

189

## VVM-direktivets undtagelse for anlægsloven og Århus-konventionens krav til prøvelsesadgang

- med kommentar til EU-Domstolens dom i de forenede sager C-128/09 m.fl.

Af professor, dr. jur. Peter Pagh, Københavns Universitet

Da EU for 30 år siden forhandlede Kommissionens forslag til det såkaldte VVM-direktiv var det en mærkesag for den danske regering og Folketinget, at VVM-reglerne ikke skulle gælde for anlægslove, hvilket bl.a. var begrundet med grundloven. De danske synspunkter førte til, at der i VVM-direktivets art. 1(5) blev optaget en særlig undtagelse for projekter vedtaget ved en særlig national lov. Undtagelsen blev brugt ved etablering af den faste forbindelse over Øresund, hvilket gav anledning til et sagsanlæg fra Greenpeace, som anlagde en snævre fortolkning af undtagelsen. Forløbet førte til en række kendelser med delvist forskellige fortolkninger af undtagelsen for anlægsloven, men endte med, at Trafikministeriet blev frifundet af Højesteret i UfR 1999.367 H, hvor Højesteret dog anlagde en lidt anden fortolkning, end Folketinget oprindeligt havde lagt til grund. Begge fortolkninger af VVM-direktivets undtagelse for anlægslove blev knap et år efter Højesterets dom indirekte underkendt af EU-Domstolen i sag C-435/97 WWF, men fortolkningen af undtagelsen blev efterfølgende nuanceret af EU-Domstolens plenum i sag C-287/98 Linster. I den verserende sag om testcenter for kæmpevindmøller i Østerild er der på ny uenighed om fortolkningen af undtagelsen for anlægslove. Senest har EU-Domstolens Store afdeling i dom af 18/10 2011 i de forenede sager C-128/09, Boxus og Roua m.fl. præciseret undtagelsens rækkevidde sammenholdt med Århus-konventionens regler og søgsmålsadgang i forbindelse med seks præjudicielle forelægninger fra den belgiske forfatningsdomstol i forbindelse med tilladelser til lufthavns- og jernbaneprojekter.

### 1. VVM-direktivets undtagelse for anlægslove

Med henblik på at inddrage borgerne indeholder VVM-direktivet<sup>1</sup> regler for fremgangsmåden ved tilladelse til projekter, som væsentligt kan påvirke miljøet, men direktivet indeholder ikke regler for den acceptable miljøpåvirkning. Kravene til fremgangsmåde kan groft deles i fire hovedpunkter.

- (1) For VVM-pligtige projekter gælder, at bygherren skal indsende en ansøgning, der skal omfatte en miljøvurdering, som omfylder kravene i VVM-direktivets art. 3 og 5.
- (2) Når den kompetente nationale myndighed har sikret, at ansøgningen opfylder mindstekravene, skal myndigheden efter art. 6 gennemføre en høring af den berørte offentlighed og relevante myndigheder.
- (3) Myndigheden skal herefter træffe en begrundet afgørelse, og hvis denne afgørelse munder ud i en tilladelse, har bygherren et retskrav på at gennemføre projektet, jf. definitionen af tilladelse i art. 1(2).
- (4) Som led i gennemførelsen af Århus-konventionen har den berørte offentlighed (herunder miljøorganisationer) efter VVM-direktivets art. 10a krav på "ved en domstol eller et andet uafhængigt og upartisk ved lov nedsat organ at få prøvet den materielle og processuelle lovlighed af enhver afgørelse, handling eller undladelse, der er omfattet af dette direktivs bestemmelser om offentlig deltagelse".<sup>2</sup>

De projekter, som falder under direktivets anvendelsesområde, fremgår af direktivets bilag I og II. For bilag I projekter er VVM-proceduren med miljøvurdering og offentlig høring obligatorisk, mens der for bilag II-projekter først skal

ske en screening, hvor det afgøres, om VVM-proceduren er påkrævet. Selv om et projekt falder under bilag I eller bilag II, kan projektet dog være undtaget fra VVM-direktivets regler i kraft af undtagelsen i VVM-direktivets art. 1(5), der lyder:

“Dette direktiv finder ikke anvendelse på projekter, der vedtages i enkeltheder ved en særlig national lov, idet de mål, der forfølges ved dette direktiv, herunder at stille oplysninger til rådighed, nås gennem lovgivningsprocessen.”

Undtagelsen kom som nævnt ind på dansk foranledning og uenighed om bl.a. denne undtagelse var medvirkende til, at Kommissionens forslag til VVM-direktiv var fem år under vejs, før direktivet blev vedtaget.<sup>3</sup> Den principielle begrundelse for at den danske regering krævede en undtagelse for anlægslove blev sammenfattet i et notat fra Miljøministeriet til markedsudvalgets møde den 1/3 1985, hvori bl.a. anføres:

“Danmark har krævet, at anlæg som gennemføres ved lov, ikke omfattes af direktivet. Der er for Danmark tale om et principielt statsretligt problem. Den danske grundlov angiver udtømmende de formelle betingelser for loves gyldighed. Forskrifterne i direktivforslaget, f.eks. om hvilke oplysninger, der skal foreligge før et projekt kan vedtages, harmonerer dårligt med de relativt få formelle krav, som den danske grundlov stiller til lovgivningsproceduren. Danmark kan derfor kun acceptere direktivet, hvis det sikres, at direktivet ikke pålægger Folketinget formelle krav i de tilfælde, hvor et anlæg gennemføres ved lov.<sup>4</sup>”

Ifølge Miljøministeriets daværende grundlovsfortolkning ville det således være uforeneligt med grundloven, hvis EU-retten stiller formelle krav til Folketinget ved vedtagelse af anlægslove. Regeringen og markedsudvalget fandt imidlertid, at den ovenfor citerede regel i VVM-direktivets art. 1(5) imødegik disse problemer, hvorfor Danmark på det efterfølgende møde i Rådet den 7/3 1985 stemte for VVM-direktivet, hvis vedtagelse på daværende tidspunkt krævede enstemmighed.

Som det vil fremgå af det følgende, har EU-Domstolen fortolket undtagelsen for anlægslove betydeligt mere indskrænkende end regering og Folketing i sin tid antog. Og hvis det som anført af Miljøministeriet er i modstrid med grundloven, at et EU-direktiv stiller formelle krav til Folketingets oplysning af en sag, før en lov kan vedtages gyldigt, er det et grundlovsproblem.

Først er det dog fundet hensigtsmæssigt at omtale den danske gennemførelse af VVM-direktivets undtagelse for anlægslove og belyse, hvordan undtagelsen blev fortolket i sagen om den faste forbindelse over Øresund. Dette er bl.a. begrundet med, at flere miljøretnlige fremstillinger fortsat fremstiller den formelle danske implementering af VVM-direktivets art. 1(5) og Højesterets dom i UfR 1999.367 H og andre kendelser i forbindelse med Øresundssagen som udtryk for gældende ret,<sup>5</sup> uanset det forekommer ganske oplagt, at denne ældre danske fortolkning er underkendt af EU-Domstolen.

## 2. Den danske implementering

Der er ikke gennemført en samlet implementering af VVM-direktivet i én dansk lov, men for landterritoriet er det som udgangspunkt planlovens § 11 g-11 i, der nu udgør den formelle ramme for den danske gennemførelse af VVM-direktivet. Undtagelsen for fremgår af bemyndigelsesreglen i planlovens § 11 h, stk. 1, hvis relevante del lyder:

“Miljøministeren kan fastsætte nærmere regler om, hvilke anlæg der er omfattet af § 11 g. Anlæg, der vedtages i enkeltheder ved særlig lov, er dog altid undtaget.”

Planlovens formulering af undtagelsen for anlægslove er identisk med den oprindelige implementering af VVM-direktivet i lands- og regionslovens § 18 b, hvor undtagelsen for anlægslove blev forklaret således:

“Anlæg, der vedtages i enkeltheder ved lov, er direkte undtaget. Når det i det konkrete tilfælde besluttet, at anlægget skal fremmes gennem en fastlæggelse i enkeltheder ved særlig lov, fastslås det i den foreslåede § 18 b, at anlægget ikke skal omfattes af den i lovforslaget angivne procedure.<sup>6</sup>”

Den i lovforslaget angivne procedure sigter til regionplantillæg med VVM-redegørelse, hvilket blev videreført under planlovens § 6 c og med kommunalreformen fik form af kommuneplantillægsprocedure. Efter motiverne skal undtagelsen for anlægslove i planlovens § 11 h forstås således, at anlægslove, der vedtages i enkeltheder ved særlig lov, altid er undtaget. Optagelsen af en regel herom i planloven har efter motiverne til lands- og regionplanloven den særskilte virkning, at anlægget "ikke skal omfattes" af proceduren med kommuneplantillæg.

Uanset formulering "ikke skal" kan fortolkes som om anlæg vedtaget ved særlig anlægslov efterfølgende ikke kan undergives procedure med VVM og kommuneplantillæg efter planlovens § 11 g, anlagde landsretten i MAD 2000.139 Ø om Ørestadsloven en noget anden fortolkning. I dette tilfælde var det ved vedtagelse af lov om Ørestaden forudsat, at VVM-proceduren først skulle gennemføres efterfølgende under den nærmere konkretisering af projektet, og motiverne indeholder ingen angivelse af, at loven skulle være omfattet af undtagelsen i VVM-direktivets art. 1(5). Uanset dette gjorde en borgergruppe gældende, at da Ørestadsloven har karakter af en endelig beslutning, skulle der forud være gennemført en miljøvurdering. Synspunktet blev med rette afvist af landsretten, der henholdt sig til, at endelig VVM-tilladelse til Ørestaden først forelå ved det efterfølgende kommuneplantillæg, og en prøvelse af dette var afskåret, da søgsmålsfristen på 6 måneder var overskredet.

### 3. Lov om den faste forbindelse over Øresund

Den så vidt vides første gang VVM-direktivets undtagelse for anlægslove blev benyttet i Danmark var ved beslutningen om at etablere en fast forbindelse over Øresund.<sup>7</sup> Baggrunden for beslutningen var den danske regerings aftale med den svenske regering om at bygge en bro over Øresund. Aftalen blev fulgt op af en ekstraordinær indkaldelse af Folketinget i 1991, hvor et bredt politisk flertals besluttede at bygge broen ved vedtagelsen af lov 591/1991 om den faste forbindelse over Øresund. Loven havde karakter af en bemyndigelseslov til trafikministeren. Efter lovens § 15 "fastsætter [trafikministeren] (1) den endelige linjeføring af Øresundsforbindel-

sen på dansk søterritorium, og (2) afgrænsningen af tilslutningsanlæg for jernbane- og vejtrafik". Supplerende bestemmer § 4, at:

*"den endelige udformning af Øresundsforbindelsen og tilslutningsanlæg [...] skal foretages under hensyn til, hvad der er økologisk motiveret, teknisk muligt og økonomisk rimeligt, således at skadelige virkninger på miljøet forebygges. Der opstilles en kvalitetsmålsætning for anlæggenes miljøeffekter i Østersøen og Øresund samt på land, der tillige med et overvågnings- og kontrolprogram skal godkendes af trafikministeren efter samråd med miljøministeren inden igangsættelse af anlægsarbejderne."*

Allerede inden anlægslovens vedtagelse opstod der imidlertid problemer. Efter flere klager over beslutningsprocessen rettede EU-Kommissionen henvendelse til den danske regering. Under Folketingets ekstraordinære indkaldelse for at vedtage loven i august 1991 meddelte Kommissionen, at beslutningsprocessen ikke opfyldt VVM-direktivets krav, ligesom Kommissionen fandt det tvivlsomt, om Danmark kunne bruge undtagelsen i art. 1(5). Den danske regering afviste klagen med henvisning til, at projektet var omfattet af art. 1(5), da forarbejder til love efter dansk ret er bindende. Kommissionen besluttede i november 1992 at acceptere den danske begrundelse.

Dette gav anledning til, at Greenpeace i april 1993 indbragte sagen for landsretten med henvisning til, at anlægsloven ikke opfyldte betingelserne i art. 1(5). Som i de seneste belgiske sager ved EU-Domstolen var det første spørgsmål, om sagen kunne admitteres. Trafikministeriet gjorde gældende, at Greenpeace ikke havde søgsmålskompetence, da:

*"Greenpeace Danmark savner den nødvendige, aktuelle og konkrete interesse, fordi projektet ikke er endeligt vedtaget i den forstand, at der fortsat er valg mellem flere projekter, således at indflydelsen på havmiljøet endnu ikke kan vurderes. Det er Øresundskonsortiet, der består af et dansk og et svensk selskab, som skal fastlægge den endelige linjeføring i henhold til anlægsloven. Først når der foreligger et af trafikministeren godkendt projekt efter anlægslovens § 15,*

kan anlægget betragtes som endeligt fastlagt. Som følge af dette har Greenpeace Danmark ikke for tiden retlig interesse i søgsmålet.”

Ministeriets indsigelse blev afvist i UfR 1994.780 ØLK. Landsretten fandt, at der forelå “en aktuelt og konkret tvist, idet søgsmålet navnlig angår spørgsmålet om proceduren forud for anlægslovens vedtagelse. Den omstændighed, at linieføringen fortsat ændres på projektplan kan ikke føre til noget andet resultat.” Med henvisning til at Greenpeace i andre miljølove var tillagt klageret og ud fra en samlet bedømmelse anerkendte landsretten i juni 1994 Greenpeace’ søgsmålskompetence, men forudsatte som det fremgår, at et endeligt projekt endnu ikke forelå.

Efter at trafikministeren i juli 1994 gav tilladelse til projektet, begærede Greenpeace opsættende virkning af sagsanlæg. Anmodningen blev afvist af landsretten med to begrundelser. Dels fordi Kommissionen havde henlagt klagen “under henvisning til, at undtagelsesbestemmelsen i direktivets art. 1(5), skønnes at kunne påberåbes af den danske regering”.<sup>8</sup> Dels fordi “en afvejning af det offentlige interesse i, at gennemførelsen af Øresundsforbindelsen ikke udsættes på ubestemt tid over for sagsøgers interesse i at få fastslået, om anlægsloven er i strid med VVM-direktivet på grund af manglende overholdelse af forskrifter, der i givet fald vil kunne afhjælpes ved supplerende lovgivning, må føre til samme resultat”. Kendelsen blev kæret til Højesteret, der ligeledes afviste opsættende virkning. Dog ikke med henvisning til art. 1(5), men i stedet med henvisning til Trafikministeriets beslutning var meddelt efter en procedure i overensstemmelse med VVM-direktivet. Om art. 1(5) udtalte seks af dommerne, at “det forhold, at regeringen og Folketinget ved anlægslovens vedtagelse henviste til direktivets art. 1(5) kan ikke bevirke, at Trafikministeriet derefter er afskåret fra at gøre gældende, at direktivets regler var iagttaget, da der senere blev meddelt tilladelse til projektets gennemførelse”. Den dissentierende dommer tilsluttede sig synspunktet, men bemærkede supplerende, at betingelsen for anvendelse af art. 1(5) ikke var opfyldt.

Samtidigt med Højesteretskendelsen søgte Øresundsforbindelsen i 1995 om tilladelse efter

råstofloven til udgravning af flere millioner kubikmeter i anlægstraceet. Miljøministeriet meddelte en råstoffilladelse et halvt år efter uden forudgående VVM, hvilket formentlig skyldes, at VVM-direktivet først blev implementeret i råstofloven i 1996. Greenpeace begærede herefter opsættende virkning af sagsanlæg for dette projekt, hvilket blev afvist af landsretten, der henviste til, at Højesteret i UfR 1995.634 havde forudsat, at afgravning af havbunden var en integreret del af projektet.<sup>9</sup>

I november 1995 meddelte Miljøstyrelsen endvidere miljøgodkendelse til, at deponere flere hundrede tusind kubikmeter lettere forurenede jord på den kunstige halvø, der skulle etableres i forbindelse med anlæg af broen. Godkendelsen blev påklaget af bl.a. Greenpeace med henvisning til, at godkendelsen var meddelt uden VVM, men Naturklagenævnet afviste i MAD 1996.508, at der kunne kræves VVM. Nævnet henviste dels til, at deponering af lettere forurenede jord ikke kunne anses som bortskaffelse af farligt affald omfattet af VVM-direktivets bilag I, og dels til at deponiet heller ikke som et bilag II-projekt krævede VVM, da “deponiet udgør en del af en ved lov fastsat halvø, og Trafikministeren har som myndighed givet tilladelse til halvøens etablering”.

I landsretten endte sagen med frifindelse af Trafikministeriet med henvisning til, at ministeriets tilladelse var meddelt efter en procedure, der opfyldte VVM-direktivet. Supplerende udtalte landsretten, at undtagelsen i art. 1(5) ikke kunne fortolkes sådan, “at offentlige projekter, der skal vedtages ved lov, skal foreligge i sådanne enkeltheder, inden lovgivningsmagten indrages, at miljøkonsekvensvurderingen kan foretages allerede som led i lovgivningsprocessen”. Landsretten fandt derfor ikke grund til at undersøge om betingelserne for anvendelse af art. 1(5) var opfyldt. Landsrettens udsagn kan sammenholdes med, at Danmark forud for lovens vedtagelse meddelte Kommissionen, at man anså projektet undtaget efter direktivets art. 1(5), og at motivudtalelser efter dansk ret er bindende.

Dommen blev anket til Højesteret, der i U 1999.367 H frifandt ministeriet. I betragtning af det forudgående forløb kom dette næppe som en overraskelse. Det samme kan ikke siges om be-

grundelsen. Forskellig fra U 1995.634 HK, fandt Højesteret nu, at det ved anlægsloven "vedtagne projekt må [...] anses for omfattet af undtagelsesbestemmelsen i direktivets art. 1(5)", da:

"projektet [...] allerede ved lovforslagets fremsættelse [forelå] i en så konkret udformning og var ledsaget af sådanne oplysninger, at der i forbindelse med lovgivningsprocessen kunne foretages en vurdering af anlæggets indvirkning på miljøet i overensstemmelse med VVM-direktivets mål, herunder målsætningen om at vurderingen foretages på et så tidligt stadium i beslutningsprocessen som muligt. Vedtagelsen af projektet skete således med fastlæggelse af de grundelementer, som var nødvendige og tilstrækkelige for en vurdering af anlæggets indvirkning på miljøet, og på grundlag af et særdeles omfattende undersøgelses- og dokumentationsmateriale."

Om de "ændringer og præciseringer" af projektet, der skete efter anlægslovens vedtagelse, bemærkede Højesteret, at disse var omfattet af VVM-direktivet. Men da der var gennemført to høringer i 1993, fandt Højesteret ændringerne besluttet i overensstemmelse med VVM-direktivet, uden der herved blev taget stilling til konsekvenserne af, at høringerne var gennemført inden miljøvurdering og det endelige projekt forelå.

Som det fremgår af ovenstående, anlagde de danske myndigheder og domstole under Øresundssagens langstrakte forløb en række forskellige indbyrdes modstridende udlægninger VVM-direktivets undtagelse for anlægslove i art. 1(5). Først antog Trafikministeriet, at anlægslove nærmest automatisk var undtaget, og at prøvelse ligeledes var afskåret, indtil projektet var konkretiseret. Landsretten afviste i UfR 1994.780 det sidste, men tog ikke stilling til det første. Efterfølgende anførte Landsretten i UfR 1995.634 HK, at eventuelle mangler i forhold til art. 1(5) kunne afhjælpes ved efterfølgende lovgivning, hvorfor opsættende virkning blev afvist. Højesteret nåede samme resultat, men med den begrundelse, at undtagelsen i art. 1(5) ikke hindrede, at direktivet blev opfyldt ved en efterfølgende høring og miljøvurdering, før ministe-

ren gav tilladelse. I den efterfølgende kendelse om råstofafgravningen lagde Landsretten anderledes til grund, at når råstofafgravning var nævnt i anlægsloven, var projektet automatisk omfattet af undtagelsen i art. 1(5), men i den endelige dom i UfR 1999.367 H lagde Landsretten til grund, at det slet ikke var nødvendigt at tage stilling til art. 1(5)'s anvendelse. Højesteret antog anderledes, at loven om den faste Øresundsforbindelse opfyldte betingelserne i art. 1(5), men at de efterfølgende ændringer og præciseringer var omfattet af VVM-direktivet, men da der var gennemført to høringer, før ministeren meddelte tilladelse i 1994, fandtes direktivets krav opfyldt, uden Højesteret herved tog stilling til konsekvensen af, at miljøvurderingen af påvirkning af vandgennemstrømning forelå efter den offentlige høring.

Når de mange forskellige udlægninger ikke førte til en præjudiciel forelæggelse for EU-Domstolen, kan det derfor vanskeligt forklares med, at der ikke var uklarhed om fortolkning af art. 1(5). I bakspejlets klare lys kan det konstateres, at alle de forskellige fortolkninger, der blev anført af myndigheder og domstole, må anses for underkendt af EU-Domstolen.

#### 4. EU-Domstolens tidligere fortolkning

Første gang EU-Domstolen tog stilling til undtagelsen i art. 1(5) for anlægslove var i sag C-435/97 WWF mod Borzen, der vedrørte udvidelse af en mindre lufthavn, hvilket WWF mente var en overtrædelse af VVM-direktivet. Et af spørgsmålene i sagen var, om tilladelsen faldt uden for VVM-direktivet, fordi projektet var vedtaget ved en anlægslov. EU-Domstolen bemærkede hertil, at undtagelsen i art. 1(5) kræver, at to betingelser er opfyldt. For det første skal projektet "vedtages i enkeltheder ved særlig national lov", og for det andet skal direktivets formål nås gennem lovgivningsprocessen. De to betingelser indebærer, at loven skal have de samme kendetegn, som 'tilladelser' efter VVM-direktivets art. 1(2). Dette forudsætter, at loven:

*"giver bygherren en ret til at gennemføre projektet [...], [og at loven er] tilstrækkeligt præcis og endelig, således at den i lighed med en tilladelse indeholder alle de elementer i projektet,*

*som er relevante for vurderingen af dettes indvirkning på miljøet, efter at lovgiver har taget disse i betragtning. [...] Hvis den særlige nationale lov [...] ikke indeholder de elementer i det pågældende projekt, som har relevans ved vurderingen af dets indvirkning på miljøet, vil direktivets formål blive tilsidesat, da et projekt i så fald vil kunne godkendes uden en forudgående vurdering af dets indvirkning på miljøet, selv om denne kan være væsentlig.”*

Efter dommen kan et projekt vedtaget ved lov ikke anses for omfattet af art. 1(5), medmindre loven indeholder de nødvendige elementer til vurderingen af projektets indvirkning på miljøet, men foreskriver, at der skal foretages en undersøgelse heraf, som må iværksættes efterfølgende, eller når loven gør det nødvendigt at træffe andre foranstaltninger for at give bygherren ret til at gennemføre projektet. Dommen i sag C-435/97 betyder derfor, at lovgiver ikke kan undtage sig fra VVM-direktivets fremgangsmåde, medmindre lovgiver forud for vedtagelsen af anlægsloven har de informationer om miljøvirkning, som kræves efter VVM-direktivets art. 5. For det andet afskærer dommen muligheden for at anvende art. 1(5), hvis beslutning om projekt udskydes, f.eks. ved at delegere kompetencen om gennemførelse af projektet til en minister. Samtidigt fastslog EU-Domstolen, at VVM-direktivets regler om screening har direkte effekt.

Den anden betingelse om *endelig beslutning af projektets udformning* blev efterfølgende modificeret af EU-Domstolens plenum i sag C-287/98, *Linster*, der vedrørte gyldigheden af ekspropriation på grundlag af en anlægslov om motorvej. Efter at have tilsluttet sig første del af dommen i sag C-435/97, *WWF mod Borzen*, modificerede dommen kravet om endelig afgørelse, således at art. 1(5) også kan anvendes, hvis lovgiver åbner mulighed for to forskellige udformninger af projektet, men forudsat begge muligheder var vurderet for miljøvirkninger før lovens vedtagelse. På denne baggrund sammenfattede EU-Domstolen betingelserne for at benytte undtagelsen i art. 1(5) således, at den omfatter:

*“en retsakt, der er vedtaget af et parlament efter offentlige parlamentariske forhandlinger [...],*

*når direktivets mål, herunder at der stilles oplysninger til rådighed for offentligheden, har kunnet nås gennem lovgivningsprocessen, og når de oplysninger, som parlamentet rådede over på det tidspunkt, da det vedtog projektet i enkeltheder, svarede til dem, som skulle have været forelagt den kompetente myndighed under en almindelig procedure for godkendelse af projektet.”*

Efter *Linster*-dommen kan Folketinget kun benytte undtagelsen i art. 1(5), hvis Folketinget forud for lovens vedtagelse har de samme oplysninger, som kræves efter VVM-direktivets art. 5. Vælger Folketinget at delegere den nærmere fastlæggelse af projektet til en minister, kan undtagelsen i art. 1(5) ikke anvendes, medmindre Folketingets delegation er begrænset til et valg mellem helt bestemte udformninger af projektet, og disse bestemte udformninger af projektet var belyst forud for lovens vedtagelse. Såfremt Folketingets vedtagelse af anlægsloven ikke opfylder disse betingelser, vil det anlæg, som anlægsloven sigter mod, kun kunne gennemføres efter en forudgående VVM-procedure.

## **5. Dommen af 18/10 2011 i Boxus og Roua**

Den seneste dom fra EU-Domstolen i de forenede sager C-128-131/09 og C-134-135/09, *Boxus og Roua m.fl.*, var foranlediget af seks præjudicielle forelæggelser fra Belgien i forbindelse med tilladelser til projekter i to lufthavne og ved en jernbane. Den nærmere karakter af projekterne fremgår ikke af dommen, men det fremgår, at tilladelserne blev indbragt for det belgiske Conseil d'État (forvaltningsdomstol) af utilfredse borgere, og mens sagen verserede for Conseil d'État, besluttede det vallonske parlament at stadfæste tilladelserne ved lov, hvilket blev begrundet med “tvingende almene hensyn”.

Dette førte til, at der blev anlagt flere annulationssøgsmål ved den belgiske forfatningsdomstol (Cour Constitutionnelle) om, hvorvidt det vallonske parlaments beslutning var forfatningsmæssig. Samtidigt gjorde de sagsøgende borgere over for den belgiske forvaltningsdomstol gældende, at det vallonske parlaments beslutning var forfatningsstridig, da det afskar en

fortsat prøvelse ved forvaltningsstolen af de indbragte sager, og at det vallonske parlaments beslutning var i modstrid med VVM-direktivet og Århus-konventionens art. 9. Dette førte til, at den belgiske forvaltningsdomstol rejste en række præjudicielle spørgsmål over for EU-Domstolen og den belgiske forfatningsdomstol.

I forhold til EU-Domstolen var problemet for det første, om det er foreneligt med VVM-direktivets art. 1(5), at projekter omfattet af VVM-direktivet besluttet på den måde, som det vallonske parlament havde brugt. For det andet var problemet, om anvendelsen af en sådan fremgangsmåde kan bruges til at afskære en fuld prøvelse af, om beslutningen af et projekt er sket i overensstemmelse med VVM-direktivet, eller om dette vil være i modstrid med VVM-direktivets art. 10a om prøvelsesadgang og Århus-konventionens art. 9, hvor EU-Domstolen bl.a. måtte tage stilling til, om Århus-konventionens regler finder anvendelse på projekter vedtaget ved lov.

### 5.1 Undtagelsen for anlægslove

Ved besvarelsen af det første spørgsmål tog EU-Domstolen på linje med den tidligere praksis udgangspunkt i, de to sætninger art. 1(5) skal fortolkes som to selvstændige betingelser, der begge skal opfyldes, før undtagelsen kan anvendes. Den ene betingelse er, at projektet skal være vedtaget i enkeltheder ved en særlig lov. Den anden betingelse er, at direktivets formål, herunder det formål, som består i at stille oplysninger til rådighed, nås gennem lovgivningsprocessen.

Kravet om at et projekt skal være vedtaget i enkeltheder ved en særlig national lov uddybede EU-Domstolen i præmis 38-40, hvorefter dette forudsætter, at loven skal:

“være særlig og frembyde samme kendetegn som en tilladelse. Den skal bl.a. give bygherren ret til at gennemføre projektet [...] Projektet skal desuden være vedtaget i enkeltheder, dvs. tilstrækkeligt præcist og endeligt, således at den lov, hvorved projektet vedtages, i lighed med en tilladelse indeholder alle de elementer i projektet, som er relevante for vurderingen af dets indvirkning på miljøet, efter at lovgiver har taget disse i betragtning [...] Det skal således fremgå af loven, at formålet med direktiv 85/337 er nået

med hensyn til det pågældende projekt [...] Det følger heraf, at et projekt ikke kan anses for at være vedtaget i enkeltheder ved en lov i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i art. 1, stk. 5, i direktiv 85/337, når loven ikke indeholder de nødvendige elementer til vurdering af projektets indvirkning på miljøet, eller gør det nødvendigt at træffe andre foranstaltninger for at give bygherren ret til at gennemføre projektet [...]”

Efter dommen skal der således opfyldes tre betingelser, før en lov opfylder første led af art. 1(5). For det første skal loven alene angå det pågældende projekt og have samme kendetegn som en tilladelse og indeholde en stillingtagen til alle de elementer i projektet, som kan have væsentlige miljømæssige virkninger. For det andet skal det fremgå af loven, at formålet med VVM-direktivet er opfyldt ved loven, hvilket formentlig må betyde, at der også med loven er taget stilling til de miljøvirkninger, som projektet må antages at have på grundlag af miljøvurderingen af projektet. For det tredje skal der med loven være taget endelig stilling til projektet. Det er derfor næppe muligt at anvende art. 1(5), hvis loven forudsætter, at der efterfølgende skal tages stilling til andre foranstaltninger, som kan have væsentlig miljømæssig virkning, før bygherren har ret til at gennemføre projektet.

I forhold til den anden betingelse, om at direktivets formål skal opfyldes gennem lovgivningsprocessen, lagde EU-Domstolen på linje med tidligere domme til grund, at dette kræver, at lovgiver har *tilstrækkelige oplysninger* om projektets miljøvirkninger, før projektets vedtagelse. Dette betyder, at lovgiver forud for vedtagelse af loven skal have de oplysninger, der fremgår af VVM-direktivets art. 5(3) og bilag IV, hvilket efter præmis 43 som minimum omfatter en beskrivelse af projektet med oplysninger om placering, art og dimensioner, en beskrivelse af påtænkte foranstaltninger med henblik på at undgå, nedbringe og om muligt neutralisere betydelige skadelige virkninger, og de data, der er nødvendige for at konstatere og vurdere, hvilke væsentlige virkninger projektet vil kunne få for miljøet.

I de belgiske sager var der imidlertid det yderligere aspekt, at loven var vedtaget efter en forudgående administrativ procedure. EU-Dom-

stolen fandt ikke, at art. 1(5) var til hinder for lovgiver inddrog de oplysninger, der var indgået under den administrative procedure. Dette betyder imidlertid ikke, at den forudgående administrative procedurer kan erstatte de krav, der stilles efter sidste led af art. 1(5) til lovgivningsprocessen. EU-Domstolen afviste derfor, at betingelserne for at anvende art. 1(5) var opfyldt ved *“en lov, som ene og alene “stadfæster” en eksisterende administrativ foranstaltning, og som blot henviser til tvingende almene hensyn, uden at der i materiel henseende gennemføres en forudgående lovgivningsprocedure, hvorunder nævnte betingelser kan iagttages”*. Kun hvis lovgiver forud for lovens vedtagelse har haft adgang til de i dommens præmis 43 anførte oplysninger, kan undtagelsen i art. 1(5) anvendes.

## 5.2 Prøvelsesadgang af anlægslove

Sagens andet spørgsmål må ses i lyset af, at VVM-direktivets art. 10a om den berørte offentligheds prøvelsesadgang ved domstole og uafhængige nævn. Reglen er nødvendigvis begrænset til projekter omfattet af VVM-direktivet. Spørgsmålet fra den belgiske domstol var, om den i art. 10a krævede prøvelse kunne afskæres eller begrænses, når projektet var vedtaget ved lov.

Efter min opfattelse er svaret i forhold til VVM-direktivets art. 10a relativt oplagt. Hensynet til den effektive virkning af EU-retten begrundes, at den berørte offentlighed har fuld adgang til at få prøvet, om betingelserne for at anvende undtagelsen i VVM-direktivets art. 1(5) er opfyldt. Dette synes ligeledes antaget af Landsretten i UfR 1994.780 ØLK.<sup>10</sup>

I de belgiske sager var forholdet imidlertid kompliceret af den belgiske procesordning, hvor den belgiske forvaltningsdomstol ikke har mulighed for at prøve love, da denne kompetence ligger hos den belgiske forfatningsdomstol, som omvendt ikke har mulighed for at foretage samme prøvelse af loves materielle og processuelle lovlighed, som forvaltningsdomstolen kan foretage af tilladelser.

EU-Domstolen tog udgangspunkt i, at det på grundlag af princippet om processuelt og institutionelt autonomi er op til medlemsstaterne at afgøre, hvilke domstole og upartiske organer der har hvilke kompetencer, så længe dette ikke

kommer i modstrid med effektivitets- og ækvivalensprincippet. Men da VVM-direktivets art. 10a kræver, at den berørte offentlighed har fuld adgang til en uafhængig prøvelse af materielle og processuelle lovlighed af projekter omfattet af VVM-direktivet, fandt EU-Domstolen, at borgerne har krav på en tilsvarende prøvelse af, om et projekt vedtaget ved lov opfylder de materielle og processuelle betingelser for at anvende undtagelsen i VVM-direktivets art. 1(5). Såfremt den belgiske procesordning måtte betyde, at en fuld materiel og processuel prøvelse af, om betingelserne for undtagelsen i art. 1(5) var opfyldt, var den belgiske forvaltningsdomstol forpligtet til at undlade at anvende den vallonske lov.

Endelig var der fra de belgiske domstole rejst spørgsmål, om Århus-konventionens regler om prøvelsesadgang finder anvendelse på projekter vedtaget ved lov, hvilket må ses i lyset af, at Århus-konventionen ikke indeholder en bestemmelse svarende til VVM-direktivets art. 1(5). Ganske vist fremgår det af Århus-konventionens art. 2(2) in fine, at begrebet “offentlige myndigheder” ikke omfatter “organer eller institutioner, der handler som dømmende eller lovgivende myndighed”. Problemet er imidlertid, at hverken konventionens art. 6 om inddragelse af den berørte offentlighed før tilladelse af projekter eller konventionens art. 9(2) om domstolsprøvelse af projekter omfattet af art. 6 indeholder bestemmelser om, at reglerne ikke gælder for projekter, der er vedtaget ved en særlig lov.

Uden nærmere begrundelse lagde EU-Domstolen imidlertid i præmis 50 til grund, at:

“Det fremgår af Århus-konventionens art. 2(2), sammenholdt med konventionens art. 6 og 9 samt art. 1(5) i direktiv 85/337, at hverken konventionen eller direktivet finder anvendelse på projekter, der vedtages ved en lov, der opfylder betingelserne i VVM-direktivets art. 1(5).”

Denne udlægning forekommer ikke utvivlsom. Det kan ganske vist anføres, at der i Århus-konventionens art. 6 er spredte henvisninger til, at de i art. 6 anførte pligter til at sikre miljøvurdering og høre offentligheden før godkendelse af projekter retter sig mod offentlige myndigheder. EU-Domstolen går imidlertid videre i præmis



50, der taget bogstaveligt helt udelukker, at Århus-konventionen finder anvendelse på projekter, der vedtages ved love, som opfylder betingelserne i art. 1(5).

Dette er næppe korrekt, selv om det kan anføres, at der i lovgivningsproceduren i EU's medlemsstater er taget højde for de i art. 6 fastsatte regler om inddragelse af offentligheden. Det er nemlig langt fra givet, at det samme gælder alle stater under Århus-konventionen, som også omfatter Hviderusland, Georgien, Ukraine og flere andre tidligere sovjetrepublikker, hvor man næppe altid kan være sikker på, at lovgivningsprocessen sikrer offentlighedens inddragelse. For det andet synes EU-Domstolens fortolkning ikke afstemt med EU-Domstolens dom i sag C-240/09 *Zoskupenie* om fortolkning af Århus-konventionens art. 9(3). I sag C-240/09 lagde EU-Domstolen således til grund, at borgernes adgang til at håndhæve overtrædelser af national miljølovgivning efter art. 9(3) også omfatter overtrædelser af EU's habitatdirektiv, uanset om direktivet ikke er gennemført i national ret.<sup>11</sup> Samme udlægning er i øvrigt antaget af Compliance Committee under Århus-konventionen i en klagesag over danske miljømyndigheders overtrædelse af fuglebeskyttelsesdirektivet (se MAD 2008.552 CC).

Jeg mener derfor det må afvises, at en medlemsstat ved i lovsform at tillade et projekt, som f.eks. krænker EU's habitatdirektiv, skulle kunne undrage sig prøvelse af, om habitatdirektivet er overtrådt, blot fordi lovgiver forud for projektets vedtagelse havde de fornødne oplysninger om, at projektet ville medføre direktivstridige skadevirkninger på et beskyttet Natura 2000-område. Præmis 50 kan dog på dette punkt forsvares med, at de sidstnævnte spørgsmål ikke var relevant i de belgiske sager, da EU-Domstolen med den krævede prøvelse af betingelserne for undtagelsen i VVM-direktivets art. 1(5) reelt sikrede den berørte offentlighed fuld prøvelsesadgang. Det må derfor antages, at præmis 50 alene skal læses som en konkret direktivfortolkning. EU-Domstolens almindelige fortolkning af effektivitetsprincippet sammenholdt med Århus-konventionens art. 9(3) betyder, at den berørte offentlighed har krav på ved domstolene at kunne påtale overtrædelser af EU's krav til na-

turbeskyttelse, uanset om den konkrete overtrædelse er begået af lovgiver.

## 6. Eftertanke

Anvendelsen af VVM-direktivets undtagelse for anlægslove har tidligere voldt betydelige problemer for de danske myndigheder, som det er fremgået af gennemgangen af den danske implementering og forløbet i sagen om Øresundsforbindelsen. Så vidt vides har Miljøministeriet i de senere år været opmærksom på, at der både er processuelle og betingelser for at anvende VVM-direktivets art. 1(5), og dette er formentlig også forklaringen på, at de fleste større offentlige anlægsprojekter er undergivet VVM-procedure, før de vedtages. I forbindelse med testcentret i Østerild gjorde man imidlertid en undtagelse og vedtog projektet som anlægslov. Der var forud gennemført en miljøvurdering, som forelå for Folketinget. I den verserende sag om testcentret er det imidlertid bl.a. gjort gældende af de sagsøgende borgere, at betingelserne for at anvende art. 1(5) ikke var opfyldt ved anlægslovens vedtagelse. Da der i retssagen bl.a. er fremlagt et notat, som jeg udarbejdede efter anmodning fra den daværende opposition forud for anlægslovens vedtagelse, og jeg i dette notat bl.a. konkluderede, at betingelserne for at bruge art. 1(5) var opfyldt, finder jeg anledning til at bemærke, at jeg ikke er helt så sikker på, at jeg vil nå til samme sikre konklusion efter den seneste dom. Det er efter den seneste dom uklart for mig, om det er foreneligt med art. 1(5), at den nærmere fastlæggelse af en række tiltag om omfanget af skovrydning og forebyggende foranstaltninger af hensyn til naturbeskyttelse ikke blev afgjort med loven, men overladt til ministeren. Om dette eventuelt kan løses ved, at der gennemføres en efterfølgende VVM-procedure for de enkelte delprojekter, kan ikke udelukkes, men er i bedste fald usikkert, så vidt jeg kan bedømme. Hvis den danske domstol i denne sag måtte have en tilsvarende tvivl om fortolkningen, har den jo mulighed for at spørge EU-Domstolen.

## Noter

- 1) Med VVM-direktivet menes, direktiv 85/337 om vurdering af visse offentlige og private projekters indvirkning

- på miljøet (VVM) som ændret ved direktiv 97/11, direktiv 2003/35 og direktiv 2009/31.
- 2) Se VVM-direktivets art. 10a, der blev indføjet ved direktiv 2003/35 om offentlighedens deltagelse som led i EU's gennemførelse af Århus-konventionen om borgernes rettigheder på miljøområdet.
  - 3) I forbindelse med Maastricht-dommen (UfR 1998.800 H) udarbejdede jeg til brug for sagen en gennemgang af de i sagen udleverede instrukser og interne referater, hvoraf bl.a. fremgår, at betænkelighederne mod VVM-procedure ved anlægslove nævnes første gang i referat fra Regeringens Fællesmarkedsudvalgsmøde den 21/5 1981 og herefter gentages og uddybes i de følgende knap fire år.
  - 4) Se Miljøministeriets notat af 27/2 1985 (j.nr. 81-800/40-10) til markedsudvalgets møde den 1/3 1985.
  - 5) Se Revsbech & Puggard: Lærebog i miljøret (4. udg. 2008), s. 53, Boeck: Planlovskommentar (2. udg.), 2002, s. 124 og Moe: Miljøret, 2011 (7. udg.) s. 242 og 319. Se dog Anker: Miljøretten 2 (2. udg.) 2006, s. 165, hvor det anføres, at Højesterets dom i UfR 1999.367 H ikke harmonerer med EU-Domstolens praksis.
  - 6) FT 1987/88, lovforslag L. 212.
  - 7) Gennemgangen af Øresundssagen indeholder flere utrykte kendelser, og selv om jeg har bestræbt mig på en objektiv fremstilling skal læseren vide, at jeg rådgav sagsøgerne i sagen.
  - 8) Afvisning af præjudiciel forelæggelse med henvisning til manglende sagsanlæg fra Kommissionen er et ulovligt kriterium, jf. sag C-393/98 Gomes, hvor EU-Domstolen udtalte, at Kommissionens undladelse af at forfølge en medlemsstat "ikke har nogen indflydelse på den forpligtelse, som påhviler en ret i den pågældende medlemsstat, der træffer afgørelse i sidste instans, til at forelægge et fællesskabsretligt spørgsmål" efter TEF art. 234. Se tillige Pagh: UfR 2004.B.305 samt Fenger & Broberg: Præjudicielle forelæggelser for EF-domstolen, 2008, s. 189.
  - 9) Utrykt Østre Landsrets kendelse af 25/1 1996, 13. afd. B-0783-93.
  - 10) Samme fortolkning af søgsmålskompetencen og prøvelsesadgang synes forudsat i Vestre Landsrets kendelse af 29/8 2011 (B-2938-10) i den verserende sag om testcentret for kæmpevindmøller ved Østerild. Se hertil Pagh: TfM 2011, 172.
  - 11) Se uddybende om dommen i sag C-240/09, Pagh: TfM 2011.97.