

## Hvis projekter skal tillades efter undtagelsen i habitatdirektivets art. 6, stk. 4, for væsentlige samfundshensyn

– med omtale af dommen i C-411/19 om vejanlæg i et Natura 2000-område

Af professor, dr.jur. Peter Pagh

Det er ingen nyhed, at anvendelsen af EU's regler om beskyttelse af Natura-beskyttelse volder danske myndigheder problemer. Der var og er betydelig usikkerhed om, hvornår der kræves en habitatvurdering, og hvad der kræves af en habitatvurdering efter habitatbekendtgørelsens § 6, stk. 2. Endnu større usikkerhed er der om myndigheders mulighed for at anvende undtagelsen for bydende nødvendige samfundshensyn i habitatbekendtgørelsens § 9, der udgør en del af den danske gennemførelse af habitatdirektivets art. 6, stk. 4. Efter at Miljø- og Fødevareklagenævnet i MAD 2019.161 Mfk standsede et halvfærdigt kystbeskyttelses anlæg, fordi projektet ikke kunne tillades efter habitatbekendtgørelsens § 6, stk. 2, men kun kunne tillades efter undtagelsen i habitatbekendtgørelsens § 9, er flere myndigheder nok blevet klar over, at det i nogle tilfælde kan blive nødvendigt at bruge undtagelsen i habitatbekendtgørelsens § 9, der både indeholder materielle og processuelle betingelser. Reglen skal fortolkes i overensstemmelse med habitatdirektivets art. 6, stk. 4, jf. senest EU-Domstolens sag C-411/19, hvor der bl.a. blev taget stilling til fremgangsmåden og muligheden for at ændre projektet efter den første habitatvurdering efter habitatdirektivets art. 6, stk. 3. Dommen i C-411/19 har derfor ikke alene betydning, når undtagelsen skal anvendes. Dommen indebærer tillige, at der ikke efter en habitatvurdering kan tilføjes vilkår om afværgeforanstaltninger, hvilket også begrænser danske klagenævns mulighed for at »reparere« mangler i tilladelser. For danske myndigheder kompliceres forholdet yderligere af, at habitatvurdering og en eventuel brug af

undtagelsen i mange tilfælde kræver forskellige myndigheders beslutning efter forskellige lovgivelser og med forskellige klagenævn. Dette er emnet for denne artikel, der efter en kort omtale af habitatdirektivets art. 6, stk. 2-4, belyser dommen i C-411/19, der sammenholdes med den danske gennemførelse af habitatdirektivets art. 6, stk. 3 og 4, med udgangspunkt i habitatbekendtgørelsen (2018/1595).

EU-rettens krav til at beskytte Natura 2000-områder mod skadelige påvirkninger fremgår af habitatdirektivets art. 6, stk. 2-4.<sup>1</sup> Art. 6, stk. 2, udgør den generelle beskyttelse mod skadelige påvirkning, mens art. 6, stk. 3, omfatter »alle planer og projekter«, der kun kan vedtages af myndigheden, når myndigheden efter en screening og ofte en habitatvurdering har videnskabelig vished for, at vedtagelsen af retsaktten ikke kan medføre skadelig virkning på områdets integritet, uden at der er mulighed for at inddrage andre samfundshensyn. Er betingelserne for at meddele tilladelse efter art. 6, stk. 3, ikke opfyldt, kan projektet/planen kun ved-

1. Den positive beskyttelse i form af aktive bevaringsforanstaltninger er reguleret i habitatdirektivets art. 6, stk. 1, der i dansk ret er gennemført i de statslige Natura 2000-planer og kommunale handleplaner, der vedtages på grundlag af miljømålsloven. Da bevaringsforanstaltninger for en naturtype/beskyttet art kan have negative virkninger for en anden beskyttet art eller naturtype, skal der i Natura 2000-planen tages stilling til afvejningen mellem de forskellige beskyttede naturtyper/arter, da en bevaringsforanstaltning i modsat fald vil kræve habitatvurdering efter art. 6, stk. 3, jf. C-441/17 *Kommissionen mod Polen* og hertil Pagh: TfM 2018, s. 277.

tages efter de særlige betingelser og den særlige fremgangsmåde, der fremgår af art. 6, stk. 4.

Der er tale om en kompliceret ordning, der indtil nu har ført til knap 100 domme ved EU-Domstolen, hvoraf bl.a. fremgår, at art. 6, stk. 2-4, har direkte effekt og forpligter de nationale myndigheder direkte, uanset mangler i den nationale lovgivning.<sup>2</sup>

Undtagelsen i art. 6, stk. 4, der i dansk ret bl.a. er gennemført i habitatbekendtgørelsens § 9, har af danske myndigheder kun været anvendt i meget få tilfælde.<sup>3</sup> Hos myndigheder og projektherrer er der derfor usikkerhed om, hvornår og hvordan undtagelsen kan anvendes, så et projekt kan tillades efter undtagelsen, selv om projektet ikke kan tillades efter habitatdirektivets art. 6, stk. 3.

En del af denne usikkerhed er blevet besvaret med dommen i C-411/19. Men EU-Domstolens svar viser samtidig, at dette ikke alene har betydning for undtagelsen, men også for den fremgangsmåde, som danske myndigheder skal anvende ved screening, henholdsvis habitatvurdering af projekter efter den danske habitatbekendtgørelses § 6, og de andre danske gennemførelsesbestemmelser af habitatdirektivets art. 6, stk. 3, som det belyses i denne artikel.

2. I sag C-127/02 *Waddenzee* fastslog EU-Domstolen, at art. 6, stk. 3, har direkte virkning, hvilket senest er bekræftet i C-461/17 *Holohan m.fl.* og i C-254/19 *Friends of the Irish Environment*. Betingelserne for at anvende undtagelsen i art. 6, stk. 4, er ligeledes tillagt direkte effekt, jf. senest C-411/19 *WWF Italia Onlus m.fl.* Tilsvarende har den generelle beskyttelse i art. 6, stk. 2 direkte effekt, jf. sag C-399/14 *Grüne Liga Sachsen*. For en samlet oversigt over de mange EU-domme frem til 2019 om habitatdirektivets art. 6, se *Pagh*: UfR 2019B.139.
3. Dette er i mindst tre tilfælde sket, efter at tilladelse blev underkendt, hvor den efterfølgende tilladelse efter undtagelsen i art. 6, stk. 4, ikke blev påklaget i to af sagerne, nemlig MAD 2016.430 Nmk om underjordisk gaslager og MAD 2019.161 Mfk om kystbeskyttelses anlæg, mens tilladelse efter undtagelsen blev påklaget i MAD 2018.400 Mfk om Fynsværket, hvor Miljø- og Fødevarerklagenævnet ændrede vilkår for tilladelsen – se hertil *Pagh TfM 2019*, s. 157.

## 1. Sag C-411/19, WWF Italia Onlus m.fl.

Baggrunden for C-411/19 var, at de italienske myndigheder havde godkendt det foreløbige projekt med anlæg af en 18 km vejstrækning, som skulle forbinde to mindre italienske byer med henblik på at forbedre vejforbindelsen mellem Milano og Napoli samt andre vejforbindelser. I 2004 havde de italienske miljømyndigheder givet en positiv udtalelse til en såkaldt violet rute, men grundet omkostningerne ved denne vejforbindelse blev der i 2015 udarbejdet et projekt for en mindre omkostningskrævende grøn forbindelse, der bl.a. vil passere gennem et Natura 2000-område. De italienske miljømyndigheder mente ikke, at dette projekt kunne godkendes efter habitatdirektivets art. 6, stk. 3.

Den italienske regering bad derfor de italienske miljømyndigheder om at fremsende forslag til kompenserende foranstaltninger med henblik på godkendelse af den grønne rute efter habitatdirektivets art. 6, stk. 3. De italienske miljømyndigheder vurderede imidlertid, at det ikke var muligt at udforme projektet for den grønne rute, uden at dette medførte skadelige virkninger på Natura 2000-områder, og anbefalede derfor den violette rute.

Uanset denne indstilling besluttede den italienske regering den 1. december 2017, at det foreløbige projekt for den grønne rute var i overensstemmelse med miljøkravene. Afgørelsen blev begrundet med hensyn til væsentlige samfundsinteresser, nemlig færdiggørelse af en strategisk rute, som indgår i det transeuropæiske transportnet. Ministerrådet krævede imidlertid, at undersøgelsen af den pågældende rutes virkninger på miljøet blev færdiggjort ved udfærdigelsen af det endelige projekt, og at projektet overholdt de landskabs- og miljømæssige krav, henstillinger og anbefalinger fra et tværministerielt møde. Den 28. februar 2018 godkendte Italiens tværministerielle udvalg for økonomisk planlægning det foreløbige projekt vedrørende den grønne rute på visse vilkår og anmodede det italienske vejdirektorat om at udarbejde det endelige projekt og en miljøundersøgelse, som regionen Lazio skulle efterprøve for at identificere eventuelt afhjælpende og kompenserende foranstaltninger.

WWF Italien og flere andre miljøorganisationer anlagde herefter sag med påstand om annullation af regeringens beslutning fra december 2017 og be-

slutningen af 28. februar 2018. WWF henviste til, at beslutningerne var i modstrid med habitatdirektivets art. 6, hvilket gav anledning til præjudicielle spørgsmål til EU-Domstolen, der drejede sig om betingelserne for at meddele tilladelse efter habitatdirektivets art. 6, stk. 4.

### 1.1. Dommen i C-411/19, WWF Italia Onlus m.fl.

EU-Domstolen lagde indledningsvis til grund, at undtagelsen i art. 6, stk. 4, for bydende nødvendige hensyn kun kan anvendes, når der er gennemført en habitatvurdering efter art. 6, stk. 3, som fastslået i bl.a. C-258/11 *Sweetmann* og C-461/17 *Holohan m.fl.*, og at art. 6, stk. 3, skal fortolkes strengt, jf. C-441/17 *Kommissionen mod Polen*. Der kan derfor ikke meddeles tilladelse til et projekt eller en plan, som risikerer at skade et Natura 2000 områdes integritet, medmindre undtagelsen i art. 6, stk. 4, for bydende nødvendige samfundshensyn kan anvendes.

I dette tilfælde var fravalget af den violette rute begrundet i væsentligt lavere anlægsomkostninger, hvilket kan tages i betragtning, men ikke alene kan begrunde, at alternativer fravælges. EU-Domstolen konkluderede herefter, at habitatdirektivets art. 6 ikke er til hinder for en lovgivning, der giver mulighed for at fortsætte tilladelsesproceduren, selv om den kompetente nationale myndighed har vurderet, at projektet har skadelig virkning på Natura 2000-områder, som ikke kan afhjælpes, medmindre der findes en alternativ løsning, der medfører færre ulemper for det berørte Natura 2000-områdes integritet.

Herefter tog EU-Domstolen stilling til, om art. 6, stk. 3 og 4, i en sådan situation er til hinder for en national lovgivning, som gør det muligt at udskyde mere dybdegående vurderinger og undersøgelser af et projekts virkninger på et Natura 2000-område og fastsætte passende kompenserende og afhjælpende foranstaltninger.<sup>4</sup> Mere konkret var spørgsmålet,

4. Denne udsættelse af en præcis stillingtagen til afværgeforanstaltningernes nærmere indhold i forhold til Natura 2000-områder var den fremgangsmåde, som lovgiver anvendte ved vedtagelsen af lov om testcenter for vindmøller ved Østerild, hvilket Vestre Landsret i MAD

om denne dybdegående vurdering kunne udsættes til den endelige fastlæggelse af det endelige projekt.

Spørgsmålet var med andre ord, om den kompetente myndighed kan beslutte at anvende art. 6, stk. 4, på et tidspunkt, hvor der endnu ikke er gennemført en habitatvurdering efter art. 6, stk. 3, men det forventes, at denne vurdering vil være negativ. EU-Domstolen bemærkede hertil, at art. 6, stk. 4, kun kan finde anvendelse, når der er gennemført en habitatvurdering af projektet i overensstemmelse med art. 6, stk. 3, fordi det ellers ikke er muligt at foretage den afvejning, som art. 6, stk. 4, forudsætter (præmis 52). Habitatdirektivets art. 6 er endvidere til hinder for en lovgivning, som gør det muligt at udskyde fastsættelse af afhjælpende foranstaltninger til et stadium, der ligger tidsmæssigt efter den i art. 6, stk. 3, krævede vurdering (præmis 57). Derimod skal kompensationsforanstaltninger først endeligt fastsættes *efter* den i art. 6, stk. 3, anførte habitatvurdering, hvis undtagelsen i art. 6, stk. 4, benyttes.

Habitatdirektivets art. 6, stk. 3 og 4, er derfor til hinder for en national lovgivning, som gør det muligt at supplere projektet med foranstaltninger til afhjælpning af virkningerne på dette område og fortsætte vurderingen af disse virkninger, *efter* at projektet er blevet vurderet negativt i henhold til denne art. 6, stk. 3, og *før* projektet er blevet endeligt vedtaget i henhold til art. 6, stk. 4. EU-Domstolen fastslog herefter, at selv om habitatdirektivets art. 6, stk. 3, er til hinder for, at projektherren foretager *vurdering* af projektets påvirkning på Natura 2000-området, jf. C-461/17, er art. 6, stk. 3, ikke til hinder for, at projektherren pålægges at gennemføre *undersøgelser* af projektets påvirkning af Natura 2000-områder, men projektet må ikke ændres, efter at den kompetente myndighed har gennemført en habitatvurdering efter art. 6, stk. 3.

2013.816 V fandt var i overensstemmelse med habitatdirektivets art. 6, stk. 3, efter at Højesteret i U 2012.2572 HK havde afvist at tillægge søgsmålet opsættende virkning, uden at landsret eller Højesteret fandt anledning til at rejse præjudicielle spørgsmål for EU-Domstolen efter TEUF art. 267. Som det fremgår af denne artikel, er denne fremgangsmåde nu direkte underkendt af EU-Domstolen i den præjudicielle dom i C.411/19.

Efter at der er gennemført en habitatvurdering efter art. 6, stk. 3, kan projektherren derfor ikke pålægges at gennemføre ændringer af projektet for at begrænse de skadelige virkninger, medmindre den kompetente myndighed herefter gennemfører en ny habitatvurdering efter art. 6, stk. 3, af det ændrede projekt. Dette omfatter dog ikke projektændringer, som er uden betydning for Natura 2000-området. Afslutningsvis fastslog EU-Domstolen, at habitatdirektivets art. 6 sammenholdt med princippet om medlemsstaternes institutionelle autonomi overlader det til medlemsstaterne at udpege den eller de kompetente myndigheder, men direktivet er til hinder for, at en myndighed fortsætter eller supplerer en habitatvurdering efter art. 6, stk. 3, når denne vurdering først er foretaget.

### 1.2. Bemærkninger til dommen

Foreløbigt sammenfattende fastslår dommen i C-411/19, at hvis der skal meddeles tilladelse af den kompetente myndighed til et projekt efter undtagelsen i habitatdirektivets art. 6, stk. 4, skal myndigheden forudgående have gennemført en habitatvurdering efter art. 6, stk. 3, af det samme projekt. Dette var fastslået i tidligere domme som bl.a. C-304/05, C-404/09 og C-399/14. I forhold til betingelserne for at anvende undtagelsen for »bydende nødvendige hensyn« visir dommen, at dette i betydelig udstrækning er overladt til medlemsstaternes skøn, og at det også kan omfatte bedre trafikforbindelser, men at der i relation til alternativer ikke alene kan lægges vægt på økonomiske hensyn, hvilket ligeledes var fastslået i C-399/14.

Det nye i C-411/19 er, at dommen udtrykkeligt udelukker, at der kan meddeles tilladelse efter undtagelsen i art. 6, stk. 4, hvis projektet ændres efter den kompetente myndigheds vurdering efter art. 6, stk. 3. I så fald skal der nemlig først gennemføres en ny habitatvurdering af ændringerne efter art. 6, stk. 3. Dommen fastslår endvidere udtrykkeligt, at det ikke er muligt at udsætte en habitatvurdering efter art. 6, stk. 3, af projektet, til de kompenserende foranstaltninger er fastlagt, da dette vil hindre den afvejning, som forudsættes efter art. 6, stk. 4. Så mens der i forbindelse med tilladelsen efter art. 6, stk. 4, kan og skal fastlægges kompenserende foranstaltninger, kan selve projektet ikke ændres,

bortset fra projektændringer, der er uden betydning for påvirkning af Natura 2000-området. Dette indebærer, at efter at habitatvurderingen er gennemført, kan der ikke pålægges eller vedtages afværgeforanstaltninger, uden at der gennemføres en ny habitatvurdering.

Som det fremgår af habitatdirektivets art. 6, stk. 3 og 4, er det den kompetente myndighed efter national ret, der meddeler tilladelsen og foretager habitatvurdering efter art. 6, stk. 3, henholdsvis afgår om undtagelsen i art. 6, stk. 4, skal anvendes. På grundlag af princippet om institutionel autonomi er det hver medlemsstat, der bestemmer, hvilke(n) myndighed(er) der har kompetencen, men EU-retten kræver, at denne myndighed ikke fortsætter eller supplerer en habitatvurdering efter art. 6, stk. 3. Er der behov for sådanne ændringer, må processen starte forfra.

Dommen tager ikke direkte stilling til, hvordan art. 6, stk. 3 og 4, skal anvendes, hvis der efter national ret er flere myndigheder, som har kompetencen til at gennemføre habitatvurdering og meddele tilladelse til samme projekt. Men dommens præmisser tyder på, at hver af myndighederne i dette tilfælde skal anvende fremgangsmåden i art. 6, stk. 3, og at dette skal prøves af de nationale domstole, hvilket i denne sammenhæng i Danmark må omfatte bl.a. Planklagenævnet og Miljø- og Fødevareklagenævnet.

I forhold til de to klagenævns prøvelse af tilladelser og planer omfattet af habitatbekendtgørelsens (2018/1595) § 6 og planhabitatbekendtgørelsens (2016/1383) §§ 3 og 4, har dommen i C-411/19 dermed den umiddelbare betydning, at det ikke er muligt at stadfæste en retsakt på ændrede vilkår om afværgeforanstaltninger af hensyn til Natura 2000-områder, uden at der gennemføres en ny habitatvurdering efter art. 6, stk. 3. Men dommen i C-411/19 har også betydning, hvor de to klagenævn behandler klager over forskellige retsakter omfattet af samme projekt. Dette kan f.eks. være et større anlæg tæt ved kysten, der ofte både kræver tilladelse efter naturbeskyttelseslovens § 15 fra Kystdirektoratet, og at kommunen meddeler landzonetilladelse eller planloven, hvilket kan ske som en bonuslokalplan, der erstatter landzonetilladelse. I disse tilfælde vil Kystdirektoratets dispensation fra natur-

beskyttelsesloven kunne påklages til Miljø- og Fødevareklagenævnet, mens bonuslokalplanen kan påklages til Planklagenævnet. Hvis den ene myndighed har vurderet, at retsakten kræver habitatvurdering til det konkrete projekt, må det samme gælde for den retsakt, som den anden myndighed behandler, da der er tale om samme projekt.

I forhold til habitatdirektivets art. 6, stk. 3, er det således uden betydning, efter hvilken lov myndigheden vedtager retsakten, da habitatdirektivets art. 6, stk. 3, gælder for alle retsakter, der giver tilladelse til projektet eller planen. Dette rejser en række udfordringer i forhold til den danske gennemførelse af habitatdirektivets art. 6, stk. 3 og 4, da de danske regler skal fortolkes i overensstemmelse med EU-Domstolens fortolkning af art. 6, stk. 3 og 4, som det uddybes i det følgende.

## 2. Habitatvurdering af planer og projekter

Habitatdirektivets art. 6, stk. 3, om vurdering af planer og projekter lyder:

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

Forenklet udtrykt kræver art. 6, stk. 3, at »*alle planer og projekter*«, som kan påvirke et Natura 2000-områdes udpegningsgrundlag væsentligt, af »*de kompetente nationale myndigheder*« skal habitatvurderes, før en myndighed kan vedtage planen eller give tilladelse til projektet. Og kun hvis denne vurdering viser, at planen eller projektet ikke skader, Natura 2000-området, kan retsakten vedtages.

### 2.1. Alle planer og projekter – kompetente myndighed

Allerede her opstår det første problem, fordi »projekter« og »planer« skal fortolkes udvidende. Dette indebærer, at reglen omfatter fornyelse af tilladelse

til muslingefiskeri, jf. C-127/02. Men reglen omfatter også tilbagevendende gødsning og græsning i og i nærheden af Natura 2000-områder jf. de forenede sager C-293-294/17. Projektbegrebet er således endnu mere omfattende end VVM-direktivets definition, jf. senest C-254/19. Begrebet »planer« må derimod formentlig fortolkes som omfattende alle retsakter, der er omfattet af SMV-direktivet, hvilket også omfatter de administrationsgrundlag, en myndighed vedtager for at administrere tilladelser til projekter, selv om sådanne retsakter alene er rettet mod forvaltningen, jf. senest C-24/19.<sup>5</sup> I C-254/19 er det yderligere fastslået, at hvis en tilladelse er meddelt med frist, og tilladelsen ikke er udnyttet inden fristen, anses en forlængelse af fristen også som et projekt omfattet af habitatdirektivets art. 6, stk. 3.

I forhold til de danske regler er udfordringen yderligere at *alle* retsakter, der er omfattet af begreberne *projekt* eller *plan*, som disse fortolkes af EU-Domstolen, skal være omfattet af de nationale regler om habitatvurdering. Dette svarer nemlig ikke til den danske implementering, hvor man i stedet har valgt en vertikal løsning, så habitatvurdering gælder for bestemte retsakter, der vedtages i henhold til bestemte lovregler. Efter den danske gennemførelse af habitatdirektivets art. 6, stk. 3, er det således den myndighed, der har kompetencen til at vedtage retsakten efter den pågældende lovbestemmelse, som samtidig er den kompetente myndighed efter habitatdirektivets art. 6, stk. 3.

Denne løsning kan begrundes med legalitets-hensyn, men kan føre til, at der opstår »huller« i implementeringen, hvor der ikke er regler om habitatvurdering, før en retsakt vedtages. Samtidig indebærer den danske gennemførelse, at der er flere myndigheder, der skal gennemføre den samme habitatvurdering af det samme projekt og/eller plan.

Problemstillingen kan illustreres med habitatbekendtgørelsen (2018/1595), der udgør en del af den

5. Om rækkevidden af EU-Domstolens dom fra juni i C-24/19, se *Pagh: Juristen*, 2020, s. \_\_\_\_.

danske implementering af habitatdirektivets art. 6, stk. 3 og 4.<sup>6</sup>

## 2.2. Habitatbekendtgørelse 2018/1595

Habitatbekendtgørelsen er udstedt med henvisning til en række miljølove, og hvor den modsvarende regel til habitatdirektivets art. 6, stk. 3, er bekendtgørelsens § 6, der lyder:

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

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

*Stk. 3.* Bestemmelserne i stk. 1 og 2 gælder også for myndighedernes administration af bestemmelserne i § 8.

*Stk. 4.* Vurderinger efter stk. 1-3 skal fremgå af afgørelsen.

[...]

*Stk. 6.* Hvis myndigheden vurderer, at inddragelse af offentligheden kan tilføre sagen nye oplysninger, skal offentligheden høres, inden der træffes endelig afgørelse i sagen.«

Problemet ved habitatbekendtgørelsens § 6 er, at § 6 kun gælder for de retsakter, der vedtages med hjemmel i en af de mange lovbestemmelser under Miljø- og Fødevareministeriets ressort, der er oplyst i bekendtgørelsens §§ 7 og 8. Selv om bekendtgørelsen suppleres af andre bekendtgørelser

6. Habitatbekendtgørelse 2018/1595 suppleres af bl.a. planhabitatbekendtgørelse 2016/1383 samt en række yderligere bekendtgørelser for love under andre ressortministerier og en særlig anmeldelsesordning for bl.a. græsning og gødsning i naturbeskyttelseslovens § 19 b. Som følge af den direkte virkning af habitatdirektivets art. 6, stk. 3, må det antages, at hvis klagenævnet har kompetence til at behandle en klage efter en lovbestemmelse, kan og skal klagenævnet sikre, at habitatdirektivets art. 6, stk. 3, overholdes, uanset om den pågældende afgørelse er anført i habitatbekendtgørelsens §§ 7 og 8, jf. MAD 2016.286 Nmk.

og love, ændrer dette ikke ved, at der opstår »huller«, hvor der mangler regler om habitatvurdering, og hvor retsgrundlaget for myndighedens pligt til at gennemføre habitatvurdering må udledes af den direkte effekt af habitatdirektivets art. 6, stk. 3.

Herudover opstår det selvstændige problem, at mange projekter kræver, at der meddeles tilladelser efter flere forskellige lovbestemmelser samt lokalplan efter planloven. Hvert af disse forslag til retsakter er omfattet af habitatbekendtgørelsen eller planhabitatbekendtgørelsens regler om habitatvurdering. Efter den danske gennemførelse af habitatdirektivets art. 6, stk. 3, er hver af de myndigheder, der behandler en ansøgning om et projekt efter en lovbestemmelse, henholdsvis udkast til forslag til lokalplan, forpligtet til at overholde kravene i habitatdirektivets art. 6, stk. 3. De danske regler giver ikke den kompetente myndighed hjemmel til at delegere forpligtelsen til at gennemføre en habitatvurdering til en anden myndighed, der skal træffe afgørelse vedrørende samme projekt efter en anden lovbestemmelse. Hver af myndighederne skal således ledsage afgørelsen efter den pågældende lovbestemmelse af en screening eller en habitatvurdering efter habitatbekendtgørelsens § 6 og planhabitatbekendtgørelsens §§ 3 eller 4, uanset at afgørelserne vedrører samme projekt. I praksis har myndighederne betydelige problemer med at overholde dette.<sup>7</sup> Hverken habitatdirektivet eller de danske regler er imidlertid til hinder for, at de forskellige kompetente myndigheder udarbejder en habitatvurdering i fællesskab, og at den samme habitatvurdering ledsager alle de tilladelser og andre retsakter, som det pågældende projekt kræver.

7. Som eksempel kan nævnes KFE 2019.706 Mfk om forsoegsvindmøller nær et Natura 2000-område, hvor Miljø- og Fødevareklagenævnet stadfæstede Esbjerg Kommunes dispensation fra naturbeskyttelseslovens § 16, og Planklagenævnet få dage inden havde stadfæstet landzonetilladelse og dispensation fra lokalplanplan, og hvor det bl.a. blev anført, at habitatvurderingen var noget kortfattet, men problemet blev afvist med, at der i tidligere upåklagede afgørelser fra Miljøstyrelsen og Naturstyrelsen havde været en mere grundig habitatvurdering.

### 2.3. Habitatbekendtgørelsens § 6, stk. 1:

#### Screening og væsentlighedsvurdering

Det fremgår af habitatdirektivets art. 6, stk. 3, at der skal ske en vurdering af alle planer og projekter, der kan påvirke et Natura 2000-område væsentligt. Reglen betyder i forhold til habitatbekendtgørelsens § 6, stk. 1, at før der træffes en afgørelse efter en af de bestemmelser, der er nævnt i §§ 8 og 9, skal myndigheden vurdere, om retsaktens vedtagelse kræver en habitatvurdering. I C-127/02 om muslingefiskeri i fuglebeskyttelsesområde blev det fastslået, at en habitatvurdering kun kan undlades, »såfremt det på baggrund af objektive kriterier [...] kan udelukkes, at planen eller projektet i sig selv eller i forbindelse med andre planer og projekter kan påvirke den pågældende lokalitet væsentligt«. Væsentligheden af virkningen bestemmes ud fra Natura 2000-områdets »særlige kendetegn og miljømæssige vilkår«.

Dommen i C-127/02 viser, at habitatvurdering af projekter og planer ikke er begrænset til tilfælde, hvor myndighederne har oplysninger om en skadelig virkning fra en ansøgt aktivitet. I stedet gælder den omvendte formodning, hvorefter myndighederne skal gennemføre en habitatvurdering, medmindre myndighederne på forhånd ud fra objektive kriterier kan udelukke, at det ansøgte vil påvirke Natura 2000-området væsentligt. Når det i habitatbekendtgørelsens § 6, stk. 2, anføres, at en habitatvurdering kun kræves, når myndigheden vurderer, at projektet kan påvirke et Natura 2000-område væsentligt, skal det derfor forstås på den måde, at myndigheden skal begrunde, hvorfor der ikke er en væsentlig påvirkning, jf. senest C-254/19. Denne forståelse må anses for udfyldende for begrundelseskravet i habitatbekendtgørelsens § 6, stk. 4.

Den kompetente myndighed efter habitatbekendtgørelsens §§ 7 og 8 har derfor pligt til ved en screening at identificere en foreslået retsakts forskellige påvirkninger (f.eks. støj, forstyrrelse, fysiske ændringer) samt påvirkningernes geografiske udstrækning og relevans for de arter og naturtyper, der udgør udpegningsgrundlaget for Natura 2000-området. Kan det udelukkes, at retsaktens påvirkninger når ind i et Natura 2000-område, eller at påvirkningerne er relevante, er påvirkningen ikke så væsentlig, at der skal gennemføres habitatvurde-

ring, før retsaktens vedtages. Det samme gælder formentlig, hvis påvirkningen ikke går ud over måleusikkerhed og naturlige udsving.

Ved denne screening af behovet for en habitatvurdering skal den kompetente myndighed imidlertid også tage hensyn til, om et projekt placeret langt væk fra et Natura 2000-område har barriereeffekt på migrerende arter til Natura 2000-området. En sådan barriereeffekt vil således i sig selv udgøre en påvirkning, der kræver habitatvurdering, jf. C-142/16, hvor tilladelse til et kraftværk ved Elben krævede habitatvurdering af Natura 2000-områderne 600 km opstrøms, fordi et gitter ved udledning af kølevand havde barriereeffekt på migrerende fisk og dermed kunne påvirke de beskyttede arters reproduktionsevne i Natura 2000-området.<sup>8</sup>

Hvis påvirkninger af Natura 2000-områdets udpegningsgrundlag kun kan undgås ved *afværgeforanstaltninger*, har myndigheden også pligt til at gennemføre en habitatvurdering, jf. dommen i C-323/17. Dette vil kræve ændring af tidligere dansk praksis, hvor der er flere eksempler på, at krav om habitatvurdering er afvist med henvisning til afværgeforanstaltninger, som f.eks. MAD 2016.303 Nmk.

Habitatbekendtgørelsens § 6, stk. 1, skal derfor fortolkes på den måde, at for alle afgørelser efter de lovbestemmelser, der er nævnt i bekendtgørelsens §§ 7 og 8, skal den kompetente myndighed først foretage en screening af, om projektet/planen kan påvirke et Natura 2000-områdes udpegningsgrundlag. Dette gælder uanset beliggenhed af projektet/planen. Kan skadelig virkning ikke udelukkes uden afværgeforanstaltninger, kræves habitatvurdering. Alle afgørelser efter de i §§ 8 og 9 listede bestemmelser skal efter bekendtgørelsens § 6, stk. 4, indeholde en begrundelse for, hvorfor der ikke er sket en habitatvurdering efter habitatbekendtgørelsens § 6, stk. 2.

Selv om screeningen efter habitatbekendtgørelsens § 6, stk. 1, skal begrundes, kan screeningen

8. Dette blev oversat af landsretten i MAD 2013.816 V i sag om gyldigheden af lov om testcenter for vindmøller ved Østerild – og hertil *Pagh*: TFM 2017, s. 295 og *Brandt*: Miljøret (9. udg.) 2018, s. 235 og 240.

næppe anses for en afgørelse i forvaltningslovens forstand, men afviser screeningen, at der skal ske habitatvurdering efter § 6, stk. 2, kan og skal denne retlige stilling prøves i tilfælde af, at afgørelsen påklages, og er ikke omfattet af en selvstændig klagefrist. Screening efter habitatbekendtgørelsens § 6, stk. 1, adskiller sig dermed fra screening af planer og projekter efter miljøvurderingslovens § 10 (planer), henholdsvis efter § 21 (projekter), der må anses for afgørelser i forvaltningslovens forstand, og som på denne baggrund er undergivet en klagefrist, der i nogle tilfælde udløber, før den retsakt, som screeningen angår, er vedtaget.

#### 2.4. Kravene til en habitatvurdering efter habitatbekendtgørelsens § 6, stk. 2

Det fremgår af habitatbekendtgørelsens § 6, stk. 2, at en habitatvurdering efter denne bestemmelse omfatter »en nærmere konsekvensvurdering af projektets virkninger på Natura 2000-området under hensyn til bevaringsmålsætningen for det pågældende område«. Dette er i overensstemmelse med habitatdirektivet.

Hvad dette nærmere indebærer af krav til oplysninger, tog EU-Domstolen til i C-461/17 *Holohan m.fl.*, der drejede sig om irske myndigheders tilladelse til anlæg af 1,5 km kørebane med rundkørsel samt anlæg af gangsti og cykelsti i Natura 2000-området. Der var forudgående gennemført en VVM-procedure og en habitatvurdering, men en række lokale beboere mente, at habitatvurderingen var utilstrækkelig, og at tilladelsen var ugyldig, hvilket førte til en række præjudicielle spørgsmål fra den irske domstol. EU-Domstolen lagde til grund (præmis 33-38), at habitatvurderingen kræver, at *alle de levesteder og arter*, for hvilket området er beskyttet, er blevet identificeret, og hvor de befinder sig. Hvis dette ikke er sket, foreligger der i sig selv en overtrædelse af art. 6, stk. 3.

Det skal endvidere af habitatvurderingen fremgå, hvorfor de beskyttede levesteder og arter ikke påvirkes. Vurderingen kan imidlertid ikke begrænses til det udpegede område, men omfatter også projektets påvirkning af arter og levesteder uden for den beskyttede lokalitet. Dette omfatter også påvirkning af arter, der ikke er en del af udpegningsgrundlaget, hvis arterne er nødvendige for at bevare

de arter/levesteder, der udgør udpegningsgrundlaget for Natura 2000-området (præmis 39).

I C-254/19 *Friends of the Irish Environment* blev det endvidere understreget, at en tidligere vurdering af projektet forud for den oprindelige tilladelse kan kun udelukke risiko for påvirkning, hvis den indeholder fuldstændige, præcise og endelige konklusioner, der kan fjerne enhver rimelig videnskabelig tvivl for så vidt angår virkningerne af arbejderne, og med forbehold af, at der ikke er sket en udvikling af de relevante miljømæssige og videnskabelige oplysninger, at projektet eventuelt er blevet ændret, eller at der foreligger andre planer eller projekter.

#### 2.5. Er offentlig høring af habitatvurdering obligatorisk – habitatbekendtgørelsens § 6, stk. 6

Efter habitatbekendtgørelsens § 6, stk. 6, skal offentligheden høres, inden der træffes afgørelse, »hvis myndigheden vurderer, at inddragelse af offentligheden kan tilføre sagen nye oplysninger«. Holder man sig til habitatbekendtgørelsen, er det kun, hvis offentligheden må antages at kunne tilføre sagen nye oplysninger, at myndigheden skal høre offentligheden i forbindelse med habitatvurdering af ansøgninger og andre forslag til retsakter omfattet af habitatbekendtgørelsens §§ 7 og 8.

Det fremgår ikke af § 6, stk. 6, om høring af offentligheden ske forud for habitatvurderingen, eller om offentligheden skal have forelagt habitatvurderingen, inden der meddeles tilladelse, men det er mest nærliggende at forstå reglen således, at habitatvurderingen sendes i offentlig høring, inden retsakten vedtages.

I alle tilfælde anfører ordlyden af § 6, stk. 6, at der alene kræves offentlig høring af habitatvurderingen, hvis den kompetente myndighed vurderer, at offentligheden kan bidrage med nye oplysninger. Denne begrænsning af pligten til at høre offentligheden er imidlertid direkte underkendt i sag C-243/15 *LZ II*, der drejede sig om et hegn rundt om en dyrefarm i et Natura 2000-område. EU-Domstolen tog udgangspunkt i reglerne i Århuskonventionens art. 6, stk. 1(b), hvorefter der skal ske offentlig høring af projekter, der kan have væsentlig indvirkning på miljøet, selv om projektet



ikke er omfattet af konventionens bilag I. På grundlag heraf fastslog dommen, at når et projekt udløser krav om habitatvurdering efter habitatdirektivets art. 6, stk. 3, er dette udtryk for, at projektet kan have så væsentlig virkning, at den berørte offentlighed skal høres. Og denne forpligtelse har direkte virkning og gælder derfor på grundlag af EU-rettens forrang, uanset de nationale regler. Dette betød, at den slovakiske miljøorganisation, LZ, ikke alene havde krav på høring af tilladelsen til dyrehegn, men at organisationen tillige havde krav på prøvelse efter Århus-konventionens art. 9, stk. 2.<sup>9</sup>

I alle de tilfælde, hvor et projekt er omfattet af miljøvurderingslovens bilag 1 og 2 om VVM, giver den i C-243/15 fastslåede pligt til offentlig høring af habitatvurdering ikke problemer i dansk ret. Miljø- og Fødevarerklagenævnet følger således den faste praksis, at alle projekter, der kræver habitatvurdering efter habitatbekendtgørelsens § 6, stk. 2, også kræver VVM-procedure med offentlig høring, jf. f.eks. MAD 2017.508 Mfk. Problemerne med, at habitatbekendtgørelsens § 6, stk. 6, ikke modsvarer dommen i C-243/15, begrænser sig dermed til de tilfælde, hvor en habitatvurdering vedrører et projekt eller en plan, der ikke er omfattet af miljøvurderingslovens bilag 1 og 2.

Konsekvenserne af den i C-243/15 fastsatte forpligtelse til at sende en habitatvurdering efter habitatbekendtgørelsens § 6, stk. 2, i offentlig høring, må imidlertid tillige sammenholdes med dommen i C-411/19, hvorefter ændringer af projektet efter habitatvurderingen er udelukket uden en ny habitatvurdering. Konsekvenserne kan illustreres, hvor en kommune meddeler tilladelse til et kystbeskyttelses anlæg efter kystbeskyttelseslovens § 3, og hvor tilladelsen med lovændring i 2018 i § 3 a er tillagt bonusvirkning for dispensationer fra bl.a. naturbeskyttelseslovens § 3 og § 15 for at forenkle processen, så der kun er en kompetent myndighed. Etablering af større kystbeskyttelses anlæg vil som minimum kræve lokalplan og VVM-tilladelse. Er anlægget helt eller delvist placeret inden for et Natura 2000-område, vil der i de fleste tilfælde være

krav om habitatvurdering efter habitatbekendtgørelsens § 6, stk. 2, og planhabitatbekendtgørelsens § 3. Denne habitatvurdering skal imidlertid foreligge, før lokalplanforslag kan sendes i høring, ligesom den skal sendes i offentlig høring, før der kan meddeles VVM-tilladelse og tilladelse efter kystbeskyttelseslovens § 3. Sammenholdes dette med dommen i C-411/19, vil ændringer efter den offentlige høring i lokalplan eller i projektet af hensyn til Natura 2000-beskyttelsen kræve en ny procedure efter habitatbekendtgørelsens § 6, stk. 2, og planhabitatbekendtgørelsens § 3 og dermed også en ny offentlig høring.

## 2.6. Betingelserne for at meddele tilladelse efter habitatbekendtgørelsens § 6, stk. 2

Det følger direkte af ordlyden af habitatdirektivets art. 6, stk. 3, at myndigheden kun kan vedtage retsakt, når den på grundlag af habitatvurderingen har sikkerhed for, at vedtagelsen af retsakt ikke vil skade Natura 2000-området. Hvilken sikkerhed myndigheden skal have for, at der ikke sker skade, fremgår ikke af ordlyden af art. 6, stk. 3, men i C-127/02 blev det udtrykkeligt fastslået, at der efter art. 6, stk. 3, ikke kan meddeles tilladelse til projekter eller planer, medmindre myndighederne ud fra et videnskabeligt synspunkt uden rimelig tvivl kan fastslå, at projektet eller planen ikke har skadelige virkninger for et Natura 2000-områdes udpegningsgrundlag.

Det er derfor lidt misvisende, når habitatbekendtgørelsen § 6, stk. 2, anfører: »Viser vurderingen, at projektet vil skade det internationale naturbeskyttelsesområde, kan der ikke meddeles tilladelse, dispensation eller godkendelse til det ansøgte.« Problemet er, at reglen giver indtryk af, at det kun er, hvis vurderingen viser en skadevirkning på Natura 2000-området, at tilladelse kan afslås, men ifølge EU-Domstolen skal vurderingen afkræfte risikoen for en skadelig påvirkning.

Hvad der i den sammenhæng forstås ved en skadelig påvirkning, er præciseret i bl.a. C-258/11 Sweetmann, hvor det blev fastslået, at varigt tab af 0,5 % af et Natura 2000-område udelukker tilladelse efter art. 6, stk. 3. Dette førte sammen med dommen i sag C-441/17 *Kommissionen mod Polen* til, at Miljø- og Fødevarerklagenævnet i MAD

9. Se uddybende om dommens konsekvenser, *Pagh: TfM.2017*, s. 3.

2019.161 Mfk ophævede en VVM-tilladelse til kysbeskyttelses anlæg ved det oversvømmelsestruede, fordi anlægget varigt inddrog 0,09 % af Natura 2000-områdets strandeng, der udgør en del af udpegningsgrundlaget for dette Natura 2000-område.

Hvis habitatvurderingen viser, at der med afværgeforanstaltninger er sikkerhed for at undgå skadevirkning på Natura-området, vil der derimod kunne meddeles tilladelse efter habitatdirektivets art. 6, stk. 3. Så mens en screening af afværgeforanstaltninger ikke er tilstrækkelig til at kunne meddele tilladelse, jf. C-323/17, vil tilladelse kunne meddeles, hvis habitatvurderingen godtgør, at afværgeforanstaltningerne effektivt hindrer skadevirkning.

Her skal man være opmærksom på, at afværgeforanstaltninger ikke omfatter kompensierende foranstaltninger, hvilket de danske myndigheder først blev opmærksom på efter EU-Domstolens dom i 2014 i C-521/12 *Briels m.fl.* Indtil da var fast praksis, at der kunne meddeles tilladelse efter habitatbekendtgørelsens § 6, stk. 2, hvis den skadelige virkning på en beskyttet arts levested eller en beskyttet naturtype i et Natura 2000-område blev imødegået med en erstatningsbiotop. Se f.eks. MAD 2009.2111 Nkn om tilladelse til forhøjet dige på Vestamager gennem en rørsump i et fuglebeskyttelsesområde, hvor skadelig virkning blev imødegået ved at etablere rørsump andre steder i området.

Denne fortolkning af »afværgeforanstaltninger« blev imidlertid underkendt i C-521/12 *Briels m.fl.*, hvor hollandske myndigheder havde tilladt en motorvej gennem en beskyttet eng i et Natura 2000-område på vilkår af, at der blev etableret en væsentlig større eng et andet sted i Natura 2000-området. EU-Domstolen fastslog, at hvis den skadelige virkning imødegås ved en erstatningsbiotop, kan tilladelse kun meddeles efter den særlige undtagelse for væsentlige samfundshensyn i art. 6, stk. 4. Det gjorde ingen forskel, at erstatningsbiotopen var større og bedre end den biotop, som blev ødelagt af motorvejen.<sup>10</sup> Samme fortolkning blev bekræftet i de forenede sager C-387-388/11/15 *Orleans m.fl.*, og det gælder også, selv om erstatningsbiotopen var

etableret, inden der blev meddelt tilladelse til havneudvidelse. Dette er gentaget i C-164/17 *Edel Grace m.fl.* om et projekt for en vindmøllepark, der var ledsaget af en forvaltningsplan for levesteder og arter til afhjælpning af vindmølleparkens potentielle virkninger på den blå kærhøgs fourageringsområde, hvor EU-Domstolen afviste, at der kunne meddeles tilladelse til vindmølleparken efter art. 6, stk. 3.

Kan den skadelige virkning af et projekt kun imødegås med erstatningsbiotoper, kan tilladelse derfor kun meddeles efter den særlige procedure for væsentlige samfundshensyn i art. 6, stk. 4.

### 2.7. Sammenfattende om art. 6, stk. 3, og habitatbekendtgørelsens § 6

Som det fremgår, viser EU-Domstolens fortolkning af habitatdirektivets art. 6, stk. 3, at når en dansk myndighed har kompetence til at meddele tilladelse eller vedtage andre retsakter, der må anses for en »plan« eller et »projekt«, har den pågældende myndighed pligt til at sikre, at der er vished for, at vedtagelse af retsaktens ikke medfører skade på Natura 2000-områdets udpegningsgrundlag. Som led i denne forpligtelse skal hver enkelt myndighed foretage en såkaldt væsentlighedsvurdering efter habitatbekendtgørelsens § 6, stk. 1. Og hvis påvirkning af Natura 2000-området herefter ikke kan udelukkes som følge af retsaktens vedtagelse, skal myndigheden gennemføre en habitatvurdering, der også omfatter den kumulative virkning i samspil med andre projekter. Denne *vurderingsforpligtelse* kan ikke overvælttes på ansøger. Dette udelukker dog ikke, at der meddeles tilladelse til et projekt, selv om fastlæggelse af byggepladsen og transportveje i anlægsfasen endnu ikke er detaljeret fastlagt, når tilladelsen er meddelt på vilkår, som sikrer, at der ikke sker skade på Natura 2000-området i byggefasen, fordi forpligtelsen i habitatdirektivets art. 6, stk. 3, ikke påhviler bygherren, men den kompetente myndighed, der vedtager retsaktens.<sup>11</sup>

Det følger yderligere af praksis, at varige ødelæggelser af selv meget beskedne dele af en beskyt-

10. Se uddybende *Pagh*: TfM 2014.84 og *Brandt*: Miljøret (9. udg.) 2018, s. 239.

11. C-461/17 *Holohan m.fl.* og hertil uddybende *Pagh*: TfM 2020, s. 3.

tet naturtype ikke vil kunne tillades efter habitatbekendtgørelsens § 6, stk. 2, hvilket blev illustreret i MAD 2019.161 Mfk om Jyllinge Nordmark, hvor VVM-tilladelse blev ophævet, fordi der ikke kunne meddeles tilladelse efter habitatbekendtgørelsens § 6, stk. 2.

Forløbet i sagen om Jyllinge Nordmark illustrerer tillige problemerne med at anvende disse regler, når et projekt kræver tilladelser fra forskellige myndigheder efter forskellige love, og forskellige klagenævner er involveret.<sup>12</sup> I 2017 ophævede Planklagenævnet i MAD 2017.139 Pkn lokalplanen grundet mangler i habitatvurderingen. Efter en ny habitatvurdering af lokalplanforslaget vedtog Roskilde Kommune i september 2018 igen lokalplanen, og i november 2018 afviste Planklagenævnet i MAD 2018.328 Pkn klage over den bonuslokalplan, som Roskilde Kommune havde vedtaget, idet Planklagenævnet henviste til, »at diget ønskes placeret, så det så vidt muligt undgår at berøre og påvirke Natura 2000-området langs Roskilde Fjord«. I samme sag havde Miljø- og Fødevarerklagenævnet endvidere i juni 2018 i MAD 2018.197 Mfk stadfæstet Kystdirektoratets tilladelse til anlægget efter den dagældende § 16 c i kystbeskyttelsesloven, idet klagenævnet tog til efterretning, at Kystdirektoratet havde foretaget en væsentlighedsvurdering efter den dagældende habitatbekendtgørelse 2016/896 for søterritoriet § 4, og denne screening viste, at projektet ikke vil medføre væsentlige påvirkninger af Natura 2000-området. Ni måneder senere, i april 2019, blev VVM-tilladelsen til samme projekt ophævet med henvisning til habitatbekendtgørelsens § 6, stk. 2, fordi den gennemførte habitatvurdering ikke godtgjorde, at kystbeskyttelsesplanlægningen ikke ville have skadelig virkning på Natura 2000 området.

Selv om den kompetente myndighed efter habitatdirektivets art. 6, stk. 3, ikke må meddele tilladelse uden at have sikret, at skadelig virkning på forhånd kan udelukkes, kan det i denne sag konstateres, at forpligtelsen udlægges meget forskelligt af

forskellige myndigheder og klagenævn. Kystdirektoratet mente ikke, at projektet krævede habitatvurdering for den tilladelse, der var nødvendig efter kystbeskyttelsesloven, hvilket Miljø- og Fødevarerklagenævnet tiltrådte. Roskilde Kommune mente, at landzonetilladelse i form af bonuslokalplan til samme projekt krævede habitatvurdering, men kommunen mente, at habitatvurderingen godtgjorde, at tilladelse kunne meddeles efter planhabitatbekendtgørelsens § 4, stk. 2, der svarer til habitatbekendtgørelsens § 6, stk. 2. Dette blev tiltrådt af Planklagenævnet. Derimod blev Kommunens VVM-tilladelse til samme projekt ophævet af Miljø- og Fødevarerklagenævnet i MAD 2019.161 Mfk, fordi der ikke kunne meddeles tilladelse til samme projekt efter habitatbekendtgørelsens § 6, stk. 2.

Problemet i sagen om Jyllinge Nordmark var således ikke alene de forskellige myndigheder i første instans. Problemet var også, at Planklagenævnet i relation til planloven og Miljø- og Fødevarerklagenævnet i relation til kystbeskyttelsesloven accepterede, at den kompetente myndighed kan meddele tilladelse til et projekt, som Miljø- og Fødevarerklagenævnet herefter afviste kunne tillades efter habitatbekendtgørelsens § 6, stk. 2. Til dette kan føjes, at dette kystbeskyttelsesprojekt på daværende tidspunkt yderligere må have krævet Kystdirektoratets dispensation fra naturbeskyttelseslovens § 15, og kommunens dispensation fra naturbeskyttelseslovens § 3 samt kommunen tilladelse efter vandløbslovens § 17, hvilket alle er afgørelser, som er omfattet af habitatbekendtgørelsens § 6. Hvordan myndighederne håndterede disse afgørelser, ved jeg ikke.

Hvis et projekt kun kan tillades efter undtagelsen i habitatdirektivets art. 6, stk. 4, og den modsvarende regel i habitatbekendtgørelsens § 9, kan opstå yderligere problemer, som det belyses i det følgende.

### 3. Undtagelsen i art. 6, stk. 4

Habitatdirektivets art. 6, stk. 4, lyder:

Hvis en plan eller et projekt, på trods af at virkningerne på lokaliteten vurderes negativt, alligevel skal gennemføres af bydende nødvendige hensyn til væsentlige samfundsinteresser, herunder af social eller økonomisk art, fordi der ikke findes nogen alternativ løsning, træffer medlemsstaten alle nød-

12. For en nærmere gennemgang af forløbet i sagen om Jyllinge Nordmarks kystbeskyttelse, se *Pagh: TfM 2019*, s. 157.

vendige kompensationsforanstaltninger for at sikre, at den globale sammenhæng i Natura 2000 beskyttes. Medlemsstaten underretter Kommissionen om, hvilke kompensationsforanstaltninger der træffes.

Hvis der er tale om en lokalitet med en prioriteret naturtype og/eller en prioriteret art, kan der alene henvises til hensynet til menneskers sundhed og den offentlige sikkerhed eller væsentlige gavnlige virkninger på miljøet, eller, efter udtalelse fra Kommissionen, andre bydende nødvendige hensyn til væsentlige samfundsmæssige interesser.

Det følger af EU-Domstolens praksis, at undtagelsen i art. 6, stk. 4, kun kan anvendes, når der er gennemført en habitatvurdering i overensstemmelse med art. 6, stk. 3.<sup>13</sup> Det er derfor ikke muligt at springe stk. 3 over og gå direkte til art. 6, stk. 4, når der foreligger tungtvejende samfundsmæssige hensyn. Det følger yderligere af denne praksis, at brugen af stk. 4 forudsætter, at der er sket habitatvurdering af de mulige alternativer, som er afvist,<sup>14</sup> fordi afvejning af hensyn under stk. 4 må ske under hensyn til de mulige alternativers påvirkning af Natura 2000-områder, som det fremgår af C-399/14 *Grüne Liga Sachsen*.

Kravet om, at projektet eller planen skal være begrundet i »bydende nødvendige hensyn til væsentlige samfundsmæssige interesser«, stiller et vist krav om tyngden af hensyn. EU-Domstolen afviste derfor i C-182/10, at placering af et virksomheds hovedkontor i et Natura 2000-område var tilstrækkeligt tungtvejende. Men ellers efterlader bestemmelsen medlemsstaternes kompetente myndigheder med et betydeligt skøn, jf. bl.a. C-404/09 om minedrift og senest C-311/19 om bedre trafikale forhold. Der er endvidere et ubetinget krav om, at tilladelse efter art. 6, stk. 4, skal gøres betinget af kompenserende foranstaltninger. Hvis det samfundsmæssige hensyn ikke angår sundhed, offentlig sikkerhed eller miljøet, og projektet påvirker en prioriteret naturtype eller art (\*-mærket), skal Kommissionen underrettes og afgive udtalelse. I disse tilfælde må underretning-

gen og udtalelsen formentlig anses for en gyldighedsbetingelse, inden tilladelse kan meddeles efter en analogi til stand-still proceduren i informationsproceduredirektivet (2015/35).<sup>15</sup> I øvrige tilfælde er der kun krav om underretning af Kommissionen. Manglende underretning vil i sidstnævnte tilfælde næppe påvirke gyldigheden af tilladelsen, men der savnes domspraksis om denne underretningspligts retsvirkning.

Undtagelsen i art. 6, stk. 4, er i dansk ret implementeret i de samme love og bekendtgørelser, som implementerer art. 6, stk. 3, men med en mere kompliceret kompetencefordeling, hvilket kan illustreres med habitatbekendtgørelsens § 9, der lyder:

Myndigheden kan fravige § 6, stk. 2, 2. pkt., når der foreligger bydende nødvendige hensyn til væsentlige samfundsmæssige interesser, herunder af social eller økonomisk art, fordi der ikke findes nogen alternativ løsning.

Stk. 2. I Natura 2000-områder, der indeholder prioriterede naturtyper eller dyre- eller plantearter, kan fravigelse efter stk. 1 dog kun ske, når der foreligger bydende nødvendige hensyn til menneskers sundhed og den offentlige sikkerhed eller væsentlige gavnlige virkninger på miljøet, eller, efter udtalelse fra Europa-Kommissionen, andre bydende nødvendige hensyn til væsentlige samfundsmæssige interesser.

Stk. 3. Fravigelse efter stk. 1 forudsætter, at der træffes alle nødvendige kompensationsforanstaltninger for at sikre, at sammenhængen i Natura 2000 bevares. Europa-Kommissionen skal underrettes om, hvilke kompensationsforanstaltninger, der træffes.

Stk. 4. Beslutning om fravigelse efter stk. 1 træffes af den myndighed, som er tillagt kompetence til at træffe afgørelse efter de almindelige regler i den lovgivning, der regulerer det pågældende område.

Stk. 5. Før der træffes afgørelse, der kan indebære, at beskyttelsen fraviges, skal den pågældende myndighed indhente en udtalelse fra miljø- og fødevareministeren.

Stk. 6. Miljø- og fødevareministeren forestår den i stk. 2 og 3 nævnte kontakt til Europa-Kommissionen.

Læses § 9 i sammenhæng med § 6, stk. 2, er det efter min opfattelse tydeliggjort, at undtagelsen i § 9 først kan anvendes, når der foreligger en habitatvurdering i overensstemmelse med § 6, stk. 2. Dette er i overensstemmelse med EU-Domstolens praksis og senest C-411/19, hvor sidstnævnte dom dog

15. Se f.eks. C-194/94, C-13/96 og senest C-727/17 – og hertil *Pagh*: Miljøretten bd. 1 (red. *Basse*), 2006, s. 215.

13. C-441/03 *Kommissionen mod Holland* og C-304/05 *Kommissionen mod Italien*.

14. Dette blev oversat af Energiklagenævnet i MAD 2009.585 om en vindmøllepark, hvor mulige skadevirkninger på fuglebeskyttelsesområder blev afvist med væsentlige samfundsmæssige hensyn uden at følge art. 6, stk. 4 – se hertil *Moe*: TFM 2013.90.

præciserer, at hvis tilladelse meddeles efter § 9, kan der ikke ske ændringer i det projekt, der er vurderet efter habitatbekendtgørelsens § 6, stk. 2, uden at fortage en ny habitatvurdering efter samme bestemmelse.

De materielle betingelser for at meddele tilladelse til et projekt efter undtagelsen i habitatbekendtgørelsens § 9 svarer i ordlyden til habitatdirektivets art. 6, stk. 4, og omfatter tre betingelser: projektet eller planen er begrundet i bydende nødvendige samfundshensyn, der er ikke alternative løsninger, og der iværksættes kompenserende foranstaltninger.

Bestemmelsen adskiller sig dog ved en yderligere procedure. Selv om det er den kompetente kommunale eller statslige myndighed, der efter § 9, stk. 4, *afgør*, om der er grundlag for at anvende undtagelsen, kan en sådan afgørelse først træffes, når der er indhentet udtalelse fra Miljø- og Fødevareministeren. Udtalelsen fra ministeren må anses for en gyldighedsbetingelse, men efter bekendtgørelsens ordlyd, er den kompetente myndighed ikke retligt bundet af udtalelsens indhold, men det er ministeren, der har kompetencen til at underrette Kommissionen. I praksis kan det derfor være vanskeligt for en kommunal myndighed at anvende undtagelsen, hvis ministeren modsætter sig, og i forhold til EU-retten ses der ikke holdepunkt for, at der er retskrav på at anvende undtagelsen i art. 6, stk. 4, da bestemmelsen efterlader medlemsstaterne med et me-

get bredt skøn over et projekts væsentlighed for samfundsinteresser.

Sammenholdes proceduren efter habitatbekendtgørelsens § 9 med dommen i C-411/19, viser dommen på den ene side, at undtagelsen ikke udelukker, at tilladelsesproceduren fortsætter, efter en habitatvurdering har vist, at projektet ikke kan tillades efter habitatbekendtgørelsens § 6, stk. 2. Det samme må gælde, hvis Miljø- og Fødevareklagenævnet ophæver en tilladelse, fordi klagenævnet ikke finder, at projektet kan tillades efter § 6, stk. 2, men i øvrigt er enig i grundlaget for vurderingen. Hvis tilladelsesprocessen skal fortsætte uden en ny habitatvurdering efter en sådan underkendelse, kræver det imidlertid, at projektet ikke ændres, og at den kompetente myndighed godtgør, at der ikke er egnede adækvate alternativer, at projektet er begrundet i tungtvejende samfundshensyn, og at det nærmere indhold af kompenserende foranstaltninger fastlægges. Indføres der i stedet afværgeforanstaltninger for at begrænse skadevirkningen, vil processen med habitatvurdering efter § 6, stk. 2, skulle starte forfra. Kræver projektet eller planen retsakter efter flere lovbestemmelser og af flere myndigheder efter den danske gennemførelse, rammer dette alle retsakter.

Fortolkningen i C-411/19 af undtagelsen i habitatdirektivets art. 6, stk. 4, understreger dermed på sin egen måde vigtigheden af rettidig omhu af de kompetente myndigheder.