

**"OVERIMPLEMENTERING" AF HABITATDIREKTIVET I DANSK RET I FORHOLD
TIL DANSK AKVAKULTUR**

1. INDLEDNING

1.1 Dansk Akvakultur har anmodet os om (i) at undersøge implementeringen af habitatdirektivet (92/43 EØF) i dansk ret, særligt i relation til anvendelsen af Habitatdirektivet i enkeltsager i forhold til Dansk Akvakulturs medlemmer, og (ii) på den baggrund at vurdere, om der er en sket en overimplementering af direktivets bestemmelser.

Vi er i den forbindelse blevet anmodet om at undersøge og vurdere, om der i Natur- og Miljøklagenævnets nyere praksis, der angår Dansk Akvakulturs medlemmer, foreligger tilfælde, som afspejler en mere restriktiv praksis i forhold til, hvad habitatdirektivet og EU-Domstolens praksis umiddelbart tilsiger.

1.2 Vores undersøgelse og vurdering er centreret omkring tre problemstillinger:

- Natur- og Miljøklagenævnets anvendelse af væsentlighedskriteriet, jf. afsnit 3.2 og 5.2
- Natur- og Miljøklagenævnets anvendelse af begrebet "skade", jf. afsnit 3.3 og 4 og 5.3
- Natur- og Miljøklagenævnets anvendelse af forsigtighedsprincippet, jf. afsnit 3.4 og 5.3

Vores undersøgelse og vurdering har alene omfattet den foreliggende og tilgængelige nævnspraksis vedrørende havbrug og/eller dambrug og omfatter alene den praksis, der angår anvendelsen af direktivets artikel 6 (3).

1.3 Punkt 2 indeholder vores konklusion.

I punkt 3 redegøres der kort for den EU retlige ramme.

Punkt 4 indeholder en kort oversigt over den danske implementering af habitatdirektivet.

I punkt 5 gengives og vurderes Natur- og Miljøklagenævnets praksis i relation til de for undersøgelsen relevante problemstillinger i lyset af udvalgte sager.

ADVOKATFIRMA

WWW.KROMANNREUMERT.COM

CVR-NR. DK 62 60 67 11

ANSVARLIG PARTNER

KIM TRENSKOW

1. JULI 2016

SAGSNR. 1038416 MTG/MTG

DOK. NR. 46708958-8

2. KONKLUSION

Der findes tilfælde fra Natur- og Miljøklagenævnets praksis på området, der umiddelbart forekommer mere restriktive, end direktivet og EU-Domstolens retspraksis tilsiger.

Der foreligger således et eksempel på, at nævnet helt har bortset fra væsentlighedskravet i relation til vurderingen af, om udarbejdelse af en konsekvensvurdering er nødvendig.

Natur- og Miljøklagenævnet har endvidere i enkelte afgørelser lagt til grund, at enhver påvirkning eller risiko for påvirkning af et Natura 2000-område medfører, at der skal gives afslag på det pågældende projekt eller den pågældende plan, og at det for meddelelse af en tilladelse til et konkret projekt er nødvendigt, at det kan udelukkes, at projektet vil kunne medføre skade på et Natura 2000-område.

I den forbindelse er det vores vurdering, at Natur- og Miljøklagenævnets afgørelser i enkelte sager indebærer en anvendelse af forsigtighedsprincippet, som er mere vidtgående, end EU-Domstolens praksis tilsiger.

3. DEN EU-RETLIGE RAMME

3.1 Habitatdirektivets artikel 6 (3)

3.1.1 Den centrale bestemmelse i habitatdirektivets artikel 6 (3) er sålydende:

3 . Alle planer eller projekter, der ikke er direkte forbundet med eller nødvendige for lokalitetens forvaltning, men som i sig selv eller i forbindelse med andre planer og projekter kan påvirke en sådan lokalitet væsentligt, vurderes med hensyn til deres virkninger på lokaliteten under hensyn til bevaringsmålsætningerne for denne. På baggrund af konklusionerne af vurderingen af virkningerne på lokaliteten, og med forbehold af stk. 4, giver de kompetente nationale myndigheder først deres tilslutning til en plan eller et projekt, når de har sikret sig, at den / det ikke skader lokalitetens integritet, og når de — hvis det anses for nødvendigt — har hørt offentligheden.

3.1.2 Det følger af artikel 6 (3), at der (i) skal foretages en konsekvensvurdering, hvis en plan eller et projekt kan påvirke et Natura 2000-område væsentligt, jf. også Habitatbekendtgørelsens §§ 6, stk. 1, og 7, stk. 1, og (ii) at der efter udarbejdelse af en eventuel konsekvensvurdering kun kan gives tilladelse til det ansøgte projekt, hvis projektet ikke skader "lokalitetens integritet".

3.2 Særligt om væsentlighedskravet i relation til den foreløbige vurdering (screening)

3.2.1 I henhold til artikel 6 (3) er det afgørende kriterium for, om der i forbindelse med et konkret projekt skal foretages en egentlig konsekvensvurdering, om det konkrete projekt - i forbindelse med andre planer eller projekter - kan påvirke et Natura 2000-område væsentligt.

3.2.2 Hvis det på baggrund af den foreløbige vurdering/screening kan afvises, at en plan eller et projekt i sig selv eller i forbindelse med andre planer og projekter kan påvirke et Natura 2000-område væsentligt, kan godkendelse, tilladelse eller dispensation gives uden forudgående udarbejdelse af en konsekvensvurdering.

3.2.3 I Europa-Kommissionens vejledning om forvaltningen af Natura 2000-områder side 31 er der anført følgende om fortolkningen af det centrale væsentlighedskrav:

"Hvad der skal forstås som en "væsentlig" påvirkning, kan ikke afgøres efter eget skøn. For det første anvender direktivet udtrykket i en objektiv sammenhæng (dvs. det beskrives ikke på en måde, der tillader skønsmæssig fortolkning). For det andet er en ensartet forståelse af, hvad der menes med "væsentlig", en nødvendig forudsætning for, at Natura 2000 kan fungere som et sammenhængende net.

Udtrykket "væsentlig" skal fortolkes objektivt, men skal samtidig ses i sammenhæng med de særlige træk og miljøforhold, der gør sig gældende for det pågældende område. I denne sammenhæng kan bevaringsmålsætningerne for et område såvel som tidligere eller grundlæggende oplysninger om området være vigtige for en mere nøjagtig identifikation af faktorer, der har betydning for bevaring af området. Nogle af disse oplysninger findes i de data, der ligger til grund for udvælgelsen af området i henhold til direktivets artikel 4 (se afsnit 4.5.3). Medlemsstaterne har måske også adgang til detaljerede bevaringsorienterede forvaltningsplaner for området, som beskriver de forskellige grader af "følsomhed" i det pågældende område.

På denne baggrund er det klart, at hvad der kan påvirke et område væsentligt, ikke nødvendigvis har samme virkninger for et andet område.

Begrebet "væsentlig" skal fortolkes objektivt. Samtidig bør påvirkningens betydning vurderes i relation til de særlige træk og miljøforhold, der gør sig gældende for det område, som berøres af en plan eller et projekt, idet der navnlig tages hensyn til bevaringsmålsætningerne for området.

3.2.4 EU-Domstolen har i overensstemmelse hermed i C-127/02 ("Hjertemuslingedommen") fastslået, at væsentlighedskriteriet hænger nøje sammen med risikoen for skade på områdets bevaringsmålsætning:

"46. Som det fremgår af habitatdirektivets artikel 6, stk. 3, første punktum, sammenholdt med tiende betragtning til direktivet, hænger væsentligheden af den virkning, som en plan eller et projekt, der ikke er direkte forbundet med eller nødvendig for lokalitetens forvaltning, har på en lokalitet, sammen med bevaringsmålsætningen for lokaliteten.

47. Når en sådan plan eller et sådant projekt ikke risikerer at skade bevaringsmålsætningen for en lokalitet, selvom den/det har en virkning derpå, kan planen eller projektet ikke anses for at kunne påvirke den omhandlede lokalitet væsentligt.

48. Når en sådan plan eller et sådant projekt omvendt risikerer at skade bevaringsmålsætningen for den omhandlede lokalitet, skal planen eller projektet nødvendigvis anses for at kunne påvirke lokaliteten væsentligt. I forbindelse med bedømmelsen af de forventede virkninger, der er forbundet med planen eller projektet, skal væsentligheden af virkningerne, som nærmere anført af Kommissionen, bl.a. fastlægges i lyset af den i planen eller projektet omhandlede lokalitets særlige kendetegn og miljømæssige vilkår.

49. Følgelig skal spørgsmål 3 b) besvares med, at det følger af habitatdirektivets artikel 6, stk. 3, første punktum, at når en plan eller et projekt, der ikke er direkte forbundet med eller nødvendig for en lokalitets forvaltning, risikerer at skade bevaringsmålsætningen for lokaliteten, skal planen eller projektet anses for at kunne påvirke denne lokalitet væsentligt. Bedømmelsen af nævnte risiko skal foretages i lyset

af den i en sådan plan eller et sådant projekt omhandlet lokalitets særlige kendetegn og miljømæssige vilkår."

3.3 Særligt om kriteriet for meddelelse af tilladelse på grundlag af en konsekvensvurdering

3.3.1 Artikel 6 (3) opstiller et materielt beslutningskriterium, hvorefter der kun kan gives tilladelse til en plan eller et projekt, når den/det ikke skader "lokalitetens integritet".

3.3.2 I Europa-Kommissionens vejledning om forvaltningen af Natura 2000-områder side 38 er begrebet "lokalitetens integritet" blandt andet beskrevet således (med mine understregninger):

"Hvad angår begrebet "integritet", skal det forstås som en kvalitet eller en tilstand, der indebærer helhed eller fuldstændighed. I en dynamisk økologisk sammenhæng kan ordet også forstås som modstandsdygtighed og evne til udvikling i retning af en gunstig bevaringsstatus.

Som en nyttig definition på "lokalitetens integritet" kan nævnes "sammenhængen i lokalitetens økologiske struktur og funktion for hele arealets vedkommende eller de naturtyper, kombinationer af naturtyper og/eller artsbestande, for hvilke lokaliteten er eller vil blive klassificeret".

Et område kan beskrives som havende en høj grad af integritet, hvis områdets potentiale for at opfylde bevaringsmålsætningerne er realiseret, hvis dets evne til regenerering og fornyelse under dynamiske vilkår er bevaret, og hvis der kun kræves et mindstemål af forvaltningsforanstaltninger til støtte herfor.

Ved bedømmelsen af "lokalitetens integritet" skal der derfor tages hensyn til mange faktorer, herunder muligheden for, at virkningerne kan optræde på kort, mellemlang og lang sigt.

Et områdes integritet omfatter områdets økologiske funktioner. Når det afgøres, om et område påvirkes negativt, skal der kun tages hensyn til bevaringsmålsætningerne for området.

3.3.3 EU-Domstolen har i flere afgørelser også fastslået/uddybet det relevante kriterium, eksempelvis i C-258/11 (Sweetmann) præmis 38-40:

"38. I denne sammenhæng har Domstolen allerede fastslået, at bestemmelserne i habitatdirektivet har til formål, at medlemsstaterne træffer passende beskyttelsesforanstaltninger for at kunne opretholde de økologiske kendetegn i de lokaliteter, hvor der forefindes naturtyper (...).

39. Følgelig kan det deraf sluttes, at den omstændighed, at en lokalitets integritet som naturtype ikke skades i den forstand, hvori begrebet anvendes i habitatdirektivets artikel 6, stk. 3, andet punktum, forudsætter, at lokaliteten opretholdes i en gunstig bevaringsstatus, hvilket indebærer, således som generaladvokaten har anført i punkt 54-56 i forslaget til afgørelse, en varig opretholdelse af de grundlæggende kendetegn ved den berørte lokalitet, der er knyttet til tilstedeværelsen af en naturtype, hvis bevaringsmålsætning har medført, at lokaliteten er blevet udpeget til at blive opført på listen over lokaliteter af fællesskabsbetødning som omhandlet i direktivet."

3.3.4 I Hjertermuslingedommen anførte EU-Domstolen på tilsvarende vis følgende om dette spørgsmål:

"55. Vedrørende spørgsmålet om, under hvilke betingelser, der kan gives tilladelse til en aktivitet som mekanisk fiskeri efter hjertermuslinger, bemærkes, at under hensyn til habitatdirektivets artikel 6, stk. 3, og til besvarelsen af det første spørgsmål, påhviler det de kompetente nationale myndigheder først at tillade en plan eller et projekt, når de ud fra konklusionen på vurderingen af en sådan plan eller et sådant projekts virkninger på den omhandlede lokalitet har sikret sig, at den/det ikke skader lokalitetens integritet.

56. Følgelig kan der kun gives tilladelse til den omhandlede plan eller det omhandlede projekt på betingelse af, at de kompetente nationale myndigheder har opnået vished for, at planen eller projektet ikke har skadelige virkninger for den omhandlede lokalitets integritet.

57. Ligeledes skal den kompetente myndighed afvise at give tilladelse hertil, såfremt der er usikkerhed om, hvorvidt der er skadelige virkninger for lokalitetens integritet forbundet med den påtænkte plan eller det påtænkte projekt."

3.3.5 Det er således efter EU-Domstolens praksis afgørende, om der kan ske skade på områdets integritet/bevaringsmålsætning for området. Meddelelse af en tilladelse til et ansøgt projekt forudsætter således, at det uden rimelig tvivl kan dokumenteres, at der ikke vil ske skade på lokalitetens integritet set i forhold til lokalitetens bevaringsmålsætning.

3.3.6 Dette er imidlertid ikke ensbetydende med, at der ikke må ske skade på et habitatområde, så længe det ikke skader områdets integritet. Det samme vil gælde for skade på andre områder, som ikke kan anses for en prioriteret naturtype, jf. blandt andet C-258/11 (*Sweetmann*) præmis 45-46.

3.4 Særligt om anvendelsen og rækkevidden af forsigtighedsprincippet

3.4.1 Peter Pagh har i artiklen *Forsigtighedsprincippet - fra luftighed til hard law* bragt i U 2003B.153 beskrevet problematikkerne ved forsigtighedsprincippets anvendelse i dansk ret således (med mine understregninger):

"Problemet opstår i to forskellige sammenhænge. For det første når der på grundlag af forsigtighedsprincippet udstedes generelle regler, og for det andet, når en myndighed ved en forvaltningsakt konkret griber ind med henvisning til forsigtighedsprincippet. Berører de generelle regler eller forvaltningsakten EU-regler, må det formentlig forudsættes, at forsigtighedsprincippet anvendes i overensstemmelse med det anførte paradigme. Omsat til praktiske konsekvenser kan en myndighed derfor kun påberåbe sig forsigtighedsprincippet ved en senere retlig prøvelse, hvis myndigheden godtgør, at de anførte betingelser for at anvende princippet er opfyldt. Myndigheden skal derfor kunne fremlægge den risikovurdering, der dannede grundlag for indgrebet. Hertil kræves dels en angivelse af den acceptable risiko, dels at de videnskabelige data, der dannede grundlag for beslutningen, var så udtømmende som muligt. Endelig kræves, at der er sket en forudgående cost/benefit-vurdering og iværksat supplerende videnskabelige undersøgelser. Er disse betingelser omvendt opfyldt, bevirker det en lempelse af proportionalitetstesten, hvorimod det ikke lemper legalitetskravet. Både med og uden forsigtighedsprincippet skal et indgreb have hjemmel."

Peter Pagh har i samme artikel sammenfattet EU-Domstolens krav til anvendelsen af forsigtighedsprincippet således:

"De nyere domme viser, at brug af forsigtighedsprincippet både stiller krav til fremgangsmåde og vidensgrundlag. Den første fase, risikovurderingen, omfatter tre led, dels en identificering af risici, dels en stilling til acceptabelt risikoniveau og endelig en videnskabelig vurdering af risici, der skal være så udtømmende som muligt. I anden fase risikostyring stilles ligeledes krav om, at de valgte forholdsregler er funderet i videnskabelig viden så udtømmende som muligt, hvilket suppleres af to krav til fremgangsmåden. Dels skal de valgte indgreb være baseret på en cost-benefit-vurdering, dels skal der følges op med supplerende undersøgelser. Dette udelukker ikke hasteforanstaltninger, hvor det videnskabelige oplysningsgrundlag grundet omstændighederne er begrænset, men det synes også i disse tilfælde forudsat, at der er videnskabelige data, og at den anførte fremgangsmåde er fulgt."

3.4.2 I Hjertemuslingedommen, der generelt udlægges som en skærpelse af EU-Domstolens hidtidige praksis, udtalte domstolen følgende om anvendelsen af forsigtighedsprincippet i relation til artikel 6 (3) vurderingen:

"57. Ligeledes skal den kompetente myndighed afvise at give tilladelse hertil, såfremt der er usikkerhed om, hvorvidt der er skadelige virkninger for lokalitetens integritet forbundet med den påtænkte plan eller det påtænkte projekt.

58. Det skal i den sammenhæng fastslås, at forsigtighedsprincippet er indeholdt i det kriterium for at opnå tilladelse, der er fastsat i habitatdirektivets artikel 6, stk. 3, andet punktum (jf. dom af 5.5.1998, sag C-157/96, National Farmers' Union m.fl., Sml. I, s. 2211, præmis 63), og kriteriet giver mulighed for effektivt at forebygge beskadigelser af beskyttede lokaliteters integritet, der skyldes påtænkte planer eller projekter. Et kriterium for at opnå tilladelse, der var mindre strengt end det her omhandlede, ville ikke ligeså effektivt kunne sikre realiseringen af målsætningen om beskyttelse af de lokaliteter, som bestemmelsen vedrører.

59. Ifølge habitatdirektivets artikel 6, stk. 3, giver de kompetente nationale myndigheder således kun tilladelse til en aktivitet som mekanisk fiskeri efter hjertemuslinger på betingelse af, at de, ud fra konklusionen på vurderingen af denne aktivitets virkninger på den omhandlede lokalitet under hensyn til bevaringsmålsætningen for denne, har opnået vished for, at aktiviteten ikke har skadelige virkninger for denne lokalitets integritet. Dette er tilfældet, når det ud fra et videnskabeligt synspunkt uden rimelig tvivl kan fastslås, at der ikke er sådanne virkninger..."

3.4.3 Den retningsgivende praksis fra EU-Domstolen om dette spørgsmål omfatter derudover blandt andet EU-Domstolens afgørelser i sagerne C-258/11 (*Sweetmann*), C-399/14 (*Grüne Liga Sachsen*) og C-521/12 (*T.C. Briels*),

I C-521/12 (*T.C. Briels*) er det således anført om forsigtighedsprincippet, at:

"26. Der skal således for det første henvises til, at myndigheden skal afvise at give tilladelse til en plan eller et projekt, når der er usikkerhed om, hvorvidt der vil være virkninger, der skader den pågældende lokalitets integritet, idet det kriterium for at give tilladelse, der er fastsat i habitatdirektivets artikel 6, stk.

3, andet punktum, integrerer forsigtighedsprincippet og gør det muligt effektivt at forebygge, at beskyttede lokaliteters integritet skades som følge af påtænkte planer eller projekter. (...).

28. Anvendelsen af forsigtighedsprincippet i forbindelse med gennemførelsen af habitatdirektivets artikel 6, stk. 3, kræver derfor af den kompetente nationale myndighed, at den vurderer projektets virkninger på den omhandlede Natura 2000-lokalitet i betragtning af bevaringsmålsætningen for denne lokalitet og under hensyntagen til de beskyttelsesforanstaltninger, som er integreret i det pågældende projekt, med henblik på at undgå eller reducere eventuelle skadelige virkninger, der direkte er forårsaget af dette, for at sikre, at det ikke skader den nævnte lokalitets integritet."

I C-399/14 (*Grüne Liga Sachsen*) har EU-Domstolen i præmisserne uddybet rammerne for anvendelsen af forsigtighedsprincippet således:

"48. Indledningsvis bemærkes, at habitatdirektivets artikel 6, stk. 3, integrerer forsigtighedsprincippet og gør det muligt effektivt at forebygge, at beskyttede lokaliteters integritet skades som følge af påtænkte planer eller projekter. Et mindre strengt kriterium for at give tilladelse ville ikke lige så effektivt kunne sikre realiseringen af målsætningen om beskyttelse af de lokaliteter, som bestemmelsen vedrører (dom *Briels m.fl.*, C-521/12,

49. Ifølge fast retspraksis indebærer den passende vurdering af en plans eller et projekts indvirkninger på den pågældende lokalitet, som skal være foretaget i henhold til den nævnte artikel 6, stk. 3, at alle de aspekter af den omhandlede plan eller det omhandlede projekt, som i sig selv eller i forbindelse med andre planer eller projekter kan påvirke bevaringsmålsætningen for denne lokalitet, skal identificeres under hensyn til den bedste videnskabelige viden på området (...).

50. Vurderingen i henhold til habitatdirektivets artikel 6, stk. 3, må ikke medføre lakuner og skal indeholde fuldstændige, præcise og endelige konstateringer og konklusioner, der kan fjerne enhver rimelig videnskabelig tvivl for så vidt angår virkningerne af de arbejder, som var påtænkt i den pågældende beskyttede lokalitet (dom *Briels m.fl.*, C-521/12, EU:C:2014:330, præmis 27)."

I EU-Domstolens afgørelse i sagen C-258/11 (*Sweetmann*) præmis 44 er det om anvendelsen af forsigtighedsprincippet tilsvarende anført, at "den ikke må medføre lakuner, og den skal indeholde fuldstændige, præcise og endelige konstateringer og konklusioner, der kan fjerne enhver rimelig videnskabelig tvivl for så vidt angår virkningerne af de arbejder, der er påtænkt i den berørte beskyttede lokalitet."

3.4.4 Det centrale kriterium i henhold til EU-Domstolens praksis er således, at det ud fra et videnskabeligt synspunkt uden rimelig tvivl kan fastslås, at projektet ikke vil medføre skade på lokalitetens integritet set i forhold til bevaringsmålsætningen herfor.

Det betyder, at enhver skadelig virkning ikke fuldstændigt skal kunne udelukkes.

4. DEN DANSKE IMPLEMENTERING AF HABITATDIREKTIVET

- 4.1 Habitatdirektivets artikel 6 (Rådets direktiv 92/43/EØF af 21. maj 1992) er implementeret i dansk ret ved habitatbekendtgørelsens § 6.¹

Habitatbekendtgørelsens § 6, stk. 1 og stk. 2 er sålydende:

§ 6. Før der træffes afgørelse i medfør af de bestemmelser, der er nævnt i § 7, skal der foretages en vurdering af, om projektet i sig selv, eller i forbindelse med andre planer og projekter, kan påvirke et Natura 2000-område væsentligt. De projekter, der omfattes af kravet om vurdering, er projekter som ikke direkte er forbundet med eller nødvendige for Natura 2000-områdets forvaltning.

Stk. 2. Hvis myndigheden vurderer, at projektet kan påvirke et Natura 2000-område væsentligt, skal der foretages en nærmere konsekvensvurdering af projektets virkninger på Natura 2000-området under hensyn til bevaringsmålsætningen for det pågældende område. Viser vurderingen, at projektet vil skade det internationale naturbeskyttelsesområde, kan der ikke meddeles tilladelse, dispensation eller godkendelse til det ansøgte.

- 4.2 Det kan ved en sammenlignende læsning af henholdsvis habitatdirektivet og habitatbekendtgørelsen konstateres, at den danske implementering ikke er sprogligt overensstemmende med habitatdirektivet. Dette skyldes, at begrebet "lokalitetens integritet" ikke ses gentaget i habitatbekendtgørelsen. Det er efter habitatbekendtgørelsen derimod afgørende, om projektet vil skade det internationale naturbeskyttelsesområde, jf. bekendtgørelsens § 6, stk. 2.

Denne forskel kan muligvis have betydning for danske myndigheders anvendelse og forvaltning af reglerne.

5. NATUR- OG MILJØKLAGENÆVNETS PRAKSIS

5.1 Indledning

Gennemførelsen af habitatdirektivets artikel 6 (3) i dansk ret forudsætter, at den danske administration af reglerne som implementeret ved habitatbekendtgørelsen fortolkes og anvendes i overensstemmelse med EU-Domstolens fortolkning og anvendelse af reglerne.

Det skal også sammenholdes med, at det i C-127/02 (*Waddenzee*) blev fastslået, at artikel 6 (3) har direkte effekt.

5.2 Natur- og Miljøklagenævnets anvendelse af væsentlighedskriteriet

- 5.2.1 Det følger af både habitatdirektivets artikel 6 (3) og habitatbekendtgørelsens § 6, stk. 2, at alene væsentlige påvirkninger af et Natura 2000-område skal udløse krav om en konsekvensvurdering.

¹ Bekendtgørelse om udpegning og administration af internationale naturbeskyttelsesområder samt beskyttelse af visse arter (BEK nr. 188 af 26/02/2016)

5.2.2 Miljøklagenævnets afgørelse af den 29. marts 2011 vedrørende Kongsnæs Havbrug (optrykt i MAD 2010.614MKN) synes at angå en situation, hvor reglerne blev anvendt uden iagttagelse af væsentlighedskriteriet.

Det daværende Storstrøms Amt havde i sagen givet tilladelse til et havbrug til en forøget kvælstofudledning fra 15,9 til 17,0 tons. Havbruget var beliggende i Grønsund nær et Natura 2000-område. Den forøgede kvælstofudledning ville udgøre 1 ‰ af nettotransporten af totalkvælstof i overfladevandet gennem Grønsund.

Denne forøgelse accepterede Miljøklagenævnet imidlertid ikke og ændrede dermed tilladelsen med blandt andet det vilkår, at der alene blev tilladt en kvælstofudledning i det hidtidige niveau (dvs. 15,9 tons). Miljøklagenævnet begrundede blandt andet sit resultat således:

"Det fremgår af amtets VVM-screening af ansøgningen om en udvidelse af Kongsnæs, at den med tilladelsen øgede kvælstofudledning på 1,1 ton i havbrugets produktionsperiode udgør 1 ‰ i forhold til nettotransporten af totalkvælstof i overfladevandet gennem Grønsund, samt at det er meget lidt sandsynligt, at der i produktionsperioden sker en nævneværdig transport af kvælstof fra havbruget på tværs af sundet og ind mod det tilstødende Natura 2000-område.

I det foreliggende tilfælde må flertallet imidlertid konstatere, at målsætningen for det meget nærtliggende internationale beskyttelsesområde ikke er opfyldt, samt at årsagen hertil netop er den type næringsstofforurening, som ansøgningen omhandler. I forbindelse med behandling efter miljøbeskyttelsesloven af en udvidelse af udledningerne fra en så stor lokal punktkilde, som havbruget udgør, bør den mulige påvirkning fra både projektet i sig selv og i forbindelse med andre (eksisterende) projekter vurderes på baggrund af en egentlig dokumentation af konkrete forhold. Før der gives tilladelse til en udvidelse bør der således foreligge undersøgelser som viser, at det ud fra et videnskabeligt synspunkt uden rimelig tvivl kan fastslås, at projektet ikke har skadelig virkning på det internationale naturbeskyttelsesområdes integritet.

Uanset at strømretningen er langs kysten, må det efter flertallets opfattelse dog forudses, at der stedvis opstår strømlæ med afbøjninger af næringsstoffoldigt vand fra havbruget ind mod det internationale naturbeskyttelsesområde, eller at særlige vindforhold kan give afdrift af vandstrømme ind mod kysten. (...)

Flertallet finder, at en øgning af rammen for kvælstof fra Kongsnæs Havbrug - der har vækstburene placeret relativt kystnært og kun 58 meter fra afgrænsningen af det internationale naturbeskyttelsesområde - kan give anledning til, at forekomsten i beskyttelsesområdet af ovennævnte forureningsindikatorer fremmes.

(...)

Det kan således ikke uden rimelig tvivl fastslås, at enhver yderligere tilførsel af næringsstoffer ikke vil påvirke opretholdelsen af en gunstig bevaringsstatus for de beskyttede naturtyper negativt. Flertallet finder derfor ikke, at der kan meddeles tilladelse til en øgning af udledningen af næringsstoffer fra Kongsnæs Havbrug på det foreliggende grundlag. Flertallet finder herefter, at tilladelsens vilkår bør ændres således, at udledningen af næringsstoffer fra havbruget pr. kalenderår ikke øges i forhold til det hidtidige niveau på 15,9 ton kvælstof og 1,7 ton fosfor."

Forud for Miljøklagenævnets behandling af sagen havde det daværende Naturklagenævn i samme sag taget stilling til amtets afgørelse om, at projektet ikke var VVM-pligtigt: I den sag anførte Naturklagenævnet bl.a. følgende:

"Habitatreglerne gælder ved siden af VVM-reglerne og angiver en særlig målrettet og skærpet vurdering, når der er tale om risiko for påvirkning af et habitatområde. Ved VVM-screeningen, der bl.a. skal forholde sig til den påvirkning af habitatområdet, som den øgede udledning medfører, skal der derfor tages hensyn til habitatreglerne. Hvis amtet ikke kan udelukke, at projektet vil påvirke den udpegede lokalitetsgunstige bevaringsstatus væsentligt, er der således i VVM-reglernes forstand tale om, at projektet må antages at kunne få væsentlig indvirkning på miljøet, hvilket ifølge samlebekendtgørelsens § 3, stk. 2, udløser krav om VVM-undersøgelse.

Naturklagenævnet tager ved sagens vurdering i relation til habitatreglerne udgangspunkt i, at det ikke i forbindelse med en screening kan kræves, at der foretages en undersøgelse i relation til alle de faktorer, der kan indgå i en proces. Vurderingerne af de konkrete forhold må baseres på almen kendt viden om de pågældende forhold og beslægtede sager. En dyberegående undersøgelse skal foretages, når der er konkrete, faktuelle indikationer for risiko.

Storstrøms Amt har vurderet projektet på baggrund af eksisterende viden om miljøtilstanden i de omhandlede beskyttede havområder og ud fra kendskab til de pågældende beskyttede arter. Amtet har herved vurderet, at udledningen ikke vil indebære en væsentlig påvirkning af de arter og naturtyper, som indgår i udpegningsgrundlaget for naturbeskyttelsesområdet.

På baggrund af ovenstående er det Naturklagenævnets opfattelse, at Storstrøms Amt ud fra kriterierne i samlebekendtgørelsens bilag 3, har foretaget en faglig vurdering af det ansøgte projekts indvirkning på miljøet, der opfylder samlebekendtgørelsens krav. Amtet har i den forbindelse samtidig redegjort for, at merbelastningen som følge af udvidelsen i henhold til habitatdirektivet ikke er væsentlig. Naturklagenævnet finder ikke anledning til at betvivle, at de foretagne undersøgelser og vurderinger, som amtet har lagt til grund ved afgørelsen, er tilstrækkelige også i relation til habitatreglerne.

Naturklagenævnet finder herefter ikke grundlag for at tilsidesætte amtets faglige vurdering af ændringen og dermed heller ikke amtets afgørelse om, at projektet ikke er VVM-pligtigt.

Der kan på denne baggrund ikke gives medhold i klagen, og Storstrøms Amts screeningsafgørelse af 3. april 2005 står derfor ved magt."

Miljøklagenævnets afgørelse i sagen afspejler, at nævnet helt har bortset fra væsentlighedskravet i relation til vurderingen af sagen.

Denne undladelse forekommer at være udslagsgivende for nævnets afgørelse i sagen, der tillige var i modstrid med Naturklagenævnets forudgående vurdering af det samme spørgsmål.

Såfremt nævnet havde anvendt væsentlighedskriteriet i overensstemmelse med direktivets bestemmelser og EU-Domstolens praksis, ville nævnet overvejende sandsynligt være nået frem til, at projektet ikke ville eller

kunne indebære nogen væsentlig påvirkning af lokalitetens integritet/bevaringsmålsætning henset til merudledningens bagatelagtige karakter.

Afgørelsen er således efter vores vurdering meget vidtgående og uforenelig med det EU-retlige grundlag.

5.3 Natur- og Miljøklagenævnets fortolkning af begrebet "skade", herunder ved anvendelse af forsigtighedsprincippet

5.3.1 Det er som anført ovenfor efter EU-Domstolens praksis afgørende, om der kan ske skade på områdets integritet/bevaringsmålsætning for området.

Meddelelse af en tilladelse til et ansøgt projekt forudsætter således, at det uden rimelig tvivl kan dokumenteres, at der ikke vil ske skade på lokalitetens integritet set i forhold til lokalitetens bevaringsmålsætning.

5.3.2 Der findes enkelte afgørelser fra Natur- og Miljøklagenævnet, der indikerer, at nævnet i denne henseende har foretaget en mere restriktiv vurdering eller fortolkning af det centrale "skade"-begreb, end der er grundlag for i direktivet og EU-Domstolens praksis.

De pågældende afgørelser afspejler efter vores opfattelse, at nævnet - fremfor at anvende kriteriet om mulig skade på lokalitetens integritet/bevaringsmålsætning - har meddelt afslag på projekter med henvisning til et "nul-tolerance" kriterium, hvorefter enhver påvirkning eller risiko for påvirkning af et Natura 2000-område medfører, at der gives afslag på det pågældende projekt eller den pågældende plan.

Dette har sammenhæng med nævnets anvendelse af forsigtighedsprincippet, der i de pågældende tilfælde forekommer mere vidtgående end EU-Domstolens praksis tilsiger.

Det er tilfældet i nævnets afgørelser af henholdsvis 9. januar 2013 vedrørende Langsand Laks (optrykt i MAD 2013.387NMK og 23. december 2014 vedrørende Endelave Havbrug (optrykt i MAD 2014.519NMK).

5.3.3 I Natur- og Miljøklagenævnets afgørelse af 9. januar 2013 vedrørende Langsand Laks (optrykt i MAD 2013.387NMK) ophævede nævnet en miljøgodkendelse for et saltvandsdambrug, da der ifølge nævnet ikke forelå den fornødne videnskabelige sikkerhed for, at spildevandsudledningen fra det pågældende dambrug ikke kunne have skadelige virkninger på vilde laks i omkringliggende Natura 2000-områder på grund af duftpåvirkning. I afgørelsen udtalte nævnet blandt andet følgende om forsigtighedsprincippets anvendelse:

"Om anvendelsen af forsigtighedsprincippet fremgår af Habitatvejledningen bl.a., at princippet indebærer, at hvis der er videnskabelig tvivl om skadevirkninger, dvs. at skade ikke kan udelukkes, skal denne tvivl komme Natura 2000-området til gode. Hensynet til de udpegede områder skal vægtes højest. Videre fremgår, at forsigtighedsprincippet f.eks. anvendes i tilfælde, hvor videnskabelige oplysninger er ufuldstændige, foreløbige eller usikre samt i tilfælde, hvor en foreløbig videnskabelig vurdering viser, at der er risiko for eventuelle skadelige indvirkninger på arter eller naturtyper."

Natur- og Miljøklagenævnet anvendte herefter forsigtighedsprincippet i sagen således (med mine understregninger):

"Natur- og Miljøklagenævnet finder ikke, at det ud fra det oplyste i sagen med den fornødne videnskabelige sikkerhed kan konkluderes, at udskillelse af feromoner fra [virksomhed1] ikke kan have skadelige virkninger på Skjern Å-Laksen, der er en del af udpegningsgrundlaget i de nærliggende habitatområder nr. 68 og 69.

Nævnet bemærker i den sammenhæng, at vilkår 14 i miljøgodkendelsen ikke sikrer, at der ikke sker en påvirkning af laksen ved udledning af feromoner, dels da der er en formodning for, at udskillelse af feromoner vil ske og dels, da vilkåret alene sikrer hjemmel til indgriben, når der er sket (en potentielt skadelig) udledning af feromoner fra anlægget. (...). Nævnet er herudover enig med DTU Aqua i, at Ringkøbing-Skjern Kommune som tilsynsmyndighed vil have vanskeligt ved at måle og dokumentere en negativ effekt af udledning af feromoner fra [virksomhed1], hvilket er forudsætningen for indgriben efter vilkåret.

Nævnet lægger i øvrigt på baggrund af DTU Aquas bemærkninger til grund, at etablering af en buffertank ikke vil medføre, at feromoner fjernes fra vandet, ligesom den vil medføre en væsentlig større udledning i det tidsrum, som udledningen varer, hvilket sandsynligvis vil have en endnu større lokkevirkning på indvandrende laks. Nævnet finder således, at etablering af en buffertank ikke er et egnet middel til at sikre, at det ansøgte ikke vil skade det internationale naturbeskyttelsesområde.

Natur- og Miljøklagenævnet har ikke kendskab til, at der er gennemført undersøgelser eller forsøg, der generelt belyser konsekvenserne for laksens vandring via migrationsruterne til gydebankerne ved etablering af dambrug, der som følge af lakseproduktion udleder feromoner. Nævnet finder at måtte lægge til grund, at den naturfaglige viden på dette område er begrænset.

I den sammenhæng bemærkes, at konklusionerne i den fremsendte rapport fra NIVA er udledt på baggrund af studier med et andet sigte, og derfor må anses for at være usikre i forhold til den i sagen rejste problemstilling."

- 5.3.4 Natur- og Miljøklagenævnets afgørelse vedrørende Endelave Havbrug angik en ansøgning om miljøgodkendelse af et nyt havbrug syd for Endelave. Dette havbrug ville blive placeret ca. 1,3 km syd for habitatområde H52 (Horsens Fjord). Ansøgningsmaterialet indeholdt en række beregninger, der var baseret på fuldskalaproduktion i havbruget samt fuld kompensation primært ved produktion af blåmuslinger i Horsens Fjord-området på tre etablerede muslingeopdrætsanlæg, som alle var placeret uden for Natura 2000-området.

På denne baggrund havde Miljøstyrelsen i maj 2014 meddelt miljøgodkendelse og VVM-tilladelse til havbruget med en årlig produktion på op til 2105 tons regnbueørreder. Denne afgørelse blev senere påklaget til Natur- og Miljøklagenævnet.

Nævnet ophævede Miljøstyrelsens miljøgodkendelse og VVM-tilladelse med den begrundelse, at det ikke med sikkerhed kunne udelukkes, at etableringen af havbruget kunne skade et nærliggende Natura 2000-område. Dette begrundede nævnet blandt andet således:

"Natur- og Miljøklagenævnet skal bemærke, at det med vurderingen efter habitatbekendtgørelsens § 7 skal kunne udelukkes, at Natura2000-område nr. 56 kan lide skade ved etablering af Endelave Havbrug"

5.3.5 Det er vores vurdering, at Natur- og Miljøklagenævnets anvendelse af forsigtighedsprincippet i de nævnte afgørelser er for vidtgående.

EU-Domstolens praksis fastslår således alene, at det ud fra et videnskabeligt synspunkt uden rimelig tvivl skal kunne fastslås, at projektet ikke vil medføre skade på lokalitetens integritet set i forhold til bevaringsmålsætningen herfor.

Den ovenfor anførte praksis fra nævnet medfører en skærpelse i forhold til dette kriterium, da nævnet synes at forudsætte, at en skade skal kunne udelukkes.

Denne vidtgående anvendelse af forsigtighedsprincippet indebærer reelt, at der opereres med dokumentationskrav og detaljeringsgrader, der er umulige at opfylde i de tilfælde, hvor der måtte eksistere en videnskabelig tvivl om en mulig påvirkning/skadevirkning.

Afgørelserne medfører således, at der reelt indføres et nul tolerance-krav i relation til mulige skadevirkninger.

Endvidere indikerer den nævnte praksis, at enhver mulig negativ påvirkning af et habitatområde - i modsætning til lokalitetens integritet - medfører meddelelse af afslag på ansøgte projekter om etablering af havbrug, uanset om projektet i øvrigt måtte kunne have negative påvirkninger i forhold til områdets bevaringsmålsætning.

Der er fra EU-Domstolen netop også blevet lagt vægt på, at forsigtighedsprincippet ikke skal anses for en skønsmæssig ramme til holdningsbaserede eller vilkårlige vurderinger.

Det er på baggrund af det anførte vores vurdering, at de nævnte afgørelser formentlig ikke er i overensstemmelse med de af EU-Domstolen fastsatte krav til administrationen af artikel 6 (3), herunder ved anvendelsen af forsigtighedsprincippet.