

## Artikel

### **Afværgeforanstaltninger og naturbevaringsplaner fritager ikke fra konsekvensvurdering efter habitatbekendtgørelsens § 6, stk. 2, men reglerne gælder ikke fiskeri i den eksklusive økonomiske zone**

– nye EU-domme kræver ændret dansk lovgivning, rejser tvivl om bl.a. vandområdeplanernes gyldighed og ændret praksis efter habitatbekendtgørelsens § 6

Af professor, dr. jur. Peter Pagh

Det er ingen nyhed, at EU-Domstolens fortolkning af habitatdirektivets regler om konsekvensvurdering af projekters og planers påvirkning af Natura 2000-områder har krævet ændret dansk lovgivning og/eller ændring af dansk praksis. De første syv måneder af 2018 er ingen undtagelse, som det fremgår af dommene i sag C-323/17 om tilladelse til placering af tilslutningskabel til en irsk vindmøllepark, sag C-164/17 om skovrydning for at etablere en vindmøllepark, sag C-329/17 om skovfældning for at etablere elektrisk luftledning, sag C-447/17 om polsk skovforvaltningsplan, der bl.a. skulle beskytte mere end 100 år gamle træer mod typografibillen og sag C-683/16 om beskyttelse af marine Natura 2000-områder i den tyske eksklusive økonomiske zone mod bundgarnsfiskeri.

Dommen i sag C-323/17 drejede sig om, hvornår konsekvensvurdering af projekter og planer efter habitatdirektivets art. 6(3) kan undlades pga. afværgeforanstaltninger, mens C-164/17 drejede sig om fortolkning af begrebet 'projekt' efter VVM-direktivet. Sagen mod Polen (C-447/17) drejede sig om, der kræves konsekvensvurdering af en ændret forvaltningsplan i Natura 2000-område med øget skovhugst for at undgå skadevirkning på beskyttede skove, hvis dette samtidigt medfører skade på andre arter, der udgør en del af udpegningsgrundlaget og betydningen af Natura 2000-planers afvej-

ning, hvor beskyttelsen af en naturtype medfører skade på en anden beskyttet naturtype. Sag C-683/16 drejede sig om fiskeri i marine Natura 2000-områder, og EU-Domstolen fastslog, at som følge af EU's enekompetence på fiskeri-området kan Tyskland ikke i to marine Natura 2000-områder beliggende i den tyske eksklusive økonomiske zone i Østersøen og Nordsøen forbyde bundgarnsfiskeri fra fiskefartøjer fra andre medlemsstater, selv om det er ubestridt, at bundgarnsfiskeriet skader Natura 2000-området.

Det er umuligt inden for denne artikels rammer indgående at belyse de fem dommes vidtgående konsekvenser for dansk ret. I stedet har jeg valgt kort at omtale de fem domme og belyse deres umiddelbare konsekvenser for dansk lovgivning og praksis.

De fem domme vedrører fire delvist overlappende juridiske fortolkningsspørgsmål. Det ene er, hvilke retsakter der er omfattet af habitatdirektivets regler om konsekvensvurdering af projekter og planer. Det andet vedrører screeningen, dvs. hvornår er der en sådan vished om en retsakts påvirkning af Natura 2000-områdets udpegningsgrundlag, at konsekvensvurdering kan undlades, inden der meddeles tilladelse. Det tredje spørgsmål drejer sig om, hvilke naturbevaringsplaner der kræver konsekvensvurdering og kun kan vedtages efter undtagelsen for by-

dende nødvendige samfundshensyn i habitatdirektivets art. 6(4). Det fjerde spørgsmål drejer sig om medlemsstaternes kompetence til at regulere fiskeri i marine Natura 2000-områder beliggende i den eksklusive økonomiske zone, hvor dommen i C-683/16 ikke alene vil kræve ændring af fiskeriloven, men tillige rejse en række udfordringer for den danske gennemførelse af flere af EU's direktiver om havmiljøet.

Artiklen indledes med en oversigt over de fortolkningsspørgsmål, som art. 6(3) rejser, og EU-Domstolens tidligere besvarelse af disse spørgsmål med kort omtale af den danske gennemførelse, hvilket efterfølges af en gennemgang af de fem domme og overvejelser om dommenes konsekvenser for dansk lovgivning og praksis.

### 1. Fortolkningsspørgsmål om habitatdirektivets regler om konsekvensvurdering

Reglerne om konsekvensvurdering af projekter og planer, som kan påvirke Natura 2000-områder, er fastsat i første punktum i habitatdirektivets art. 6(3), hvorefter

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.

Af andet punktum af art. 6(3) fremgår, at på baggrund af konklusionerne i denne vurdering kan medlemsstaterne først tillade projektet eller vedtage planen, »når de har sikret sig, at den/det ikke skader lokalitetens integritet, og når de – hvis det anses for nødvendigt – har hørt offentligheden«. <sup>1</sup> Tilladelse kan dog alligevel meddeles efter undtagelsen i art 6(4), når betingelser herfor er opfyldt, hvilket ofte vil kræve, at sagen forelægges Kommissionen. <sup>2</sup>

1. Som fastslået i sag C-243/15 *LZ II* er der på baggrund af Århus-konventionens art. 6(1)(b) altid krav om offentlig høring, når et projekt eller en plan kræver konsekvensvurdering efter habitatdirektivet. Se *Pagh*: TfM 2017, s. 3.
2. Se *Pagh*: Fast ejendom – regulering og køb (3. udg.) 2017, s. 456 ff.

#### 1.1. Hvilke projekter og planer kræver konsekvensvurdering

Den noget knudrede formulering af art. 6(3) rejser en række fortolkningsproblemer om, hvornår der kræves konsekvensvurdering. Reglen omfatter 'kun' projekter og planer, hvormed det er afgørende, hvad der forstås ved disse to begreber, og om det også gælder aktiviteter, der sker uden for et Natura 2000-område. I sag C-127/02 *Waddenzee* er fastslået, at 'projekt' skal fortolkes i overensstemmelse med VVM-direktivets definition og derfor også omfatter fornyelse af tilladelse til muslingefiskeri i et fuglebeskyttelsesområde<sup>3</sup> i Vadehavet, uanset muslingefiskeri ikke er omfattet af VVM-direktivets bilag I og II. Sag C-6/04 *Kommissionen mod U.K.* fastslog, at reglen også omfatter aktiviteter uden for de udlagte Natura 2000-områder, og sag C-142/16 *Kommissionen mod Tyskland* fastslog yderligere, at reglen også omfatter projekter, der begrænser migrerende arters adgang til området.<sup>4</sup> Endvidere udledte EU-Domstolen i sag C-399/14 *Grüne Liga Sachsen*, at myndighederne efter art. 6(2) har pligt til at gennemføre konsekvensvurdering af eksisterende lovlige projekter, hvis det er sandsynligt, at den tilladte aktivitet kan have skadelig virkning på et Natura 2000-område,<sup>5</sup> ligesom der kræves konsekvensvurdering, hvis anlæg fjernes.<sup>6</sup>

Konsekvensvurdering kræves ikke for projekter og planer, der er direkte forbundet med eller nødvendige for lokalitetens forvaltning, hvorfor rækkevidden af undtagelsen er vigtig. Sag C-256/98 *Kommissionen mod Frankrig* fastslog, at undtagelsen skal fortolkes indskrænkende, hvilket nu

3. Beskyttelsen af særlige fuglebeskyttelsesområder udlagt efter fuglebeskyttelsesdirektivets art. 4, stk. 1 og 2, har siden 1994 været omfattet af habitatdirektivets art. 6, stk. 2-4, der afløser fuglebeskyttelsesdirektivets art. 4, stk. 4, første punktum, jf. sag C-374/98 *Kommissionen mod Frankrig*.
4. Se *Pagh*: TfM 2017, s. 293 om barrierceffekt for migrerende arter.
5. Denne udvidende fortolkning af habitatdirektivets art. 6(2) blev begrundet med, at beskyttelsesniveauet i art. 6(2) er det samme som art. i art. 6(3), som fastslået i sag C-226/08 *Stadt Papenburg*. Se hertil *Pagh*: TfM 2010.80.
6. Se hertil *Pagh*: TfM 2016, s. 125.

er uddybet af EU-Domstolens Store afdeling i sag C-447/17 *Kommissionen mod Polen*.

Det fremgår endvidere af sag C-683/16 *Deutscher Naturschutzring m.fl.*, at selv om medlemsstaterne efter habitatdirektivets art. 6 er forpligtet til at beskytte marine Natura 2000-områder i den eksklusive økonomiske zone, jf. sag C-6/04 *Kommissionen mod U.K.*, gælder dette ikke fiskeri, der sker fra andre medlemsstaters fiskerbåde, medmindre en sådan forpligtelse følger af EU's fiskerilovgivning. Begrundelsen er, at efter TEUF art. 3(1), har EU enekompetence mht. til »bevarelse af havets biologiske ressourcer inden for rammerne af den fælles fiskeripolitik«. Som følge af indholdet af EU's fiskerilovgivning har tyske myndigheder ikke mulighed for at forbyde eller på anden måde regulere skadeligt bundgarnsfiskeri fra fiskerbåde fra andre medlemsstater i Natura 2000-områder beliggende i den tyske eksklusive økonomiske zone. I disse tilfælde er det derfor ikke muligt at kræve konsekvensvurdering, jf. nærmere nedenfor.

### 1.2. Hvilke virkninger kræver konsekvensvurdering

Mens de ovennævnte fortolkningsspørgsmål drejer sig om, i hvilke tilfælde en myndighed har pligt til tage stilling til (screening), om der skal ske konsekvensvurdering, er det nok mest vanskelige spørgsmål, hvornår screeningen skal udløse konsekvensvurdering. Det fremgår af ordlyden af art. 6(3), at der kræves konsekvensvurdering, når projektet eller planen »kan påvirke en sådan lokalitet væsentlig«. Da det drejer sig om bestemte menneskelige aktiviteter *indvirkning på dynamisk natur*; rejser reglen en række komplicerede fortolkningsspørgsmål, nemlig hvad der forstås ved *påvirker*, hvad der forstås ved *væsentlig*, hvordan påvirkning fra andre projekter og planer skal indgå i vurderingen af behovet for konsekvensvurdering (*kumulerede påvirkninger*), og om der i den foreløbige vurdering af nødvendigheden af konsekvensvurdering kan tages hensyn til *kompenserende foranstaltninger*, til *afværgeforanstaltninger*, *overvågningsvilkår*, *mulighed for nye krav* i tilfælde af en konstateret skadevirkning henholdsvis til krav om *genopretning* i tilfælde af skadevirkning, og om der af hensyn til beskyttelsen af arter omfattet af udpeg-

ningsgrundlaget kan accepteres skadevirkninger på andre arter.

En del af disse fortolkningsproblemer er afklaret i EU-Domstolens domme før 2018, med dommen i sag C-127/02 om muslingefiskeri som den vigtigste. Dommen fastslog, at der skal ske konsekvensvurdering, »såfremt det på baggrund af objektive kriterier ikke kan udelukkes, at planen eller projektet i sig selv eller i forbindelse med andre planer og projekter kan påvirke den pågældende lokalitet væsentlig« (præmis 45), og at disse regler har direkte effekt. Dommen i sag C-127/02 forudsætter dermed, at den foreløbige vurdering belyser, *hvilke direkte og indirekte påvirkninger* der udgår fra projektet ind i Natura 2000 området, *hvilke arter og naturtyper* der udgør udpegningsgrundlaget, og herefter vurdere, om de identificerede påvirkninger fra projektet kan påvirke bevaringsstatus for de relevante naturtyper og arter, hvor der tillige skal tages hensyn til påvirkninger fra andre projekter og planer. Det fremgik tillige af dommen i sag C-127/02, at konsekvensvurderingen også skal omfatte projektets betydning for opretholdelse og genoprettelse af gunstig bevaringsstatus, jf. særligt habitatdirektivets art. 4(4) (præmis 54), uden at EU-Domstolen dog udtrykkeligt fik præciseret, at vurdering af projektets konsekvenser for genopretning af habitatområder først er gældende, når medlemsstaterne på grundlag af habitatdirektivets art. 4(4) og art. 6(1) har vedtaget bevaringsplaner som de danske Natura 2000-planer, der trådte i kraft i december 2012.<sup>7</sup>

Dommen i C-127/02 kom som en overraskelse for Miljøministeriet og klagenævnet, da den dagældende danske gennemførelse af habitatdirektivets art. 6 i bekendtgørelse 1998/782 slet ikke indeholdt regler om konsekvensvurdering. I stedet

7. Dette blev oversat i MAD 2006.968 Nkn, hvor Naturklagenævnet stadfæstede amtets afslag på råstof-tilladelse i Lille Vildmose med den begrundelse, at indvindingen kunne skade genopretning af gunstig bevaringsstatus, selv om der ikke i 2005 var vedtaget en Natura 2000-plan efter miljøloven, og der i bekendtgørelsen fra 2003 ikke var hjemmel til at kræve konsekvensvurdering. Misforståelsen blev oversat i landsrettens præmisser i den efterfølgende sag om erstatning efter grundlovens § 73, uden at dette dog fik betydning for resultatet, der endte med, at Pindstup Mosebrug blev tilkendt erstatning for ekspropriativt indgreb. Se VL dom af 25. april 2018 i sag B-2757-06.

var anført i bekendtgørelsens § 6, stk. 4, at det skal ved »tilladelser, dispensationer, godkendelser m.v. [...], der vil kunne påvirke et internationalt naturbeskyttelsesområde væsentligt, fremgå af afgørelsen, at denne ikke indebærer forringelse af naturtyperne og levestederne for arterne i området eller medfører forstyrrelser, der har betydelige konsekvenser for de arter, området er udpeget for.« Der var således ingen danske regler om konsekvensvurdering af projekter og planer, men efter bekendtgørelsens § 4 var det forbudt at meddele tilladelser, der »kan indebære forringelse af områdets naturtyper og levestederne for arterne, eller kan medføre forstyrrelser, der har betydelige konsekvenser for de arter, området er udpeget for«. Derimod var der i bekendtgørelsens § 6, stk. 1, krav om, at der i planforslag skulle indgå en vurdering af forslagens virkninger på det internationale naturbeskyttelsesområde, herunder på områdets naturtyper og levesteder samt de arter, området er udpeget for at bevare. Disse regler dannede bl.a. baggrund for, at Naturklagenævnet i MAD 1999.851 Nkn meddelte tilladelse til udsættelse af bæver i Natura 2000-området Klosterheden på vilkår af, at registrering af plante- og dyreliv og undersøgelse af vandløbenes tilstand inden udsættelsen.<sup>8</sup> De ovennævnte regler i 1998-bekendtgørelsen blev videreført i bekendtgørelse 2003/477 og var gældende frem til 1. maj 2007. Det var således først med bekendtgørelse 2007/408, i §§ 6 og 7, at der blev fastsat særskilte regler om konsekvensvurdering, hvilket bl.a. skyldtes, at ministeriet og klagenævn fejlagtigt havde antaget, at habitatdirektivets art. 6(3) om konsekvensvurdering var indeholdt i VVM-reglerne.<sup>9</sup>

8. Naturklagenævnets afgørelse blev underkendt som ugyldig og hjemvist af landsretten i november 2003 (UfR 2004.622 V) med henvisning til, at der ikke i afgørelsen var anført noget om udsætningens påvirkning af beskyttede dyrearter og naturtyper i Natura 2000-området. Efter at have indhentet udtalelse fra amtet stadfæstede Naturklagenævnet tre måneder senere tilladelsen på de anførte vilkår (MAD 2004.384 Nkn). Et år senere stadfæstede nævnet i MAD 2005.1441 Nkn tilladelse til permanent udsættelse på vilkår af løbende overvågning af bæverens påvirkning af omgivelserne, at skader på vilde dyr og naturtyper blev afhjulpnet, og at vandløbenes vandledningsevne sikres i overensstemmelse med gældende vandlovsregulativer – vilkår, der grundet usikkerhed om virkningen efter EU-Domstolens dom i bl.a. sag C-142/16 ville have ført til, at tilladelsen var ugyldig. Se uddybende *Pagh*: TFM 2017, s. 295.
9. I sag C-418/04 *Kommissionen mod Irland* blev det imidlertid afvist, at VVM-undersøgelse eller SMV-undersøgelse kan erstatte konsekvensvurdering efter art. 6(3), hvilket blev oversat i UfR 2012.3527 H om vindmøller på Tåsinge. Se uddybende *Pagh*: TFM 2012.165 og *Pagh*: Fast ejendom – regulering og køb (3. udg.) 2017, s. 459.

Med bekendtgørelse 408/2007 blev der formelt indført regler i § 7 om konsekvensvurdering, hvor der også var indeholdt regler om en foreløbig vurdering af, om konsekvensvurdering er påkrævet, og en bestemmelse i § 10, der modsvarer undtagelsen i habitatdirektivets art. 6(4).<sup>10</sup> Disse regler blev videreført i habitatbekendtgørelsen fra 2015 og suppleret med et krav om, at både konsekvensvurderingen og den foreløbige vurdering af om konsekvensvurdering er nødvendig skal fremgå af tilladelsen til projektet, hvilket nu er videreført i den gældende habitatbekendtgørelse 2016/929 § 6, stk. 1, 2 og 4, der ligeledes i § 9 indeholder undtagelsen i habitatdirektivets art. 6(4).

Reglen i habitatbekendtgørelsens § 9 er dog ikke anvendt indtil nu, hvilket bl.a. skyldes, at Miljøministeriet og Naturklagenævnet og Miljøklagenævnet antog, at der kunne meddeles tilladelse efter art. 6(3), hvis skadevirkninger kunne imødegås ved erstatningsbiotoper. Dette blev imidlertid afvist i sag C-521/12 *Briels m.fl.*, der fastslog, at hvis et projekt kræver, at der etableres erstatningsbiotoper for at undgå skadevirkning på beskyttede arter eller naturtyper, kan der kun meddeles tilladelse efter fremgangsmåden i art. 6(4). Det gør ingen forskel, om erstatningsbiotopen er etableret, før der meddeles tilladelse, jf. de forenede sager C-387-388/11/15 *Orleans m.fl.*,<sup>11</sup> men foreløbig er undtagelsen i Danmark alene anvendt ved anlægslove vedtaget efter 2014.

### 1.3. Sammenfattende om de danske regler om konsekvensvurdering

Habitatdirektivets regler om foreløbig vurdering af, om projekter kræver konsekvensvurdering, er således i det væsentlige gennemført i dansk ret, idet habitatbekendtgørelsens begrænsning til afgørelser efter love under Miljøministeriet er håndteret ved en række specialregler om konsekvensvurdering

10. Habitatbekendtgørelsens § 6, stk. 6 indeholder dog fortsat den misforståelse, at det er op til myndighederne at afgøre, om offentligheden skal inddrages. EU-Domstolen har imidlertid i sag C-243/15 *LZ II* fastslået, at hvis tilladelse kræver konsekvensvurdering, skal offentligheden inddrages, som nærmere uddybet i *Pagh*: TFM 2017, s. 3.
11. Se uddybende *Pagh*: TFM 2014.84.

under andre sektorlove som byggeloven, vejloven, havneloven m.fl.<sup>12</sup> Miljø- og Fødevarerklagenævnets og Planklagenævnets nyeste praksis i bl.a. MAD 2017.508 Mfk og MAD 2017.454 Pkn, hvor tilladelse til to vindmøller på Tåsinge blev ophævet pga. manglende konsekvensvurdering af nærliggende Natura 2000-område tyder tillige på, at disse to klagenævner er opmærksom på EU-Domstolens fortolkning.<sup>13</sup>

I forhold til konsekvensvurdering af planer er reglerne mere sporadiske, og i praksis er det så vidt vides alene i forbindelse med landsplandirektiver, kommuneplaner, og lokalplaner, at reglerne om konsekvensvurdering anvendes. Ganske vist indeholder habitatbekendtgørelsen nu krav om konsekvensvurdering af en del af de planer, der vedtages på Miljøministeriets område,<sup>14</sup> men der ses ingen praksis i klagenævnet om konsekvensvurderinger af disse planer. Og der er fortsat ikke krav om konsekvensvurdering af kommunale spildevandsplaner,<sup>15</sup> fredningskendelser eller vandplanlægningslovens miljømål, indsatsprogrammer og vandområdeplaner, selv om klagenævnet i MAD 2012.3329

Nmk, MAD 2015.192 Nmk og MAD 2018.96 Mfk fastslog, at der gælder et sådant krav, uden nævnt dog mente at have kompetence til at efterprøve konsekvensvurderingen nærmere.

Der er ligeledes ikke danske lovregler om konsekvensvurdering af nitratdirektivets nitratbehandlingsplaner, der i dansk ret er gennemført ved generelle gødningsnormer fastsat i medfør af gødningsanvendelsesloven og husdyrbrugloven, og hvor der først i oktober 2012 skete miljøvurdering efter SMV-direktivet, hvilket var efter EU-Domstolens Store Afdeling i sag C-41/11 *Terre wallone II* fastslog, at manglende miljøvurdering efter SMV-direktivet medfører, at nitratbehandlingsplanen som udgangspunkt er ugyldig.<sup>16</sup> Uanset dommen tilsluttede landsretten sig ministeriets opfattelse i MAD 2015.515 V (UfR 2016.1658 V) og senest i MAD 2017.418 V og domfældte landmænd for overtrædelse af de tilladte gødningsnormer i 2007-2009, idet landsretten afviste præjudiciel forelæggelse af, om gødningsnormer var omfattet af SMV-direktivet. Hertil kan foreløbigt bemærkes, at det i Generaladvokatens forslag til afgørelse af 25. juli 2018 i de forenede sager C-293-294/17 modsat synes forudsat, at ændring af generelle gødningsnormer er omfattet af både SMV-direktivet og habitatdirektivets art. 6(3). Hvis EU-Domstolen tilslutter sig denne opfattelse, kan det betyde, at det bliver nødvendigt at genoptage en stor del af de tidligere straffesager om overtrædelse af gødningsnormer, ligesom det kan blive nødvendigt at genoptage tidligere afgørelser fra Natur- og Miljøklagenævnet.<sup>17</sup>

Dette hænger formentlig sammen med, at Miljøministeriet ikke mener, begrebet planer i habitatdirektivets art. 6(3) har samme anvendelsesområde, som SMV-direktivet, hvis anvendelsesområde ministeriet dog også havde misforstået, jf. ovenfor om gødningsnormer. Fortolkningen af SMV-direktivet i sag C-290/15 *Patrice D'Oultremont m.fl.* kom således også bag på ministeriet og giver fortsat anledning til usikkerhed om gyldigheden af tilladelser til vindmølleparker.<sup>18</sup> Denne tvivl forstærkes af, at EU-Domstolen i juni 2018 afviste de danske

12. Forbeholdet refererer til, at nogle projekter fortsat falder uden for de danske regler, som det fx fremgår af MAD 2016.286 Mfk om feriecener på Nordals og af bemyndigelsen i § 1, stk. 4, i den netop vedtagne lov 2018/694 om projektering og anlæg af vildsvinehegn langs den dansk/tyske grænse, der efter forarbejderne skal sikre overholdelse af habitatdirektivets regler om konsekvensvurdering.
13. Derimod har Energiklagenævnet i relation til vindmølleprojekter i flere tilfælde imødegået mulige negative virkninger på Natura 2000-områder med henvisning til klimamæssige hensyn, jf. fx MAD 2009.585 om havvindmøllepark Rødsand.
14. Der er krav om konsekvensvurdering af råstofplaner, vandløbsregulativer, indsatsplaner efter vandløbslovens § 13, oprettelse og nedlæggelse af vildtreservater efter jagtloven, beredskabsplaner efter havmiljøloven, støjbehandlingsplaner og affaldsplaner efter miljøbeskyttelsesloven.
15. Se fx MAD 2018.86 Mfk, hvor udledningstilladelse efter miljøbeskyttelseslovens § 28 og VVM-tilladelse blev ophævet til spildevandsanlæg i Hillerød, bl.a. fordi Planklagenævnet i MAD 2017.448 Pkn havde ophævet kommuneplantillæg og lokalplan grundet mangelfuld konsekvensvurdering af påvirkning af Natura 2000-område, men uden at nogle af klagenævnenes tilsyncladende opdagede, at der manglede konsekvensvurdering af kommunens spildevandsplan.

16. Se *Pagh*: TfM 2012.134.

17. Se *Fenger*: UfR 2011B.313 om retskraft og genoptagelse af EU-stridige afgørelser.

18. Se *Pagh*: TfM 2016, s. 411 og *Pagh*: TfM 2017, s. 365.

synspunkter i to præjudicielle domme, nemlig sag C-160/17 *Raul Thybaut m.fl.* og sag C-671/16 *In-ter-Environnement Bruxelles*, hvor det bl.a. blev fastslået, at en forordning om zoneopdeling for et byområde i Bruxelles er omfattet af SMV-direktivets regler om miljøvurdering, uanset at der var gennemført miljøvurdering af bekendtgørelse om arealanvendelse, og de to retsakter var udstedt samme dag.

Så selv om det er gået fremad med den danske gennemførelse af habitatdirektivets regler om konsekvensvurdering, er lovgivning og praksis ikke på plads. Med de seneste fem domme bliver problemet endnu større, som det fremgår af gennemgangen nedenfor af de enkelte domme og deres konsekvenser for dansk ret.

## 2. Sag C-323/17: Afværgeforanstaltninger udløser konsekvensvurdering

Baggrunden for sag C-323/17 *People Over Wind & Peter Sweetman* var, at de irske myndigheder havde meddelt tilladelse til at etablere en vindmøllepark, uden at der var taget stilling til tilslutning til transmissionsnettet. Vindmøllesekskabet ansøgte herefter om tilladelse til, at vindmølleparkens tilslutning til el-nettet skulle ske gennem et kabel, som skulle forløbe over Natura 2000-områder ved floderne Barrow og Nore, som er levested for den irske underart af ferskvandsperlemuslingen. De irske myndigheder fik udarbejdet en konsulentrapport, der anførte, at der var risiko for, at der blev frigivet stoffer i vandområderne, hvilket vil have negativ virkning på ferskvandsperlemuslingen, men risikoen kunne imødegås ved konkret anførte afværgeforanstaltninger, som blev fastsat som vilkår. De irske myndigheder mente derfor ikke, at det var nødvendigt at udarbejde en konsekvensvurdering efter habitatdirektivets art. 6(3). Dette blev anfægtet af en irsk NGO og ledte til en præjudiciel forelæggelse for EU-Domstolen om, hvorvidt der kan tages hensyn til afværgeforanstaltninger, når det besluttes, at et projekt ikke kræver konsekvensvurdering efter habitatdirektivets art. 6(3), før der kan meddeles tilladelse. EU-Domstolen lagde til grund, at afgørelsen af om der kræves konsekvensvurdering er en foreløbig vurdering, og at konsekvensvurdering

derfor alene kan undlades, når der sikkerhed for, at projektet ikke kan have skadelig virkning Natura 2000-områdets udpegningsgrundlag. Hvis afværgeforanstaltninger er en forudsætning for at udelukke sådanne skadelige virkninger, er det derfor nødvendigt at gennemføre en konsekvensvurdering, før der kan meddeles tilladelse. Som følge heraf konkluderede EU-Domstolen, at der i den i art. 6(3) forudsatte screeningsfase »ikke er anledning til at tage foranstaltninger med henblik på at undgå eller reducere denne plans eller dette projekts skadelige virkninger på denne lokalitet i betragtning«.

Dommen vil ikke kræve ændring af dansk lovgivning, men vil nok kræve ændring af praksis, hvor som eksempel kan nævnes stadfæstelse i MAD 2015.374 af tilladelse til vådområdeprojekt på 637,5 hektar i MAD 2015.374 Nmk og MAD 2017.176 Mfk, hvor stadfæstet tilladelse efter vandlovslovens § 48 til naturgenopretningsprojekt i Lille Vildmose, idet der blev tilføjet et vilkår for at undgå hydraulisk merbelastning af omkringliggende vandløb.

Om dommen vil have betydning for tilladelse til tilslutningsnet til Havvindmøllepark Vesterhav Syd er uklart, i verserende klagesag over Miljøstyrelsens VVM-tilladelse til etablering af landanlæg og nødvendig kabelforbindelse, der bl.a. vil krydse Skjern Å som er udlagt som Natura-2000 område, og hvor negative miljøvirkninger i VVM-rederegørelsen og VVM-tilladelsen blev afvist med: »Natura 2000-området nr. 68, Skjern Å passeres ved hjælp af en underboring. Der sker således ingen fysiske indgreb i Natura 2000-området. Underboringer medfører sædvanligvis ikke nogen fysisk påvirkning af vandløb.« Foreløbig har Miljø- og Fødevarerklagenævnet afvist opsættende virkning af klage i december 2017 (NMK-34-00623), hvilket næppe er i overensstemmelse med det EU-retlige ækvivalensprincip (se *Pagh*: TfM 2018, s. 97).

## 3. Sag C-164/17: Ikke tilladelse efter art. 6(3) til vindmøllepark, når afværgeforanstaltninger

Baggrunden for sag C-164/17 *Edel Grace & Peter Sweetman* var ligeledes et projekt for en vindmøllepark, der var ledsaget af en forvaltningsplan for levesteder og arter til afhjælpning af vindmølle-

parkens potentielle virkninger på den blå kærhøgs fourageringsområde beliggende i et fuglebeskyttelsesområde. Projektet blev tilladt i 2014, idet de irske myndigheder fandt, at der med forvaltningsplanen var sikret en bedre løsning for beskyttelsen af den blå kærhøg, og at det dermed var godtgjort, at der ikke var skadelig virkning. Tilladelsen blev indbragt for de irske domstole af en NGO, der gjorde gældende, at der ikke forelå fornøden vished for, at der ikke var skadevirkninger, og at ansøgningen derfor kun kunne tillades efter habitatdirektivets art. 6(4).

EU-Domstolen lagde til grund, at der kun kan meddeles tilladelse efter habitatdirektivets art. 6(3), når der på tidspunktet for afgørelsen »ud fra et videnskabeligt synspunkt ikke foreligger nogen rimelig tvivl«. Da det måtte lægges til grund, at dele af fuglebeskyttelsesområdet ikke længere vil være egnet levested for den blå kærhøg, og at de forbedrede muligheder ved et kommende levested var usikre, konkluderede dommen, at der kun kan meddeles tilladelse efter art. 6(4). Dommen er på linje med de forenede sager C-387-388/11/15 *Orléans m.fl.*, men med den forskel, at der i den seneste dom udtrykkeligt tages stilling til naturens dynamik og en naturforvaltningsplans betydning. Dommen vil næppe kræve ændringer af dansk lovgivning eller praksis ud over, hvad der følger af sag C-441/17 *Kommissionen mod Polen*, jf. nærmere ndf.

#### 4. Sag C-329/17: Transmissionsnet i luften, der kræver beskæring af træer

Sag C-329/17 *Prenninger m.fl.* drejede sig om linjeføring af transmissionsnet for elektricitet gennem en østrigsk skov, og selve sagen vedrørte ikke et Natura 2000-område, men fortolkning af VVM-direktivets projektbegreb og var foranlediget af tidligere dom i sag C-215/06 *Kommissionen mod Irland*, hvor afvist, at der kunne ske lovliggørelse af manglende VVM vedrørende vindmøllepark, hvis dette gør overtrædelse af VVM-direktivet sanktionsfri. Det konkrete spørgsmål i sagen var, om »etablering af en linjeføring« med henblik på etablering af et energiøkonomisk ledningsanlæg og i dettes retmæssige driftstid udgør »rydning af skov med henblik på omlægning til anden arealudnyttelse« omfattet af VVM-direktivets bilag II(1)(d).

EU-Domstolen fandt, at dette måtte besvares bekræftende, hvilket imidlertid ikke alene har betydning for VVM-direktivets anvendelse, men også betyder, at tilladelse til sådanne luftledninger for eltransmission er omfattet af kravet om screening i habitatdirektivets art. 6(3), og at planer for sådanne luftledninger er omfattet af SMV-direktivet. Dette har den umiddelbare konsekvens, at det formentligt er nødvendigt at ændre en konkret bestemmelse i habitatbekendtgørelsen for planlovens område (2016/1383), der dermed er ugyldig. Ifølge bekendtgørelsens § 2, stk. 3, kan der således planlægges for linjeoverføringer af luftledningsanlæg gennem et Natura 2000-område, der alene er udpeget som habitatområde, således at det alene er i relation til fuglebeskyttelsesområder, at der er krav om konsekvensvurdering. Denne regel kan næppe opretholdes efter dommen.

#### 5. Sammenfattende om konsekvenserne af dommene i C-323/17, C-164/17 og C-329/17

Som det er fremgået, vedrører dommene i sag C-323/17, sag C-164/17 og sag C-329/17 alle på forskellig vis vindmølleparker og transmissionsnet. Dommene har derfor umiddelbart interesse for de mange igangværende større vindmølleprojekter, især hvor der fortsat verserer sager om VVM-tilladelser til vindmøllerne og/eller om VVM-tilladelse til transmissionsnet. Som det er fremgået, vil det ikke længere være muligt at tillade vindmøller eller transmissionsnet med den begrundelse, at afværgeforanstaltninger sikrer, at der ikke sker skadevirkning, medmindre der forudgående er gennemført en konsekvensvurdering.

Men denne fortolkning er ikke begrænset til vindmølleparker og transmissionsnet, men gælder også i alle andre sager, hvor der er meddelt tilladelse til et projekt uden konsekvensvurdering med den begrundelse, at skadevirkninger på Natura 2000-område kan imødegås ved afværgeforanstaltninger. Det vil således efter de ovennævnte domme næppe være muligt at fastholde Natur- og Miljøklagenævnets afgørelse i MAD 2016.303 Nmk, hvor nævnet stadfæstede VVM-tilladelse til Enghave Brygge projektet med vilkår om afværgeforanstaltninger af hensyn til nærliggende Natura

2000-område og afviste, at der var krav om konsekvensvurdering. Nævnet afviste i den forbindelse i MAD 2016.301 Nmk, at lokalborgergruppe havde klageret over disse mangler, hvilket næppe kan opretholdes efter dommen i sag C-243/15 LZ II, som jeg tidligere har belyst i TFM 2017, s. 3.

Når bortses fra mindre detaljer som særreglen i habitatbekendtgørelsen om luftledninger, vil de tre domme ikke kræve lovændringer, men vil nok kræve en del flere konsekvensvurderinger, da det ikke længer er muligt at afvise konsekvensvurdering med henvisning til afværgeforanstaltninger kan imødegå skadevirkning på Natura 2000-områder.

### 6. Sag C-441/17: Ændring af bevarende skovplan for Natura 2000-område omfattet af art. 6(3)

Baggrunden for sag C-441/17 *Kommissionen mod Polen* var, at området Puszcza Białowieska på 63.147 hektar i 2007 udlagt som Natura 2000 område og tillige er opført på UNESCO's liste, fordi området er en af de bedst bevarede naturlige skove med store mængder dødt træ og mere end 100 år gamle træer og med skovbevoksede tørvemoser og elle- og askeskove (naturtype 91D0, 91E0 og 9170). Skoven er tillige hjemsted for flere bilag IV-arter som bl.a. sinoberbillen, pragtbillen, melandryidaebillen og pythidaebillen og for særligt beskyttede fuglearter som flagspætte, den tretåede spætte, spurvefuglen og perleuglen, hvis levested er døende og døde grantræer.

I 2012 vedtog den polske miljøminister en skovforvaltningsplan for perioden 2012-2021, hvor den tilladte hugstmængde blev reduceret til 1/3 i forhold til perioden 2003-2012 af hensyn til de beskyttede arter. Den fastsatte skovhugstmængde blev udnyttet på ca. 4 år, hvilket betød en forøget spredning af typografbillen.

I november 2015 vedtog den kompetente polske en bevaringsplan for Natura 2000-området, hvor det blev anført, hvilke former for skovforvaltningspraksis der udgør potentielle farer for opretholdelsen af en gunstig bevaringsstatus for naturtyper og levesteder på Natura 2000-lokaliteten Puszcza Białowieska. I bilag 5 til forvaltningsplanen af 2015 er anført de bevaringsforanstaltninger, der tager sigte på at forebygge de potentielle farer, der er

opregnet for de beskyttede naturtyper og arter, der findes i de tre skovdistrikter.

Efter anmodning fra den statslige skovmyndighed godkendte den polske regering i 2016 en ændring af skovforvaltningsplanen med henblik på at øge skovhugsten. Dette blev begrundet med, at det som følge af spredning af typografbillen var nødvendigt at foretage sanitær udhugninger for at sikre skovens sundhedstilstand. Der forelå en miljøkonsekvensvurdering af ændringen, som anførte, at ændringen af skovforvaltningsplanen ikke vil have væsentlig negativ indvirkning på miljøet og navnlig ikke bevaringsmålsætning og integritet i Natura 2000-lokaliteten Puszcza Białowieska.

Efter indsigelser om den øgede skovhugsts skadevirkning og typografbillens skadelige påvirkning af udpegningsgrundlaget traf den polske skovmyndighed den 17. februar 2017 beslutning nr. 51 »om fjernelse af træer angrebet af typografbillen og om bortskaffelse af træer, der udgør en trussel mod den offentlige sikkerhed og beskyttelsen mod brande, vedrørende skovbestande i alle aldersklasser i skovdistrikterne Białowicza, Browsk og Hajnówka«. Beslutningen anførte bl.a., at som følge af »den helt usædvanlige og katastrofale situation, der er indtrådt som følge af spredningen af typografbillen«, er de kompetente myndigheder forpligtet til straks at fælde de træer, der udgør en trussel mod den offentlige sikkerhed, hovedsagelig langs kommunikationslinjer og turistruter, løbende at fjerne tørre træer og trærester efter fældning, løbende og i rette tid at fælde træer, der er angrebet af typografbillen, i skovbestande i alle aldersklasser samt sikre indsamling af træ og borttransport heraf eller afbarkning og opbevaring. Denne fældning er ikke omfattet af begrænsningerne vedrørende træernes alder og skovbestandenes funktion.

Da Kommissionen fandt, at beslutningen var i modstrid med habitatdirektivets og fuglebeskyttelsesdirektivets, anlagde den traktatbrudssag mod Polen med påstand om, (1) at den ændrede skovforvaltningsplan var en overtrædelse af habitatdirektivets art. 6(3), da det havde negativ indvirkning på Natura 2000-området; (2) at Polen havde tilsidesat habitatdirektivets art. 6(1) og fuglebeskyttelsesdirektivets art. 4(1)-(2) ved ikke at vedtage de fornødne bevaringsforanstaltninger; (3) at have



overtrådt habitatdirektivets art. 12 ved ikke at sikre den fornødne beskyttelse af beskyttede saproxyli-ske billearter; og (4) at have overtrådt fuglebeskyttelsesdirektivets art. 5 ved ikke at have sikret, at beskyttede fuglearter som flagspætte, den tretåede spætte, spurvefuglen og perleuglen ikke forstyrres i yngletiden, og at deres redder ikke forsætligt ødelægges eller beskadiges.

Ved kendelse af 27. juli 2017 blev søgsmålet til-lagt opsættende virkning, hvilket blev fastholdt af EU-Domstolens store afdeling i kendelse af 20. no-vember 2017, hvor Polen tillige blev pålagt 100.000 Euro i tvangsbøder for hver dag, kendelsen ikke blev efterlevet – se MAD 2017.405 EUD.

I forhold til indsigelsen om overtrædelse af ha-bitatdirektivets art. 6(3) gjorde den polske regering bl.a. gældende, at den reviderede skovforvaltnings-plan er en plan omfattet af habitatdirektivets art. 6(1), at lokalitetens særlige bevaringsværdi netop skyldtes flere hundrede års skovdrift, og at andre medlemsstater som bl.a. Østrig ligeledes foretager skovhugst for at begrænse spredning af typograf-billen. Det var derfor forkert, når Kommissionen hævdede, at skovplanen havde negativ indvirkning på biodiversiteten. EU-Domstolen afviste, at den polske regering havde godtgjort, at skovplanen fra 2016 kunne anses for nødvendig for at bevare lokalitetens integritet, hvorfor den var omfattet af habitatdirektivets art. 6(3). Selv om EU-Domstolen medgav, at spredning af typografbillen kunne være skadelig for Natura 2000-områdets bevaringsmål-sætning for flere af de udpegede arter, og at der er behov for en balance mellem aktiv og passiv skov-forvaltning for at bekæmpe spredning af typograf-billen (præmis 178 og 184), var der ikke gennem-ført en tilstrækkelig undersøgelse af, om de iværk-satte tiltag for at bekæmpe typografbillen havde skadelig virkning på andre arter, og der var heller ikke taget nærmere stilling hertil i beslutningen fra 2016. Tværtimod fremgik af den begrænsede kon-sekvensvurdering, at tiltagene kunne have skadelig virkning i enkelte tilfælde, og at oplysningerne var utilstrækkelige.

Kommissionen fik herefter medhold i, at art. 6(3) var overtrådt, idet den polske regerings ar-gument om andre samfundsmæssige hensyn blev afvist med, at dette krævede en tilladelse efter

habitatdirektivets art. 6(4), hvilket bl.a. kræver en konsekvensvurdering, der opfylder kravene i ha-bitatdirektivets art. 6(3), og at der foreligger tilstræk-kelig undersøgelse af alternativer, hvilket ikke var opfyldt.

I forhold til indsigelse om, at Polen ikke havde vedtaget de fornødne bevaringsforanstaltninger efter habitatdirektivets art. 6(1) og fuglebeskyttel-sesdirektivets art. 4(1) og (2), afviste den polske re-gering, at forvaltningsplanen var utilstrækkelig, da de iværksatte foranstaltninger var nødvendige for at bevare de beskyttede skove, og at planen dermed sikrede den nødvendige balance mellem de forskel-lige arter på udpegningsgrundlaget, da en kvanti-tativ forøgelse af bestemte arter vil indebære en uforudsigelig forstyrrelse af økosystemets balance og kunne betyde tilbagegang for andre beskyttede arter. EU-Domstolen anerkendte, at skovforvalt-ningsplanen tog sigte på at forhindre potentielle fa-rer for en række arter omfattet af udpegningsgrund-laget for Natura 2000-området, idet det i præmis 178 bl.a. anføres:

»Selv om der [...] ganske vist med henblik på at bekæm-pe spredningen af typografbillen skal findes en vis balance mellem foranstaltningerne til aktiv skovforvaltning og for-anstaltningerne til passiv skovforvaltning med henblik på at gennemføre de i habitatdirektivet og fugledirektivet omhand-lede bevaringsmålsætninger, må det endvidere konstateres, at en sådan balance [...] ikke på nogen måde genfindes i de forskrifter, der fremgår af beslutning nr. 51.«

Da der ikke i skovforvaltningsplanen var taget nær-mere stilling til en balance mellem de forskellige arter, og hvordan skadevirkning på bestemte arter undgås, afviste EU-Domstolen, at forvaltningspla-nen kunne opfylde kravet om at vedtage de fornødne passende foranstaltninger til at bevare og forbedre Natura 2000-områdets bevaringsstatus, hvorfor pla-nen ikke var undtaget fra konsekvensvurdering.

EU-Domstolen fandt endvidere, at Polen havde tilsidesat habitatdirektivets art. 12 ved at tillade skovhugst, som vil have skadelig virkning for saproxyli-ske billearter, da der ikke var fastsat og iværksat specifikke beskyttelsesforanstaltninger, som kunne neutralisere virkningen, uden det kunne tillægges betydning, at de pågældende billearter findes i betydeligt antal i denne lokalitet, ligesom

Polen blev dømt for at overtræde fuglebeskyttelsesdirektivets art. 5.

Mere populært udtrykt fastslog dommen, at selv om typografbilen skader beskyttede træer, må myndighederne ikke bekæmpe typografbillen, hvis dette skader beskyttede billearter, og de fugle, der spiser insekter i gamle træer. Dette kan kun fraviges, hvis der er taget stilling til afvejningen i Natura 2000-planen, eller hvis bekæmpelsen kan tillades efter den særlige fremgangsmåde i habitatdirektivets art. 6(4).

### **7. Konsekvenser af dommen i C-441/17: tvivl om Natura 2000-planer og vandområdeplaner**

Dommen i sag C-441/17 belyser et mere principielt problem, nemlig at når der iværksættes foranstaltninger for at beskytte bestemte arter eller naturtyper på udpegningsgrundlaget, vil dette ganske ofte have skadelig virkning for andre arter og/eller naturtyper på udpegningsgrundlaget eller andre bilag IV-arter. Det er første gang, EU-Domstolen anerkender denne indbyggede modsigelse af naturbevaringsplaner, og at menneskelige aktiviteter ikke er det eneste problem for biodiversitet: Hvad der er godt for en art eller naturtype, vil ofte være skadelig for en anden art eller naturtype. Sådanne skadevirkninger kan kun accepteres som undtaget fra konsekvensvurdering efter habitatdirektivets art 6(3), hvis denne afvejning på forhånden er adresseret i bevaringsplanen.

Dommen i sag C-441/17 kan derfor nærliggende sammenlignes med MAD 2016.440 Nmk, hvor Natur- og Miljøklagenævnet stadfæstede kommunen dispensation fra naturbeskyttelseslovens § 3 til at kemisk bekæmpelse af den invasive art rynket rose inden for klitfredningszonen i Natura 2000-området Husby Klit, idet nævnet bemærkede, at projektet ikke var omfattet af habitatbekendtgørelsens § 6, fordi projektet var led i gennemførelse af Natura 2000-planens anvisninger på bekæmpelse af invasive arter. Sammenholdes dette med indholdet af Natura 2000-planen, savnes der så vidt ses en stilling i Natura 2000-planen til de negative virkninger af bekæmpelse af invasive arter afvejet. I forlængelse heraf kan tillige nævnes MAD 2017.198 Mfk, hvor Miljø- og Fødevarerklagenævnet afviste VVM-

pligt for et naturgenopretningsprojekt i Lille Vildmose og samtidig afviste, at projektet krævede konsekvensvurdering efter habitatbekendtgørelsens § 6, stk. 2, da det ikke var en væsentlig retlig mangel, at der var uoverensstemmelse mellem VVM-screening og habitatvurdering af forekomster af bilag IV-arter og habitatnatur. Sammenholdes med fortolkningen i sag C-441/17, er det tvivlsomt, om afgørelsen er i overensstemmelse med habitatdirektivet.

Dette er imidlertid ikke det største problem. Studerer man de statslige Natura 2000-planer nærmere, vil man hurtigt opdage, at der er tale om meget overfladiske og teoretiske beregningsmodeller, som i de fleste tilfælde ikke indeholder en stillingtagen til, at beskyttelse af en naturtype vil være skadelig for andre naturtyper. Den mere praktiske virkning har sommerhusejere ved Lønstrup mærket, da Kystdirektoratet foretrækker at beskytte klint som naturtype, hvorfor øvrige naturtyper, som udgør en del af udpegningsgrundlaget, er endt i havet sammen med nogle sommerhuse. Den manglende stillingtagen til dette i Natura 2000-planen kan således efter dommen i sag C-441/17 anses for en fejl.

Den tredje konsekvens af dommen i C-441/17 i forhold til dansk ret angår samspillet mellem Natura 2000-planer og de statslige vandområdeplaner og indsatsprogrammer. Det fremgår således af de statslige Natura 2000-planer, at bevaringsplaner for marine Natura 2000-områder i alt væsentligt er reguleret i de statslige vandområdeplaner og indsatsprogrammer, der imidlertid også skal varetage andre hensyn end beskyttelse af Natura 2000-områder. Der er som følge heraf udarbejdet en konsekvensvurdering af de fire statslige vandområdeplaner med indsatsprogrammer betydning for Natura 2000-områder. Uanset at de såkaldte konsekvensvurderinger af vandområdeplanerne er nærmest intetsigende, har Miljø- og Fødevarerklagenævnet med henvisning til prøvelsesbegrænsningen i vandplanloven afvist, at der kan ske en prøvelse af konsekvensvurderingen, jf. MAD 2018.96 Mfk i klage over vandområdeplan for Sjælland. Samme resultatet ses i de øvrige klagesager, hvilket er på linje med Natur- og Miljøklagenævnets afgørelser i MAD 2015.192 Nmk og MAD 2015.193 Nmk. Så vidt jeg har forstået, verserer der sager ved de danske domstole om vandområdeplanernes gyldighed.

Hvis der stilles samme krav til indholdet og kvaliteten af konsekvensvurdering af de danske vandområdeplaner, som EU-Domstolen i sag C-441/17 stillede for, at den polske skovforvaltningsplan kunne udgøre et gyldigt beslutningsgrundlag og opfylde kravene i habitatdirektivets art. 6(1), kan det blive op ad bakke for Miljø- og Fødevarerministeriet.

### 8. C-683/16: ikke kompetence til at forbyde fiskeri i Natura 2000-områder i eksklusive zone

Sag C-683/16 *Deutscher Naturschutzring m.fl.* drejede sig om, at den tyske miljøforening, Deutscher Naturschutzring (DN) bad de tyske myndigheder om at forbyde bundgarnsfiskeri og andre bundberørende fangstmetoder i to marine Natura 2000-områder beliggende i den tyske eksklusive økonomiske zone, nemlig Pommersche Bucht mit Odderbank beliggende i Østersøen og Sylter Außenriff beliggende i Nordsøen. DN henviste til, at bundberørende fangstmetoder forringer rev og sandbanker og medfører bifangst af marsvin og fugle, hvilket er modstrid med habitatdirektivets art. 6(2).

Miljøministeriet afslog anmodningen med henvisning til, at ministeriet ikke har kompetence, da EU efter TEUF art. 3(1) har enekompetence mht. fiskeri, og at medlemsstaterne ifølge art. 11 i forordning 1380/2013 om den fælles fiskeripolitik ikke har kompetence til at vedtage bevaringsforanstaltninger, der berører andre medlemsstaters fiskefartøjer, da det alene er Kommissionen, der kan træffe sådanne beslutninger. DN indbragte afslaget for forvaltningsdomstolen i Köln, hvilket gav anledning til en præjudiciel forelæggelse for EU-Domstolen om fortolkning af forordning 1380/2013 om den fælles fiskeripolitik art. 11, hvorefter:

1. Medlemsstaterne er beføjede til at vedtage bevarelsesforanstaltninger, der ikke berører andre medlemsstaters fiskefartøjer, som finder anvendelse på farvande, der hører under deres højhedsområde eller jurisdiktion og er nødvendige for at leve op til deres forpligtelser i henhold til artikel 13, stk. 4, i direktiv 2008/56/EF, artikel 4 i direktiv 2009/147/EF eller artikel 6 i direktiv 92/43/EØF, under forudsætning af, at disse foranstaltninger er forenelige med målsætningerne i artikel 2, opfylder målsætningerne for den relevante EU-lovgivning, som de har til formål at gennemføre, og ikke er mindst lige så stringente som foranstaltninger efter EU-retten.

2. Hvis en medlemsstat (»den medlemsstat, der tager initiativ«) finder, at der er behov for at vedtage foranstaltninger med henblik på at overholde de i stk. 1 omhandlede forpligtelser, og andre medlemsstater har en direkte forvaltningsmæssig interesse i det fiskeri, der vil blive berørt af disse foranstaltninger, skal Kommissionen have beføjelse til efter anmodning at vedtage sådanne foranstaltninger, ved delegerede retsakter i henhold til artikel 46. Med henblik herpå finder artikel 18, stk. 1-4 og [...] 6, tilsvarende anvendelse. (Min understregning).

Det centrale spørgsmål var således, om *bevaringsforanstaltninger* i forordningen om den fælles fiskeripolitik alene var rettet mod de biologiske ressourcer i havet, som havde betydning for at sikre tilstrækkelige fiskeressourcer som anført af DN støttet af den portugisiske regering, eller om bevaringsforanstaltninger omfatter alle havets biologiske ressourcer, som anført af Kommissionen.

EU-Domstolen bemærkede indledningsvis at forordningen om den fælles fiskeripolitik art. 11 ikke er til hinder for, at en medlemsstat vedtager restriktioner for erhvervsfiskeri i marine Natura 2000-områder for medlemsstatens egne fiskefartøjer under forudsætning af, at foranstaltningerne er forenelige med målsætningerne i forordningen om den fælles fiskeripolitik art. 2 og opfylder målet med habitatdirektivet.

Herefter fastslog dommen, at begrebet *bevaringsforanstaltninger* i fiskeriforordningens art. 11(1), omfatter forbud mod fiskeri med bundberørende fiskeredskaber og bundsat garn i bestemte geografiske områder, uanset om dette er Natura 2000-områder. Som begrundelse anførte EU-Domstolen i præmis 43-44:

»Deutscher Naturschutzring og den portugisiske regering har ganske vist gjort gældende, at begrebet 'bevarelsesforanstaltninger' kun omfatter de foranstaltninger, som forfølger et formål, der har forbindelse med den fælles fiskeripolitik, mens de nævnte bevarelsesforanstaltninger har en meget bredere rækkevidde, fordi de er vedtaget med henblik på miljøbeskyttelse. [...] den omstændighed, at de foranstaltninger, der forbyder anvendelsen af visse fangstmetoder og redskaber, også har indvirkning på andre arter end dem, der er genstand for fiskeri, [er] dog ikke tilstrækkeligt til, at disse foranstaltninger falder uden for anvendelsesområdet for den nævnte politik.«

Herefter lagde EU-Domstolen til grund, at begrebet 'fiskefartøjer fra andre medlemsstater' i fiskeriforordningens art. 11 skal fortolkes i overensstemmelse med Havretskonventionens art. 91 og 94 som omfattende fiskefartøjer, der fører en anden medlemsstats flag end den medlemsstat, der udøver højhedsret i det område, hvor der fiskes. Art. 11 i forordningen om den fælles fiskeripolitik er derfor til hinder for, at en medlemsstat for at opfylde habitatdirektivets art. 6 vedtager foranstaltninger for farvande, der hører under dennes højhedsområde og jurisdiktion, hvormed der indføres et omfattende forbud mod erhvervsfiskeri i Natura 2000-områderne med bundberørende fiskeredskaber og bundsat garn, eftersom sådanne foranstaltninger har indvirkning på de fiskefartøjer, som fører andre medlemsstaters flag (præmis 56).

I forlængelse heraf fastslog EU-Domstolen, at hjemlen i fiskeriforordningens art. 11(1) til, at en medlemsstat kan vedtage bevaringsforanstaltninger for medlemsstatens fiskefartøjer kun gælder, når dette er nødvendigt for at opfylde habitatdirektivets art. 6, fuglebeskyttelsesdirektivets art. 4 og havstrategidirektivets art. 13(4), da der er tale om en undtagelse fra hovedreglen, der skal fortolkes udtømmende og begrænset til det nødvendige. Medlemsstaterne har derfor ikke kompetence til at regulere fiskeri for at opfylde andre bestemmelser i EU's miljødirektiver. EU-domstolen henviste i præmis 59-61 til, at bemyndigelsen i art. 11(1),

»indeholder ingen angivelser, som kunne give grund til at antage, at den liste over EU-retlige bestemmelser, som denne bestemmelse henviser til, ikke er udtømmende. [...] artikel 11(1) indfører en undtagelse til den i artikel 6 i forordning nr. 1380/2013 fastsatte generelle regel, hvorefter EU har kompetence til at vedtage bevarelsesforanstaltninger, skal bestemmelserne [...] fortolkes strengt. [...] hvis lovgiver havde ønsket at indføre en bemyndigelse, som åbner for vedtagelsen af bevarelsesforanstaltninger, der er nødvendige for, at en medlemsstat kan opfylde sine forpligtelser i henhold til [miljøansvarsdirektivet] 2004/35, skulle lovgiver udtrykkeligt have anført dette. [...] forordning nr. 1380/2013 skal fortolkes således, at den er til hinder for en medlemsstats vedtagelse af foranstaltninger som de i hovedsagen omhandlede for farvande, der hører under dennes højhedsområde eller jurisdiktion, der er nødvendige for, at medlemsstaten kan opfylde sine forpligtelser i henhold til direktiv 2004/35.«

## 9. Konsekvenserne af dommen i C-683/16

Dommen i sag C-683/16 om virkningen af EU's enckompetence på fiskeriområdet kan sammenholdes med EU-Domstolens tidligere begrundelse i sag C-405/92 *Mondiet*, for at afvise regulering af fiskeri for at bevare havets biologiske ressourcer kan vedtages med hjemmel i traktatens miljøregler. I dette lys er dommen i sag C-683/16 egentlig ikke overraskende, da ordlyden af TEUF art. 3(1) er hentet direkte fra dommen i sag C-405/92.

Dommen i sag C-683/16 angår alene regulering af fiskeri i den eksklusive økonomiske zone, mens dommen ikke angår medlemsstaternes regulering af fiskeri inden for 12-sømilzonen. Efter forordningen om den fælles fiskeripolitik, art. 20, har medlemsstaterne således inden for 12-sømilzonen kompetence til at vedtage ikke diskriminerende foranstaltninger til bevarelse og forbedring af fiskeressourcerne og marine økosystemer, der også gælder for fiskefartøjer fra andre medlemsstaterne, men medlemsstaten skal underrette Kommissionen og afvente Kommissionens stilling, jf. art. 20(2). Underretningskravet har den umiddelbare konsekvens, at Danmark heller ikke inden for 12-sømilzonen gyldigt kan vedtage restriktioner for fiskeri i marine Natura 2000-områder, før dette er accepteret af Kommissionen. Hvorvidt dette er sket, vides ikke, men for mig er dette en overraskelse.

Dommen viser således, at der gælder en væsentlig begrænsning af medlemsstaternes mulighed for i forhold til fiskeriet at opfylde de forpligtelser til beskyttelse af havets biologiske ressourcer, der følger af EU's forskellige miljødirektiver om det marine miljø, hvis sådanne forpligtelser ikke direkte er fastsat i EU's regulering af den fælles fiskeripolitik. Selv om medlemsstaterne kan forbyde eller regulere fiskeri i Natura 2000-områder i den eksklusive økonomiske zone fra medlemsstatens egne fiskebåde ud over, hvad der følger af EU's fiskeriforordninger, er det tvivlsomt, om dette giver mening, når det ikke er muligt at forhindre andre medlemsstaters fiskerbåde, da sådanne nationale

beslutninger er omfattet af det EU-retlige proportionalitetsprincip.<sup>19</sup>

Sammenfattende betyder dommen i sag C-683/16 i forhold til habitatdirektivets art. 6, at Danmark ikke har kompetence til forhindre, at der i et marint Natura 2000-område inden for Danmarks eksklusive økonomiske zone drives bundgarnsfiskeri af fiskefartøjer fra andre medlemsstater, selv om dette fiskeri har skadelig virkning på udpegningsgrundlaget, og Danmark efter habitatdirektivets art. 6 er forpligtet til at hindre sådanne skadevirkninger. Det gør i den sammenhæng ingen forskel, om fiskene landes i dansk havn. Denne territoriale begrænsning og rækkevidde af EU's enkompetence på fiskeripolitikens område efter TEUF art. 3(1)(d), er der ikke taget højde for i fiskerilovens §§ 10 d til 10 i, der er tænkt som en implementering af habitatdirektivets art. 6 i fiskeriloven, men ikke sonderer mellem fiskeri fra andre medlemsstaters fiskefartøjer i den eksklusive økonomiske. Det samme gælder bekendtgørelse nr. 2017/1389 om særlig fiskeriregulering i marine Natura 2000-områder for beskyttelse af revstrukturer, hvilket efter dommen nok må betyde, at bekendtgørelsen er ugyldig.

Inden for 12-sømilzonen fra basislinjen har Danmark ganske vist kompetence til at beskytte Natura 2000-områder mod skadeligt fiskeri fra andre medlemsstater, men ført når dette er accepteret af Kommissionen. Dette ses der ikke taget højde for i de statslige planer for marine Natura-2000 områder.

Problemerne er imidlertid ikke begrænset til Natura 2000-områder, men melder sig også for den danske gennemførelse af havstrategidirektivets art. 13(4) om indsatsprogrammer, da disse programmer ikke kan regulere fiskeri fra andre medlemsstaters fiskefartøjer, hvilket ikke afspejles i havstrategilovens § 10.

Det følger tillige af dommen i sag C-683/16, at der skal sondres mellem de miljøregler, der udtrykkeligt er nævnt i art. 11(1) i forordningen om den fælles fiskeripolitik og de mange andre forpligtelser til at beskytte det marine miljø, der følger af EU's mange andre miljøregler. Dette gælder fx artsbeskyttelsen efter habitatdirektivets art. 12-16, der i relation til fiskeri er søgt gennemført i fiskerilovens § 10 j, som efter dommen i sag C-683/16 nok må anses for ugyldig. Men problemerne stopper næppe her, uden det dog har været muligt for mig at få et fuldt overblik over dommens konsekvenser, og jeg har ikke fornøden kendskab til retspraksis vedrørende fiskerilovgivning til at vurdere konsekvenserne for retspraksis.

De vidtgående konsekvenser for dansk miljølovgivning og Natura 2000-beskyttelsen af EU-Domstolens fortolkning af EU's enkompetence på fiskeriområdet ses ikke overvejet af de danske miljømyndigheder og vil nok komme bag på mange medlemmer af Folketinget, hvis interesse mere har været koncentreret om kvotekonger.

19. Se *Fenger*: UFR 2014B.227 om det EU-retlige proportionalitetsprincip.