteder

Peter Pagh konkluderer:

"Det fremgår af VVM-redegørelsen og bemærkningerne til lovforslaget, at testcentret må forventes at have skadelig virkning for flere EU-beskyttede arter og deres yngle- og levesteder. Sådanne skadevirkninger er efter habitatdirektivets artikel 16 alene mulige, når alle betingelser i artikel 16 er opfyldt, og det samme gør sig gældende med fuglebeskyttelsesdirektivets artikel 9. EU-domstolen har fastslået, at de i direktivet fastsatte betingelser for at anvende disse undtagelser skal fremgå af national ret, og at det ikke er tilstrækkeligt, at de opfyldes i administrativ praksis. Lovforslagets § 23 ophæver imidlertid naturbeskyttelseslovens § 29a, hvilket medfører, at der kan ske skade på beskyttede arter uden, at der er meddelt dispensation efter naturbeskyttelseslovens § 65, stk. 6. Da lovforslagets § 9 om afværgende foranstaltninger for sådanne skadevirkninger ikke modsvarer betingelserne for und-



tagelse fra forbuddet mod skadevirkninger, må det tilrådes, at der i lovforslagets § 9 optages bestemmelser, som svarer til indholdet af naturbeskyttelseslovens §§ 29a og 65, stk. 6."

I henhold til lovforslagets § 23, stk. 2, skal bl.a. reglerne i naturbeskyttelseslovens § 29a og jagt- og vildtforvaltningslovens § 6a, stk. 1 og 2, og § 7 om beskyttelse af visse dyrearter og fugle ikke finde anvendelse ved anlæg og anvendelse af testcentret.

Dette skal ses i sammenhæng med lovforslagets § 9, hvorefter miljøministeren skal udføre nødvendige afværgeforanstaltninger bl.a. af hensyn til yngle- og rasteområder for arter omfattet af naturbeskyttelseslovens bilag 3 og for at modvirke, at fugle eller arter omfattet af bilag 3 forstyrres med skadelig virkning for arten eller bestanden.

Det fremgår af Peter Paghs notat, side 4-6, at hans kritik af lovforslaget på dette punkt bygger på en faktisk forudsætning om, at etablering og drift af testcentret "har sådanne skadevirkninger på beskyttede arter, at dette vil udgøre en overtrædelse af forbuddet i habitatdirektivets artikel 12", men at "overtrædelsen af artikel 12 vil kunne legitimeres efter habitatdirektivets artikel 16(1)(c) om hensyn til væsentlige samfundsinteresser" (artikel 16 indeholder bestemmelser om undtagelser fra forbuddet i artikel 12). En tilsvarende forudsætning ligger til grund for Peter Paghs kritik af lovforslaget i forhold til den lignende ordning i fuglebeskyttelsesdirektivet.

By- og Landskabsstyrelsen har imidlertid på mødet i dag oplyst, at lovforslaget ikke hviler på en forudsætning om, at anlæg og drift af testcentret nødvendiggør en anvendelse af direktivernes undtagelsesbestemmelser. Bestemmelsen i lovforslagets § 23, stk. 2, har ikke til formål at fravige det almindelige beskyttelsesniveau i henhold til de nævnte direktivregler, som bl.a. er implementeret i naturbeskyttelseslovens § 29a.

Styrelsen har således oplyst, at det efter de udførte tekniske undersøgelser er vurderet, at anlæg og drift af testcentret ikke kræver en fravigelse af de almindelige beskyttelsesregler i direktivets artikel 12, jf. artikel 16. Tilsvarende vurdering er foretaget i forhold til reglerne i fuglebeskyttelsesdirektivets artikel 5 (artsbeskyttelsen) og artikel 9 (undtagelsesmulighederne). Det er herved lagt til grund, at anlægget med de forudsatte afværgeforanstaltninger vil kunne opretholde den økologiske funktionalitet for området.



Jeg kan som anført ikke afgøre, om de faglige skøn, der ligger til grund for disse vurderinger, holder, men jeg er enig med styrelsen i, at der ved vurderingen af, om der foreligger modstrid med direktivets artikel 12, gælder et økologisk funktionalitetsprincip af den anførte karakter. På det grundlag er det min vurdering, at det ikke i Peter Pagh's notat, afsnit 2, er påvist, at den EU-retlige beskyttelse af arter og deres levesteder udelukker, at testcentret etableres som forudsat i lovforslaget.

Jeg kan følge Peter Pagh så langt, at det ikke klart fremgår af lovforslaget, at der - navnlig i relation til lovforslagets § 23, stk. 2 - ikke med loven er tilsigtet en undtagelse fra det almindelige beskyttelsesniveau i henhold til habitatdirektivets artikel 12 som implementeret i bl.a. naturbeskyttelseslovens § 29a. Men på det anførte grundlag er der efter min opfattelse alene anledning til at overveje det lovtekniske spørgsmål, om lovforslagets § 23, stk. 2, og § 9 skal fastholdes med den nuværende udformning, eller om der bør foretages justeringer, som tydeliggør, at der ikke er tale om en fravigelse af det beskyttelsesniveau, der gælder efter de almindelige regler i bl.a. naturbeskyttelseslovens § 29a. Den af Peter Pagh på dette punkt foreslåede ændring af lovforslaget er ikke den eneste mulighed.

Det kan således inden for rammerne af den aktuelle lovgivningsproces vurderes, om der er behov for at udarbejde ændringsforslag af denne karakter, og jeg bistår gerne i forbindelse med vurderingen heraf.

#### Ad 3 og 4. Kræver testcentret en vurdering efter habitatdirektivets artikel 6, stk. 3?

Peter Pagh konkluderer om pkt. 3 og 4:

"Efter habitatdirektivets artikel 6(3) skal der ske en vurdering af testcentrets påvirkning af gunstig bevaringsstatus i de omliggende Natura 2000 områder, medmindre det på forhånd kan udelukkes, at testcentret påvirker disse områder. Det må efter VVM-redegørelsen lægges til grund, at en sådan påvirkning ikke er udelukket, hvorfor der er krav om en vurdering, som opfylder kravene i habitatdirektivets artikel 6(3).

VVM-redegørelsens vurdering af testcentrets påvirkning af de nærliggende Natura 2000 områder indskrænker sig til en opstilling af de arter, som udgør udpegningsgrundlaget for de omkringliggende fuglebeskyttelsesområder og andre Natura 2000 områder. Dette kan ikke anses at opfylde kravene til vurdering i habitatdirektivets artikel 6 (3). Som følge heraf vil det være i modstrid med EU-retten, hvis Folketinget vedtager lovforslaget, før der foreligger en vurdering, som opfylder kravene i artikel 6 (3). Da habitatdirektivets artikel 6 (3) har direkte virkning, vil loven kun-



ne tilsidesættes som ugyldig, hvis en miljøorganisation indbringer lovens gyldighed for domstolene."

Efter de oplysninger, som jeg har modtaget om lovforslagets forberedelse, har der ikke været tvivl om, at iværksættelsen af testcentret forudsætter en egentlig konsekvensvurdering af testcentrets påvirkning af de omkringliggende habitatsområder. For så vidt angår Peter Pagh's konklusion i pkt. 3 er der således ikke nogen uenighed.

Når Peter Pagh herefter i pkt. 4 konkluderer, at en sådan konsekvensvurdering ikke er foretaget, beror det tilsyneladende på, at han forstår lovforslaget sådan, at der ikke er foretaget andre konsekvensvurderinger af projektet, end den vurdering, som er påkrævet efter VVM-direktivet. Han argumenterer herefter for, at VVM-redegørelsen ikke i sig selv er tilstrækkeligt til at opfylde kravene til konsekvensvurdering i art. 6, stk. 3.

Her må det nok erkendes, at lovforslaget ikke tilstrækkeligt klart oplyser om de konsekvensvurderinger, som faktisk er foretaget. Efter det oplyste er der således som led i og ved siden af VVM-redegørelsen foretaget omfattende konsekvensvurderinger netop med henblik på at opfylde kravene i art. 6, stk. 3. Disse undersøgelser skulle efter oplysningerne på mødet i By- og Landskabsstyrelsen i dag opfylde kravene, som i EU-Domstolens praksis (f.eks. C-127/02 Waddenzee) stilles til konsekvensvurderinger efter art. 6, stk. 3.

Konklusionen i pkt. 4 er således baseret på en forkert antagelse om, at konsekvensvurderingerne af testcentret er begrænset til en opstilling af de arter, som udgør udpegningsgrundlaget for de omkringliggende fuglebeskyttelsesområder og andre Natura 2000 områder.

Jeg må imidlertid tilråde, at de foretagne konsekvensvurderinger og deres forhold til art. 6, stk. 3, tydeliggøres som led i den fortsatte lovproces.

#### Ad 5. Undtagelsen for bydende nødvendige samfundshensyn i artikel 6, stk. 4

Peter Pagh konkluderer:

"Såfremt en vurdering i overensstemmelse med habitatdirektivets artikel 6(3) godtgør, at testcentret ikke kan skade gunstig bevaringsstatus i de nærliggende Natura 2000 områder, vil lovforslaget kunne vedtages. Hvis vurderingen derimod ikke godtgør dette, vil det formentlig være muligt at anvende undtagelsen i habitatdirektivets artikel 6(4). Dette kan dog kun ske, hvis der forud er gennemført en vurde-



ring i overensstemmelse med artikel 6(3) og på betingelse af, at der ikke er mindre skadelige alternativer. Endvidere kræver artikel 6(4), at der iværksættes kompenserende foranstaltninger, og at Kommissionen underrettes."

Denne konklusion kan jeg overordnet tilslutte mig, men det er som omtalt ovenfor forventningen, at der ikke bliver behov for at anvende denne undtagelsesbestemmelse.

#### Ad 6. Er der mangler ved udpegning af fuglebeskyttelsesområder?

Peter Pagh konkluderer:

"Efter oplysningerne i VVM-redegørelsen om, at Østerild plantage er levested for natravnen og tilstedeværelsen af havørne kan det ikke på forhånd udelukkes, at der efter fuglebeskyttelsesdirektivets artikel 4(1) er krav om, at dele af Østerild plantage skulle have været udlagt som fuglebeskyttelsesområde. Hvis dette er tilfældet, vil det ikke være muligt at anvende undtagelsen i habitatdirektivets artikel 6(4), før en sådan udpegning er sket."

Det er for så vidt korrekt, at fuglebeskyttelsesdirektivets beskyttelsesbestemmelse i artikel 4, stk. 4, 1. pkt., også gælder for områder, der skulle have været udpeget efter direktivets artikel 4, stk. 1 og 2, men som - i strid med direktivet - ikke konkret er blevet udpeget, jf. f.eks. EU-domstolens dom i sag nr. C-355/90 Kommissionen mod Spanien. Det er endvidere korrekt, at habitatdirektivets artikel 6, stk. 2-4, uanset artikel 7 i samme direktiv, ikke erstatter reglen i fuglebeskyttelsesdirektivets artikel 4, stk. 4, 1. pkt., for sådanne områder, jf. EU-Domstolens dom i sag nr. C-374/98 Kommissionen mod Frankrig.

Peter Pags konklusioner er imidlertid på dette punkt kun af betydning for lovforslaget, hvis Østerild Plantage efter fuglebeskyttelsesdirektivets artikel 4, stk. 1 og stk. 2, skulle have været udpeget som særligt beskyttet område efter direktivet.

Jeg kan ikke vurdere, om Østerild Plantage ud fra ornitologiske kriterier som anført i fuglebeskyttelsesdirektivet med bilag burde have været udpeget som særligt beskyttet område, idet der primært er tale om en miljøfaglig vurdering. By- og Landskabsstyrelsen har oplyst, at området ikke ud fra en sådan vurdering bør udpeges som særligt beskyttet område.

I den forbindelse bemærkes, at fuglebeskyttelsesdirektivets artikel 4, stk. 1 og 2, pålægger medlemsstaterne at udlægge områder som beskyttede områder på grundlag af de



ornitologiske kriterier, der er fastlagt i disse bestemmelser, og det skal være de områder, som efter disse kriterier findes bedst egnede for beskyttelsen af de omhandlede arter.

Medlemsstaterne råder over et vist skøn med hensyn til valget af særligt beskyttede områder inden for rammerne af de ornitologiske kriterier. Det er dog EU-Domstolens opfattelse, at "Inventory of Important Bird Areas in the European Community" (IBA) fra 1989 (revideret i 2000) udgør et videnskabeligt grundlag, der - i mangel af modstående dokumentation - efter omstændighederne skal anvendes som reference ved udpegning af særligt beskyttede områder efter direktivet, jf. f.eks. dommene i sag C-418/04 Kommissionen mod Irland, samt sag C-3/96 Kommissionen mod Nederlandene.

Hvis ministeriet har spørgsmål til ovenstående eller i øvrigt ønsker supplerende bistand, står jeg naturligvis til disposition.

Med venlig hilsen

Kammeradvokaten



w/Stig Grøn bæk Jensen

Advokat