

EU-rettens forrang: miljøvurdering og gyldighed af bekendtgørelser og tilladelser

– efter dom i C-24/19 om Flanderns vindmøllebekendtgørelse og cirkulære

Af professor, dr.jur. Peter Pagh, Det Juridiske Fakultet, Københavns Universitet

Artiklen belyser, hvordan Domstolen i flere nye domme har fortolket rækkevidden og retsvirkningen af SMV-direktivet om miljøvurdering af planer og programmer på en måde, der kan rejse tvivl om gyldigheden af flere danske bekendtgørelser og enkelte love. Senest har Domstolens Store Afdeling i C-24/19 fastslået, at Flanderns vindmøllecirkulære og vindmøllebekendtgørelse er ugyldige, fordi de blev vedtaget uden at følge SMV-direktivets regler. Naboer til en kommende vindmøllepark havde derfor krav på at få ophævet byggetilladelsen til vindmølleparken, medmindre der undtagelsesvis var grundlag for midlertidigt at opretholde byggetilladelsen af hensyn til forsyningssikkerhed med elektricitet. Derimod kunne hensyn til klima og miljø ikke begrunde en midlertidig opretholdelse af tilladelsen. Dommen underkender dermed definitivt Miljøministeriets fortolkning af SMV-direktivet i notater til Folketinget, men dommen er tillige en underkendelse af danske klagenævns og domstoles hidtidige fortolkning af SMV-direktivets betydning i verserende sager om bl.a. vindmølleparker, som det belyses i det følgende, der indledes med en indføring i SMV-direktivet, som det er fortolket i tidligere EU-domme, og en kort omtale af de danske myndigheders og klagenævns reaktion på disse domme.

1. SMV-direktivet

Forpligtelserne efter SMV-direktivet¹ fra 2001 om miljøvurdering af planer er grundlæggende de samme som i VVM-direktivet fra 1985² om miljøvurdering af projekter. Begge direktiver stiller krav om, at der gennemføres en miljøvurdering og høring af offentligheden, før en retsakt omfattende af reglerne kan vedtages. I begge direktiver er der krav om, at der i retsakten tages begrundet stilling til

retsaktens miljøvirkninger, og begge direktiver indeholder regler om, at det i nogle tilfælde er tilstrækkelig med en screening af væsentlighedens af retsaktens miljøvirkning. Begge direktiver har alene karakter af processuelle regler, der angår sagens oplysning, høring af offentligheden og begrundelsespligt, og som på disse områder udbygger de almindelige forvaltningsretlige krav. De to direktiver hindrer således ikke vedtagelsen af retsakter, der medfører alvorlig miljøskade, når fremgangsmåden følges, men sådanne begrænsninger kan følge af anden lovgivning, hvilket dog ikke fritager fra, at de to direktivers regler skal overholdes.³

Forskellen mellem de to direktiver er *retsakten*, således at VVM-direktivets processuelle regler gælder forud for *tilladelse til et projekt*, mens SMV-direktivet gælder forud for vedtagelse af *plan/program*, som dette begreb er defineret i SMV-direktivet Herudover er der den forskel, at SMV-direktivet har et bredere sagligt anvendelsesområde mht. obligatorisk miljøvurdering og mht. retsakter, som kræver screening, og at det efter SMV-direktivet er myndigheden, der skal udarbejde miljøvurderingen, mens det efter VVM-direktivet er projekterhen, der skal udarbejde miljøvurderingen, jf. C-461/17.⁴

Når EU med SMV-direktivet indførte regler om miljøvurdering af planer og ikke fandt det tilstrækkeligt med miljøvurdering af projekter efter VVM-direktivet, var dette begrundet med erfaringerne med VVM-direktivet. Er-

1. Direktiv 2001/42 om vurdering af bestemte planer og programmers virkning på miljøet. SMV er forkortelse for Strategisk Miljøvurdering.
2. Direktiv 2011/92 om vurdering af visse offentlige og private projekters indvirkning på miljøet, som ændret ved direktiv 2014/52, der afløste det oprindelige direktiv 85/337 fra 1985.

3. Til forskel fra SMV-direktivet og VVM-direktivet er habitatdirektivets art. 6, stk. 3, om habitatvurdering af projekters og planers påvirkning af Natura 2000-områder ikke begrænset til processuelle krav, men indeholder også materielle krav, så myndigheden kun kan vedtage planen eller tillade projektet, når der er videnskabelig vished for, at retsaktens vedtagelse ikke skader et Natura 2000-område, medmindre betingelserne for undtagelsen i art. 6, stk. 4, er opfyldt. Overtrædelse af disse betingelser medfører ugyldighed, jf. C-127/02, der har direkte effekt og dermed gælder uanset mangler i national lovgivning. En miljøvurdering efter VVM-direktivet eller SMV-direktivet kan derfor ikke erstatte en habitatvurdering, jf. bl.a. C-418/04. Se uddybende Pagh: U 2019 B, s. 139, Pagh: TfM 2019, s. 157 og Pagh: TfM 2019.293.
4. Om de forskellige pligtsubjekter efter VVM-direktivet, SMV-direktivet og habitatdirektivet, se Pagh: TfM 2020, s. 3.

faringerne viste, at overordnede rammer for bestemte projekter i en række tilfælde begrænsede miljøvurderingen og offentlighedens mulighed for at påvirke beslutningsprocessen under VVM-proceduren, fordi der i de overordnede rammer var taget stilling til, hvilke miljøvirkninger der er acceptable. I konsekvens heraf kan en miljøvurdering efter VVM-direktivet ikke erstatte en miljøvurdering efter SMV-direktivet eller omvendt, som det bl.a. fremgår af dommen i C-295/10, hvor afvist, at VVM-procedure af miljøgodkendelse af svinefarm, kunne erstatte krav om SMV-procedure af den lokalplan, som også skulle vedtages for svinefarmen.

Domstolens domme om fortolkning af SMV-direktivet har som ved VVM-direktivet primært drejet sig om, hvilke retsakter SMV-direktivets regler omfatter, om screening er tilstrækkelig, og hvilken retsvirkning det har, at SMV-direktivets regler er overtrådt.⁵ I det følgende gives først en oversigt over SMV-direktivets bestemmelser om reglernes anvendelsesområde, og hvordan disse er fortolket af Domstolen samt af Domstolens fortolkning af retsvirkning af overtrædelse af reglerne.

2. Domstolens fortolkning af SMV-direktivets anvendelsesområde

SMV-direktivets afgrænsning af reglernes anvendelsesområde er delt i to. Den ene er, *hvilke retsakter* SMV-direktivet omfatter, hvilket fremgår af definitionen af »planer og programmer« i art. 2(a), og den anden er den *saglige afgrænsning*, som fremgår af art. 3. Efter SMV-direktivets art. 2(a) er 'planer og projekter' defineret som

»planer og programmer [...] samt ændringer deri

- som udarbejdes og/eller vedtages af en national, regional eller lokal myndighed, eller som udarbejdes af en myndighed med henblik på vedtagelse af parlament eller regering via en lovgivningsprocedure, og
- som kræves ifølge love og administrative bestemmelser.« (min fremhævelse).

Denne afgrænsning af SMV-direktivets anvendelsesområde suppleres af den saglige afgrænsning i art. 3, stk. 2-4, der lyder:

2. Med forbehold af stk. 3 gennemføres der en miljøvurdering for alle planer og programmer:
 - a) som udarbejdes inden for landbrug, skovbrug, fiskeri, energi, industri, transport, affaldshåndtering, vandforvaltning, telekommunikation, turisme, fysisk planlægning og arealanvendelse, og som fastlægger rammerne for fremtidige anlægstilladelser⁶ til de projekter, der er omhandlet i bilag I og II til [VVM-direktivet], eller
5. Sag C-474/10 Seaport drejede sig dog om den i SMV-direktivets art. 6, stk. 3 fastsatte pligt til at høre andre myndigheder forud for vedtagelsen af planer og programmer. Dommen fastslog, at for at undgå myndighedsinhabiliter skal medlemsstaterne sikre, at høringsmyndigheden er forskellig fra den myndighed, som har udarbejdet planforslaget.
6. Begrebet »anlægstilladelser« fremgår alene af den danske version af SMV-direktivet, mens de øvrige versioner bruger begrebet

- b) for hvilke det på grund af den sandsynlige indvirkning på lokaliteter er besluttet, at der kræves en vurdering i medfør af artikel 6 eller 7 i [habitatdirektivet].
3. For planer og programmer som omhandlet i stk. 2, der fastlægger anvendelsen af mindre områder på lokalt plan eller angiver mindre ændringer i de pågældende planer og programmer, skal der kun gennemføres en miljøvurdering, hvis medlemsstaten fastslår, at de kan få væsentlig indvirkning på miljøet.
4. Medlemsstaterne afgør, om planer og programmer, som ikke falder ind under stk. 2, men som fastlægger rammerne for fremtidige anlægstilladelser til projekter, kan forventes at få væsentlig indvirkning på miljøet.

Alle retsakter, der opfylder de ovennævnte betingelser, er omfattet af SMV-direktivet.⁷ Dette gælder også, hvis retsakten består i at ophæve en plan, der opfylder de ovennævnte betingelser, jf. C-567/10, hvor ophævelse af en lokalplan fandtes omfattet af SMV-direktivet.

2.1. Den saglige afgrænsning af SMV-direktivet

Den saglige afgrænsning i art. 3, stk. 2, litra a, indebærer, at alle retsakter, der fastsætter rammer for projekter omfattet af VVM-direktivets bilag I eller II, altid er omfattet af SMV-direktivet.⁸ Det gør ingen forskel, at retsaktens formål og indhold alene må anses for en forbedret beskyttelse af miljø og natur. Kravet om miljøvurdering kan derfor ikke fraviges, fordi dette vil forsinke eller vanskeliggøre miljøbeskyttelse.⁹

Dette betyder ikke, at SMV-direktivets regler om miljøvurdering altid skal følges i fuld udstrækning. For retsakter, der er omfattet af art. 3, stk. 3 om planer for »mindre områder på lokalt plan« eller indeholder »mindre ændringer i de pågældende planer«, er det i nogle tilfælde tilstrækkeligt med en screening af, om forslaget til retsakt har væsentlig miljøvirkning, medmindre retsakten kræver en habitatvurdering efter habitatdirektivets art. 6, stk. 3, jf. C-177/11.

Undtagelsen for screening af retsakter om arealanvendelsen for *mindre arealer* i art. 3, stk. 3, har dog et snævert område. Det fremgår således af C-444/15 om byfornyelsesplan for ø i Venedigs lagune, at undtagelsen for lokale

»projekter«. Dette betyder med andre ord, at SMV-direktivets art. 3, stk. 2(a) omfatter projekter, som dette begreb er defineret i VVM-direktivet, hvilket omfatter mere end anlægstilladelser.

7. Der ses herved bort fra, at SMV-direktivets art. 3, stk. 8 udtrykkeligt undtager planer vedrørende det nationale forsvar og finansielle og budgetmæssige planer, og at art. 3, stk. 9 undtager bestemte samfinansierede planer.
8. Tilsvarende er der efter SMV-direktivets art. 3, stk. 2, litra b, obligatorisk krav om SMV-procedure for planer, der kræver habitatvurdering efter habitatdirektivets art. 6, stk. 3, jf. C-177/11.
9. Se C-473/14 om skærpede krav i en fredningsplan for et naturområde uden for Athen, C-41/11 om planer for nedbringelse af landbrugets kvælstofforurening efter nitratdirektivet, C-43/18 om en plan for et Natura 2000-område ved Bruxelles og C-305/18 om italiensk regeringsdekret om affaldsforbrændingsanlæg. Dette synes oversat af Højesteret i U 2019.2943 H og U 2019.2960 H, hvor Højesteret bl.a. afviste, at manglende miljøvurdering af ældre gødningsnormer fastsat efter gødningsanvendelsesloven havde betydning for reglerne gyldighed med henvisning til, at der var tale om minimumsharmonisering. Se uddybende Pagh: TfM 2019.293.

områder kun omfatter planer, der vedtages af en lokal myndighed. Undtagelsen for mindre lokale områder kan derfor ikke anvendes af statslige myndigheder eller regionale myndigheder. Dommen i C-444/15 fastslår tillige, at undtagelsen for mindre områder kun gælder, når planen regulerer et areal, der er mindre end den lokale myndigheds stedlige kompetence. Undtagelsen kan derfor ikke anvendes for en kommunal spildevandsplan, da denne gælder for hele kommunens område, og spildevandsanlæg er omfattet af VVM-direktivet og dermed af SMV-direktivets art. 3, stk. 2(a).

Undtagelsen i art. 3, stk. 3, for »mindre ændringer i de pågældende planer«, hvor screening af retsakten er tilstrækkelig, vedrører alle retsakter, der fastsætter rammer for projekter omfattet af VVM-direktivets bilag I eller II. Dette indebærer modsætningsvis, at hvis en retsakt omfattet af SMV-direktivets art. 2(a) fastsætter rammer for bilag II-projekter, og retsakten ikke har karakter af en ændring af en eksisterende retsakt, er miljøvurdering efter SMV-direktivet obligatorisk og screening ikke tilstrækkelig. SMV-direktivet adskiller sig således på dette punkt fra VVM-direktivet, hvor en screening af bilag II-projekter kan være tilstrækkelig. Denne mulighed foreligger ikke for retsakter, der må klassificeres som plan eller program efter SMV-direktivets art. 2(a). Det fremgår videre af C-473/14, hvor en græsk fredningsplan var ændret med skærpede krav til naturbeskyttelse, at undtagelsen for mindre ændring af eksisterende planer ikke kan anvendes, hvis den oprindelige plan blev vedtaget uden forudgående SMV-procedure. I disse tilfælde er en screening derfor aldrig tilstrækkelig, hvilket bl.a. kan have betydning ved fredning efter naturbeskyttelsesloven.¹⁰

Selv om det som udgangspunkt er SMV-direktivets art. 3, stk. 2, der afgrænser reglerens anvendelsesområde, indeholder SMV-direktivets art. 3, stk. 4, den yderligere udvidelse, at SMV-direktivet også omfatter *andre retsakter*, hvis retsakten har væsentlige miljømæssige virkninger, hvor der ligeledes er krav om screening. Denne screening af »andre planer« må ikke forveksles med muligheden for screening af ændringer af planer. Som det fremgår af de forenede sager C-105/09 og C-110/09, er art. 3, stk. 4, subsidier i forhold til art. 3, stk. 2. Dette betød i denne sag, at den bekendtgørelse for nedbringelse af landbrugets kvælstofforurening, som Vallonien havde vedtaget til opfyldelse af nitratdirektivets krav om nationale handlingspro-

grammer, »skal anses for at fastlægge rammerne for fremtidige anlægstilladelser til de projekter, der er opregnet i bilag I og II til direktiv 85/337, som omhandlet i artikel 3, stk. 2, litra a)« (præmis 54). Dette blev begrundet med, at nitrathandlingsplanen også angik forurening fra intensivt husdyrbrug, og intensivt husdyrbrug er anført i VVM-direktivets bilag II (præmis 49). Tilsvarende følger af dommen i C-290/15, at da vindmøleparker i forhold til VVM-direktivet er omfattet af bilag II, er en retsakt, der fastsætter miljømæssige rammer for vindmøleparker, omfattet af krav om obligatorisk miljøvurdering. Screening er derfor ikke tilstrækkelig, medmindre det drejer sig om en mindre ændring af en oprindelig retsakt, og forudsat at denne retsakt tidligere har været genstand for en miljøvurdering i overensstemmelse med SMV-direktivets regler. Det har derfor betydning om en retsakt klassificeres som omfattet af SMV-direktivets art. 3, stk. 2(a) eller art. 3, stk. 4, og de modsvarende danske regler i miljøvurderingslovens § 8, stk. 1, nr. 1 eller § 8, stk. 1, nr. 3.

Hvis der for et bestemt område vedtages flere retsakter, som hver især må klassificeres som en plan efter SMV-direktivets art. 2 a og omfattet af SMV-direktivets art. 3, stk. 2(a), er det ikke tilstrækkeligt, at den ene af retsakterne er blevet undergivet en SMV-procedure. Efter dommen fra juni 2018 i C-671/16 er begge retsakter omfattet af SMV-direktivets regler, og en miljøvurderingsprocedure efter SMV-direktivet af den ene retsakt kan ikke erstatte kravet om en miljøvurderingsprocedure af den anden retsakt.¹¹

2.2. Hvilke retsakter er omfattet af SMV-direktivet

SMV-direktivet vedrører 'planer og programmer', men hvad der skal forstås herved, er noget mere omfattende end, hvad de fleste danske jurister nok vil forvente, da det også omfatter generelle retsakter som love og bekendtgørelser, når retsakten har de kendetegn, der ifølge Domstolen følger af art. 2 a og art. 3, stk. 2-4.¹²

Dette blev første gang fastslået i C-105/09 og C-110/09 om en vallonsk bekendtgørelse, der gennemførte nitratdirektivets handlingsprogram, men blev yderligere uddybet i C-290/15 *Patrice D'Oultremont*. Dommen var foranlediget af præjudicielle spørgsmål fra den belgiske forfatningsdomstol i en sag om gyldigheden af den vallonske bekendtgørelse om vindmøleparker, der fastsætter nærmere regler for vindmøller mht. skyggegener, grænseværdier

10. Da fredningskendelser indeholder forbud og begrænsninger for et eller flere af de projekter, der er anført på VVM-direktivets bilag I eller II, tyder dette på, at SMV-procedure er obligatorisk for alle fredningskendelser. Miljø- og Fødevareklagenævnet har imidlertid antaget, at en screening er tilstrækkelig, jf. MAD 2020.205 Mfk samt MFK afgørelse af 16. juni 2020 (j.nr. 19/07113) og MFK afgørelse af 30. september 2020 (j.nr. 20/07653). Afgørelserne er ikke afstemt med dommene i C-473/14 og C-444/15, der burde have været overvejet og tyder på det modsatte resultat. En afklaring må forventes i en verserende præjudiciel sag fra en tysk domstol (C-300/20), der bl.a. drejer sig om, hvorvidt generelle forbud i beskyttede naturområder er omfattet af SMV-direktivets art. 3, stk. 2, a, hvor SMV-procedure er obligatorisk for statslige myndigheder.

11. Domstolen fastslog således i C-671/16, at en forordning om byplanlægning af et byområde i Bruxelles var omfattet af SMV-direktivet, uanset at der var gennemført miljøvurdering og offentlig høring af bekendtgørelse om arealanvendelse for samme byområde, og at de to retsakter var udstedt samme dag. Dommen underkendt dermed den fortolkning, som den danske regering fremlagde i sagen. Se uddybende Pagh: TfM 2018, s. 429.

12. Det fremgår direkte af SMV-direktivets art. 2(a), at SMV-direktivet omfatter lovgiver, og Domstolen havde i C-43/10 i sag om græsk anlægslov om omlægning af flod fastslået, at SMV-direktivet omfatter love, men ikke denne lov, der derimod var omfattet af VVM-direktivet. Se uddybende: Pagh: TfM 2012.165, hvor dommen i C-43/10 sammenholdes med Højesterets dom i U 2012.3527 H.

for støj, afstandskrav til magnetfelt, lysmarkering mv. Nogle borgere gjorde gældende, at bekendtgørelsen var ugyldig, fordi den var vedtaget uden SMV-procedure. Dette blev afvist af den vallonske regering med støtte fra foreningen til fremme af vedvarende energi, der afviste, at bekendtgørelsen var omfattet af SMV-direktivet og henviste til, at der var tale om en generel sektorspecifik regulering. Domstolen tog udgangspunkt i, at fortolkning af definitionen i SMV-direktivet art. 2 a må tage udgangspunkt i direktivets formål, og at det direkte fremgår af art. 2 a, at reglerne også omfatter retsakter vedtaget ved en lovgivningsprocedure. Efter at have understreget, at begrebet 'planer og programmer' skal fortolkes bredt og ikke er begrænset til planlægning af et bestemt geografisk område, lagde Domstolen til grund, at den vallonske vindmøllebekendtgørelse bidrager til at definere rammerne for gennemførelsen af vindmølleparker, der er blandt de projekter, der er anført i VVM-direktivets bilag II. Herefter udtalte dommen i præmis 49-50:

»at begrebet 'planer og programmer' vedrører enhver retsakt, idet den definerer de regler og kontrolprocedurer, der skal finde anvendelse på den pågældende sektor, fastlægger en betydningsfuld helhed af kriterier og fremgangsmåder for tilladelse og iværksættelse af et eller flere projekter, der kan have væsentlige indvirkninger på miljøet [...]. I det foreliggende tilfælde skal det bemærkes, at [vindmøllebekendtgørelsen] navnlig vedrører tekniske regler, nærmere bestemmelser for driften (herunder de stroboskopiske skygger), forebyggelse mod ulykker og brand (herunder standsning af vindmøllen), regler for støjniveauet, reetablering og sikkerhedsstillelse for vindmøllerne. Sådanne regler har en betydning og rækkevidde, der er tilstrækkeligt væsentlig for fastlæggelsen af de betingelser, der skal gælde for den pågældende sektor, og de valg, navnlig af miljømæssig art, der kan træffes i henhold til de nævnte regler, skal afgøre de betingelser, hvorunder de konkrete projekter vedrørende opførelse og drift af vindmøllelokaliteter kan tillades i fremtiden.« (min fremhævelse).

Domstolen konkluderede på denne baggrund, at SMV-direktivet også omfatter den vallonske vindmøllebekendtgørelse, »der indeholder forskellige bestemmelser vedrørende opstilling af vindmøller, som skal overholdes i forbindelse med udstedelse af administrative godkendelser til opførelse og drift af sådanne anlæg, henhører under begrebet 'planer og programmer' i dette direktivs forstand«. SMV-direktivet omfatter dermed også *generelle retsakter for hele landet*, når den generelle retsakt har karakter af sektorspecifik planlægning af arealanvendelsen, og når den pågældende generelle retsakt samtidigt fastlægger en betydningsfuld helhed af kriterier og fremgangsmåder for tilladelse og iværksættelse af et eller flere projekter, der kan have væsentlig indvirkning på miljøet.¹³

Efterfølgende understregede Domstolen i C-671/16 og C-160/17, at »begrebet 'en betydningsfuld helhed af kriterier og fremgangsmåder', [skal] dermed forstås *kvantitativt*

og ikke *kvantitativt*«, for at imødegå omgåelse af SMV-direktivets krav.¹⁴

Foreløbigt sammenfattende viser Domstolens tidligere domme om fortolkning af SMV-direktivets anvendelse en meget udvidende fortolkning. Det var bl.a. denne udvidende fortolkning, som blev søgt anfægtet i C-24/19, hvor Domstolen blev bedt om at genoverveje holdbarheden af de tidligere domme.

3. Retsvirkning af overtrædelse af SMV-direktivet

I de fleste af de ovennævnte sager var der tilsyneladende enighed om, at hvis SMV-direktivet var tilsidesat, måtte retsaktens anses for ugyldig. Domstolen havde derfor ikke anledning til at tage direkte stilling til, om overtrædelse af SMV-direktivet medførte, at den pågældende nationale retsakt var ugyldig, men forudsatte i dommenes præmisser, at SMV-direktivets regler har direkte effekt på linje med, hvad der gælder for VVM-direktivet, jf. fx C-201/02 Wells.

Spørgsmålet om retsvirkning af overtrædelse af SMV-direktivet var derimod centralt i C-41/11 *Terre Wallonne II*. Dommen var en udløber af C-105/09 og 110/09 *Terre Wallonne I*, hvor Domstolen fastslog, at en vallonsk bekendtgørelse til gennemførelse af nitratdirektivets krav om handlingsplan var omfattet af SMV-direktivet. I C-41/11 var spørgsmålet, om det var muligt midlertidigt at opretholde bekendtgørelsen, indtil der efter en forudgående SMV-procedure med miljøvurdering var vedtaget en ny bekendtgørelse. Problemet var yderligere, at mens sagen verserede for Domstolen, var der efter en SMV-procedure udstedt en ny bekendtgørelse med samme indhold, som den ophævede bekendtgørelse. Kommissionen mente derfor, at sagen skulle afvises som hypotetisk. Dette blev afvist af Domstolens Store Afdeling, der modsat fastslog:

»at når der i henhold til national ret er indbragt en sag for en national ret med påstand om annullation af en national retsakt, som udgør en »plan« eller et »program« i den forstand, hvori udtrykkene er anvendt i direktiv 2001/42, og når den har fastslået, at der ved vedtagelsen af en sådan »plan« [...] er sket tilsidesættelse af forpligtelsen i direktivet til at foretage en forudgående miljøvurdering, skal denne ret træffe alle almindelige eller særlige foranstaltninger fastsat i national ret for at afhjælpe undladelsen af en sådan vurdering, herunder eventuelt udsættelse eller annullation af den anfægtede »plan« [...]. Henset til de særlige omstændigheder i hovedsagen kan den forelæggende ret undtagelsesvist gøre brug af den nationale bestemmelse, der giver den mulighed for at opretholde virkningerne af en annulleret national retsakt, for så vidt som:

- denne nationale retsakt udgør en foranstaltning til korrekt gennemførelse af direktiv 91/676
- vedtagelsen og ikrafttrædelsen af den nye nationale retsakt, som indeholder handlingsprogrammet – i henhold til dette direktivs artikel 5, ikke gør det muligt at undgå skadelige virkninger på miljøet, som følger af annullationen af den anfægtede retsakt

14. Domstolen underkendte dermed den indskrænkende fortolkning af dommen i C-290/15, som Miljøministeriet havde fremlagt over for Folketinget, og som den danske regering gjorde gældende i de to sager. Se uddybende Pagh: TfM 2018, s. 429: Vindmøllebekendtgørelsen – miljøvurdering og gyldighed: Fra juridiske arterieter til stilhed.

13. Om dommen i C-290/15, se Pagh: TfM 2016, s. 411, Pagh: TfM 2017, s. 365 og Pagh: Fast Ejendom – regulering og køb (3. udg.) 2017, s. 385 ff.

- annullationen af den anfægtede retsakt skal medføre, at der skabes et retligt tomrum for så vidt angår gennemførelsen af direktiv 91/676, som ville være mere skadelig for miljøet i den forstand, at annullationen ville betyde ringere beskyttelse af vand mod forurening forårsaget af nitrater, der stammer fra landbruget, og ville således modvirke selve dette direktivs væsentligste formål, og
- en opretholdelse af virkningerne af en sådan retsakt omfatter alene en tidsperiode, som er begrænset til det strengt nødvendige til vedtagelse af foranstaltninger, der kan afhjælpe den konstaterede uregelmæssighed

Det følger således af dommen, at når bekendtgørelsen om gennemførelse af nitratdirektivet var vedtaget uden at overholde SMV-direktivet, er bekendtgørelsen som udgangspunkt ugyldig og ophævelsen kan ikke udsættes. Dette kan undtagelsesvis fraviges midlertidigt, hvis øjeblikkelig ophævelse af planen vil have skadelig virkning på miljøet, og disse skadelige virkninger ikke kan begrænses på anden måde, forudsat planen er i overensstemmelse med nitratdirektivet, og fravigelsen ikke sker for en længere periode end strengt nødvendigt.¹⁵

Disse fire kumulerede betingelser for undtagelsesvis at tillægge en retsakt midlertidig gyldighed blev efterfølgende gentaget og generaliseret i C-379/15 *France Nature Environnement*, hvor Domstolen tillige fastslog, at ugyldighedsvirkning af overtrædelse af SMV-direktivet er ikke begrænset til den overordnede plan. Ugyldighedsvirkninger gælder således alle afgørelser, der træffes på grundlag af den SMV-stridige nationale retsakt, og ugyldighedsvirkningen kan ikke ophæves generelt, men må afgøres i hvert enkelt tilfælde. Spørgsmålet i C-379/15 var endvidere, om den nationale domstol har kompetence til at fravige ugyldighedsvirkningen, eller om dette kræver en præjudiciel forelæggelse efter TEUF art. 267, stk. 3. Domstolen tog udgangspunkt i CILFIT-dommen (sag 283/81), hvorefter der er forelæggelsespligt, når en dom ikke kan appelleres, hvis der er den mindste tvivl om den korrekte fortolkning af EU-retten, men anførte herefter yderligere,

»at eftersom udøvelsen af denne mulighed [for at fravige ugyldighedsvirkning], der har karakter af en undtagelse, kan påvirke overholdelsen af EU-rettens forrang, kan den nationale ret kun undtages fra pligten til at forelægge Domstolen en præjudiciel afgørelse, for så vidt som retten er overbevist om, at udøvelsen af denne mulighed, der har karakter af en undtagelse, ikke giver anledning til nogen rimelig tvivl. Der skal desuden redegøres for fraværet af en sådan tvivl på detaljeret vis.«

Dommen i C-379/15 må forstås således, at retsakter omfattet af SMV-direktivet som udgangspunkt er ugyldige, hvis SMV-direktivets regler ikke er fuldt vedtaget af retsaktens. Ugyldighedsvirkningen omfatter tillige de afgørelser, der efterfølgende besluttes på grundlag af den pågældende retsakt, hvilket fx kan omfatte tilladelser til vindmølleparker. Dette kan kun fraviges undtagelsesvis og midlertidigt, og det vil i en retssag uden appelmulighed kræve forelæggelse for Domstolen efter TEUF art.

15. Se uddybende om dommen i C-41/11, Pagh: TfM 2012.62, Pagh: MAD 2012.1049; TfM 2019, s. 293.

267, stk. 3, medmindre den nationale domstol på detaljeret vis redegør for, at det utvivlsomt kan lægges til grund, at betingelserne fra at fravige ugyldighedsvirkning er opfyldt.¹⁶

4. Mellemspil om den danske vindmøllebekendtgørelses gyldighed

Den dagældende danske vindmøllebekendtgørelse om støj fra vindmøller¹⁷ og bekendtgørelse om planlægning for vindmøller¹⁸ var begge vedtaget uden forudgående miljøvurdering efter SMV-direktivet. Efter dommen i C-290/15 af 30. oktober 2016 og dommen i C-379/15 fra juli 2016, var det herefter nærliggende at antage, at de to domme måtte have direkte betydning for de danske myndigheders behandling af ansøgninger om vindmølleparker og for verserende klagesager og retssager om VVM-tilladelse, mens det i forhold til afsluttede sager kan anføres, at Domstolens fortolkning afveg fra mange medlemsstaters hidtidige forståelse af SMV-direktivet.

Selv om det i forhold til de danske sager kunne anføres, at den manglende miljøvurdering af støjbekendtgørelsen blev »repareret« efterfølgende med SMV- og VVM-procedure af plangrundlaget for vindmølleparken, havde Domstolen allerede på daværende tidspunkt i flere domme afvist, at en VVM-procedure kan erstatte en SMV-procedure. Hertil kom, at netop støjproblemer og skyggegener var et tilbagevendende klage tema i de mange klagesager over vindmølleparker, og at disse indsigelser fast var afvist af Natur- og Miljøklagenævnet med, at støjkrav og områdets klassificering overholdt kravene i vindmøllebekendtgørelsen. Klagenævnet afviste derfor at tage stilling til, om støjkravene var tilstrækkelige, som det f.eks. skete i MAD 2014.91 Nmk. Efter dommene i C-379/15 og C-290/15 måtte dette føre til, at de meddele VVM-tilladelser til vindmølleparker var ugyldige, da tilladelse var meddelt på grundlag af to bekendtgørelses miljøkrav, som var fastsat uden forudgående miljøvurdering. Men da dommenes fortolkning af SMV-direktivet kom bag på mange medlemsstater, var det nærliggende at begrænse ugyldighedsvirkningen til de VVM-tilladelser, der ultimo oktober 2016 verserede som klagesager, eller hvor klage- og søgsmålsfrist ikke var udløbet,¹⁹ som jeg uddybede i TfM 2016.411.

Miljøministeriet mente derimod (efter knap et års betænkningstid), at dommene ikke havde betydning for gyldighed af den daværende vindmøllebekendtgørelse, som det fremgik af ministeriets to notater til Folketinget fra oktober 2017 og februar 2018. Ministeriet anførte her,

16. Se uddybende om C-379/15 Pagh: TfM 2016, s. 411, Pagh: TfM 2017, s. 365 og Pagh: TfM 2019, s. 293.

17. Bekendtgørelse nr. 1736 af 21. december 2015 om støj fra vindmøller. Nu afløst af bekendtgørelse nr. 923 af 6. september 2019, der er vedtaget efter forudgående miljøvurdering.

18. Bekendtgørelse nr. 1590 af 10. december 2014 om planlægning for vindmøller. Nu afløst af bekendtgørelse nr. 135 af 7. februar 2019, der er vedtaget efter forudgående miljøvurdering.

19. Se Fenger: UfR 2011B.313 samt Fenger og Kristiansen: Festskrift til Jens Peter Christensen, 2016, s. 840 f samt Pagh: UfR 2020B.161.

at det var tvivlsomt, om den danske vindmøllebekendtgørelse var omfattet af SMV-direktivet, da den danske vindmøllebekendtgørelse kun indeholder regler om støj, hvilket den danske regering vil gøre gældende i de da to verserende sager fra Belgien, C-671/16 og C-160/17, hvor ministeriet vil fremlægge sin fortolkning over for EU-Domstolen.

Selv hvis den danske vindmøllebekendtgørelse måtte være omfattet af SMV-direktivet, mente ministeriet ikke, at den manglende miljøvurdering af bekendtgørelsen havde ugyldighedsvirkning for verserende sager om VVM-tilladelse til vindmølleparker. Ministeriet begrundede dette med, at der var gennemført en miljøvurdering af plangrundlaget, hvor offentligheden var blevet hørt, og at en ophævelse af vindmøllebekendtgørelsen vil medføre »en nærliggende risiko for, at der i konkrete tilfælde kunne indtræde et lavere beskyttelsesniveau«, selv om ministeriet vedgik, at der ikke vil opstå et tomrum, da støjkrav til de enkelte vindmølleparker i stedet vil kunne påbydes efter miljøbeskyttelseslovens § 42. Grundet retssikkerhedsmæssige og samfundsøkonomiske hensyn havde ministeriet dog besluttet at gennemføre en miljøvurdering af den gældende vindmøllebekendtgørelse.²⁰

Som det er anført ovenfor, blev Miljø- og Fødevareministeriets forståelse af SMV-direktivets anvendelse afvist af Domstolen i C-671/16 og C-160/17. Hvilke følger dette så må have for de verserende sager, har ministeriet ikke (indtil nu) forklaret offentligheden. Hvordan Folketinget blev orienteret om de to domme, vides ikke, men der er ingen oplysninger på Folketingets hjemmeside.

I de forholdsvis mange klagesager over VVM-tilladelser og plangrundlag til vindmølleparker ved Miljø- og Fødevareklagenævnet henholdsvis Planklagenævnet har en stor del af klagerne bl.a. henvist til, at vindmøllebekendtgørelsen som følge af manglende SMV er ugyldig, og at dette dermed også gælder VVM-tilladelsen, ligesom de to nævn også i mange tilfælde er blevet anmodet om at tillægge klagen opsættende virkning. Efter oplysningerne om afgørelser og delafgørelser i klagesager på de to klagenævns hjemmesider valgte de to klagenævn imidlertid at følge ministeriets forståelse af dommene i de indtil nu 13 delafgørelser fra Miljø- og Fødevareklagenævnet om afslag på opsættende virkning og Planklagenævnets 7 delafgørelser om afslag på opsættende virkning.

Det er imidlertid påfaldende, at Miljø- og Fødevareklagenævnet og Planklagenævnet kun har truffet endelig afgørelse i to klagesager over to vindmølleparker i Odder, hvor ugyldighedsindsigelsen over vindmøllebekendtgø-

relsen havde betydning, hvilket skete i november 2017.²¹ Man kan naturligvis kun gisne om forklaringen på, at de øvrige klagesager over vindmølleparker, hvor dommene i C-290/15 og C-379/15 er påberåbt af klager, fortsat ikke er afgjort, men har ligget stille. En mulig forklaring kan være, at ministeriets forståelse af SMV-direktivet blev underkendt i C-671/16 og C-160/17, og at det vil have vidtgående konsekvenser for de politiske ønsker om fremme af vindenergi, hvis de to klagenævn underkendte ministeriets forståelse og ophævede VVM-tilladelser til vindmølleparker. Hertil kommer, at de to klagenævn kan have valgt at afvente Domstolens dom i C-24/19, fordi Domstolen i denne sag direkte var blevet bedt om at genoverveje fortolkningen af SMV-direktivet i C-290/15 om den val-lonske vindmøllebekendtgørelse.

I den så vidt ses eneste retssag mod de to klagenævn, hvor en VVM-tilladelse til vindmøllepark er anfægtet med henvisning til manglende miljøvurdering af vindmøllebekendtgørelsen og Domstolens praksis, fik de to klagenævn medhold i byretten. Landsretten afviste i MAD 2019.244 VLK, at forelægge præjudicielle spørgsmål for Domstolen. Landsretten begrundede dette således:

»Kommunens VVM-redegørelse og miljørapport indeholder oplysninger om støjpåvirkningen fra vindmølleprojektet. [...] Det fremgår af miljørapporten, at der er gennemført en beregning af normal støj og lavfrekvent støj i driftsfasen ved beboelser udendørs, og det er anført, at støjbelastningen ikke må overstige grænseværdierne i støjbekendtgørelsen (bekendtgørelse nr. 1284 af 15. december 2011) [...]

Det er ubestridt, at bekendtgørelse nr. 1284 af 15. december 2011 ikke var miljøvurderet. Den gældende støjbekendtgørelse, bekendtgørelse nr. 135 af 7. februar 2019, er imidlertid miljøvurderet, og landsretten kan konstatere, at de grænseværdier, som indgår i miljørapporten, er uændrede fra den tidligere støjbekendtgørelse til den nugældende. Landsretten lægger derfor til grund, at den vurdering af vindmøllernes støjmæssige konsekvenser, som Varde Kommune foretog, opfyldte kravene i miljøvurderingsloven, som implementerer SMV-direktivet. Under de anførte omstændigheder sammenholdt med, at der i øvrigt er foretaget en strategisk miljøvurdering af det plangrundlag, der ligger til grund for vindmølleprojektet i denne sag, jf. den foreliggende miljørapport, er spørgsmål om den tidligere støjbekendtgørelses gyldighed uden betydning for sagens afgørelse.«

Landsretten lagde således vægt på, at selv om støjbekendtgørelsens bestemmelser havde dannet grundlag for kommunens miljøvurdering efter planloven, havde dette ikke betydning for gyldigheden af VVM-tilladelsen, da der efterfølgende under overholdelse af SMV-direktivet var vedtaget en ny støjbekendtgørelse, som indeholdt de samme krav til støj og afstand.

20. Miljøstyrelsens notat af 17. oktober 2017 og Miljø- og Fødevareministeriets notat fra februar 2018 Folketingets Europaudvalg, bilag 423 almindelig del: <https://www.ft.dk/samling/20171/alm/del/EUU/bilag/423/1860620/index.htm>. Den samme forståelse af Domstolens fortolkning af SMV-direktivet gentog Miljøstyrelsen i det udkast til vejledning om miljøvurdering, som i februar 2018 blev sendt i høring. Se <https://hoeringsportalen.dk/Hearing/Details/61636>.

21. Se MAD 2017.481 Mfk og Miljø- og Fødevareklagenævnets afgørelse af 22. november 2017 (NMK-34-00616) samt MAD 2017.439 Pkn. Jeg har valgt at se bort fra de klager, der er afvist pga. manglende klageret, eller hvor klager har fået medhold på andet grundlag som i MAD 2017.508 Mfk grundet manglende habitatvurdering og senest Planklagenævnets afgørelse af 3. juli 2020, hvor klage over lokalplan for vindmøller ved Vinge blev tillagt opsættende virkning, fordi habitatvurdering af lokalplanens påvirkning af nærliggende Natura 2000-område ved Tjele Langsø konkluderede en tilbagegang i sædgæs på 20 % (j.nr. 20/06605).

Landsrettens præmisser må forstås på den måde, at den manglende miljøvurdering af støjbekendtgørelsen ikke var konkret væsentlig, da den nye bekendtgørelse indeholder de samme krav. Denne forståelse af den manglende SMV-procedures betydning er på linje med almindelig dansk forvaltningsret. Problemet er, at den ikke er i overensstemmelse med Domstolens fortolkning af SMV-direktivet, hvorefter den manglende miljøvurdering i sig selv medfører ugyldighed af retsakten, medmindre dette undtagelsesvis kan fraviges, som det illustreres af den ovennævnte gennemgang af C-41/11, hvor miljøvurderingen ikke medførte ændring af bekendtgørelsen, men den alligevel som udgangspunkt fandtes ugyldig.²²

Selv om landsretten således i MAD 2019.244 VLK fulgte almindelig forvaltningsretlig forståelse af mangler i det formelle oplysningsgrundlag, forekommer den uforenelig med Domstolens tidligere fortolkning af SMV-direktivets retsvirkning, hvilket senest og mere uddybende er bekræftet i dommen fra Store Afdeling i C-24/19.

5. Dommen i C-24/19 om Flanderns vindmøllebekendtgørelse og vindmøllecirkulære

Baggrunden for C-24/19 var, at en regional myndighed i Flandern den 30. november 2016 havde meddelt byggetilladelse til en vindmøllepark i Østflandern med vilkår om, at bestemte krav i Flanderns vindmøllebekendtgørelse og i vindmøllecirkulæret blev overholdt.²³ En række naboer anlagde herefter sag ved en flamsk forvaltningsstol med påstand om annullation af tilladelsen og gjorde til støtte herfor bl.a. gældende, at vindmøllebekendtgørelsen og vindmøllecirkulæret var ugyldige, da disse retsakter var vedtaget uden forudgående SMV-procedure og henviste herved til dommen i C-290/15. Dette førte til en præjudiciel forelæggelse for Domstolen, der samtidigt blev anmodet om at genoverveje Domstolens udvidende fortolkning af SMV-direktivet i tidligere domme som C-671/16, C-305/18, C-43/18 og C-290/15. Konkret var spørgsmålet, om indholdet af den flamske vindmøllebekendtgørelse og -cirkulære betød, at vedtagelsen af disse retsakter er omfattet af SMV-direktivet. Hvis dette var tilfældet, var spørgsmålet herefter, om den flamske forvaltningsdomstol midlertidigt kunne opretholde de to retsakter, så det ikke var nødvendigt at annullere den i sagen omtvistede tilladelse, og hvilke betingelser der efter EU-retten stilles for en sådan midlertidig opretholdelse af en retsakt vedtaget i modstrid med SMV-direktivet. Herunder var spørgsmålet, om det havde betydning, at vindmøllecirkulæret alene var retningslinjer, som forvaltningen havde vedtaget for at begrænse sit egen skøn, men ikke er bindende for borgerne og kan ændres af forvaltningen, så der

alene var tale om en af forvaltningen selvvalgt begrænsning af forvaltningens skøn. Spørgsmålet var med andre ord, om den anden betingelse i SMV-direktivets art. 2(a), om at retsakten »kræves ifølge love og administrative bestemmelser«, var opfyldt for cirkulæret og bekendtgørelsen, når der ikke er pligt til at vedtage sådanne generelle regler.

Domstolen tog udgangspunkt i, at det i tidligere domme var fastslået, at når en myndighed eller lovgiver har beføjelse til at vedtage en retsakt, der opfylder den første betingelse i art 2(a) og den saglige afgrænsning i art. 3, er retsakten omfattet af SMV-direktivet. I forhold til anmodningen om at genoverveje denne praksis afviste Domstolen, at der i SMV-direktivets tilblivelseshistorie var grundlag for at antage, at EU-lovgiver ønskede at begrænse SMV-direktivets anvendelse til retsakter, hvis vedtagelse er obligatorisk. En sådan begrænsning vil tillige stride mod direktivets formål, da vedtagelsen af planer generelt er frivillig, og en sådan begrænsning vil samtidig give medlemsstaterne mulighed for nemt at omgå forpligtelsen, ligesom det vil være i modstrid med Espoo-konventionens art. 2, stk. 7.²⁴ I den forbindelse bemærkede Domstolen i præmis 55-61:

»Den forelæggende ret har i denne forbindelse anført, at 2006-cirkulæret, der ganske som [bekendtgørelsen] bidragede til gennemførelsen af formålene og af de standarder, der skulle opfyldes, som [...] direktiv 2009/289 om fremme af anvendelsen af energi fra vedvarende energikilder [...], har retsgrundlag i de forvaltningskompetencer og skønsebeføjelser, som myndighederne har i medfør af den relevante nationale lovgivning, med henblik på at udstede de såkaldte »miljøgodkendelser« i denne lovgivnings forstand.

2006-cirkulærets eksistensberettigelse findes således i denne føderale enheds ministerielle myndigheds valg af at begrænse deres egen skønsebeføjelse ved at forpligte sig til at følge de regler, som de herved fastlægger for dem selv. Det ses således, at vedtagelsen af 2006-cirkulæret er en del af de beføjelser, som sådanne ministerielle myndigheder har i medfør af belgisk ret, med forbehold for den efterprøvelse, der i denne sag skal foretages af den forelæggende ret hvad angår den præcise juridiske art af et sådant cirkulære i denne medlemsstats retsorden.

Det skal i denne forbindelse bemærkes, at begrebet »planer og programmer« ikke alene omfatter udarbejdelsen heraf, men ligeledes deres ændring (jf. i denne retning dom i C 43/18, præmis 71 og den deri nævnte retspraksis).

Domstolen har navnlig allerede fastslået, at selv om en retsakt ikke indeholder og ikke kan indeholde positive krav, ændrer den beføjelse, som denne retsakt indfører til lettere at foretage fravigelser af de gældende byplanlægningskrav, det juridiske system og bevirker, at en sådan retsakt henhører under anvendelsesområdet for artikel 2(a) i direktiv 2001/42. [...]

Det skal desuden bemærkes, at bekendtgørelsen og 2006-cirkulærets generelle karakter ikke er til hinder for, at disse retsakter kvalificeres som »planer og programmer« som omhandlet i artikel 2(a)

22. Om denne forskel mellem dansk forvaltningsret og Domstolens fortolkning af SMV-direktivet og VVM-direktivet, se uddybende Pagh: Festskrift til Karsten Revsbech (red. Hansen Jensen m.fl.), 2020, s. 309.

23. Dvs. at byggetilladelsen blev meddelt, to dage efter at Domstolen havde afsagt dom i C-290/15 og konkluderet, at den vallonske vindmøllebekendtgørelse var omfattet af SMV-direktivet.

24. Det må undre, at Domstolen ikke henviste til Kiev-protokollen under Espoo-konventionen, der ligeledes er tiltrådt af EU (Rådets afgørelse 2008/871) og omhandler strategisk miljøvurdering, og som i art. 2, stk. 5 definerer planer og programmer som: »planer og programmer og alle ændringer af planer og programmer: (a) der kræves i love og administrative bestemmelser, og (b) der skal udarbejdes og/eller vedtages af en myndighed, eller som udarbejdes af en myndighed med henblik på vedtagelse af et parlaments eller en regering gennem en formel procedure«.

[...]. Selv om det fremgår af selve ordlyden af denne bestemmelse, at begrebet »planer og programmer« kan omfatte normative retsakter, der er vedtaget ved lov eller administrativt, indeholder dette direktiv nemlig netop ikke særlige bestemmelser vedrørende politikker eller generel lovgivning, der for disse ville kræve en afgrænsning i forhold til planer og programmer som omhandlet i det nævnte direktiv. Den omstændighed, at en national retsakt har et vist abstraktionsniveau og forfølger et formål om omdannelse af et geografisk område, illustrerer i øvrigt dennes program- eller planmæssige dimension og er ikke til hinder for, at den er omfattet af begrebet »planer og programmer«

Spørgsmålet var herefter, om vindmølebekendtgørelsen og cirkulæret er omfattet af den saglige afgrænsning i art. 3. Domstolen lagde til grund, at bekendtgørelsen og cirkulæret er omfattet af art. 3, stk. 2(a), da vindmølleparker er omfattet af VVM-direktivets bilag II(3)(i), og de to retsakter fastsætter rammer for fremtidige tilladelser til vindmølleparker. Selv om disse rammer ikke er udtømmende, er de dog tilstrækkeligt betydningsfulde til at fastlægge betingelser for tilladelser til vindmølleparker i Flandern.

Dommen fastslog således, at SMV-direktivet omfatter generelle retsakter for hele det nationale område, og at dette også gælder cirkulærer, uden hensyn til, om vedtagelsen af retsakten er obligatorisk eller direkte bindende for borgerne, når retsakten opfylder betingelserne i SMV direktivets art. 2(a) første led og art 3. Spørgsmålet var herefter, om den flamske forvaltningsdomstol havde mulighed for midlertidigt at opretholde retsakten. Efter at have bekræftet dommen i C-379/15, udtalte Domstolen hertil bl.a.:

»I henhold til det princip om loyalt samarbejde, der er fastsat i artikel 4, stk. 3, TEU, skal medlemsstaterne bringe ulovlige følgevirkninger af en tilsidesættelse af EU-retten til ophør. Det følger heraf, at de kompetente nationale myndigheder, herunder de nationale retsinstanser, som er forelagt et søgsmål til prøvelse af en retsakt, der er vedtaget i strid med EU-retten, har pligt til som led i deres kompetencer at træffe samtlige foranstaltninger, der er nødvendige, for at råde bod på, at der ikke er blevet foretaget en miljøvurdering. Dette kan f.eks. bestå i, at der for en »plan« eller et »program«, som er blevet vedtaget i strid med forpligtelsen til at foretage en miljøvurdering, vedtages foranstaltninger med henblik på udsættelse eller annullation af denne plan eller dette program [...], samt i at tilbagekalde eller udsætte en tilladelse, der allerede er givet, med henblik på at gennemføre en sådan vurdering [...].

Det skal desuden tilføjes, at det alene er Domstolen, der undtagelsesvis og af tvingende retssikkerhedsmæssige hensyn kan træffe bestemmelse om en midlertidig udsættelse af den fortrængende virkning, som en EU-bestemmelse har i forhold til national ret, der er i strid hermed. Hvis nationale retsinstanser havde beføjelse til at give nationale bestemmelser forrang for EU-retten, som disse bestemmelser strider mod, også selv om det blot er midlertidigt, ville det således være til skade for den ensartede anvendelse af EU-retten.

[...] det følger af sagens akter for Domstolen, at vindmølleparkprojektet ikke synes at være blevet afsluttet, og at gennemførelsen heraf end ikke er påbegyndt. Såfremt det er korrekt, at gennemførelsen af vindmølleparkprojektet ikke er påbegyndt, ses det under alle omstændigheder ikke at være nødvendigt at opretholde virkningerne af tilladelsen af 30. november 2016 under varigheden af de miljøvurderinger, der foreskrives ved bekendtgørelsen og 2006-cirkulære [...] Det påhviler derfor den forelæggende ret at annullere den tilladelse, der er vedtaget på grundlag af den »plan« eller det »program«, som i sig selv er vedtaget i strid med forpligtelsen til at foretage en miljøvurdering [...] Den forelæggende ret har i denne forbindelse anført, at bekendtgørelsen og 2006-cirkulæret bidrager til at gennemføre formålet med direktiv 2009/28 [om fremme af vedvarende energi]. Selv om

en sådan produktion styres af betragtninger om miljøbeskyttelse og udgør et centralt mål for Unionen på energiområdet, er enhver hindring for udviklingen heraf på en medlemsstats område, som den, der kan følge af en annullation af en byggetilladelse til en elproducent og leverandør med henblik på opførelse af et begrænset antal vindmøller, ikke tilstrækkelig til samlet set at skade gennemførelsen af nævnte direktiv på dette område.

For det andet anerkendte Domstolen i [C-411/17²⁵], at *den pågældende medlemsstats forsyningssikkerhed med elektricitet ligeledes er et tvingende hensyn*. Domstolen har imidlertid samtidigt præciseret, at forsyningssikkerhed med elektricitet kun kan begrunde en opretholdelse af virkningerne af nationale foranstaltninger, der er vedtaget under tilsidesættelse af de forpligtelser, der følger af EU-retten, hvis der i tilfælde af en annullation eller udsættelse af disse foranstaltningers virkninger foreligger en reel og alvorlig trussel om afbrydelse af forsyningen med elektricitet i den pågældende medlemsstat, som ikke kan imødegås med andre midler og alternativer, herunder navnlig inden for rammerne af det indre marked. Som [...] generaladvokaten har fremhævet i punkt 132 i forslaget til afgørelse, er det usikkert, om aktivitetsophøret på et begrænset antal vindmøller kan have betydelige følgevirkninger for forsyningssikkerheden med elektricitet i hele den pågældende medlemsstat.« (mine fremhævelser)

Det følger således af dommen i C-24/19, at hensyn til fremme af vedvarende energi ikke kan begrunde midlertidig opretholdelse af tilladelsen, men at forsyningssikkerhed i særlige tilfælde kan begrunde, at tilladelsen midlertidigt opretholdes. Dette er dog ikke muligt, hvis tilladelsen ikke er blevet udnyttet. Domstolen tog ikke nærmere stilling til, om miljøhensyn og forurening kan begrunde en midlertidig opretholdelse, men dette må i givet fald forudsætte, at det ikke er muligt på anden måde at begrænse forureningsgener fra de tilladte vindmøller, hvilket ikke er relevant for dansk ret, hvor der i alle tilfælde er hjemmel til at påbyde begrænsning af støj og andre forureningsgener i miljøbeskyttelseslovens § 42.

Samlet konkluderede Domstolen, at det kan lægges til grund, at der skulle være gennemført en miljøvurdering af den bekendtgørelse og det cirkulære, som er hjemlen for tilladelse til en vindmøllepark. Anfægtes denne tilladelse ved en national ret, kan den nationale ret kun opretholde virkningerne af de ellers ugyldige retsakter, hvis ophævelsen af denne tilladelse kan have betydelige følgevirkninger for forsyningssikkerheden med elektricitet i hele den pågældende medlemsstat og alene i den tidsperiode, som er strengt nødvendig for at afhjælpe denne ulovlighed.

6. Dommen i C-24/19's betydning for dansk ret

Store Afdelings dom i C-24/19 bekræfter Domstolens tidligere domme om SMV-direktivet, men indeholder yderligere præcisering, der må antages at få vidtgående konsekvenser for dansk ret og dansk lovgivning. Hidtil har Miljø- og Fødevarerministeriet antaget, at art. 2(a), hvorefter SMV-direktivet omfatter retsakter »som kræves ifølge love og administrative bestemmelser« ikke omfatter »love, der ikke følger af en EU-retlig eller folkeretlig forplig-

25. I C-411/17 om forlængelse af driftstilladelse til kernekraftværk uden forudgående VVM fastslog Domstolen, at hensyn til forsyningssikkerhed kan begrunde en midlertidig opretholdelse af tilladelsen. Se hertil Pagh: MAD 2019.109.

telse, og som således er rene nationale anliggender, [da disse love ikke vil indgå] i et normativt hierarki. Sådanne love vil dermed efter Miljø- og Fødevareministeriets vurdering ikke opfylde kravet om at være »krævet« og vil følgelig falde uden for plan- og programbegrebet. Dette gælder uanset lovens nærmere karakter.²⁶ Derimod har ministeriet accepteret, at bekendtgørelser opfylder betingelsen i direktivet om at være »krævet« i henhold til den lov, de er udstedt med hjemmel i. [uden det] er afgørende, om det konkret er valgfrit for ministeren at udstede en bekendtgørelse.«

Mens det er korrekt, at bekendtgørelser omfattet af den saglige afgrænsning i SMV-direktivets art. 3, stk. 2-4 er omfattet af SMV-direktivet, kan en særegel for love næppe opretholdes. Hverken i SMV-direktivet eller i Domstolens domme er der støtte til, at love er undtaget, når pligten hertil ikke følger af EU-regler. Hvis ministeriet efter dommen i C-24/19 vil fastholde sin forståelse, vil dette i en eventuel tvist næppe kunne ske uden en præjudicial forelæggelse for Domstolen, hvis praksis tyder på et benægtende svar. Herudover vil cirkulære, der er bindende for myndighederne, være omfattet af SMV-direktivets regler om miljøvurdering, når retsaktens omfang er omfattet af den saglige afgrænsning i art. 3, stk. 2(a), medmindre der er tale om en mindre ændring af en bestående retsakt. Det samme gælder, hvor statslige og kommunale myndigheder vedtager et administrationsgrundlag, som begrænser myndighedens skøn.²⁷

Det følger uden videre heraf, at ikke alene Miljø- og Fødevareministeriet, men også andre ministerier og kommuner bør overveje, om der er vedtaget administrationsgrundlag og cirkulærer, som kræver miljøvurdering efter miljøvurderingslovens regler.

Det må videre konkluderes, at Miljø- og Fødevareministeriets begrundelse for, at den tidligere vindmøllebekendtgørelse ikke var omfattet af SMV-direktivet, nu definitivt er underkendt. Dette skete i det væsentlige allerede i juni 2018 i dommene C-671/16 og C-160/17, men er nu bekræftet af Domstolens Store Afdeling. Hvis dette skal ændres, vil det kræve ny EU-lovgivning.

De mest vidtgående umiddelbare virkninger af dommen i C-24/19 vedrører imidlertid retsvirkningen af, at SMV-direktivets regler ikke er fulgt. Dette har bl.a. betydning i de mange verserende klagesager over tilladelser til vindmølleparker meddelt på grundlag af den tidligere vindmøllebekendtgørelse, der var vedtaget uden forudgående SMV-procedure. Her må Planklagenævnet og Miljø- og Fødevareklagenævnet nu efter dommen i C-24/19

træffe afgørelse. Efter dommens præmisser synes det nærmest umuligt at undgå at ophæve VVM-tilladelserne. De begrundelser, som de to klagenævne har anført for at undlade opsættende virkning af klage, er således mere omfattende afvist af Domstolens Store Afdeling. Dette gælder ikke kun de sager, hvor klager har gjort gældende, at vindmøllebekendtgørelsen er ugyldig pga. manglende SMV, men det gælder også de øvrige verserende sager, hvor der er meddelt tilladelse på grundlag af den tidligere vindmøllebekendtgørelse, da det i forarbejderne til de to klagenævnslove udtrykkeligt er anført, at klagenævnene af egen drift skal påse, at der ikke træffes afgørelser i modstrid med bindende EU-regler, som har direkte effekt.²⁸

Dommen i C-24/19 efterlader dog to mere principielle spørgsmål. Mens det må afvises, at hensyn til vedvarende energi kan begrunde, at VVM-tilladelserne midlertidigt opretholdes, efterlader dommen dog en mulighed mht. forsyningssikkerhed. Det kan således ikke fuldstændigt afvises, at hvis der i alle verserende sager om tilladelser til vindmølleparker meddelt på grundlag af den tidligere vindmøllebekendtgørelse sker ophævelse af VVM-tilladelserne, vil dette samlet kunne påvirke forsyningssikkerheden med elektricitet så alvorligt, at der er grundlag for at anvende undtagelsen for midlertidigt at opretholde VVM-tilladelsens gyldighed, indtil der er meddelt en ny VVM-tilladelse på grundlag af den nye vindmøllebekendtgørelse, der trådte i kraft den 13. februar 2019 efter en forudgående miljøvurdering. Men om Planklagenævnet og Miljø- og Fødevareklagenævnet har en sådan kompetence må anses for tvivlsomt. Dels vil klagenævnene normalt ikke have kompetence til at underkende en bekendtgørelses gyldighed, men kun at konstatere, at den er vedtaget uden forudgående miljøvurdering. Dels vil klagenævnene savne kompetence til midlertidigt at opretholde en bekendtgørelse. Klagenævnene kan derfor alene give medhold i, at en VVM-tilladelse er ugyldig, fordi tilladelsen er meddelt på grundlag af en bekendtgørelse, der skulle have været miljøvurderet.

Det andet spørgsmål drejer sig om retsvirkningen af, at VVM-tilladelsen til en opført vindmøllepark annulleres og muligheden for retlig lovliggørelse. Ophævelse af VVM-tilladelsen vil betyde, at fortsat drift er ulovlig, men hvis tilladelsen er udnyttet, er det efter dansk ret herefter op til tilsynsmyndigheden at afgøre, om der skal ske fysisk lovliggørelse eller retlig lovliggørelse. Så længe myndigheden ikke har meddelt påbud om fysisk lovliggørelse, vil der ikke kunne rejses straffesag for at fortsætte driften.

Ved vurdering af, om der skal meddeles påbud om fysisk lovliggørelse og dermed stop for drift, må der tages hensyn til, at den kommunale tilsynsmyndighed, hvis VVM-tilladelse er ophævet, ikke selv har kompetencen til at gennemføre en retlig lovliggørelse af vindmøllebe-

26. Jf. Miljø- og Fødevareministeriets notat fra februar 2018 til Folketinget. Samme betragtning er gentaget i forarbejderne til lov 1057/2020 om ændring af reglerne for gødskning på lokaliteter omfattet af naturbeskyttelseslovens § 3 (FT 2019/2020, Lovforslag L 164, bemærkningerne pkt. 8).

27. Dette blev i øvrigt lagt til grund i MAD 2014.54 Nmk, hvor Natur- og Miljøklagenævnet med denne begrundelse ikke alene ophævede Københavns Kommunes administrationsgrundlag for at fastsætte støjvilkår for de enkelte byggepladser i byggeriet af Cytaringen, men også ophævede alle påbud meddelt på grundlag heraf. Se Pagh: TFM 2014.112 og Basse: TFM 2014.154.

28. Denne pligt til at de to klagenævne af egen drift skal påse overholdelse af EU-lovgivning, fremgår af forarbejderne til § 12 a i Natur- og Miljøklagenævnsloven efter forslag fra et eksternt ekspertudvalg. Se herom Pagh: TFM 2011.148.

kendtgørelsen i forhold til miljøvurderingsloven. Men da den nugældende vindmøllebekendtgørelse fra 2019 er vedtaget efter en forudgående SMV-procedure, vil den kommunale tilsynsmyndighed på dette grundlag kunne iværksætte en lovliggørende VVM-procedure og herefter vedtage en lovliggørende VVM-tilladelse til erstatning af den VVM-tilladelse, som Miljø- og Fødevareklagenævnet efter dommen i C-24/19 må anses forpligtet til at ophæve.

Almindeligvis vil en retlig lovliggørelse af plangrundlaget føre til, at berørte naboer kan kræve erstatning for det tab, som den ugyldige tilladelse har medført, når erstatningsbetingelserne i øvrigt er opfyldt.²⁹ Dette må også gælde i dette tilfælde, men da naboerne i mange tilfælde vil have fået tilkendt værditabserstatning efter § 6 i lov om vedvarende energi, har erstatningsspørgsmålet nok i de fleste tilfælde beskeden betydning.

Det anførte gælder alene for de *verserende klagesager* ved Miljø- og Fødevareklagenævnet og Planklagenævnet over VVM-tilladelser til vindmøleparker henholdsvis plangrundlag samt verserende retssager, hvor tilladelsen er meddelt på grundlag af den tidligere vindmøllebekendtgørelse. Derimod mener jeg ikke, at EU-retten stiller generelt krav om genoptagelse af afsluttede sager, når klagefrist og søgsmålsfrist er udløbet.³⁰

Uanset de mulige efterspil på en ophævelse af tilladelser til vindmøleparker må ministeriets håndtering af usikkerheden om SMV-direktivets anvendelse og retsvirkning

efter min opfattelse anses for problematisk. Problemet er ikke så meget, at ministeriet tog fejl i forståelsen af SMV-direktivet, og at dette skete i flere omgange. Problemet er heller ikke, at ministeriet nødvendigvis måtte tage hensyn til, at det kunne have haft uoverskuelige konsekvenser, hvis alle vindmølleprojekter skulle standses, fordi der ikke var sket miljøvurdering af den dagældende vindmøllebekendtgørelse, hvilket kan undskylde, at ministeriet søgte at begrænse konsekvenserne af de tidligere retlige misforståelser. Problemet er efter min opfattelse, at ministeriet trak sagen for langt ud, så det først var i februar henholdsvis september 2019, at den manglende miljøvurdering var lovliggjort med bekendtgørelsen om støj fra vindmøller, henholdsvis bekendtgørelse om planlægning for vindmøller, hvor overgangsreglerne i øvrigt betyder, at de nye bekendtgørelser først gælder for vindmølleprojekter, der er anmeldt efter februar 2019.³¹ Dette betød, at kommunerne har administreret reglerne forkert og kan muligvis forklare, at en del verserende klagesager hos klagenævnene har ligget stille, uden at klager blev orienteret om baggrunden. Selv om det som anført ovenfor er muligt at gennemføre en retlig lovliggørelse, kan det efterlade et uheldigt indtryk af, at det er nemmere for myndighederne at få tilgivelse end at have besværet med at følge reglerne, indtil ministeriet har fået reglerne ændret. Ministeriets håndtering af hele forløbet kunne derfor fortjene en nærmere undersøgelse fra ombudsmanden.

29. Se Pagh m.fl.: Offentlige myndigheders erstatningsansvar, 2017, s. 243.

30. Se uddybende Pagh: UfR 2020B.161 med kommentarer til Miljø- og Fødevareministeriets udlægning af Domstolens dom i C-261/18 Kommissionen mod Irland, hvor Irland pålagt bøder for ikke at opfylde en tidligere dom i C-215/06, hvor Irland blev dømt for at tilladelse en vindmøllepark uden VVM-procedure.

31. Bekendtgørelse nr. 923 af 6. september 2019 om støj fra vindmøller og bekendtgørelse nr. 135 af 7. februar 2019 om planlægning for vindmøller der er vedtaget efter forudgående miljøvurdering.