

LETT

5. december 2011

Lett Advokatfirma

Rådhuspladsen 4

1550 København V

Tlf. 33 34 00 00

Fax 33 34 00 01

Adv. René Offersen

J.nr. 255855-LGR

KÆRESKRIFT

Til Højesteret

I sagen

Landsforeningen for Bedre Miljø
Bygaden 29
4320 Lejre

på egne vegne og som mandatar for

1. Anders Kristensen Bundgaard
 2. Kent Klemmensen
 3. Hans Svanholm
 4. Dankward Eichhorn Nielsen
 5. Lene Rix Flarup
 6. Mogens Bagger
 7. Harriet Kirsebom
- (Advokat René Offersen)

mod

Miljøministeriet
Højbro Plads 4
1200 København K
(Advokat Karsten Hagel-Sørensen)

påkæres Vestre Landsrets kendelse af 29. august 2011, for så vidt angår afgørelsen om ikke at tillægge søgsmålet opsættende virkning. Procesbevillingsnævnet har 23. november 2011 meddelt tilladelse til kæremålet.

I forhold til landsrettens betegnelse af parter er Ole Olsen udgået, da han efter landsrettens kendelse har hævet retssagen for sit vedkommende.

For Højesteret nedlægger appellanterne følgende påstand:

Den af appellanterne ved Vestre landsret anlagte retssag tillægges opsættende virkning, således at det forbydes staten at foretage fysiske indgreb med henblik på gennemførelse af lov nr. 647 af 15. juni 2010 om et testcenter for store vindmøller ved Østerild som ændret ved lov nr. 159 af 1. marts 2011, såfremt det fysiske indgreb påvirker det af loven omfattede område, herunder de faste ejendomme beliggende Blovsgårdsvej 10, Gl. Aalborgvej 11 og 16, Røgildvej 11, Klitvejen 91 og Bredlundvej 22 og 32, 7741 Frøstrup.

1. Betingelserne for opsættende virkning

Vestre Landsrets afgørelse af 29. august 2011 om ikke at tillægge søgsmålet opsættende virkning er begrundet i kendelsen, siden 27-28.

Landsrettens afgørelse beror på en afvejning på grundlag af parternes interesser og grundlaget på påstandene, jf. Domstolens dom af 13. marts 2007, C-432/05, *Unibet (London Ltd) og Unibet (International) Ltd mod Justitiekanslern*.

Der kan i øvrigt herom henvises til gengivelsen af Miljøministeriets synspunkter i kendelsen, side 20-21.

2. Rimeligt grundlag for appellanternes påstande

Vestre Landsret anfører ved sin afvejning, at efter den foreløbige behandling af spørgsmålet om de foretagne vurderinger af testcenterets påvirkning af de omkringliggende naturområder "*kan det ikke udelukkes*", at disse ikke lever op til kravene i habitatdirektivets artikel 6, stk. 3.

Vestre Landsrets udformning af præmisserne om artikel 6, stk. 3, er i sig selv bemærkelsesværdig, men det burde anderledes tydeligt være anført, at det allerede efter en foreløbig behandling af spørgsmålene må anses for overvejende sandsynligt, at kravene efter direktivets artikel 6, stk. 3, ikke er opfyldt.

2.1 Fortolkningen af artikel 6, stk. 3

Således som Domstolen i sin praksis har fortolket habitatdirektivets artikel 6, stk. 3, gælder der et forsigtighedsprincip, hvorefter der er risiko for, at en plan kan

påvirke et Natura 2000-område væsentligt, hvis det ikke på grundlag af objektive omstændigheder tilvejebragt før projektets vedtagelse kan udelukkes, at dette vil være tilfældet. Der skal ved vurderinger efter habitatdirektivets artikel 6, stk. 3, anvendes bedste videnskabelig viden. Den relevante praksis fra EU-Domstolen fremgår af kendelsen, side 11-12.

Der kan i øvrigt henvises til Miljøministeriets svarskrift af 19. oktober 2011, afsnit 2.2.

2.2 Faktum om artikel 6, stk. 3

Som det fremgår af kendelsen, side 3, vil testcentret for store vindmøller ligge omgivet af habitatområder udlagt i henhold til habitatdirektivet. Natura 2000-områder efter habitatdirektivet omfatter blandt andet de særligt beskyttede områder, som medlemsstaterne har udlagt i medfør af fuglebeskyttelsesdirektivet, jf. habitatdirektivets artikel 3, stk. 1.

Den af Orbicon/Leif Hansen A/S forud for testcenterlovens vedtagelse udarbejdede VVM-redegørelse (bilag 18) indeholder på side 63 et illustrativt kort udvisende testcentrets placering i forhold til habitatområder.

For Højesteret vil appellanterne fokusere på, at Miljøministeriet ikke har tilvejebragt dokumentation for, at testcentret ikke vil påvirke habitatområder udlagt efter fuglebeskyttelsesdirektivet væsentligt. Det fremgår af VVM-redegørelsen, side 66-69, hvilke beskyttede vilde fugle der indgår i udpegningsgrundlaget for områderne omkring testcentret.

Miljøministeriets dokumentation for opfyldelse af habitatdirektivets artikel 6, stk. 3, skal grundlæggende findes i VVM-redegørelsen. Arbejdet med VVM-redegørelsen blev iværksat i oktober 2009 og afsluttet med offentliggørelse den 7. januar 2010.

Det er tydeligt, at den af Orbicon/Leif Hansen A/S udarbejdede VVM-redegørelse ikke beviser, at kravene efter habitatdirektivets artikel 6, stk. 3, er opfyldt. Under overskriften "*Manglende viden og anbefalinger*" anføres følgende i VVM-redegørelsen, side 185:

"Fugleliv

Mulig risiko for fuglekollisioner med vindmøller og målemaster. Der vil blive rejst møller på op til 250 meters totalhøjde eller ca. 100 meter højere end hidtil gennemførte vindmølleprojekter i Danmark. For disse højder og

danske forhold vides det ikke konkret, hvor udsatte rovfugle som for eksempel havørne vil være og heller ikke, hvor intensivt fugletrækket er i disse højder. Det kan derfor ikke med sikkerhed vurderes hvor mange kollisioner, der vil kunne forekomme.

Fugleadfærd i forhold til de store vindmøller, herunder undvigeadfærd, afskæring fra fødeområder osv., er ikke kendt for vindmøller af denne størrelse. Der anbefales etablering af et detaljeret overvågningsprogram, se nedenfor."

Og senere anføres under overskriften "Overvågning" følgende i VVM-redegørelsen, side 187:

"Fugle

Der mangler viden i forhold til flere potentielle problemområder. Det drejer sig primært om faren for kollisioner med områdets havørne samt med trækkende fugle. Det anbefales derfor, at der udvikles og gennemføres et grundigt monitoringsprogram der kan indsamle viden om disse forhold parallelt med, at de nye kæmpemøller testes.

Dette program bør som minimum omfatte automatisk registrering af fuglekollisioner ved et udvalg af møller (f.eks. i form af infrarød styrede kameraer) og hyppig afsøgning af området under møllerne for døde og sårede fugle.

Herved vil det blandt andet kunne afgøres, om det forhold at møllerne rækker væsentlig højere op, betyder problemer i forhold til trækkende fugle. Hvis det er tilfældet, vil denne viden kunne benyttes, hvis fremtidige meget store møller skal opstilles på land. I forhold til havørne, vil et monitoringsprogram blandt andet kunne tilvejebringe viden der kan bruges til at forstå hvordan havørne reagerer på meget store møller under danske forhold."

VVM-redegørelsen var i offentlig høring indtil 5. marts 2010. Redegørelsen blev mødt med stor kritik af det faglige indhold i de 140 høringssvar, der indkom i høringsfasen. Samtlige danske grønne organisationer samt Skovrådet og Vildtforvaltningsrådet frarådede etableringen af vindmøller i Østerild.

Miljøministeriets høringsnotat fra VVM-redegørelsen er fremlagt som bilag 22. Dette viser, hvor kritiske høringssvarene er.

Dansk Ornitologisk Forening udtalte sig kritisk i sit høringssvar af 3. marts 2010 (bilag 20). DOF fremdrog blandt andet, at der ikke er foretaget "nogen som helst konkret undersøgelse af fuglenes trækbevægelse over testcentrets projektområde", selvom testcentret skal placeres tæt ved "nogle af Danmarks vigtigste Natu-

ra 2000-områder med fugleforekomster af international betydning." DOF fremhævede:

"Den endnu igangværende VVM-høring er baseret på en forhastet og stærkt mangelfuld rapport, og der savnes fuldstændigt forundersøgelser til dokumentation og belysning af konsekvenserne for de trækkende fugle i området. VVM-redegørelsen mangler fx konsekvensvurdering af de høje lysmaster, der skal markere rækken af 250 meter høje vindmøller, og hvad der er endnu mere bekymrende, så er der ikke foretaget nogen som helst konkret undersøgelse af fuglenes trækbevægelser over testcentrets projektområde. Dette på trods af, at vindmøllerne ønskes placeret ganske nær nogle af Danmarks vigtigste Natura 2000-områder med fugleforekomster af international betydning.

...

I forhold til fugleinteresserne i området er DOF især bekymret over de store usikkerheder, der er med hensyn til den betydelige kollisionsrisiko med trækkende fugle, herunder især med gæs, svaner, traner og store rovfugle som fx Havørn og Kongeørn, der sandsynligvis er under etablering som ynglefugle i Thy. Den lokale forekomst af den fåtallige og sårbare skandinaviske bestand af tajgasædgæs forekommer hyppigt overflyvende og rastende i netop dette område. I Østerild Klitplantage yngler 5 % (25 par) af den danske bestand af natravne (bilag 1-art), 2-3 par hedelærker (bilag 1-art) og 3-4 par duehøge".

Blandt høringssvarene var også Danmarks Miljøundersøgelses, Aarhus Universitet, høringssvar af 5. marts 2010 (bilag 19). Dette høringssvar skal det fra generelle synspunkter fremhæves, at VVM-redegørelsen kritiseres for at være udarbejdet uden feltstudier af fuglenes flyvekorridorer i lokalområder, og at det *"dermed er det ikke muligt at vurdere kollisionsrisikoen for fuglearterne i udpegningsgrundlaget for EF fuglebeskyttelsesområderne"*, ligesom der efter høringssvaret savnedes viden om risikoen for kollision mellem møller og fugle som havørne, traner og trækkende fugle. Høringssvaret er kritisk over for VVM-redegørelsen, idet der efter DMU's opfattelse burde have været gennemført undersøgelser omfattende f.eks. svaner, gæs, havørne, traner, nattrækkende fugle og flagermus, inden der blev taget endelig stilling til placeringen.

Appellanterne tillægger DMU's høringssvar betydning. Det gjorde Miljøministeriet tilsyneladende også inden vedtagelsen af loven, for høringssvaret fik staten til at indhente notat af 7. maj 2010 (bilag 36).

Danmarks Miljøundersøgelser, Aarhus Universitet, har i notat af 7. maj 2010 konkluderet, at der som følge af risiko for påvirkning burde gennemføres yderligere undersøgelser. Der henvises herom til det vigtige afsnit fra notatet gengivet i kendelsen, side 12-13.

I stedet for at afkræfte risiko for påvirkning af fugle omfattet af udpegningsgrundlaget giver DMU's notat af 7. maj 2010 tværtimod belæg for antagelse om, at vindmøllerne vil forårsage potentielt store kollisionsrisici for blandt andet traner, gæs, havørne og svaner. DMU's notat indeholder, side 20, følgende udtalelse vedrørende beskyttede fugle:

"Fugle på fourageringstræk eller andre lokale bevægelser

De foreslåede vindmølleplaceringer ligger uden for lokalområdets fuglebeskyttelsesområder, men vi mangler viden omkring de rastende fugles træk-korridorer mellem EF-Fuglebeskyttelsesområderne (især F20) og det om-givende agerland. Dette vanskeliggør en sikker vurdering af kollisionsrisici for disse arter (bl.a. traner, gæs, havørne og svaner), hvoraf flere er med i områdenes udpegningsgrundlag, men potentielt kunne kollisionsrisici væ-re stor for disse arter"

Bortset fra, at Miljøministeriet for Højesteret må forventes at fremdrage eventuel anden relevant dokumentation efter artikel 6, stk. 3, angående beskyttede fugle omfattet af udpegningsgrundlaget, kan der henvises til bilag 64, der viser bilagsbetegnelsen for de dokumenter, som Miljøministeriet i bilag 38, bilag 1, har angivet som værende en del af dokumentationen. Blandt de af Miljøministeriet omtalte dokumenter er det efter appellanternes opfattelse alene VVM-redegørelsen (bilag 18) og DMU's notat af 7. maj 2010 (bilag 36), der indeholder oplysninger af betydning om beskyttede fugle.

Efter lovens vedtagelse udarbejdede Miljøministeriet implementeringsplan (bilag 46) i samarbejde med bl.a. DMU. Om arbejdsprocessen oplyses, jf. side 3:

"Arbejdsprocessen har været således, at DMU har bidraget med faglige notater, der angiver principper og retningslinjer for den bedst mulige forvaltning af arter og naturtyper. Disse retningslinjer er af SNS omsat og indarbejdet til en egentlig forvaltningsplan."

I konklusion/sammenfatning anføres, jf. side 34:

"Nærværende implementeringsplan beskriver detaljeret tilrettelæggelse af anlægsaktiviteter, udformning afværgeforanstaltninger og naturforbedrin-

ger samt den fremtidige drift og pleje af arealer i og udenfor projektområdet. Planen beskriver også de friluft- og formidlingsaktiviteter, der påtænkes i projektområdet.

Planen bygger på de forudsætninger, som den politiske aftale og loven om testcenter giver...

Danmarks Miljøundersøgelser og Miljøministeriet vurderer samlet, at gennemførelse af de tiltag, der fremgår af planen, vil medføre væsentlige forbedringer i naturforholdene. Det gælder især på de arealer, som indgår direkte i projektområdet, men også i et vist omfang i tilgrænsende plantagearealer."

2.3 Anbringender ad artikel 6, stk. 3

Allerede indledningen i DMU's notat af 7. maj 2010 viser, at kravene efter artikel 6, stk. 3, ikke er opfyldt. Billedet tydeliggøres, når DMU's notat læses i lyset af VVM-redegørelsens forbehold og anbefalinger og DOF's høringssvar.

Det er forkert, når Miljøministeriet i sit svarskrift af 19. oktober 2011, side 16, tager VVM-redegørelsen og DMU's notat til indtægt for, at der ikke vil være risiko for bestanden af fugle i de nærliggende fuglebeskyttelsesområder. Tværtimod udtaltes det af begge, at der ikke er foretaget fyldestgørende undersøgelser, og DMU peger på potentiel stor kollisionsrisiko for arter omfattet af udpegningsgrundlaget ved fourageringstræk eller andre lokale bevægelser, hvilket Miljøministeriet belejligt og bemærkelsesværdigt undlader at forholde sig til i svarskriftet.

Professor Peter Pagh har i notater af 11. maj 2010 (bilag 27), 20. maj 2010 (bilag 30) og 24. maj 2011 (bilag 37) konkluderet, at lovforslaget ikke kunne vedtages som lov med respekt for forpligtelserne efter habitatdirektivets artikel 6, stk. 3. Miljøministeriets kommentarer til professor Peter Paghs notater er fremlagt under sagen som bilag 40.

Det påhviler Miljøministeriet at godtgøre, at VVM-redegørelsen skulle være tilrettelagt med henblik på at opfylde kravene efter habitatdirektivets artikel 6, stk. 3. Det har formodningen for sig, at en VVM-redegørelse er udarbejdet som en VVM-redegørelse og intet andet.

Det må tillægges processuel skadevirkning for Miljøministeriet, at ministeriet siden stævningen af 5. oktober 2010 har undladt at opfylde provokation 1, der er affattet således:

"Miljøministeriet opfordres (opfordring 1) til: (i) at fremlægge aftalerne med Frode Birk Nielsen/SWECO og Orbicon/Leif Hansen, (ii) at oplyse hvilken deadline der blev aftalt for arbejdets udførelse, (iii) at dokumentere det kommissorium, der blev fastlagt for så vidt angår vurderingen af projektets virkninger i henhold til habitatdirektivets artikel 6, stk. 3, samt (iv) præcist at angive i hvilken udstrækning, der er gennemført feltstudier i forbindelse med udarbejdelsen af redegørelsen, herunder angive datoen for eventuelle feltstudiers gennemførelse, samt navnene på deltagerne."

Implementeringsplanen viser, at kravene efter artikel 6, stk. 3, ikke var opfyldt ved lovens vedtagelse. Der kan efter EU-Domstolens praksis ikke lægges vægt på implementeringsplanen, der tilmed er udarbejdet inden for testcenterlovens ramme og på den præmis, at artikel 6, stk. 3, blev iagttaget ved vedtagelsen af loven.

2.4 Andre retskrænkelser

Det hører om fugle med, at der efter fuglebeskyttelsesdirektivets artikel 4, stk. 4, som et supplement til beskyttelsen af fuglebeskyttelsesområder efter habitatdirektivets artikel 6 er krav om, at medlemsstaterne bestræber sig på at undgå forurening eller forringelse af levesteder også uden for disse beskyttede områder. Det følger af EU-Domstolens dom i sag C-418/04, *Kommissionen mod Irland*, at kravet om beskyttelse af fugle uden for de beskyttede områder ikke kan opfyldes ved efterfølgende eller spredte foranstaltninger.

Som det fremgår af kendelsen side 13-15, gør appellanterne gældende, at der foreligger andre retskrænkelser end overtrædelsen af habitatdirektivets artikel 6, stk. 3, vedrørende fugle. I forhold til spørgsmålet om opsættende virkning vil appellanterne imidlertid for Højesteret lægge hovedvægten på beskyttede fugle, da denne overtrædelse er væsentlig og let at bevise.

Det er imidlertid nødvendigt at gøre enkelte bemærkninger om andre retskrænkelser, da dette er med til at tydeliggøre for Højesteret, hvor utilstrækkeligt og mangelfuldt et beslutningsgrundlag der forelå for ud for vedtagelsen af testcenterloven:

Udvaskning af næringssalte spillede en betydelig miljømæssig rolle.

Fra VVM-redegørelsen fremhæves følgende på side 185 om manglende viden og anbefalinger:

"Grundvand, overfladevand og hydrologi

Der findes ikke en samlet plan / overblik over de praktiske, herunder dyrkningsmæssige, forhold i forbindelse med at etablere en mere naturlig vandbalance i området. En sådan analyse bør derfor foretages. Emnet omfatter også en nøjere kortlægning af den forøgelse af nitratbelastningen, som skovrydningen vil give anledning til."

Professor Peter Pagh har sammenfattet problematikken om udvaskning af næringssalte i sit notat af 24. maj 2010 (bilag 37), side 2-3, og han sammenfatter på side 4:

"De foreliggende vurderinger af testcentrets mulige påvirkning af omliggende Natura 2000 områder opfylder ikke kravene i habitatdirektivets artikel 6(3) til vurdering grundet manglende vurdering af væsentlige indirekte påvirkninger. Fx savnes vurdering af, hvordan Vullum Sø som udpegningsgrundlag for det nærliggende Natura 2000 området vil blive påvirket af begrænset vandtilførsel til søen som følge af afværgeforanstaltninger for at begrænse øget næringssaltudvaskning ved fældning af skov.

Selv hvis man måtte lægge til grund, at de foreliggende vurderinger er tilstrækkelige, foreligger der ikke den i artikel 6(3) krævede sikkerhed for, at der ikke sker skade på Natura 2000 område, da der fortsat er betydelig uklarhed om afværgeforanstaltningers udformning. Den omstændighed, at der muligvis kan iværksættes afværgeforanstaltninger, som hindrer skadevirkning, er ikke tilstrækkelig for at opfylde artikel 6(3), der kræves vished – og ikke mulighed."

Peter Pagh havde ved udarbejdelsen af notatet kendskab til Orbicon/Leif Hansen A/S' notat af 12. maj 2010 (bilag 34), jf. bilag 30, side 1.

Der er flere alvorlige mangler, hvilket kan illustreres ved det i replikken, side 9-13, anførte om beskyttede bilag IV-arter og VVM-direktivet.

Vedrørende beskyttede plante- og dyrearter skal fremhæves følgende fra VVM-redegørelsen, side 186:

"Listen viser en række biologiske værdifulde arter i området, hvad der indikerer, at der vil fremkomme mange flere ved en grundig undersøgelse... Det anbefales, at disse forskellige optegnelser samordnes i en registrant for

området, og at der følges op med relevante feltundersøgelser i førstkomende forår."

Og senere på side 187:

"Grundvand

Et overvågningsprogram bør følge udviklingen i overfladevand og grundvand, særligt med henblik på nuværende eller fremtidig anvendelse til drikkevand. Overvågningsbehovet omfatter særligt kemisk forurening og nitratudvaskning."

3. Interesseafvejningen

Hvis testcenterloven er tilblevet i strid med bl.a. habitatdirektivets artikel 6, stk. 3, er denne efter sin karakter af anlægslov ugyldig, og det er derfor forkert, når det af Vestre Landsret i præmisserne anføres, at der ikke er *"tilstrækkeligt"* grundlag for at fastslå, at der efter en foreløbig vurdering er rimelig grundlag for sagsøgerens påstand om, at loven i sin helhed er ugyldig, eller at ekspropriation i medfør af loven vil være uberettiget. Det vil savne mening at opretholde testcenterloven delvist.

Vedrørende afvejningen tilføjes det i præmisserne, at det offentlige ud fra energipolitiske hensyn må anses for at have en betydelig interesse i, at loven gennemføres. Det fremgår ikke af præmisserne tydeligt, hvilke udtalelser i forarbejderne, der skulle afspejle særligt tungtvejende offentlige interesser. Der kan i øvrigt henvises til Miljøministeriets betragtninger i kendelsen, side 24-25, om det offentlige interesser i etableringen af testcenteret, da denne beskrivelse ikke giver overbevisende belæg for at antage, at der er tale om særligt tungtvejende offentlige interesser. Enhver lov har sine anerkendelsesværdige grunde.

Der er ikke anledning til at tillægge det betydning ved interesseafvejningen, at der var et bredt flertal bag testcenterloven. Jeg henviser herom til det i replikken, side 5, fremdragende fra Miljø- og Planlægningsudvalgets betænkning. Det må også tages i betragtning, at det ikke forhindrer lovgivningsmagten at etablere et testcenter, hvis retssagen tillægges opsættende virkning. Der må blot tilvejebringes tilstrækkeligt beslutningsgrundlag.

Landsretten anfører, at det ikke er godtgjort, at sagsøgernes interesser ikke i det væsentlige skulle kunne tilgodeses ved reetablering af arealerne og betaling af erstatning. En række af de private sagsøgere vil miste deres boliger, hvilket dog må siges at være en særdeles tungtvejende interesse.

Hertil kommer, at landsrettens kendelse i sin interesseafvejning savner inddragelse af hensynet til Natura 2000-beskyttelsen efter habitatdirektivet. Dette er en væsentlig mangel ved landsrettens afgørelse. Habitatdirektivet har ifølge betragtningerne i præamblen bl.a. følgende baggrund:

”på medlemsstaternes europæiske område forringes naturtyperne til stadighed, og et stigende antal vilde arter er alvorligt truede; eftersom de truede levesteder og arter er end del af Fællesskabets naturarv, og da truslerne mod dem i mange tilfælde er af grænseoverskridende karakter, er det nødvendigt at iværksætte foranstaltninger på fællesskabsplan med henblik på at bevare dem;

i betragtning af truslerne mod visse naturtyper og visse arter er det nødvendigt, at disse defineres som prioriterede, for at foranstaltninger med henblik på bevaringen af dem kan iværksættes særligt hurtigt;

for at sikre genopretning eller opretholdelse af en gunstig bevaringsstatus for naturtyper og arter af fællesskabsbetydning bør man udpege særlige bevaringsområder for at oprette et sammenhængende europæisk økologisk net i henhold til en fastlagt tidsplan;”

Det skal ved spørgsmålet om opsættende virkning tages i betragtning, at der gælder særlige regler om adgang til opsættende virkning på miljøområdet som følge af Århus-konventionens artikel 9, der er implementeret i dansk ret ved lov nr. 170 af 20. januar 2000.

Det må også tillægges betydning, at sagen behandles af Vestre Landsret som principiel, og at det kan modvirke beskyttelsesinteressen efter habitatdirektivets artikel 6, stk. 3, hvis anlægsprojektet gennemføres, inden retssagen har fundet sin afslutning.

København, den 5. december 2011



René Offersen