

Godkendelse af anlægsprojekter der risikerer at påvirke levesteder for truede dyrearter

Approval of construction projects likely to affect habitats of endangered animal species

af RASMUS JØRGENSEN

Hovedformålet med afhandlingen er at undersøge betingelserne for godkendelse af danske anlægsprojekter, der risikerer at påvirke de dyrearter, der er opregnet i habitatdirektivets bilag IV. Afhandlingen fokuserer på bilag IV-vurderingen, herunder særligt reglerne om beskyttelse af bilag IV-arters yngle- og rasteområder. Hensigten er at belyse, hvilke hindringer disse reglers anvendelse og administration i Danmark kan udgøre for gennemførelse af sådanne projekter.

I afhandlingen gennemgås først de EU-retlige regler om beskyttelse af bilag IV-arter og den danske implementering heraf i navnlig naturbeskyttelsesloven og habitatbekendtgørelsen. Disse regelsæt fastsætter som udgangspunkt et totalforbud mod godkendelse af anlægsprojekter, der risikerer at have negativ indvirkning på bilag IV-arters levesteder. En vurdering af et anlægsprojekts mulige påvirkning af bilag IV-arter skal gennemføres forud for meddelelse af projektgodkendelse mv., idet beskyttelsen ikke er begrænset til forsætlig skadeforvoldelse. Omfanget af denne bilag IV-vurdering skal imidlertid fortolkes fleksibelt i overensstemmelse med princippet om kontinuerlig økologisk funktionalitet. Afhandlingen afdækker herefter, under hvilke betingelser et potentielt skadeligt anlægsprojekt kan gennemføres med henvisning til, at projektet ikke sænker de samlede levevilkår for en påvirket bilag IV-art. I forbindelse hermed undersøges sondringen mellem afværgende og kompenserende foranstaltninger til sikring af en arts økologiske funktionalitet samt forsigtighedsprincippet betydning for beviskravene til disse foranstaltningers tilstrækkelighed. Det konkluderes, at afværgeforanstaltninger kan tillades, men at brugen heraf ikke må underminere den snævre og administrativt byrdefulde adgang til at dispensere fra det i hovedreglen fastsatte forbud.

Afhandlingen undersøger endvidere mulighederne for at tillægge klage eller søgsmål om lovligheden af oprindeligt godkendte anlægsprojekter opsættende virkning. Indledningsvist gennemgås sammenhængen mellem bilag IV-reglerne og miljøvurderingsreglerne, hvor det konkluderes, at en mangelfuld bilag IV-vurdering af et anlægsprojekt kan føre til ugyldighed efter miljøvurderingsreglerne. En formodning for ugyldighed er imidlertid ikke tilstrækkelig til at begrunde opsættende virkning, idet der ligeledes skal foreligge en påvist risiko for uoprettelig skade. På den baggrund kritiserer Københavns Byret for at tillægge et søgsmål i Amager Fællede-sagen opsættende virkning udelukkende med henvisning til, at det er usikkert, hvorvidt en formel pligt til høring af supplerende sagsoplysninger er blevet overholdt.

Indholdsfortegnelse

Indholdsfortegnelse.....	1
1. Introduktion	3
1.1 Indledning.....	3

1.2 Problemformulering	4
1.3 Afgrænsning og definitioner	5
1.4 Metode.....	6
1.5 Læsevejledning.....	7
2. Den retlige ramme for bilag IV-vurderinger.....	8
2.1 Habitatdirektivet.....	8
2.2 Artsbeskyttelse i Danmark	10
2.3 Proces for vurdering af danske anlægsprojekter der risikerer at påvirke bilag IV-arters levesteder.....	12
3. Bilag IV-vurderinger i Danmark.....	14
3.1 EU-Domstolens praksis om habitatdirektivets artikel 12, stk. 1, litra d.....	14
3.2 Afværgeforanstaltninger og princippet om økologisk funktionalitet.....	18
3.3 Baltic Pipe-sagen.....	20
3.4 Nyt Hospital Nordsjælland.....	22
3.5 Diskussion og delkonklusion	23
4. Opsættende virkning under retlige tvister om bilag IV-vurderinger	27
4.1 Generelt om opsættende virkning	28
4.2 Amager Fælled-sagen.....	30
4.3 Opsættende virkning i Amager Fælled-sagen	31
4.4 Sammenfattende om opsættende virkning	33
4.5 Efterskrift	34
5. Konklusion.....	34
6. Litteraturfortegnelse mv.	35
6.1 Ordforklaring.....	35
6.2 Lovregister	35
6.3 Litteraturliste	36
6.4 Afgørelsesregister.....	37

Abstract

This Master's thesis examines the hindrance of construction projects that affect or are likely to affect the habitats of animal species listed in annex IV of The Habitats Directive of the European Union, with particular focus on the rules regarding protection of these species' breeding sites and resting places from destruction or deterioration.

Construction projects are, as a general rule, prohibited from having negative impacts on the habitats of annex IV species. The assessment of such possible impacts must be conducted *prior* to the approval of a project, as the protection is not limited to intentionally caused damage. The

scope of the general prohibition is, however, interpreted flexibly in accordance with the principle of *continued ecological functionality*. This thesis analyses the degree to which a potentially damaging project can be approved with reference to the fact that the project does not lower a habitats' *overall* living conditions for residing species. In that context the use of measures to ensure the continued ecological functionality of breeding sites or resting places ("CEF measures") is examined. The goal is to provide an overview of the distinction between preventive and compensatory CEF measures as well the use of these measures in the effort to comply with the general prohibition. Finally, the significance of the *precautionary principle* is uncovered, according to which there are high requirements to the documentation of the sufficiency of proposed CEF measures.

The general rule may be deviated from under strict conditions. A derogation may only be granted when the project is not harmful to the maintenance of annex IV-populations at a *favorable conservation status* and solely in the absence of a satisfactory alternative. In Denmark the Minister of Environment must be consulted before a derogation is granted, which makes the process administratively burdensome. Overall, the general rule is therefore rarely deviated from in practice. When applying CEF measures it is significant to consider that the derogation process, and the strict protection therein, is not undermined.

An originally approved construction project may be hindered temporarily if legal proceedings challenging the legality of the project are granted a *stay of execution* pending the outcome of a dispute. Such an order of suspensive effect requires a reasonable presumption of illegality towards a project. It is therefore imperative for the project manager to carry out the preparatory work with sufficient thoroughness as this eliminates potential uncertainties.

Larger construction projects are – in practice – subject to the rules of environmental impact assessments. Formal requirements, for instance to conduct a public hearing of the material on which an intended authorization is based, may also form the basis of a stay of execution. However, *additional* information should be able to be taken into consideration without an additional hearing when this information merely elaborates an impact assessment without changing any conditions herein. Conclusively this thesis criticises the district court of Copenhagen for granting a stay of execution in the *Amager Fælled case* seemingly without performing a judicial review of any *materiel* aspects in the case.

1. Introduktion

1.1 Indledning

I december 2022 indstilles byggeriet af det nye Vejlands Kvarter, Fælledby, på Amager Fælled. Københavns Byret har tillagt et søgsmål om byggeriets lovlighed opsættende virkning,¹ og byudviklingsprojektet skal derfor sættes i bero indtil sagens videre afgørelse. Sagens omdrejningspunkt: projektets påvirkning af paddearten stor vandsalamander.

Delafgørelsen i *Amager Fælled-sagen* er den seneste i en række af sager, hvor et større anlægsprojekt helt, delvist eller midlertidigt hindres eller påvirkes af reglerne om beskyttelse af truede dyrearter. Disse regler er fastsat i habitat-direktivet² og implementeret flere steder i dansk ret.

¹ Københavns Byrets kendelse af 12. december 2022 i sag BS-4114/2022-KBH.

² Rådets direktiv 92/43/EØF af 21. maj 1992 om bevaring af naturtyper samt vilde dyr og planter ("Habitatdirektivet").

Efter habitatdirektivets artikel 12, stk. 1, gælder der en streng beskyttelsesordning i de naturlige udbredelsesområder for dyre- og plantearterne nævnt i direktivets bilag IV (almindeligvis betegnet ”bilag IV-arter”). Denne beskyttelse inde-bærer blandt andet forbud mod forsætlig indfangning, drab og forstyrrelse af bilag IV-arter samt forbud mod be-skadigelse eller ødelæggelse af arternes yngle- og rasteområder. Habitatdirektivets artsbeskyttelsesregler er desuden ikke begrænset til særligt udpegede beskyttelsesområder eller – i visse tilfælde – til forsætlig påvirkning. Uafhængigt af geografisk placering kan et anlægsprojekt eksempelvis ikke tillades, hvis gennemførelse af projektet *kan* beskadige eller ødelægge yngle- eller rasteområder i en bilag IV-arts naturlige udbredelsesområder.³

Over for hensynet til artsbeskyttelse står imidlertid interessen i at gennemføre større anlægsprojekter, hvilket ofte indgår som et centralt element i realiseringen af målsætninger, der fastsættes for at forfølge brede og væsentlige sam-fundsinteresser. I sagens natur kan disse projekter kun sjældent gennemføres inden for eksisterende bebyggelse eller uden påvirkning af naturen, og der opstår derfor ofte risiko for påvirkning af bilag IV-arter. Fra bred politisk side lægges det eksempelvis til grund, at det er nødvendigt at investere i store energiparker til solenergi og landvind, hvis 2030-målene for den grønne omstilling skal nås.⁴ Tilsvarende har Københavns Kommune i 2022 anslået, at der frem mod 2050 er behov for 72.000 nye boliger i hovedstadsområdet, hvis den fremtidige boligefterspørgsel skal dækkes.⁵

Sådanne anlægsprojekter udgør i mange tilfælde betydelige investeringer i million- eller milliardklassen, hvorfor selv mindre hindringer kan have konsekvenser, der er såvel omkostningstunge som uhensigtsmæssige set i bredere sam-fundsperspektiv.⁶ Det følger imidlertid samtidig af habitatdirektivet, at bevaring, beskyttelse og forbedring af kvaliteten af miljøet, herunder bevaring af vilde dyr og planter, ligeledes er ”*et yderst vigtigt mål af almen interesse*”.⁷

Denne afhandling har til formål at undersøge habitatdirektivets regler om artsbeskyttelse og implementeringen heraf i Danmark, både for så vidt angår den administrative håndtering af reglerne samt reglernes materielle anvendelse. Målet er at belyse de juridiske aspekter af ”konflikten” mellem større anlægsprojekter og opretholdelsen af den biologiske mangfoldighed (biodiversiteten) med henblik på at vurdere, om beskyttelsen af truede dyrearter medfører hindringer, der er utilsigtede eller uforholdsmæssigt indgribende.

1.2 Problemformulering

De ovenfor anførte betragtninger giver anledning til følgende problemformulering:

Afhandlingen har til formål at undersøge betingelserne for godkendelse af danske anlægsprojekter, der risikerer at påvirke bilag IV-arter. Projektet vil have fokus på bilag IV-vurderingen, herunder særligt reglerne om beskyttelse af bilag IV-arters yngle- og rasteområder, med henblik på at belyse, hvilke hindringer disse reglers anvendelse og administration i Danmark kan udgøre for gennemførelse af sådanne projekter.

³ Jf. Miljø- og Fødevareklagenævnets afgørelse af 7. juli 2021 (j.nr. 21/05337 og 21/05338), afsnit 3.1.

⁴ Klimaftale om grøn strøm og varme 2022 (”Danmark kan mere II”), 25. juni 2022 (s. 5).

⁵ Københavns Kommune: ”Boligreddegørelsen 2022”, juni 2022 (s. 42).

⁶ Jf. eksempelvis forhenværende minister (S) Mogens Lykketoft i en kronik af 29. juli 2021. Forfatterens hjemmeside: <https://lykketoft.dk/klimaindsatsen-bremses-og-goeres-kostbar-af-miljoemyndighederne/>

⁷ Habitatdirektivet, præambelbetragtning 1.

1.3 Afgrænsning og definitioner

Den EU-retlige naturbeskyttelse omfatter, udover artsbeskyttelse, også beskyttelse af særligt udpegede internationale naturbeskyttelsesområder (almindeligvis betegnet "Natura 2000-områder").⁸ Det følger af § 6, stk. 2, i habitatbekendtgørelsen,⁹ at der ikke kan meddeles tilladelse til anlægsprojekter, der vurderes at ville skade disse områders integritet under hensyn til bevaringsmålsætningen for de respektive områder. Beskyttelsen af Natura 2000-områder adskiller sig fra beskyttelsen af bilag IV-arter derved, at den udelukkende omfatter *særligt udpegede* områder. Regelsættene er dog forbundet i den forstand, at forekomsten af "*de fleste*" bilag IV-arter i et område indgår i udpegningsgrundlaget for Natura 2000, jf. habitatdirektivets bilag II. I Danmark udgør Natura 2000-områderne samlet ni procent af landarealet og 26 procent af havarealet,¹⁰ og områdebeskyttelsen har derfor stor praktisk betydning for placeringen af anlægsprojekter. Uanset dette afgrænses denne afhandling til at have særligt fokus på artsbeskyttelsen.

Ved artsbeskyttelse menes i denne afhandling beskyttelsen af de dyrearter, der er nævnt i habitatdirektivets bilag IV, litra a (bilag IV-arter), jf. habitatdirektivets artikel 12-16. Beskyttelsen af plante- og fuglearter¹¹ behandles således ikke nærmere. I forlængelse heraf skal begrebet "bilag IV-vurdering" forstås som den konsekvensvurdering, der foretages *forud* for godkendelse af et anlægsprojekt med henblik på at vurdere projektets påvirkning af bilag IV-arter. Ved siden af bilag IV-vurderingen står "habitatvurderingen", der begrebsmæssigt generelt er forbeholdt beskyttelsen af udpegningsgrundlag efter Natura 2000-reglerne. Uagtet habitatvurderingens praktiske relevans vil den ikke blive undersøgt nærmere, jf. afgrænsningen ovenfor.

Som det vil fremgå af afhandlingen, er den danske proces for at meddele dispensation efter direktivets artikel 16 til at fravige beskyttelsen i artikel 12 bureaukratisk og administrativt byrdefuld. Med henblik på at belyse omfanget af de *konventionelle* hindringer for anlægsprojekter, vil der fokuseres på hovedreglen, og hvordan denne overholdes. Denne afgrænsning skal endvidere ses som en konsekvens af, at dansk praksis vedrørende fravigelse af hovedreglen er særdeles sparsom, hvorfor beskyttelsen efter artikel 12 findes mere aktuell at undersøge nærmest.¹²

Gennemførelseslovgivning i Danmark vedrørende habitatdirektivet er i litteraturen blevet kaldt kompleks¹³ og endda "*noget kafkask*".¹⁴ Det skyldes, at implementeringen er sket i adskillige love og bekendtgørelser samt på en måde, der i visse tilfælde har ført til en dobbeltregulering.¹⁵ I afhandlingen vil der blive fokuseret på forbuddet mod indirekte og uagtsomme påvirkninger

⁸ Jf. habitatdirektivets artikel 3, stk. 1.

⁹ Bekendtgørelse nr. 2091 af 12. november 2021 om udpegnings- og administration af internationale naturbeskyttelsesområder samt beskyttelse af visse arter ("Habitatbekendtgørelsen").

¹⁰ Miljøstyrelsens hjemmeside: Natura 2000 (<https://mst.dk/natur-vand/natur/natura-2000/>).

¹¹ Jf. hhv. habitatdirektivets bilag IV, litra b, og Rådets direktiv 79/406/EØF om beskyttelse af vilde fugle ("Fuglebeskyttelsesdirektivet").

¹² Peter Pagh & Thomas Haugsted (2022): Fast ejendom – Regulering og køb, s. 553

¹³ Helle Tegner Anker & Birgitte Egelund Olsen (2022): Festskrift till Jan Darpö, s. 15.

¹⁴ Peter Pagh (2023): Danmark og EU gennem 50 år – en milepæl, s. 530.

¹⁵ Habitatdirektivet er således implementeret gennem – blandt andet – Lovbekendtgørelse nr. 1392 af 4. oktober 2022 om naturbeskyttelse ("Naturbeskyttelsesloven"), Lovbekendtgørelse nr. 265 af 21. marts 2019 om jagt og vildtforvaltning ("Jagt- og vildtforvaltningsloven"), Bekendtgørelse nr. 521 af 25. marts 2021 om fredning af visse dyre- og plantearter og pleje af tilskadekommet vildt ("Artfredningsbekendtgørelsen") samt habitatbekendtgørelsen. Habitatbekendtgørelsen omfatter desuden afgørelser efter Lovbekendtgørelse nr. 4 af 3. januar 2023 om miljøvurdering af planer og programmer og af konkrete projekter (VVM) ("Miljøvurderingsloven").

af bilag IV-arter, jf. naturbeskyttelseslovens § 29 a, stk. 2, og hovedsagelig habitatbekendtgørelsens § 10, idet disse mindre indgribende påvirkninger – set i forhold til eksempelvis drab og indfangning – bedre belyser yderpunkterne af den i indledningen nævnte ”konflikt”. I den forbindelse vil bilag IV-arternes ”yngle- og rasteområder” samlet blive betegnet som arternes ”levested(er)”.

Et anlægsprojekts påvirkning af bilag IV-arter inddrages ofte under behandling af projektets godkendelse efter miljø-vurderingsloven.¹⁶ Dette er ligeledes tilfældet i den føromtalt Amager Fælled-sag, hvor den opsættende virkning meddeles med henvisning til VVM-reglerne bag miljøvurderingsloven,¹⁷ uagtet at sagens egentlige tvist angår projektets påvirkning af bilag IV-arter.¹⁸ Denne afhandling vil undersøge sammenspillet mellem artsbeskyttelses- og miljøvurderingsreglerne med særligt fokus på adgangen til at tildele et søgsmål opsættende virkning. Trods dens praktiske relevans vil den samlede miljøvurderingsproces for større anlægsprojekter dog ikke blive behandlet indgående.

Det skal endvidere bemærkes, at der sondres skarpt mellem ”hindringer” og ”unødige hindringer”. Denne afhandling vedrører ikke den politiske afvejning mellem artsbeskyttelse ctr. interesse i større anlægsprojekter. Medmindre andet fremgår eksplicit, foretages der derfor ikke en vurdering af de nævnte hindrings hensigtsmæssighed mv. eller politiske legitimitet.

Afslutningsvist afgrænses nærværende specialeafhandling til udelukkende af inddrage afgørelser, som er afsagt *tidligere* end den 26. maj 2023. Det skyldes, at Østre Landsret på nævnte dato har afsagt kendelse i Amager Fælled-sagen vedrørende spørgsmålet om opsættende virkning.¹⁹ Henset til det særdeles korte tidsrum mellem denne kendelses afsigelse og afhandlingens afleveringsfrist er kendelsen *ikke* indarbejdet i afhandlingen eller taget højde for i øvrigt.

1.4 Metode

I denne afhandling anvendes den retsdogmatiske metode. Med henblik på at beskrive, analysere og systematisere gældende ret foretages en undersøgelse af de retskilder, der er relevante i relation til den valgte problemformulering.²⁰

De primære retskilder for beskyttelsen af bilag IV-arter er habitatdirektivet og den danske implementering heraf i navnlig naturbeskyttelsesloven og habitat- og artfredningsbekendtgørelserne. Gennemførelseslovgivningen skal fortolkes EU-konformt, og en fyldestgørende undersøgelse af de nationale regler forudsætter derfor, at der foretages en indgående analyse af de EU-retlige beskyttelsesregler.²¹ Som det vil fremgå af afhandlingen, er den danske implementering af de EU-retlige regler ikke foretaget på den mest logiske eller minimalistiske facon, og gennemførelseslovgivningen bærer præg af, at reglerne er vedtaget hastigt og udelukkende med henblik på at overholde EU-retlige forpligtelser. Lovforarbejderne til de danske regler bidrager derfor ikke nævneværdigt til forståelsen af retsområdet, og en fyldest-

¹⁶ Helle Tegner Anker & Birgitte Egelund Olsen (2022): Festskrift till Jan Darpö, s. 32.

¹⁷ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2011/92/EU af 13. december 2011 om vurdering af visse offentlige og private projekters indvirkning på miljøet (”VVM-direktivet”).

¹⁸ Peter Pagh: Tidsskrift for Miljø, Marts 2023, s. 37.

¹⁹ Østre Landsrets kendelse af 26. maj 2023 i sag BS-6487/2023-OLR. Kendelsen er ved afhandlingens aflevering endnu ikke offentliggjort.

²⁰ Carsten Munk-Hansen (2022): Retsvidenskabsteori, s. 211-212.

²¹ Birgitte Egelund Olsen & Karsten Engsig Sørensen (2018): EU-retten i Danmark, s. 315 ff.

gørende fortolkning af regelsættet sker følgelig med overvejende fokus på praksis og den bagvedliggende EU-ret.

I Danmark indtager administrativ praksis fra Miljø- og Fødevareklagenævnet samt Planklagenævnet en central rolle i forståelsen af, hvordan artsbeskyttelsesreglerne skal fortolkes og anvendes.²² Administrativ praksis tillægges traditionelt ikke samme retskildemæssige værdi som retsafgørelser, navnlig fordi nævnspraksis kan omstødes ved dom. Det følger heraf ikke, at administrative afgørelser ikke har retskildeværdi, men blot at sådanne afgørelser skal behandles med det forbehold, at de ikke i samme udstrækning er definitive.²³

EU-Kommissionen og Miljøstyrelsen har begge udstedt vejledninger, der beskriver, hvordan habitatdirektivets artikel 12-16 hhv. den danske gennemførselslovgivning skal fortolkes.²⁴ Disse vejledninger er ikke-bindende regulering og kan dermed ikke give egentlige udsagn om, hvordan gældende ret *er* på retsområdet. Vejledningerne har dog den retskildeværdi, at de er udtryk for myndighedernes forståelse af reglerne fremstillet i et uddybende og forklarende format.²⁵ Der vil således være en vis formodning om, at vejledningernes indhold udtrykker gældende ret, svarende til hvad der vil blive lagt til grund af domstolene.

Nævnsafgørelserne og de foreløbige byretsdomme i Amager Fælled-sagen vil indgå som en væsentlig del af afhandling. Såvel tvisten om søgsmålets opsættende virkning som sagens realitetsafgørelse er ved aflevering af afhandlingen fortsat verserende ved retten. Dette fratager ikke de hidtidige afgørelser deres retskildemæssige værdi, omend det bevirker, at afgørelserne skal behandles med forbehold for, at de senere kan blive omstødt af en højere retsinstans.

I afhandlingen inddrages juridisk litteratur i form af bøger og artikler som et gennemgående element i fremstillingen af gældende ret. Det er omdiskuteret, om denne litteratur er en retskilde, idet retslitteraturen ikke er tillagt nogen egentlig rolle i retssystemet. Den juridiske litteratur anvendes imidlertid i høj grad i praksis af retlige aktører, hvilket blandt andet skyldes, at retssystemet bliver stadigt større og mere komplekst. Der er derfor accepteret, at litteraturen er *retskilde-lignende*, og at den kan tages i betragtning som et bidrag til at fastlægge gældende ret.²⁶

1.5 Læsevejledning

I afhandlingens **afsnit 2** gennemgås den retlige ramme for bilag IV-vurderinger i Danmark med afsæt i den EU-retlige regulering i habitatdirektivet og dernæst den danske gennemførselslovgivning. Afsnittet indeholder dertil en kort anskueliggørelse af processen for godkendelse af projekter, der risikerer at påvirke bilag IV-arter, herunder ved inddragelse af miljøvurderingsloven.

I **afsnit 3** undersøges foretagelsen af bilag IV-vurderinger i Danmark med fokus på, hvordan disse vurderinger kan hindre større anlægsprojekter. Der vil blive foretaget en gennemgang af det lovgrundlag, der i den forbindelse kan hindre sådanne projekter, samt en gennemgang af relevant rets- og nævnspraksis til fuld belysning af hindringernes intensitet og omfang. I den sammenhæng foretages der en undersøgelse af, hvordan disse hindringer kan imødekommes

²² Peter Pagh m.fl. (2022): Festskrift til Linda Nielsen, s. 352-353.

²³ Peter Blume m.fl. (2020): Skriftlig jura – Den juridiske fremstilling, s. 18.

²⁴ Europa-Kommissionen, *Vejledning om streng beskyttelse af dyrearter af fællesskabsbetydning i henhold til habitatdirektivet* (2021) og Miljøstyrelsen, *Habitatvejledningen*, Vejledning nr. 48 (december 2020).

²⁵ Christina D. Tvarnø & Ruth Nielsen (2021): Retskilder og retsteorier, s. 103-104.

²⁶ Peter Blume m.fl. (2020): Skriftlig jura – Den juridiske fremstilling, s. 19.

Bestemmelsens strenge beskyttelse af bilag IV-arter kommer til udtryk ved, at det umiddelbare forbud mod påvirkning af arterne ikke er begrænset til forsætlige handlinger (litra a-c), men tilsvarende gælder for handlinger, der er uagt-somme (litra d). Betingelsen om forsæt i relation til artikel 12, stk. 1, litra a-c, er opfyldt, hvis det godtgøres, at en gerningsmand ”har villet” overtræde beskyttelsesforbuddet eller ved sine handlinger ”i det mindste har accepteret muligheden for” en sådan overtrædelse – svarende til forsætsformen *dolus eventualis*.²⁹

Den omstændighed, at overtrædelse af artikel 12, stk. 1, litra d, kan ske ved uforsætlige handlinger, har ifølge EU-Domstolen den virkning, at bilag IV-arters yngle- og rasteområder er tillagt en højere grad af beskyttelse mod skadende eller ødelæggende handlinger, end hvad der gælder for forbuddene i litra a-c.³⁰ Ved at udstrække beskyttelsen til uagtsomme handlinger fastslår Domstolen dermed, at den blotte *risiko* for påvirkning af en bilag IV-arts yngle- eller rasteområder kan have betydning for, om et anlægsprojekt kan gennemføres.³¹

Der findes ikke en nærmere beskrivelse af, om overtrædelse af bestemmelsen i litra d forudsætter en særlig grad af uagtsomhed. Henset til at medlemsstaterne påbydes at indføre en *streng* beskyttelsesordning, antages det ikke at være tilfældet. Dette stemmer overens med den danske implementering af bestemmelsen, hvorefter godkendelse af et anlægsprojekt er betinget af, at der gennemføres en *forudgående* vurdering af projektets indvirkning på bilag IV-arters levesteder. Rækkevidden af habitatdirektivets artikel 12, stk. 1, litra d, herunder bestemmelsens nærmere betydning for bilag IV-vurderinger som led i godkendelse af anlægsprojekter, gennemgås indgående nedenfor i afsnit 3.1.

Det ”naturlige udbredelsesområde” for en bilag IV-art er den geografiske placering, hvor arten og dennes levested naturligt findes. Grænserne for et sådant område er dynamiske, hvorved forstås, at området over tid kan variere i størrelse og placering afhængigt af udviklingen i artens udbredelse. Det er således vanskeligt at opsætte en generel definition. I forlængelse heraf lader begreberne ”yngle- og rasteområder” sig ligeledes vanskeligt definere ud fra generelle kriterier, idet der i direktivets bilag IV er anført mange forskellige arter, hvis behov og livsforløb er stærkt varierende. Afgrænsningen af disse områder er derfor også varierende og forudsætter et indgående kendskab til den enkelte arts naturlige økologi (herunder biologi, udbredelse og dynamik) og adfærd (herunder livscyklus, organisation og interaktion med andre arter).³² Med henvisning til Europa-Kommissionens vejledning om habitatdirektivets artikel 12-16 har Miljøstyrelsen dog formuleret følgende, vejledende definitioner:³³

”**Yngleområder** indeholder områder, som er nødvendige for:

- *Parring eller kurtisering.*
- *Redebygning, hulebygning, fødsel eller æglægning.*
- *Opvækst af yngel og unger.*”

”**Rasteområder** defineres som områder, som er vigtige for at sikre overlevelsen af enkelte dyr eller bestande, når de er i hvile.”

I praksis skal ”yngle- og rasteområder” ses i sammenhæng med forståelsen af et områdes ”økologiske funktionalitet”, jf. nedenfor i afhandlingens afsnit 3.2. Dette gælder særligt ved

²⁹ EU-Domstolens afgørelse af 4. marts 2021 i de forenede sager C-473/19 og C-474/19, *Skydda Skogen*, præmis 51.

³⁰ EU-Domstolens afgørelse af 4. marts 2021 i de forenede sager C-473/19 og C-474/19, *Skydda Skogen*, præmis 82.

³¹ Jf. Miljø- og Fødevareklagenævnets afgørelse af 7. juli 2021 (j.nr. 21/05337 og 21/05338), afsnit 3.1.

³² Europa-Kommissionens vejledning om habitatdirektivets artikel 12-16 (2021), s. 34-35.

³³ Miljøstyrelsen, *Habitatvejledningen*, Vejledning nr. 48 (december 2020), s. 61.

afgrænsningen af, hvornår et område eller en del heraf er *vigtigt* eller *nødvendigt* for bestande af en beskyttet art.

Den strenge beskyttelse af bilag IV-arter gælder ikke ubetinget og kan fraviges på de betingelser, der fremgår af den særlige undtagelsesbestemmelse i habitatdirektivets artikel 16. I henhold til bestemmelsens stk. 1 skal følgende tre betingelser alle være opfyldt, før en fravigelse kan tillades:³⁴

- 1) der må ikke findes nogen anden brugbar løsning,
- 2) fravigelse er ikke til skade for opretholdelsen af en gunstig bevaringsstatus for berørte artsbestande, og
- 3) mindst én af begrundelserne i artikel 16, stk. 1, litra a-e, kan konkret anføres som tilstrækkeligt vægtig til, at en fravigelse kan accepteres.³⁵

En artsbestands bevaringsstatus anses for gunstig, når arten på lang sigt vil kunne opretholde sig selv som en levedygtig bestanddel af dens naturlige levesteder, når artens naturlige udbredelsesområde hverken er i tilbagegang eller der er sandsynlighed for, at udbredelsesområdet inden for en overskuelig fremtid vil blive mindsket, og når der er og sandsynligvis fortsat vil være et tilstrækkeligt stort levested til på lang sigt at bevare artens bestande, jf. direktivets artikel 1, litra i.

I relation til større anlægsprojekter er den relevante ”begrundelse” under sidstnævnte kriterie opregnet i artikel 16, stk. 1, litra c, hvorefter fravigelse kan begrundes i hensyn til den offentlige sundhed og sikkerhed eller i andre ”*bydende nødvendige hensyn til væsentlige samfundsinteresser*”, herunder interesser af social og økonomisk karakter, samt hensyn til væsentlige gavnlige virkninger på miljøet.³⁶ Afvejningen mellem sådanne interesser og artsbeskyttelsen er i en vis udstrækning politisk betonet og er derfor umiddelbart undergivet en vis grad af fleksibilitet. Fravigelser i henhold til habitatdirektivets artikel 16 skal dog i praksis ”*fortolkes og gennemføres restriktivt*” i en sådan udstrækning, at anvendelse af bestemmelsen skal betragtes som en ”*sidste udvej*”.³⁷

2.2 Artsbeskyttelse i Danmark

Habitatdirektivets artsbeskyttelsesregler er implementeret i Danmark ”*i forskellige regelsæt uden, at der er tale om en logisk og stringent gennemførelse*”.³⁸ Beskyttelsen af bilag IV-arter ses således gennemført i flere legislative ordninger,³⁹ der i visse tilfælde er overlappende, og hvis opdeling fremstår unødigt kompliceret, jf. straks nedenfor.

Den umiddelbare beskyttelse af bilag IV-arter følger af naturbeskyttelseslovens § 29 a, der indholdsmæssigt svarer til direktivets artikel 12. Bestemmelsen indeholder dels et forbud mod forsætlig forstyrrelse mv. af beskyttede arter (direkte artsbeskyttelse), og dels et forbud mod beskadigelse eller ødelæggelse af arternes yngle- og rasteområder (indirekte artsbeskyttelse). Naturbeskyttelsesloven suppleres af tilsvarende forbud i jagt- og vildtforvaltningsloven, der dog har særlig fokus på vildt og andre jagtbare dyrearter. Der er i et vist omfang tale om en dobbeltregulering men med den væsentligste forskel, at der ikke er fuldt sammenfald mellem de arter, lovene omfatter.

³⁴ Europa-Kommissionens vejledning om habitatdirektivets artikel 12-16 (2021), s. 50.

³⁵ Ellen Magrethe Basse (2017): Erhvervs miljøretten, s. 365.

³⁶ Ellen Magrethe Basse & Peter Pagh: Tidsskrift for Miljø, September 2021, s. 352.

³⁷ Europa-Kommissionens vejledning om habitatdirektivets artikel 12-16 (2021), s. 48-49.

³⁸ Helle Tegner Anker & Birgitte Egelund Olsen (2022): Festskrift till Jan Darpö, s. 15.

³⁹ Peter Pagh & Thomas Haugsted (2022): Fast ejendom – Regulering og køb, s. 551 f.

Efter naturbeskyttelseslovens § 65, stk. 3, kan der meddeles dispensation fra forbuddene i § 29 a på betingelser svarende til dem, der fremgår af direktivets artikel 16. Dispensation meddeles formelt af Miljøministeren men i praksis af Miljøstyrelsen på ministerens vegne. Det følger imidlertid af lovens § 65, stk. 4, at dispensationshjemlen i § 65, stk. 3, ikke finder anvendelse, såfremt der efter anden lovgivning træffes afgørelse om fravigelse af beskyttelsen efter § 29 a, og denne afgørelse opfylder betingelserne i § 65, stk. 3. Som det fremgår af det følgende, har denne modifikation den virkning, at den praktiske relevans af naturbeskyttelseslovens artsbeskyttelsesregler er yderst begrænset.⁴⁰

Individbeskyttelsen – dvs. beskyttelse af bilag IV-arter mod forsætlig indfangning og drab mv. – er nærmere reguleret i artfredningsbekendtgørelsen, der er udstedt i medfør af både naturbeskyttelsesloven og jagt- og vildtforvaltningsloven. Bekendtgørelsen indeholder forbud, som materielt svarer til direktivets artikel 12, stk. 1, litra a og c, og fastsætter derudover nærmere rammer for administration og håndhævelse af den pågældende artsbeskyttelse. Individbeskyttelsen af bilag IV-arter kan fraviges i henhold til artfredningsbekendtgørelsens § 12, der svarer til naturbeskyttelseslovens § 65, stk. 3 (og habitatdirektivets artikel 16, stk. 1). Dispensation til indfangning og drab mv. af bilag IV-arter skal følgelig meddeles efter artfredningsbekendtgørelsen frem for naturbeskyttelsesloven.

Beskyttelse af bilag IV-arters *levesteder* følger derimod af habitatbekendtgørelsen, der i § 10 indeholder et umiddelbart forbud mod beskadigelse eller ødelæggelse af arternes yngle- eller rasteområder.⁴¹ Bekendtgørelsen indeholder både regler om beskyttelse af bilag IV-arters levesteder og et Natura 2000-regelsæt. Hvis en art er på et Natura 2000-udpegningsgrundlag, er det *arten*, der er beskyttet i henhold til bekendtgørelsen, mens bilag IV-regelsættet i §§ 10-11 yder mere indirekte beskyttelse gennem fredning af artens levesteder. Bestemmelsen i habitatbekendtgørelsens § 10 svarer til direktivets artikel 12, stk. 1, litra d, og har følgende ordlyd:

”Ved administration af de i §§ 7 og 8 nævnte bestemmelser kan der ikke gives tilladelse, dispensation, godkendelse mv., hvis det ansøgte kan

1) beskadige eller ødelægge yngle- eller rasteområder i det naturlige udbredelsesområde for de dyrearter, der er optaget i habitatdirektivets bilag IV, litra a)
[...]

Stk. 2. Vurderingen skal fremgå af de afgørelser, der bliver truffet efter de i §§ 7 og 8 nævnte bestemmelser.”

Det skal fremhæves, at beskyttelsen tilsvarende gælder for anlægsprojekter, der *risikerer* at påvirke en bilag IV-arts levesteder, jf. *”hvis det ansøgte kan”* i bestemmelsens første led.

I henhold til bekendtgørelsens § 11 kan forbuddet i § 10 fraviges på betingelser, der svarer til naturbeskyttelseslovens § 65, stk. 3. Artsbeskyttelsen i habitatbekendtgørelsen er imidlertid ikke alment gældende, idet beskyttelsen af bilag IV-arters levesteder kun omfatter tilladelser og dispensationer mv., der er meddelt i medfør af bestemmelserne nævnt i bekendtgørelsens §§ 7-8. Disse bestemmelser omfatter en lang række miljølove, hvis afgørelser underlægges krav om bilag IV-vurdering. Forfatteren af denne afhandling kan dog ikke nævne afgørelser af praktisk relevans for gennemførelsen af større anlægsprojekter, der ikke er omfattet af den gældende version af bekendtgørelsen, hvorfor det lægges til grund, at bekendtgørelsens artsbeskyttelse i praktisk henseende anses for at gælde uden undtagelser. Det skal dog bemærkes, at

⁴⁰ Peter Pagh (2023): Danmark og EU gennem 50 år – en milepæl, s. 530.

⁴¹ Den ”generelle” habitatbekendtgørelse suppleres af plan- og kysthabitatbekendtgørelserne. Grundet deres afgrænsede anvendelsesområde og lighed med den ”generelle” habitatbekendtgørelse behandles disse dog ikke nærmere i denne afhandling.

det hidtil anførte ikke er ensbetydende med, at bestemmelserne i naturbeskyttelseslovens § 29 a og § 65, stk. 3, er fuldkommen overflødige. Habitatbekendtgørelsen er relevant i relation til tilladelser til *nye* aktiviteter, hvorimod *bestående* lovlige aktiviteter samt aktiviteter, hvor der slet ikke gælder krav om tilladelse fra en myndighed, fortsat reguleres efter naturbeskyttelseslovens umiddelbare forbud. Med henvisning til den anførte opfattelse er denne diskussion imidlertid overvejende teoretisk.⁴²

Habitatbekendtgørelsens § 10 er formuleret således, at bestemmelsen indeholder et underliggende krav om *forudgående* vurdering af, om et anlægsprojekt kan beskadige eller ødelægge en eller flere bilag IV-arters yngle- eller rasteområder – den såkaldte *bilag IV-vurdering*. Der kan derfor ikke meddeles tilladelse efter de i §§ 7 og 8 nævnte miljølove til projekter omfattet af bestemmelserne, med mindre det forudgående er vurderet, at projekterne ikke vil beskadige de pågældende områder.⁴³ Kravet skal ses i sammenhæng med den strenge forståelse af habitatdirektivets artikel 12, stk. 1, litra d, herunder i lyset af dommen i den ovenfor nævnte *Skydda Skogen-sag*, hvorefter beskyttelsen af bilag IV-arters levesteder tilsvarende gælder ved *uagt-somme* påvirkninger. Det er omfanget af kravene til denne forudgående vurdering, herunder særligt de mulige hindrende konsekvenser, der i nærværende afhandling påkalder sig særlig interesse.

2.3 Proces for vurdering af danske anlægsprojekter der risikerer at påvirke bilag IV-arters levesteder

Krav om forudgående vurdering af et anlægsprojekts mulige indvirkninger på miljøet er ikke begrænset til reglerne herom i habitatbekendtgørelsen. Der findes tilsvarende krav i flere andre regelsæt, hvor den i praksis mest relevante regulering følger af miljøvurderingsloven. Et af formålene bag loven er overordnet at bidrage til integration af miljøhensyn i processen for tilladelse af projekter, som kan få væsentlig indvirkning på miljøet.⁴⁴ Loven opstiller følgelig en række regler for, at visse planer, programmer og konkrete projekter først kan tillades efter *forudgående miljøkonsekvens-vurdering*, hvorved forstås en vurdering af planen eller projektets forventede indvirkning på miljøet.

De projekttyper, der er omfattet af miljøvurderingsloven, fremgår af lovens bilag 1 og 2. De i bilagene nævnte projekter er enten underlagt direkte krav om miljøkonsekvensvurdering (projekter nævnt i lovens bilag 1) eller krav om screening med henblik på at vurdere, om der skal foretages en miljøkonsekvensvurdering (projekter nævnt i lovens bilag 2), jf. lovens §§ 15-16. En gennemgang af bilagene viser, at større anlægsprojekter af bredere samfundsinteresse i almindelighed mindst er underlagt krav om screening. Som eksempler herpå kan nævnes infrastrukturprojekter, herunder anlægsarbejder i erhvervsområder til industriformål og i byzoner samt bygning af veje og havne, og projekter inden for energiindustrien, herunder etablering af industrianlæg til fremstilling og transport af elektricitet, gas og varmt vand (kritisk infrastruktur).

Den nære sammenhæng mellem habitatreglerne og miljøvurderingsloven kommer til udtryk ved, at der ikke kan meddeles tilladelse til et miljøvurderingspligtigt projekt (VVM-tilladelse), jf. miljøvurderingslovens § 25, medmindre der er foretaget en vurdering i forhold til bilag IV-reglerne og denne vurdering fremgår af afgørelsen om at meddele VVM-tilladelse, jf. habitatbekendtgørelsens § 7, stk. 13, nr. 2, jf. § 10, stk. 2. Det samme gælder screeningsafgørelser efter miljøvurderingslovens § 21 om, at et projekt omfattet af lovens bilag 2 ikke skal pålægges krav om miljøkonsekvensvurdering, jf. habitatbekendtgørelsens § 7, stk.

⁴² Peter Pagh & Thomas Haugsted (2022): Fast ejendom – Regulering og køb, s. 551 f.

⁴³ Helle Tegner Anker & Birgitte Egelund Olsen (2022): Festskrift till Jan Darpö, s. 17.

⁴⁴ Miljøvurderingslovens § 1, stk. 1.

13, nr. 1.⁴⁵ Reglerne i habitatbekendtgørelsen har således den afledte virkning, at større anlægsprojekter i almindelighed *skal* bilag IV-vurderes, hvilket fremadrettet lægges til grund i nærværende afhandling.

Frem til december 2021, hvor den nuværende version af habitatbekendtgørelsen trådte i kraft, omfattede habitat-bekendtgørelsen ikke afgørelser efter miljøvurderingsloven. Sammenhængen med VVM-reglerne var dog den samme ud fra betragtninger om habitatdirektivets direkte virkning, jf. Miljø- og Fødevareklagenævnets endelige afgørelse i Amager Fælled-sagen, som blev afsagt i henhold til den tidligere udgave af bekendtgørelsen.⁴⁶ De afledte virkninger af, at habitatbekendtgørelsen ikke fandt direkte anvendelse, gav i den forbindelse anledning til flere principielle spørgsmål.⁴⁷ Idet afgørelser efter miljøvurderingsloven nu omfattes af habitatbekendtgørelsen, findes disse overvejelser imidlertid ikke længere praktisk relevante for den nuværende/fremtidige vurdering af sammenspillet mellem de to regelsæt i relation til gennemførelse af større anlægsprojekter.

Det følger af miljøvurderingslovens § 17, stk. 1, at det er kommunalbestyrelsen, der er den kompetente myndighed for behandling af sager vedrørende projekter omfattet af lovens bilag 1 og 2. Afgørelser om VVM-tilladelse efter § 25 og, for så vidt angår retlige spørgsmål, screeningsafgørelser efter § 21 kan påklages til Miljø- og Fødevareklagenævnet, jf. lovens § 49.

Beskyttelse af bilag IV-arters levesteder i henhold til habitatbekendtgørelsens § 10 skal tilgodeses af *”den myndighed, der er tillagt kompetence til at træffe afgørelse efter de almindelige regler i den lovgivning, der regulerer det pågældende område”*, jf. bekendtgørelsens § 11, stk. 2. Det samme gælder kompetencen til at meddele dispensation. På VVM-om-rådet er det således tilsvarende kommunalbestyrelsen, der er den kompetente myndighed i relation til bilag IV-reglerne. Fravigelse efter habitatbekendtgørelsens § 11 forudsætter dog, at der forudgående indhentes udtalelse fra Miljø-ministeren. Der gælder endvidere et krav om, at beslutninger om fravigelse skal meddeles til EU-Kommissionen.

I praksis foretages der så vidt muligt én samlet miljøvurdering, hvor samtlige lovkrav mv. tilgodeses, jf. eksempelvis miljøkonsekvensrapporten i Amager Fælled-sagen,⁴⁸ hvor der på s. 19 anføres følgende:

”Miljøvurderingen er gennemført i overensstemmelse med Miljøvurderingsloven og således, at den lever op til EU’s VVM-, Fugle- og Habitatdirektiver, Vandrammedirektivet og det danske lov- og regelgrundlag.”

Ifølge § 6 i miljøvurderingsbekendtgørelsen⁴⁹ gælder der tilmed et krav om, at den kompetente VVM-myndighed anvender en koordineret procedure for behandling af projekter, som både skal vurderes efter miljøvurderingsloven og habitatbekendtgørelsen – en såkaldt ”one-stop

⁴⁵ Miljøvurderingsloven indeholder endvidere krav om screening og miljøkonsekvensvurdering af planer og programmer. Afgørelser herom, jf. lovens §§ 10 og 13, er ligeledes omfattet af habitatbekendtgørelsen, jf. bekendtgørelsens § 8, stk. 8.

⁴⁶ Miljø- og Fødevareklagenævnets afgørelse af 14. december 2021 (j.nr. 21/05337 og 21/05338), afsnit 3.3.1 *in fine* (s. 33).

⁴⁷ Jf. eksempelvis professor, dr.jur. Peter Pagh i en kommentar til nævnets afgørelse bragt i MRF 2021.342.

⁴⁸ Miljøkonsekvensrapport: *”Vejlands Kvarter”*, SWECO PROJEKT NR. 60.9030.01 af 11. juni 2020, s. 19. (https://mst.dk/media/220493/bilag-6-vejlands-kvarter_miljoekonsekvensrapport.pdf)

⁴⁹ Bekendtgørelse nr. 1376 af 21. juni 2021 om miljøvurdering af planer og programmer og af konkrete projekter.

shop"-procedure.⁵⁰ Dette ændrer dog ikke ved, at der (i hvert fald i teorien) fortsat er tale om separate vurderinger.

3. Bilag IV-vurderinger i Danmark

Som anført i afhandlingens indledning er det beskyttelsen af bilag IV-arters yngle- og rasteområder, der bedst synes at belyse de ydre grænser for artsbeskyttelse i Danmark. Det påkalder sig således ikke samme interesse at få afdækket, hvad der nærmere ligger i forbuddet mod forsætligt drab og indfangning. Ræsonnementet bag denne opfattelse er, at forbuddet mod indirekte påvirkninger på områdeniveau – eksempelvis uagtsom beskadigelse af en dyrearts levesteder – unægtelig udgør en mere vidtrækkende beskyttelse end forbuddet mod bevidste påvirkninger på individniveau. Dertil kommer, at der ved individbeskyttelse efter direktivets artikel 12, stk. 1, litra a-c, samt naturbeskyttelseslovens § 29 a, stk. 1, og artfredningsbekendtgørelsen, ikke sker en bilag IV-vurdering i samme udstrækning som efter direktivets artikel 12, stk. 1, litra d, og habitatbekendtgørelsen, idet overholdelse af det umiddelbare forbud mod *forsætlig* individpåvirkning ikke kan siges at forudsætte samme skønsmæssige bedømmelse.⁵¹

3.1 EU-Domstolens praksis om habitatdirektivets artikel 12, stk. 1, litra d

Habitatdirektivet trådte i kraft i 1994, og den danske gennemførelseslovgivning har været tilstrækkelig i hvert fald siden 2009, hvor direktivets artikel 12 og 16 implementeres i naturbeskyttelseslovens § 29 a og § 65, stk. 3. Opmærksomheden på beskyttelse af bilag IV-arter (ved siden af Natura 2000-regelsættet) er imidlertid steget markant de seneste år, hvor Miljø- og Fødevareklagenævnet samt Planklagenævnet siden begyndelsen af 2021 i flere tilfælde har ophævet VVM-tilladelser mv. som følge af, at negativ påvirkning af bilag IV-arters levesteder ikke er sket i overensstemmelse med direktivets beskyttelseskrav. Et markant eksempel herpå er afgørelsen i den såkaldte *Baltic Pipe-sag*,⁵² hvor Miljø- og Fødevareklagenævnet til fleres overraskelse ophæver VVM-tilladelsen til et statsligt projekt, der havde til formål at etablere dele af en gasledning fra Norge gennem Danmark og videre til Polen og de baltiske lande. VVM-tilladelsen blev ophævet, da der ikke blev taget tilstrækkeligt hensyn til yngle- og rasteområder for de berørte bilag IV-arter.⁵³

Nævnenes skærpede praksis (sammenlignet med tidligere) er ikke blot et nationalt påfund men skal ses i sammenhæng med en række nyere domme fra EU-Domstolen om fortolkning af direktivets artikel 12. En gennemgang af disse afgørelser har derfor betydning for forståelsen af den danske administrative praksis. Indledningsvist skal det afdækkes, hvad der nærmere forstås ved *levestederne* for bilag IV-arter, hvorved menes de områder, hvor arterne naturligt findes og udbredes, jf. også ovenfor i afsnit 2.1 om "det naturlige udbredelsesområde" og "yngle- og rasteområder". Disse områder kvalificeres indgående ud fra en betragtning om, at det er centralt at vide *hvad*, der beskyttes, inden det fyldes-gørende kan afdækkes, *hvordan* der beskyttes.

I sag C-477/19, *Grand Hamster*, skulle EU-Domstolen vurdere en sanktion pålagt en medarbejder i en østrigsk virksomhed, der havde udført anlægsarbejde i et rasteområde for bilag IV-arten europæisk hamster. Arten var forinden gennemførelse af projektet blevet indsamlet og fjernet fra området, hvorfor medarbejderen mente, at området ikke længere var

⁵⁰ Miljøstyrelsen, *Habitatvejledningen*, Vejledning nr. 48 (december 2020), s. 22.

⁵¹ Det vurderende element kommer dog til udtryk i de ensartede dispensationsbestemmelser i overensstemmelse med direktivets artikel 16, når det skal undersøges, om forbuddene kan fraviges.

⁵² Miljø- og Fødevareklagenævnets afgørelse af 31. maj 2019 (j.nr. 19/06805).

⁵³ *Peter Pagh*, MRF 2021B.2 (s. 1-2).

beskyttet efter direktivets artikel 12, stk. 1, litra d. EU-Domstolen udtalte, at bestemmelsen i litra d ikke tager direkte sigte på dyrearter, men at formålet med beskyttelsen er at sikre, at store dele af *levestederne* for beskyttede dyrearter bevares.⁵⁴ Domstolen fastslog følgelig, at levesteder, som ikke længere benyttes af en beskyttet dyre-art, fortsat ikke må beskadiges eller ødelægges, så længe det kan tænkes, at arten vender tilbage til de pågældende områder.⁵⁵ Beskyttelse af bilag IV-arters levesteder forudsætter således ikke, at områderne benyttes permanent. Der tages dermed tilsvarende hensyn til migrerende arters mere eller mindre periodiske benyttelse af et område.

Grand Hamster-sagen er begrænset til spørgsmål om bilag IV-arters rasteområder, hvorimod beskyttelsen af yngle-områder ikke behandles nærmere. Beskyttelsen af disse områder indgår imidlertid i den opfølgende præjudicielle sag C-357/20, *Grand Hamster II*, der udspringer samme hændelsesforløb som i første sag. I afgørelsen fastslog EU-Domstolen, at bilag IV-arters yngleområder omfatter alle de områder, herunder *omkringliggende* områder, som er nødvendige for, at en art kan yngle med succes. Domstolen udtalte endvidere, at beskyttelsen af yngleområder ikke er begrænset til de perioder, hvori arten konkret og faktisk benytter områderne til ynglefremgang, samt at forladte områder ligeledes er omfattet, når der er tilstrækkelig høj sandsynlighed for, at arten vender tilbage.⁵⁶

Afgørelserne i Grand Hamster-sagerne har betydning for forståelsen af, hvilke områder der beskyttes. Denne forståelse er nødvendig for at kunne forholde sig til beskyttelsens fysiske og geografiske udstrækning. Beskyttelsens *intensitet* er imidlertid dét, der har størst praktisk betydning for administrationen af artsbeskyttelsesreglerne i Danmark, hvilket hovedsagelig skyldes den bureaukratiske implementering af habitatdirektivets artikel 16 i habitatbekendtgørelsens § 11. Efter bestemmelsen forudsætter fravigelse af hovedreglen om forbud mod beskadigelse eller ødelæggelse af yngle- eller rasteområder i henhold til bekendtgørelsens § 10, at der indhentes udtalelse fra Miljøministeren, og at beslutning om fravigelse meddeles EU-Kommissionen. Høringsforpligtelsen udspringer ikke af et EU-retligt krav herom og har i praksis den betydning, at ministeren potentielt skal høres i et stort antal sager, som er påtænkt behandlet mere lokalt, oftest af kommunalbestyrelserne.⁵⁷ Det kan således have stor praktisk betydning, om et projekt overholder hovedreglen, eller om der skal meddeles dispensation, hvilket dog endvidere skyldes de strenge krav, der skal opfyldes, for at hovedreglen kan fraviges.

Spørgsmålet om, hvorvidt beskyttelsen i artikel 12, stk. 1, litra d, er afhængig af intensiteten af påvirkningen af en bilag IV-art, afklares i forbindelse med EU-Domstolens afgørelse i de forenede sager C-473/19 og C-474/19, *Skydda Skogen*. Sagerne blev anlagt af tre naturværnsforeninger mod de svenske myndigheder og angik flere principielle spørgsmål vedrørende habitatdirektivets (og fuglebeskyttelsesdirektivets) krav til træfældning i forbindelse med skovdrift. Særligt i forhold til artikel 12, stk. 1, litra d, udtalte EU-Domstolen sig om, hvorvidt bestemmelsen skal fortolkes således, at den:

”er til hinder for en national praksis, som indebærer, at hvis den kontinuerlige økologiske funktionalitet i den berørte arts levested i et særskilt område på trods af sikkerhedsforanstaltninger går tabt, enten grundet direkte eller indirekte, enkeltstående eller kumulativ beskadigelse, ødelæggelse eller forringelse, træder det i denne

⁵⁴ EU-Domstolens afgørelse af 2. juli 2020 i sag C-477/19, *Grand Hamster*, præmis 28-29.

⁵⁵ EU-Domstolens afgørelse af 2. juli 2020 i sag C-477/19, *Grand Hamster*, præmis 31.

⁵⁶ EU-Domstolens afgørelse af 28. oktober 2021 i sag C-357/20, *Grand Hamster II*, præmis 27, 41 og 43.

⁵⁷ *Peter Pagh*, MRF 2021B.2 (s. 4).

bestemmelse fastsatte forbud først i kraft, hvis den berørte arts bevaringsstatus risikerer at forringes.”⁵⁸

Med afsæt i denne forholdsvis snørklede udtalelse fastslår EU-Domstolen, at den strenge beskyttelse finder anvendelse *uafhængigt* af, hvor mange enheder af en berørt art, der findes i et område. Områdebeskyttelsen forudsætter således ikke, at der er risiko for negativ påvirkning af den samlede arts gunstige bevaringsstatus.⁵⁹ Som følge af af-gørelsen i Skydda Skogen-sagen er denne vurdering dermed udelukkende relevant ved undersøgelse af, om undtagelsen i artikel 16 kan finde anvendelse. Heroverfor skal det dog bemærkes, at beskyttelsen ikke gælder ubetinget og ved samtlige påvirkninger uafhængigt af intensitet. Uanset det anførte er den blotte forekomst af en art således ikke i sig selv tilstrækkelig til at omfatte et område under beskyttelsen i artikel 12, stk. 1, litra d, eksempelvis hvis der er tale om en tilfældig eller enkeltstående observation af et færre antal artsenheder, og området ikke bidrager til opretholdelsen af disses eksistens på længere sigt.⁶⁰ Dette skyldes hovedsagelig, at beskyttelsen har til formål at sikre, at arterne nyder de vilkår, som er *vigtige og nødvendige* for naturlig parring og hvile mv., jf. også ovenfor i afsnit 2.1 om forståelse af begreberne ”ynge- og rasteområder”.⁶¹

På baggrund af ovenstående udledes følgende om Skydda Skogen-afgørelsens betydning for administrationen af artsbeskyttelsesreglerne i Danmark: anlægsprojekter, der skader eller risikerer at skade en bilag IV-arts yngle- eller raste-områder, kan ikke tillades efter habitatbekendtgørelsen § 10, jf. habitatdirektivets artikel 12, stk. 1, litra d, og er følgelig som udgangspunkt ulovlige. Der er tale om et strengt udgangspunkt med en særdeles snæver bagatelgrænse, hvilket navnlig skyldes, at beskyttelsen ikke er betinget af forsæt hos skadevolder eller risiko for negativ påvirkning af en artsbestands gunstige bevaringsstatus. Gennemførelse af skadende projekter kræver dispensation efter habitatbekendtgørelsens § 11, jf. habitatdirektivets artikel 16, hvilket forudsætter, at der indhentes udtalelse fra Miljøministeren om den påtænkte fravigelse samt at der sker underretning til EU-Kommissionen.⁶²

I sagens natur udgør det en belastning for den administrative proces for godkendelse af et anlægsprojekt, hvis den kompetente godkendelsesmyndighed – almindeligvis kommunalbestyrelsen – skal høre ressortministeren mv., inden der kan meddeles tilladelse. Det kan derfor overvejes, om denne bureaukratiske løsning er udtryk for effektiv administration af artsbeskyttelsesreglerne. Denne overvejelses praktiske relevans sættes imidlertid i perspektiv ved, at der i nævnspraksis ses eksempler på, at der anvendes en art ”mellemløsning”, hvor betingelserne for at fravige beskyttelsen i habitatbekendtgørelsens § 11 indfortolkes i bekendtgørelsens § 10 – med den virkning, at kravet om indhentelse af ministeriel udtalelse undgås. Denne ”mellemløsning” skal forstås over for den umiddelbare fortolkning af artsbeskyttelsesreglerne, hvorefter et anlægsprojekt (lettere forsimplet) *enten* ikke beskadiger eller ødelægger yngle- og rasteområder for bilag IV-arter *eller* er underlagt krav om dispensation for at have en negativ indvirkning på de pågældende levesteder, jf. nærmere herom nedenfor i afsnit 3.2.

⁵⁸ EU-Domstolens afgørelse af 4. marts i de forenede sager C-473/19 og C-474/19, *Skydda Skogen*, præmis 79.

⁵⁹ EU-Domstolens afgørelse af 4. marts i de forenede sager C-473/19 og C-474/19, *Skydda Skogen*, præmis 83-84. Det bemærkes, at tilsvarende gør sig gældende i relation til individbeskyttelsen efter direktivets artikel 12, stk. 1, litra a-c, jf. dommens præmis 78.

⁶⁰ Europa-Kommissionens vejledning om habitatdirektivets artikel 12-16 (2021), s. 7, modsætningsvist.

⁶¹ *Ellen Magrethe Basse & Peter Pagh*: Tidsskrift for Miljø, September 2021, s. 351-352.

⁶² *Peter Pagh*, MRF 2021B.2 (s. 3).

Problemstillingen ses behandlet i Planklagenævnets afgørelse fra januar 2021 i den såkaldte *Handest Hede-sag*.⁶³ Sagen angik lovligheden af en lokalplan og et kommuneplantillæg for etablering af en vindmøllepark, som klager (blandt andet) påstod kunne skade bilag IV-arten damflagermus.⁶⁴ Risikoen for skade bestod i, at vindmøllerne delvist skulle placeres på en ”ledelinje”, der benyttedes af arten til transport mellem levesteder. Nævnet udtalte, at placering af vindmøller i væsentlige ledelinjer til og fra flagermusens yngle- eller rasteområder efter omstændighederne kan påvirke den økologiske funktionalitet af områderne negativt. Det blev således lagt til grund, at projektet kunne skade den beskyttede arts levesteder. Blandt andet med henvisning til ”at der vil blive indført driftstop og overvågningsprogram i forhold til alle vindmøllerne”, fandt nævnet imidlertid ikke, at planerne var utilstrækkelige til at sikre arten efter planhabitat-bekendtgørelsens § 7. Projektets påvirkning af området fandtes dermed ikke at være ”i et omfang, som [kunne] påvirke bestandstørrelsen eller den økologiske funktionalitet”.⁶⁵

Rationalet bag nævnets afgørelse kan beskrives sådan, at man ved at integrere afværgeforanstaltninger i projektgodkendelsen – gennem en tilladelse med vilkår – undgår at skade bilag IV-artsens levesteder. Derved overholdes kravene til beskyttelse i habitatbekendtgørelsens § 10, hvorfor det følger ikke er nødvendigt at indhente udtalelse fra Miljøministeren som led i en dispensationsproces. I afgørelsen går Planklagenævnet imidlertid skridtet videre ved at sondre mellem negativ påvirkning (i mere simpel forstand) og negativ påvirkning af et beskyttet områdes *økologiske funktionalitet*. I den konkrete sag var det kravene om overvågning og periodiske driftstop, der muliggjorde drift af vindmøller i levestederne for bestanden af damflagermus, uden at projektet samlet set udgjorde en risiko for skade på arten.

I lyset af dommen i Skydda Skogan-sagen, der afsiges senere end den refererede afgørelse fra Planklagenævnet, og hvorefter der anlægges en skarpere sondring mellem direktivets artikel 12 hhv. artikel 16, er det ikke ubestridt, at en fleksibel ”mellemløsning” er forenelig med EU-retten. Professor, dr.jur. Peter Pagh argumenterer således for, at en tilladelse med vilkår svarende til dén i Handest Hede-sagen – som følge af Skydda Skogan-dommen – fremadrettet vil kræve, at der meddeles dispensation i overensstemmelse med direktivets artikel 16.⁶⁶ Dette skyldes formentlig en antagelse om, at EU-Domstolen i afgørelsen synes at lægge til grund, at hvis et konkret projekt kan skade en bilag IV-arts levesteder, så vil projektets lovlighed altid være betinget af, at der meddeles dispensation efter undtagelsesbestemmelsen. Pagh selv synes endvidere at være af den overbevisning, at et anlægsprojekt, der i udgangspunktet er skadende for en bilag IV-arts levested, udelukkende kan blive ”ikke-skadelig” og dermed i overensstemmelse med hovedreglen, såfremt implementering af afværgeforanstaltninger helt eliminerer projektets negative indvirkning på beskyttede områder.

Det af Pagh anførte om Handest Hede-sagen skal imidlertid formentlig ses i forhold til artfredningsreglerne (direkte artsbeskyttelse) og ikke den mere indirekte områdebeskyttelse. Det skyldes, at Planklagenævnet i sagen omtaler påvirkning af den økologiske funktionalitet i relation til ”drab af enkeltindivider” af arten damflagermus. Heri skal muligvis indfortolkes en skepsis over for de pågældende afværgeforanstaltninger (overvågning og periodiske driftstop af vindmøllerne), der ikke fuldkomment og permanent sikrer, at der ikke sker negativ

⁶³ Planklagenævnets afgørelse af 22. januar 2021 (j.nr. 18/05771, 18/06444, 18/06750, 18/06752, 18/06751, 18/06775, 18/06777, 18/06776 og 18/06488), *Handest Hede*.

⁶⁴ I sagen behandles beskyttelsen af bilag IV-artsens yngle- og rasteområder efter planhabitatbekendtgørelsens § 7, der dog materielt svarer til habitatbekendtgørelsens § 10. Afgørelsen kan således overføres direkte til den ”generelle” habitatbekendtgørelse.

⁶⁵ Peter Pagh, MRF 2021B.2 (s. 3-4).

⁶⁶ Peter Pagh, MRF 2021B.2 (s. 3-4).

påvirkning af *arten*. I afgørelsen lægges det til grund, at driftstop er en effektiv afværgeforanstaltning, men i sagens natur vil det udelukkende være tilfældet, når foranstaltningen aktivt effektueres. Ud fra en mere generel betragtning er det *periodiske* driftstop som afværgeforanstaltning derfor forbundet med en vis grad af usikkerhed. I overensstemmelse hermed udtaler nævnet, at kravet om driftstop ”vil blive ophævet, hvis det konkret konstateres, at mulig påvirkning af damflagermus med sikkerhed kan afvises”, samtidig med at det dog modsat understreges, at vurderinger af denne påvirkning ”ofte er forbundet med en betydelig usikkerhed, som kan gøre det vanskeligt at opnå den vished for, at planen ikke har skadelige virkninger [...], som kræves efter habitatdirektivet”.⁶⁷

Til støtte for en skarpere sondring mellem hovedregel og fravigelse kan det under alle omstændigheder anføres, at formålet med undtagelsesbestemmelsen netop vedrører den situation, hvor et potentielt skadende projekt ønskes gennemført. I dette tilfælde vil afværgeforanstaltninger unægtelig indgå som et centralt element i at imødekomme de betingelser, der kræves opfyldt for at kunne fravige hovedreglen. Såfremt der tillades en vidtrækkende og fleksibel fortolkning af direktivets artikel 12 og brugen af afværgeforanstaltninger, opstår der dermed risiko for, at den strenge beskyttelse i artikel 16 vil kunne omgås.⁶⁸

De ovenfor anførte betragtninger rejser et principielt spørgsmål om, hvorvidt tilladelse af en ”mellemløsning” risikerer at underminere den praktiske anvendelse af den snævre dispensationsadgang efter direktivets artikel 16. Af hensyn til en lettere administrativ proces er det væsentligt at få afklaret, i hvilket omfang afværgeforanstaltninger kan tillægges betydning ved bilag IV-vurderingen efter habitatbekendtgørelsens § 10, hvorved dispensationsprocessen efter bekendtgørelsens § 11 undgås. I afhandlingens følgende afsnit vil dette spørgsmål derfor blive undersøgt nærmere.

3.2 Afværgeforanstaltninger og princippet om økologisk funktionalitet

Bilag IV-arters yngle- og rasteområder er beskyttet mod ”beskadigelse” og ”ødelæggelse”, jf. habitatdirektivets artikel 12, stk. 1, litra d. Ud fra en simpel fortolkning af bestemmelsens ordlyd følger det heraf modsætningsvist, at bestemmelsen ikke finder anvendelse, når et anlægsprojekt hverken beskadiger eller ødelægger et beskyttet område. Der kan på den baggrund opstilles to spørgsmål, som vil forsøges belyst i det følgende:

- 1) Hvornår er afværgende foranstaltninger tilstrækkelige til at minimere et anlægsprojekts negative indvirkning på bilag IV-arters yngle- og rasteområder i en sådan grad, at hovedreglen i habitatbekendtgørelsens § 10 ikke overtrædes?
- 2) I hvilken udstrækning giver princippet om økologisk funktionalitet mulighed for, at et projekt, der potentielt beskadiger et beskyttet område, kan gennemføres uden dispensation efter habitatbekendtgørelsens § 11?

I Danmark findes der flere initiativer, der bidrager til effektiv administration og planlægning til fordel for samtlige nationalt registrerede bilag IV-arter, blandt andet ved at kortlægge og beskrive hver arts udbredelse, behov og adfærd.⁶⁹ Den egentlige vurdering af, om et anlægsprojekt kan forårsage skade på en arts yngle- eller rasteområder, er imidlertid

⁶⁷ Planklagenævnets afgørelse af 22. januar 2021 (j.nr. 18/05771 m.fl.), *Handest Hede*, afsnit 3.3.3 (s. 37) og afsnit 3.4.2 (s. 38-39).

⁶⁸ Jf. også kommentaren til Miljø- og Fødevarerklagenævnets afgørelse af 8. november 2019 (j.nr. 19/04667), *Nyt Hospital Nordsjælland*, bragt i KFE 2019.694, note 1.

⁶⁹ Som eksempel på et referencepunkt kan nævnes rapport nr. 635, 2007, fra Danmarks Miljøundersøgelser (DMU), ”*Håndbog om dyrearter på habitatdirektivets bilag IV*”.

overvejende af teknisk karakter og påkalder sig derfor ikke sig særlig interesse i juridisk sammenhæng. Disse initiativer vil derfor ikke blive beskrevet nærmere. For forståelsens skyld fremhæves dog følgende udtalelse fra EU-Kommissionen vedrørende begrebet ”beskadigelse”:

”Beskadigelse kan defineres som fysisk nedbrydning, der påvirker et yngle- eller rasteområde. I modsætning til ødelæggelse kan beskadigelse faktisk ske langsomt og gradvist og dermed forringe områdets funktionalitet. Artikel 12, stk. 1, litra d), finder anvendelse, hvis der kan fastslås en klar årsagssammenhæng mellem en eller flere menneskeskabte aktiviteter og beskadigelsen af et yngle- eller rasteområde.”⁷⁰

Det er imidlertid ikke forståelsen af dette snævre begreb, der bedst belyser de ydre grænser for, hvornår et anlægs-projekts påvirkning af bilag IV-arters levesteder når en sådan intensitet, at projektet ikke kan rummes inden for hoved-reglen. Afgørende er derimod den bredere økologiske forståelse af ”yngle- og rasteområder”, hvilken giver en mere fleksibel tilgang til påvirkning af beskyttede områder. I dén sammenhæng er det centrale begreb ”økologisk funktionalitet”.

Med et områdes *økologiske funktionalitet* menes de vilkår, som et område samlet set kan tilbyde en artsbestand. Fleksi-biliteten kommer til udtryk ved, at forværring af vilkårene på *en del af* en arts levested efter en konkret vurdering kan accepteres, når områdets *samlede* vilkår ikke påvirkes negativt. Såfremt en art benytter et spredt netværk af levesteder i direkte funktionel forbindelse med hinanden, vil det eksempelvis – efter en konkret vurdering – være muligt at påvirke en del af ét beskyttet område i netværket negativt, hvis kvaliteten af levestederne andetsteds i netværket fremmes. Tilgangen er således særligt relevant i områder, der indeholder mere udbredte bilag IV-arter, hvis behov ikke relaterer sig til sjældnere eller mere specifikke områdetyper.⁷¹ Den økologiske funktionalitet i et område skal være *fortsat* eller *kontinuerlig*, hvormed menes, at et områdes samlede vilkår på intet tidspunkt må forringes.

Skader på et beskyttet område kan nedbringes og til en vis grad helt undgås gennem implementering af foranstaltninger, der modvirker og minimerer et anlægsprojekts negative indvirkning på miljø og biodiversitet. Forholdet mellem sådanne afværgede foranstaltninger og et områdes økologiske funktionalitet beskrives af EU-Kommissionen som følger:

”Foranstaltninger, der sikrer et yngle- eller rasteområdes fortsatte økologiske funktionelt i tilfælde af projekter og aktiviteter med en mulig indvirkning på sådanne områder, skal udformes som afhjælpende foranstaltninger (dvs. foranstaltninger, der minimerer eller endda fjerner de negative virkninger). De kan også omfatte foranstaltninger, der aktivt forbedrer eller forvalter et bestemt yngle- eller rasteområde på en sådan måde, at det ikke – på noget tidspunkt – udsættes for en reduktion eller tab af økologisk funktionalitet. Så længe denne forudsætning er opfyldt, og sådanne processer kontrolleres og overvåges af de kompetente myndigheder, er der ikke behov for at anvende artikel 16.”⁷²

I overensstemmelse med hvad der anføres nedenfor i afsnit 3.5, skal det påpeges, at EU-Domstolen så vidt ses ikke har prøvet de synspunkter, der er angivet i citatet. Princippet om økologisk funktionalitet er bekræftet i EU-retspraksis, jf. eksempelvis den ovenfor refererede præmis i Skydda Skogen-dommen, hvor Domstolen omtaler ”den kontinuerlige økologiske

⁷⁰ Europa-Kommissionens vejledning om habitatdirektivets artikel 12-16 (2021), s. 37.

⁷¹ Miljøstyrelsen, *Habitatvejledningen*, Vejledning nr. 48 (december 2020), s. 68-69.

⁷² Europa-Kommissionens vejledning om habitatdirektivets artikel 12-16 (2021), s. 40.

funktionalitet i den berørte arts levested i et særskilt område”, men princippet indhold synes ikke at være prøvet nærmere. De relevante retskilder i denne sammenhæng er derfor EU-Kommissionens vejledning og national praksis, herunder særligt administrativ praksis.

EU-Kommissionens syn på princippet om økologisk funktionalitet kan give et umiddelbart indtryk af, at negativ påvirkning af et beskyttet område kan ske forholdsvis ubesværet, når det ”blot” sikres, at områdets samlede vilkår for residerende bilag IV-arter ikke forringes. Som det vil fremgå af de nedenfor omtalte afgørelser fra Miljø- og Fødevare-klagenævnet, er dette krav imidlertid vanskeligere at overholde i praksis. Det skyldes navnlig, at der ved bedømmelse af afværgeforanstaltningers tilstrækkelighed gælder et *forsigtighedsprincip*, hvorefter godkendelse af en foreslået foranstaltning kræver en høj grad af sikkerhed for, at den pågældende foranstaltning reelt er et effektivt instrument til at undgå beskadigelse af et beskyttet område.⁷³ Der gælder således et krav om, at afværgeforanstaltninger skal *garantere* et områdes fortsatte økologiske funktionalitet over længere tid, hvilket i praksis kan være svært at bevise med den fornødne tekniske sikkerhed.

Det gælder endvidere, at foranstaltninger til sikring af fortsat økologisk funktionalitet (afværgeforanstaltninger) begrebsmæssigt adskiller sig fra *kompensationsforanstaltninger* i snæver forstand. Denne sondring er tiltrådt af EU-Domstolen i sag C-521/12, *Briels m.fl.*, der dog gik angik beskyttelsen af udpegningsgrundlaget for et Natura 2000-område. I sagen, der vedrørte etablering af et motorvejsanlæg i nærheden af et Natura 2000-område, sonder Domstolen mellem foranstaltninger, der tilsigter at *undgå* eller *reducere* et projekts negative påvirkning af et område, og foranstaltninger, der fastsættes med henblik på at *kompensere* for (formodet) skade på et område.⁷⁴ Det er udelukkende de førstnævnte *afværgeforanstaltninger*, der er relevante i denne sammenhæng, idet faktisk og reel beskadigelse af et yngle- eller rasteområde altid kræver dispensation. Kompensationsforanstaltninger er således overvejende relevante i relation til direktivets artikel 16, herunder navnlig ved undersøgelsen af, hvordan en arts gunstige bevaringsstatus kan sikres.⁷⁵ Ifølge EU-Kommissionen er sondringen mellem begreberne ”snæver”, hvilket antages at bero på en realitets-betragtning om, at det i praksis – og særligt for de mindre teknisk kyndige – kan være vanskeligt at adskille, hvornår et anlægsprojekt reelt er skadeligt for en bilag IV-arts levested, og hvornår der ”blot” er tale om en negativ påvirkning, der kan afværges ved at fremme levevilkårene i området på anden vis.

Spørgsmålet om anvendelse af afværgeforanstaltninger af hensyn til levesteder for bilag IV-arter i Danmark er flere gange blevet prøvet i administrativ praksis. Miljø- og Fødevareklagenævnets afgørelse i den tidligere omtalte *Baltic Pipe-sag*⁷⁶ samt afgørelsen i sagen om det nye supersygehus i Hillerød, *Nyt Hospital Nordsjælland*,⁷⁷ er i den forbindelse særligt fremhævelsesværdige. Disse afgørelser vil blive gennemgået i det følgende.

3.3 Baltic Pipe-sagen

Baltic Pipe-sagen angik klage over en af Miljøstyrelsen meddelt VVM-tilladelse til etablering af i alt ca. 210 km gasrør-ledning fra Houstrup Strand i Vestjylland til Faxe Syd på Sjælland. VVM-tilladelsens adressat, det statsejede Energinet, havde i ansøgningen til projektgodkendelse angivet flere afværgeforanstaltninger, som skulle sikre, at projektet kunne gennemføres uden negativ påvirkning af berørte bilag IV-arter. Som eksempel på en konkret

⁷³ Europa-Kommissionens vejledning om habitatdirektivets artikel 12-16 (2021), s. 40.

⁷⁴ EU-Domstolens afgørelse af 15. maj 2014 i sag C-521/12, *Briels m.fl.*, præmis 29-32.

⁷⁵ Europa-Kommissionens vejledning om habitatdirektivets artikel 12-16 (2021), s. 41.

⁷⁶ Miljø- og Fødevareklagenævnets afgørelse af 31. maj 2021 (j.nr. 19/06805), *Baltic Pipe*, bragt i MRF 2021.184.

⁷⁷ Miljø- og Fødevareklagenævnets afgørelse af 8. november 2019 (j.nr. 19/04667), *Nyt Hospital Nordsjælland*, bragt i KFE 2019.694.

afværgeforanstaltning kan nævnes, at man ville opsætte brædder i den udgravede ledningsrende for at sikre, at dyrene havde mulighed for at kravle op i tilfælde af, at de faldt ned i udgravningen.

Nævnet begrænsede sin prøvelse til sagens væsentligste forhold og prøvede fortrinsvis, om projektet kunne ”beskadige eller ødelægge yngle- eller rasteområder for bilag IV-arterne birkemus, hasselmus og flagermus”. En central del af denne prøvelse vedrørte tilstrækkeligheden af de foreslåede afværgeforanstaltninger. Det er værd at bemærke, at sagen ikke omhandler muligheden for at meddele dispensation efter habitatbekendtgørelsens § 11, hvilket formentlig skyldes, at Energinet ikke havde anset det for en realistisk mulighed, at den meddelte VVM-tilladelse kunne blive ophævet som følge af uforenelighed med bilag IV-reglerne.

I afgørelsen fastslår nævnet indledningsvist, at habitatbekendtgørelsens § 10, stk. 1, indebærer, at der ikke kan meddeles godkendelse efter miljøvurderingslovens § 25 (VVM-tilladelse) til et anlægsprojekt, hvis projektet kan beskadige eller ødelægge yngle- eller rasteområder i det naturlige udbredelsesområde for bilag IV-arter. Dette svarer til, hvad der anføres ovenfor i afsnit 2.3 om sammenspillet mellem miljøvurderingsreglerne og beskyttelsen af bilag IV-arter. Under fremstillingen af afgørelsens retsgrundlag henviser nævnet hovedsageligt til EU-Kommissionens og Miljøstyrelsens habitatvejledninger. Der er således fuld sammenfald mellem nævnets og myndighedernes forståelse af afgrænsningen af ”ynge- og rasteområder”, brugen af afværgeforanstaltninger og princippet om økologisk funktionalitet. Denne forståelse svarer til, hvad der er gennemgået ovenfor og kan overordnet opsummeres til følgende punkter:⁷⁸

- Tiltag til sikring af den fortsatte økologiske funktionalitet skal have karakter af afværgeforanstaltninger.
- Forsigtighedsprincippet er styrende for, om afværgeforanstaltninger kan anses for tilstrækkelige. Der skal derfor være en høj grad af sikkerhed for, at afværgeforanstaltninger virker i tilstrækkeligt omfang.
- Hvor afværgeforanstaltninger er påkrævede, skal der fastsættes klare vilkår herom i de konkrete sager. Disse vilkår skal være udformet sådan, at de kan håndhæves effektivt.
- Generelt bør projekter tilpasses, så man i videst muligt omfang helt undgår at skade et beskyttet område og områdets økologiske funktionalitet, før man tyr til at afhjælpe skader gennem implementering af afværgeforanstaltninger.
- Afværgeforanstaltninger er velegnede for arter, som er hurtige til at kolonisere nye områder inden for et netværk af lokaliteter, der udgør et samlet levested for en bestand. Disse nye, egnede levesteder skal kunne skabes over en kortere tidsperiode.

Sagens udfald var, at Miljø- og Fødevareklagenævnet ophævede og hjemviste VVM-tilladelsen til fornyet behandling ved Miljøstyrelsen. Nævnet behandlede hver af de pågældende bilag IV-arter særskilt og fandt i flere tilfælde, at den manglende tilstrækkelige beskyttelse af arterne gjorde, at tilladelsen led af væsentlige retlige mangler. I begrundelsen for afgørelsen anførte nævnet som et gennemgående kritikpunkt, at der ikke var den nødvendige høje grad af sikkerhed for, at lokaliteternes vedvarende økologiske funktionalitet for de berørte bilag IV-arter (som yngle- eller rasteområder) kunne opretholdes ved hjælp af de afværgeforanstaltninger, som var foreskrevet i VVM-tilladelsens vilkår. På tidspunktet for VVM-tilladelsens meddelelse var det således ikke tilstrækkeligt sikkert, at

⁷⁸ Miljø- og Fødevareklagenævnets afgørelse af 31. maj 2021 (j.nr. 19/06805), *Baltic Pipe*, afsnit 3.2.2 (s. 29-31).

afværgeforanstaltningerne ville virke, hvilket var en forudsætning for at, at projektet kunne godkendes. Nævnets afgørelse skal følgelig ses som et tydeligt eksempel på forsigtighedsprincipets betydning i sådanne sager.

Om en bestemt afværgeforanstaltning (flytning af en række fældede træer med hulheder) kunne nævnet ikke afvise, at foranstaltningen ville være tilstrækkelig. Den pågældende foranstaltning indgik imidlertid ikke blandt de foreslåede muligheder, som fremgik af VVM-tilladelsens vilkår, og den bagvedliggende miljøkonsekvensvurdering havde i øvrigt ikke taget endeligt stilling til, om afværgeforanstaltningen ville virke i praksis. Det kan heraf udledes, at *ubestemte* anvisninger og generelle betragtninger om afværgeforanstaltninger ikke er tilstrækkelige, og at foranstaltningerne derfor ikke blot kan implementeres løbende og efter opstået behov, jf. ligeledes forsigtighedsprincippet.

De af Miljø- og Fødevareklagenævnet anførte betragtninger harmonerer med det hidtil anførte om brugen af afværgeforanstaltninger. Det er imidlertid værd at bemærke, at nævnet i sine bemærkninger til sagen ligeledes omtaler *erstatningsbiotoper* som en afværgeforanstaltning. Begrebet ”biotop” skal forstås synonymt med begrebet ”habitat” – med andre ord et område, der fungerer som levested for dyr og planter. Etablering af erstatningsbiotoper indgik ikke blandt de afværgeforanstaltninger, der lå til grund for VVM-tilladelsen i sagen. Uanset dette bemærkede nævnet, at bortgravning af redesteder for bilag IV-arten birkemus ville medføre en skade på områdets økologiske funktionalitet, ”*som alene eventuelt vil kunne afværges ved etablering af erstatningsbiotoper*” [egen fremhævelse].⁷⁹ Miljø- og Fødevareklagenævnet synes herved at anlægge en mere fleksibel forståelse af sondringen mellem afværgende og kompenserende foranstaltninger, idet etablering af *erstatningslevesteder* ud fra en umiddelbar sproglig fortolkning er kompenserende for forårsaget skade snarere end afværgende for forventet skade. Denne sondring undersøges nærmere straks nedenfor i afsnit 3.4.

3.4 Nyt Hospital Nordsjælland

Sagen for Miljø- og Fødevareklagenævnet om Nyt Hospital Nordsjælland angik Region Hovedstadens ønske om at etablere en parkeringsplads og en række stier mv. i tilknytning til et planlagt supersygehus på Favrholt Mark syd for Hillerød. Projektet skulle delvist gennemføres ved inddragelse af en beskyttet mose og krævede derfor dispensation efter naturbeskyttelseslovens § 3. Bestemmelsen er omfattet af habitatbekendtgørelsen i § 7, stk. 2, og dispensationen var derfor underlagt krav om bilag IV-vurdering, jf. bekendtgørelsens § 10, stk. 1. Den af Hillerød Kommune meddelte dispensation blev påklaget af Danmarks Naturfredningsforening med henvisning til, at det pågældende moseareal fungerede som en del af et rasteområde for bilag IV-arterne spidssnudet frø og stor vandsalamander.

Nævnet begrænsede sin prøvelse i sagen til, om projektet kunne beskadige eller ødelægge yngle- eller rasteområderne for de pågældende dyre- og paddearter. Afgørelsen minder således i overvejende grad om Baltic Pipe-sagen, hvorfor nævnets (tilsvarende) gennemgang af retsgrundlaget for bilag IV-vurderinger, herunder forståelsen af ”ynge- og raste-områder” samt brugen af afværgeforanstaltninger, ikke vil blive gennemgået på ny. Sagerne adskiller sig imidlertid ved, at der i Nyt Hospital Nordsjælland-sagen konkret indgår en vurdering af ”*afværgeforanstaltninger i form af erstatnings-natur*”. Miljø- og Fødevareklagenævnet lægger derved forudsætningsvist til grund, at etablering af erstatningsbiotoper kan opveje skade på en bilag IV-arts levested (i dette tilfælde tab af en del af et rasteområde) med den virkning, at

⁷⁹ Miljø- og Fødevareklagenævnets afgørelse af 31. maj 2021 (j.nr. 19/06805), *Baltic Pipe*, afsnit 3.2.2 (s. 34-35).

hovedreglen i habitatbekendtgørelsens § 10 overholdes. Forholdet kommenteres imidlertid ikke nærmere af nævnet.⁸⁰

Det skal fremhæves, at nævnet, ligesom i Baltic Pipe-sagen, ophæver og hjemviser den meddelte tilladelse med henvisning til, at der ikke foreligger den fornødne grad af sikkerhed for, at afværgeforanstaltningerne vil virke tilstrækkeligt. Uanset det ovenfor anførte kan afgørelsen derfor ikke betegnes som særligt vidtrækkende eller overraskende, idet nævnet netop fremhæver, at der – som hidtil – stilles særdeles strenge krav til den påviste effektivitet af de foreslåede afværgeforanstaltninger i forhold til opretholdelse af den fortsatte økologiske funktionalitet, jf. forsigtighedsprincippet. I den konkrete sag sker ophævelsen blandet andet med henvisning til, at Hillerød Kommune havde udlagt erstatningsnatur for et endnu ikke fastlagt stiforløb, samt at en del af erstatningsnaturen var af en anden ”naturtype” end det inddragede moseareal.

Som en art *obiter dictum* giver Miljø- og Fødevareklagenævnet i afgørelsen en beskrivelse af, hvad Hillerød Kommune med fordel kan inddrage, såfremt sagen måtte ønskes genbehandlet.⁸¹ Disse opstillede anbefalinger kan sammenfattende formuleres som følger:

- Størrelsen af eventuelt berørte bestande af bilag IV-arter skal være behørigt undersøgt *på forhånd*, og der skal tilvejebringes en samlet vurdering af det ansøgte projekts påvirkning af arternes yngle- og rasteområder.
- Såfremt afhjælpende foranstaltninger i form af erstatningsnatur skal indgå i bilag IV-vurderingen, skal disse som udgangspunkt have mindst samme størrelse og kvalitet som på det tidspunkt, hvor indgrebet over for bilag IV-arternes yngle- eller rasteområder foretages. Arternes naturlige evne til at kolonisere nye lokaliteter, samt de pågældende lokaliteters egnethed til at blive koloniseret, skal inddrages i vurderingen.
- Det er afgørende, at det kan dokumenteres (teknisk), at foranstaltningerne virker i en sådan grad, at den fortsatte økologiske funktionalitet opretholdes, jf. forsigtighedsprincippet.
- Etablering af erstatningsnatur som afværgeforanstaltning er særligt relevant ved udbredt forekommende arter. Det gælder således *ikke*, at denne foranstaltning i alle situationer, og for alle bilag IV-arters vedkommende, er tilstrækkelig til at afværge skade på en arts levesteder.

I en kommentar til afgørelsen kritiseres Miljø- og Fødevareklagenævnet med henvisning til, at sondringen mellem afværgende hhv. kompenserende er for uskarp, samt at den fleksible forståelse af ”ynge- og rasteområder” er uforenelig med formålet med undtagelsesbestemmelsen i habitatdirektivets artikel 16.⁸² Disse bemærkninger kommenteres nedenfor i det følgende afsnit 3.5.

3.5 Diskussion og delkonklusion

Den foreløbige gennemgang i afhandlingens afsnit 3 har kun kortvarigt omtalt hensigtsmæssigheden bag habitatbekendtgørelsens § 11 og de deri angivne administrative krav til dispensationsprocessen. Det skyldes, at dette spørgsmål i overvejende grad er politisk betonet. På den ene side er det givet, at et mindre bureaukratisk system vil lette sags-

⁸⁰ Jf. Miljø- og Fødevareklagenævnets afgørelse af 8. november 2019 (j.nr. 19/04667), *Nyt Hospital Nordsjælland*, afsnit. 3.2, *in fine*.

⁸¹ Jf. Miljø- og Fødevareklagenævnets afgørelse af 8. november 2019 (j.nr. 19/04667), *Nyt Hospital Nordsjælland*, afsnit. 3.3.1.

⁸² KFE 2019.694, note 1.

behandlingen og dermed mindske incitamentet til at anvende fleksible ”mellemløsninger” ved administration af forholdet mellem hovedregel og undtagelse. Lokale myndigheder, herunder kommunalbestyrelsen, har almindeligvis den største indsigt i egne lokalområder og er derfor bedst egnede til at inddrage de rette socioøkonomiske overvejelser mv. i vurderingen af, om en dispensation kan begrundes i eksempelvis væsentlige samfundsinteresser. På dette punkt kan et krav om udtalelse fra Miljøministeren således blot virke abstrakt og administrativt byrdefuldt. En mere centraliseret styring af, hvornår bilag IV-reglernes udgangspunkt fraviges, er imidlertid med til at sikre, at lokalpolitiske interesser ikke fører til forsømmelse af artsbeskyttelsen. Habitatdirektivet pålægger medlemsstaterne at indføre en *streng beskyttelsesordning* for bilag IV-arter, hvilket må formodes bedst at kunne administreres af mere overordnede myndigheder, der ikke kan have samme snævre, lokalpolitiske interesser. Som nævnt er denne afvejning dog i sidste ende politisk, hvorfor man fra juridisk hånd blot kan påpege – men næppe rette kritik mod – ulemperne ved den eksisterende ordning. I forlængelse heraf skal det fremhæves, at der ikke findes praksis, der kan understøtte, at denne administrative proces isoleret set udgør en *unødigt* hindring for gennemførelse af anlægsprojekter.

I den juridiske praksis og litteratur er det følgelig ikke diskussionen om den bureaukratiske implementering af habitat-direktivets artikel 16 i habitatbekendtgørelsens § 11, der har påkaldt sig størst opmærksomhed. Den væsentligste problemstilling har derimod været, hvornår det kan undgås at overtræde forbuddene i bekendtgørelsens § 10. Interessen i at overholde hovedreglen, udover det bioetiske i at værne om truede dyrearter osv., ligger i de strenge krav, der skal opfyldes for at kunne få meddelt dispensation. Interessen i at gennemføre et skadeligt anlægsprojekt skal således være umulig at forfølge ved ”*nogen anden brugbar løsning*” og i øvrigt være tilstrækkeligt tungtvejende, eksempelvis som følge af ”*bydende nødvendige hensyn til væsentlige samfundsinteresser*”.

Når EU-Kommissionen anfører, at ”*Artikel 16-fravigelser skal anvendes som en sidste udvej*”⁸³ vidner det om, at formålet med bestemmelsen er at sikre, at anlægsprojekter mv. som det klare udgangspunkt ikke må kunne gennemføres, hvis de har skadelig virkning på bilag IV-arter. Denne strenge ordning risikerer at blive illusorisk, såfremt der anlægges en mere fleksibel fortolkning af et områdes ”økologiske funktionalitet”, herunder i sondringen mellem afværgende og kompenserende foranstaltninger. Anvendelsen af ”mellemløsninger” kan således underminere hele formålet med habitat-direktivets artikel 16, hvilket netop er at sikre, at gennemførelse af skadelige projekter sker til minimal ulempe for biodiversiteten, og udelukkende når det findes absolut nødvendigt.⁸⁴ Det skal i den forbindelse erindres, at dispensationsordningen skal ses over for hovedreglen, der – ud fra en streng ordlydsfortolkning – i udgangspunktet *forbyder* gennemførelse af projekter, som har eller risikerer at have en negativ indvirkning på beskyttede arter og levesteder.

I Skydda Skogen-sagen fastslår EU-Domstolen, at beskyttelsen af yngle- og rasteområder ikke er betinget af, at gennemførelse af et anlægsprojekt indebærer risiko for negativ påvirkning af en arts samlede gunstige bevaringsstatus. Det fremhæves imidlertid endvidere i sagen, at den strenge beskyttelse først aktiveres, når der er risiko for, at ”*den kontinuerlige økologiske funktionalitet i den berørte arts levested i et særskilt område på trods af sikkerhedsforanstaltninger går tabt, enten grundet direkte eller indirekte, enkeltstående eller*

⁸³ Europa-Kommissionens vejledning om habitatdirektivets artikel 12-16 (2021), s. 48, med henvisning til punkt 33 i generaladvokatens forslag til afgørelse i sag C-10/96.

⁸⁴ Jf. *Peter Pagh*, MRF 2021B.2 (s. 3), og KFE 2019.694, note 1, i kommentaren til *Nyt Hospital Nordsjælland-sagen*.

kumulativ beskadigelse, ødelæggelse eller forringelse".⁸⁵ Herved bekræftes princippet om økologisk funktionalitet. Den videre rækkevidde af princippet er ikke prøvet i EU-praksis, og det er derfor ikke givet, at Domstolen vil lægge EU-Kommissionens vejledning til grund, uagtet at dette almindeligvis må forventes, jf. ovenfor i afsnit 1.4. Det kan således ikke udelukkes (eksempelvis for at imødegå risiko for omgåelse), at der senere anlægges en skarpere sondring mellem direktivets artikel 12 og 16, hvorefter et anlægsprojekt i mere snæver forstand enten ikke beskadiger eller ødelægger en bilag IV-arts yngle- og rasteområder *eller* er underlagt krav om dispensation for at have en negativ indvirkning på de pågældende levesteder. Indtil da må fortolkningsbidragene findes i Kommissionens udtalelser og national praksis, herunder de gennemgæede nævnsafgørelser.⁸⁶

Det harmonerer med forsigtighedsprincippet og kravet om en streng beskyttelsesordning, at Miljø- og Fødevarerklagenævnet afviser at tillægge afværgeforanstaltninger betydning, såfremt der ikke foreligger en høj grad af sikkerhed for foranstaltningernes sufficiens. De behandlede afgørelser synes dog ikke at give anledning til at frygte, at den tekniske bevisbyrde kan vise sig så besværlig at løfte i praksis, at det i bredere forstand kan virke hæmmende for gennemførelse af anlægsprojekter. Henset til at begge underkendte projekter i de refererede afgørelser siden hen er blevet godkendt uden behov for at meddele dispensation, synes afgørelserne blot at være udtryk for et krav om, at det forberedende arbejde udføres med den fornødne grundighed. Det hævdes herefter, at særligt Baltic Pipe-sagen skal ses i lyset af, at den projektansvarlige formentlig ikke havde forventet, at bilag IV-reglerne ville blive håndhævet i det omfang, som viste sig at være tilfældet.

I forhold til spørgsmålet om etablering af erstatningsbiotoper som en *afværgeforanstaltning* synes afgørelserne imidlertid at være mere vidtrækkende. Afgørelserne efterlader således en vis usikkerhed om, hvor grænsen går mellem afværgende og kompenserende foranstaltninger. I lyset af EU-Domstolens afgørelse i C-521/12, *Briels m.fl.*, er det utvivlsomt, at det udelukkende er førstnævnte, der kan tillægges betydning ved sikring af et områdes økologiske funktionalitet. Erstatningsnatur er derfor en gråzone, idet der i sagens natur er tale om *erstatning* for et andet beskadiget eller forringet område. Med henvisning til formålet bag habitatdirektivets artikel 16 kan der argumenteres for, at erstatningsnatur kun i lav grad bør tillades som en afværgende foranstaltning. Over for dette synspunkt står i en vis udstrækning princippet om økologisk funktionalitet, hvorefter et område først lider skade, når der sker forringelse af de *vilkår*, som området *samlet set* kan tilbyde en residerende artsbestand. I Nyt Hospital Nordsjælland-sagen fremhæver Miljø- og Fødevarerklagenævnet, at brugen af erstatningsbiotoper afhænger af den specifikke arts udbredelse og evne til at kolonisere nye lokaliteter. Sammenholdt med de strenge beviskrav synes disse betingelser at være tilstrækkeligt sikre til, at det kan accepteres, at erstatningsnatur i visse tilfælde – og efter en konkret vurdering – klassificeres og anvendes som en afværgende foranstaltning.

Afgørelsen i Handest Hede-sagen skal indledningsvist fremhæves som et godt eksempel på, at individbeskyttelsen (den direkte artsbeskyttelse) og områdebeskyttelsen (den indirekte artsbeskyttelse) begge kan indgå i den samlede vurdering af ét områdes økologiske funktionalitet. I sagen slog Planklagenævnet således fast, at en (højere) risiko for individdrab kan nedbringe de "vilkår", som et *område* kan tilbyde berørte artsbestande. I det konkrete tilfælde bestod dette i en vedvarende risiko for kollisioner mellem enheder af arten damflagermus og de i området opsatte vindmøller. Som nævnt ovenfor argumenterer professor, dr.jur. Peter Pagh for, at projektgodkendelsen "*efter den senere EU-dom*" i Skydda Skogen-

⁸⁵ EU-Domstolens afgørelse af 4. marts i de forenede sager C-473/19 og C-474/19, *Skydda Skogen*, præmis 86.

⁸⁶ Baltic Pipe, Nyt Hospital Nordsjælland og Handest Hede.

sagen vil kræve dispensation.⁸⁷ Pagh synes dog ikke at tillægge det særlig betydning, at EU-Domstolen i samme sag faktisk bekræfter princippet om økologisk funktionalitet, hvilket dog formentlig skal ses i sammenhæng med hans udprægede henvisninger til, at formålet med dispensationsordningen ikke må undermineres.

Med dommen i Skydda Skogen-sagen skaber EU-Domstolen et vist rum for fleksibilitet et sted *imellem* yderpunkterne for, hvornår godkendelse af et anlægsprojekt kræver dispensation. Disse yderpunkter kan beskrives som, at hovedreglen indeholder et totalforbud mod skade (streng fortolkning) ctr. et forbud mod skade i et sådant omfang, at det udgør risiko for en bilag IV-arts gunstige bevaringsstatus (lempet fortolkning). I Handest Hede-sagen placerer Planklagenævnet sig utvivlsomt et sted i midten mellem disse to punkter, og formentlig nærmest en mere lempet fortolkning. Afgørelsen synes imidlertid ikke at være uforenelig med EU-Kommissionens seneste habitatvejledning (fra oktober 2021), hvorfor forfatteren af denne afhandling – uagtet at afgørelsen må siges at befinde sig en gråzone – ikke kan tilslutte sig det af Pagh anførte. Denne opfattelse bunder i en betragtning om, at det grundlæggende formål med artsbeskyttelsesreglerne er at tilgodese, at arter af fællesskabsbetydning sikres gunstige overlevelsesmuligheder på såvel kort som lang sigt. Såfremt de *vilkår*, et område kan tilbyde en art, ikke forringes, er det centrale beskyttelseshensyn bag bilag IV-regelsættet således bevaret – også selvom *en del af* et levested beskadiges fysisk. Uanset det anførte skal der dog udtrykkes skepsis over for nævnets tilsyneladende lave krav til dokumentation af foranstaltningernes tilstrækkelighed, hvilket må betragtes som en grundlæggende forudsætning for en fleksibel anvendelse af reglerne.

Afslutningsvist skal det igen konstateres, at det under alle omstændigheder – og uanset holdning til spørgsmålet om en fleksibel mellemløsning – er væsentligt at være opmærksom på, at de strenge krav til dispensation ikke undermineres gennem en løsere forståelse af hovedreglen og de dertilhørende beviskrav. På baggrund af ovenstående sammenfattes bilag IV-vurderingen i Danmark herefter til at bestå af følgende elementer (trinvist):

- Der skal foretages en *forudgående* vurdering af, om der findes bestande af bilag IV-arter i et tiltænkt bygeområde, og om det planlagte anlægsprojektet risikerer at ødelægge eller skade disse arters yngle- eller rasteområder. Beskyttelsen af arternes levesteder gælder tilsvarende for skadelige virkninger, der forårsages uagtsomt.
- Det skal undersøges, om eventuelle skadelige virkninger helt kan undgås gennem implementering af *afværge*-foranstaltninger. Disse foranstaltninger skal i videst muligt omfang indarbejdes i selve anlægsprojektet.
- Såfremt skadelige virkninger ikke kan undgås til fulde, skal det undersøges, om virkningerne kan afværges i en sådan grad, at det påvirkede områdes fortsatte *økologiske funktionalitet* ikke nedsættes. Hermed menes, at det samme område (i bredere økologisk forstand) *kontinuerligt* skal kunne tilbyde residerende arter de samme levevilkår, særligt i forhold til yngel og hvile.
- Der gælder strenge krav til dokumentation af afværgeforanstaltningers tilstrækkelig, jf. forsigtighedsprincippet. Denne dokumentation er overvejende af teknisk karakter. Af hensyn til den bevismæssige usikkerhed og risikoen for at underminere den i EU-retten fastsatte dispensationsproces, bør anvendelsen og tilstrækkeligheden af afværgeforanstaltninger vurderes restriktivt – uanset at beskyttelsen kan fortolkes mere fleksibelt.

⁸⁷ Peter Pagh, MRF 2021B.2 (s. 3n).

- Gennemførelse af anlægsprojekter, der har negativ indvirkning på et beskyttet områdes fortsatte økologiske funktionalitet, kræver dispensation, som meddeles på strenge vilkår. Det er i dette tilfælde, at det blandt andet bliver relevant at vurdere, hvordan projektet kan gennemføres uden at have negativ indvirkning på en berørt bilag IV-arts gunstige bevaringsstatus. Der skal derudover indhentes udtalelse fra Miljøministeren om den påtænkte fravigelse samt ske underretning til EU-Kommissionen.

En afgørelse om at meddele tilladelse til et anlægsprojekt, herunder navnlig tilladelser efter miljøvurderingslovens § 25 (VVM-tilladelser), skal indeholde dokumentation for, at de opremsede betingelser er opfyldt. Alternativt er afgørelsen ugyldig – og anlægsprojektet dermed ulovligt. I sagens natur må ulovlige projekter ikke gennemføres.

4. Opsættende virkning under retlige tvister om bilag IV-vurderinger

Gennemgangen i nærværende specialeafhandling har hidtil været centreret om de materielle regler om beskyttelse af bilag IV-arter og disses levesteder, som kan hindre gennemførelsen af større anlægsprojekter. Det er imidlertid ikke kun bilag IV-regelsættet, der i den sammenhæng har været genstand for debat. Selve *tvisten* om bilag IV-vurderingen har således også påkaldt sig særlig opmærksomhed, navnlig i lyset af den højaktuelle *Amager Fælled-sag*, der på tidspunktet for aflevering af denne afhandling fortsat verserer ved domstolene.⁸⁸

I sagens natur vil arts- og områdebeskyttelsen være illusorisk, såfremt en projektkendelse bliver underkendt *efter* projektets gennemførelse, hvis projektet på dette tidspunkt allerede har forårsaget ulovlig og irreversibel skade på miljø og biodiversitet. Adgangen til at tillægge klage eller søgsmål opsættende virkning er derfor et nødvendigt værktøj for at sikre, at beskyttelsens formål ikke undermineres. Med ”opsættende” (eller ”suspensiv”) virkning menes, at en tilladelse ikke må udnyttes eller et påbud ikke skal efterkommes, imens tvisten om tilladelsens/påbuddets lovlighed behandles, jf. eksempelvis miljøvurderingslovens § 53 om opsættende virkning i klager over VVM-tilladelser. Over for denne betragtning er det imidlertid tilsvarende oplagt, at det vil være særdeles uhensigtsmæssigt og uproportioneret, hvis samtlige større anlægsprojekter til trods for at have retten på sin side skal afvente endelig blåstempling fra de højere retsinstanter, hvilket for hver enkelt sag kan tage årevis at opnå.⁸⁹

⁹⁰

Opsættende virkning i en sag vedrørende en meddelt projektkendelse er ikke endegyldigt hindrende for gennemførelse af projektet, idet den projektansvarlige blot skal afvente sagens afgørelse – naturligvis forudsat at projektet i relation til bilag IV-regelsættet opfylder de ovenfor i afsnit 2 og 3 nævnte krav. Forsinkelse af et projekt kan dog i sig selv være særdeles byrdefuldt i økonomisk henseende, jf. eksempelvis det i afsnit 3.3 omtalte Baltic Pipe-projekt, som dog blev standset som følge af en ophævet tilladelse og ikke opsættende virkning. I sagen estimerede den projektansvarlige, Energinet, at en budgetoverskridelse på 600 mio. kr. alene kunne henføres til et delvist, midlertidigt stop af anlægsarbejdet som forsinkelsesomkostninger.⁹¹ Det skal dog samtidig fremhæves, at opsættende virkning ikke udelukkende kan påvirke økonomiske interesser, jf. eksempelvis byudviklingsprojektet på

⁸⁸ Peter Pagh, Tidsskrift for Miljø, Marts 2023, s. 31 ff.

⁸⁹ Niels Fenger (2018): Forvaltningsret, s. 920.

⁹⁰ Miljø- og Fødevarerklagenævnet tillægger klagen om Amager Fælled-projektet opsættende virkning i juli 2021. I maj 2023 – 18 måneder senere – har *byretten* endnu ikke foretaget materiel prøvelse i sagen.

⁹¹ Energinets nyhed af 4. oktober 2021. Energinets hjemmeside: <https://energinet.dk/Omnyheder/Nyheder/2021/10/01/Energinet-forventer-ekstra-udgifter-til-Baltic-Pipe/>

Amager Fælled, hvis underliggende formål er at dække hovedstadsområdets boligefterspørgsel.

I forhold til spørgsmålet om *hindring* af større anlægsprojekter skal problemstillingen om opsættende virkning ses i sammenhæng med de grundlæggende betingelser, der skal være opfyldt for, at en meddelt tilladelse ikke må udnyttes sideløbende med en verserende tvist om tilladelsens lovlighed. Ved afgørelsen heraf skal det nærmere bestemt tillægges betydning, hvorvidt der efter en foreløbig vurdering er et rimeligt grundlag for påstanden om tilladelsens ugyldighed.⁹² Stærkt forsimplet kan det på den baggrund konstateres, at den mindre grundige – om end korrekte – bilag IV-vurdering (og samlede miljøvurdering) i sig selv kan udgøre en unødvendig risiko for hindring af et anlægsprojekt. Dette skal imidlertid ikke udelukkende forstås negativt, idet det samtidig skaber incitament hos den projektansvarlige til at gennemføre projektforbereðelsen tilstrækkeligt fyldestgørende med henblik på at eliminere eventuelle uklarheder.

Kravet om, at der efter en foreløbig vurdering skal være en rimelig formodning om ugyldighed, suppleres af, at der skal foretages en konkret afvejning af det offentliges interesser i opretholdelse af tilladelsen over for risikoen for alvorlige eller uoprettelige skader, hvis tilladelsen senere tilsidesættes.⁹³ Henset til det mulige omfang af de økonomiske implikationer forbundet med forsinkelse af et større anlægsprojekt modsvares en afgørelse om opsættende virkning oftest af et krav om, at modparten stiller sikkerhed for de dermed forbundne omkostninger.

På baggrund af disse betragtninger vil adgangen til at tillægge en tvist opsættende virkning blive behandlet indgående i de følgende afsnit. Gennemgangen vil være vinklet således, at fokus er på, hvordan det undgås, at reglerne om op-sættende virkning udgør en større hindring end nødvendigt.

4.1 Generelt om opsættende virkning

Med hensyn til bilag IV-vurderingen kan spørgsmålet om opsættende virkning inddeles i flere led. Det lægges i den forbindelse til grund, at større anlægsprojekter i almindelighed omfattes af kravet om miljøvurdering i henhold til miljø-vurderingsloven, jf. ovenfor i afsnit 2.3 om sammenspillet mellem reglerne om miljøvurdering og artsbeskyttelse. I forlængelse heraf skal det erindres, at lovligheden af en tilladelse til et miljøvurderingspligtigt projekt er betinget af, at der er foretaget en vurdering i forhold til habitatreglerne, herunder en vurdering af projektets (risiko for) påvirkning af bilag IV-arters yngle- eller rasteområder, og denne vurdering fremgår af tilladelsen. Den retlige tvist om lovligheden af en bilag IV-vurdering er derfor i praksis oftest udtrykt som en tvist om lovligheden af en VVM-tilladelse.

Første led vedrører opsættende virkning af klage over en meddelt projektgodkendelse, som indgives til et administrativt klagenævn. I praksis er der her tale om klager over VVM-tilladelser eller screeningsafgørelser, jf. miljøvurderingslovens § 25 hhv. § 21, som indgives til Miljø- og Fødevareklagenævnet i henhold til lovens § 49. Nævnet har i § 53 hjemmel til at tillægge en klage opsættende virkning. Såfremt nævnet ikke tillægger en klage opsættende virkning, kan den klagende part som udgangspunkt anlægge civil sag ved domstolene med

⁹² Jf. rettens begrundelse i Københavns Byrets kendelse af 12. december 2022 i sag BS-4114/2020-KBH, bragt i MAD 2022.231.

⁹³ Jf. Højesterets kendelse af 24. august 1994 i sag I86/1994, bragt i UfR 1994.823 H.

påstand om, at der skal nedlægges et midlertidigt forbud, jf. retsplejelovens⁹⁴ kapitel 40 om midlertidige afgørelser om forbud og påbud.⁹⁵

Hvorvidt en administrativ afgørelse om opsættende virkning kan indbringes separat for domstolene, eller om dette skal afvente et senere søgsmål angående sagens materielle prøvelse, er imidlertid mindre klart. Det skyldes formentlig, at de lange sagsbehandlingstider ved domstolene bevirker, at interessen i at prøve en sådan afgørelse er praktisk begrænset. En administrativ afgørelse om opsættende virkning er en *afgørelse* i forvaltningsretlig forstand – og dermed ikke en procesledende beslutning, som er truffet som led i selve sagsforberedelsen.⁹⁶ Idet der ikke findes konkrete holdepunkter for andet, skal svaret herefter findes i udgangspunktet i Grundlovens⁹⁷ § 63, stk. 1, 1. pkt., hvorefter domstolene er berettigede til at påkende *ethvert* spørgsmål om øvrighedsmyndighedernes grænser. Det konkluderes på den baggrund, at spørgsmålet om opsættende virkning *kan* indbringes særskilt for domstolene under en sags behandling ved et klagenævn, om end dette af praktiske årsager antages sjældent at være virksomt.⁹⁸

I andet led, ved retlige søgsmål, skal hovedreglen om opsættende virkning findes i Grundlovens § 63, stk. 1, 2. *pkt.* Efter bestemmelsen kan den, der anfægter gyldigheden af en administrativ afgørelse, ikke ved at indbringe sagen for domstolene unddrage sig fra foreløbig af efterkomme øvrighedens befaling. Opsættende virkning i retssager har således *undtagelsens karakter*. Udgangspunktet kan imidlertid både fraviges ved lovhjemmel og på ulovbestemt grundlag.⁹⁹ Et eksempel på sidstnævnte er kendelsen om opsættende virkning i Amager Fælledsagen vedrørende lovligheden af Miljø- og Fødevarerklagenævnets endelige stadfæstelse af anlægsprojektets VVM-tilladelse.¹⁰⁰

Uafhængigt af hjemmelsgrundlaget er de grundlæggende betingelser for at tillægge klager eller søgsmål opsættende virkning som hovedregel identiske. Sammenfattende kan det følgelig anføres, at der (1) skal være en rimelig formodning for, at den oprindelige afgørelse/tilladelse er ulovlig, (2) der skal være risiko for, at udnyttelse af tilladelsen vil forhindre muligheden for fysisk lovliggørelse, hvis tilladelsen senere bliver tilsidesat (risiko for uoprettelig skade), og (3) hensynet bag opsættende virkning skal efter en konkret interesseafvejning vægte tungere end interessen i at straksudnytte tilladelsen.

I den glædende version af miljøvurderingslovens § 53 sondres der begrebsmæssigt mellem opsættende virkning og standsningspåbud. Ud fra en betragtning om, at opsættende virkning netop indebærer, at der ikke er hjemmel til at fortsætte gennemførelsen af et projekt – idet hjemmelsgrundlaget i sagens natur er sat i bero – anses sondringen imidlertid ikke for at have nogen praktisk betydning.

⁹⁴ Lovbekendtgørelse nr. 1665 af 25. december 2022 om rettens pleje ("Retsplejeloven").

⁹⁵ Som eksempel kan nævnes Københavns Byrets kendelse af 17. august 2021 i sag BS-28650/2021-KBH. Denne afgørelse i Amager Fælledsagen vedrører dog det (særlige) tilfælde, hvor gennemførelsen af et projekt fortsatte til trods for, at Miljø- og Fødevarerklagenævnet havde tillagt klage over projektets VVM-tilladelse opsættende virkning.

⁹⁶ Folketingets Ombudsmands "Myndighedsguiden", "Afgørelsesbegrebet". Ombudsmandens hjemmeside: <https://www.ombudsmanden.dk/myndighedsguiden/generel-forvaltningsret/afgoerelsesbegrebet/>

⁹⁷ Lov nr. 169 af 5. juni 1953 Danmarks Riges Grundlov ("Grundloven").

⁹⁸ Jf. forudsætningsvis også Højesterets afgørelse af 24. april 2008 i sag 490/2006, bragt i UfR 2008.1653/1, hvor retten vurderede, om en part havde retlig interesse i at få domstolsprøvet et klagenævns afgørelse om at tillægge en klage opsættende virkning.

⁹⁹ Jf. Højesterets kendelse af 24. august 1994 i sag I86/1994, bragt i UfR 1994.823 H.

¹⁰⁰ Københavns Byrets kendelse af 12. december 2022 i sag BS-4114/2020-KBH, bragt i MAD 2022.231.

4.2 Amager Fælled-sagen

I marts 2019 vedtages en ændring af lov om Metroselskabets I/S og Udviklingselskabet By & Havn I/S.¹⁰¹ Med lov-ændringen skabes rammerne for etablering af den nye københavnske bydel, Vejlands Kvarter, på Amager Fælled. By-udviklingsprojektet, der døbes Fælledby, har siden da påkaldt sig stor opmærksomhed på flere fronter, hvilket har resulteret i adskillige nævns- og retssager om projektets lovlighed.¹⁰² I realiteten ville det derfor være mest korrekt at omtale tvisterne om projektet som et sagskompleks, idet *Amager Fælled-sagen* (indtil videre) kan henvise til de administrative afgørelser om lovligheden af projektets VVM- og plangrundlag,¹⁰³ spørgsmålet om opsættende virkning,¹⁰⁴ en justificationssag¹⁰⁵ samt en sag om miljøskade.¹⁰⁶ Disse sager har rejst flere principielle spørgsmål, herunder vedrørende fordeling af tilsynskompetence mellem Miljøstyrelsen og Naturstyrelsen samt angående omfanget af pligten til at foretage høring af supplerende materiale i henhold til miljøvurderingsreglerne. Af hensyn til begrænsning af omfanget af nærværende afhandling er det dog ikke alle af disse spørgsmål, der behandles nærmere.

Amager Fælled-sagen har flere særegne kendetegn. Det skyldes, at enkeltstående projekter sjældent har særskilt lov-hjemmel, at Københavns Kommune er både interessant og VVM-myndighed, samt at gennemførelse af projektet både berører den direkte artsbeskyttelse (indfangning af artsenheder med henblik på senere genudsætning) og den indirekte artsbeskyttelse (påvirkning af rasteområder). Gennemførelse af projektet varetages af Fælledby P/S, der ejes ligeligt af Udviklingselskabet By og Havn I/S (Københavns Kommune) og en pensionskasses ejendomsselskab. Modparten i samtlige sager vedrørende projektet er den civile borgergruppe Amager Fælleds Venner (herefter ”AFV”), hvis formål som forening er at arbejde for bevarelsen af byers vilde naturområder i Danmark.¹⁰⁷

Det centrale omdrejningspunkt for tvisten om lovligheden af Vejlands Kvarter er, om dette store anlægsprojekt overholder de beskyttelsesforpligtelser, der gælder efter habitatbekendtgørelsens § 10, jf. habitatdirektivets artikel 12, stk. 1, litra d. I den konkrete sag er det beskyttelsen af rasteområder for bilag IV-arten stor vandsalamander, der er særligt omstridt. Set i et større perspektiv – og især i forhold til spørgsmålet om opsættende virkning – har miljøvurderingsreglerne imidlertid tilsvarende stor betydning, jf. nedenfor i afsnit 4.3.

Idet lovligheden af selve bilag IV-vurderingen af Vejlands Kvarter i høj grad har været genstand for prøvelse i de hidtidige afgørelser mv., er indsigt i bilag IV-regelsættet en forudsætning for forståelse af Amager Fælled-sagen. Disse afgørelser synes imidlertid ikke at give anledning til andre overvejelser end dem, som allerede er anført ovenfor i afsnit 2 og 3, hvorfor der henvises hertil for en gennemgang af reglerne. I det følgende behandles sagens materielle bilag IV-spørgsmål derfor kun i det omfang, dette er relevant i forhold til betingelserne for at tillægge en sag opsættende virkning. Det skal i den forbindelse bemærkes,

¹⁰¹ Lov nr. 275 af 36. marts 2019.

¹⁰² For en grundigere gennemgang af forløbet se *Ellen Magrethe Basse & Peter Pagh: Tidsskrift for Miljø*, September 2021, s. 343 ff.

¹⁰³ Miljø- og Fødevareklagenævnets afgørelse af 14. december 2021 (j.nr. 21/05337 og 21/5338) samt Planklagenævnets afgørelse af 14. december 2021 (j.nr. 21/03709, 21/03705, 21/03706 og 21/03708).

¹⁰⁴ Miljø- og Fødevareklagenævnets afgørelse af 7. juli 2021 (j.nr. 21/05337 og 21/05338), Planklagenævnets afgørelse af 7. juli 2021 (j.nr. 21/03705, 21/03706, 21/03708 og 21/03709), Københavns Byrets kendelse af 17. august 2021 i sag BS-28650/2021-KBH samt Københavns Byrets kendelse af 12. december 2022 i sag BS-4114/2022-KBH.

¹⁰⁵ Københavns Byrets dom af 27. oktober 2022 i sag BS-2819/2022-KBH.

¹⁰⁶ Miljø- og Fødevareklagenævnets afgørelse af 13. marts 2023 (j.nr. 21/08109).

¹⁰⁷ Jf. § 2, stk. 1, i foreningens vedtægter.

at det i materiel henseende er lovligheden af projektets VVM-tilladelse og ikke plangrundlaget, der påkalder sig størst opmærksomhed, hvilket skyldes, at det udelukkende er VVM-tilladelsen efter miljøvurderingslovens § 25, som giver et egentligt *retskrav* på gennemførelse af projektet.¹⁰⁸

4.3 Opsættende virkning i Amager Fælled-sagen

Miljø- og Fødevareklagenævnet tillægger i juli 2021 AFVs klage over lovligheden af VVM-tilladelsen til Vejlands Kvarter opsættende virkning.¹⁰⁹ I afgørelsen konstaterer nævnet indledningsvist, at der efter praksis skal foreligge *”særlige for-hold, før nævnet på et foreløbigt grundlag kan fravige lovens hovedregel om, at klage over § 25-tilladelser ikke har opsættende virkning”*, og at det derfor skal være *”overvejende sandsynligt, at der foreligger en væsentlig overskridelse af loven”*. I den konkrete sag tager disse forhold afsæt i, at et anlægsprojekt *”ikke [kan] tillades, hvis gennemførelse af projektet kan beskadige eller ødelægge yngle- eller rasteområder i det naturlige udbredelsesområde for de dyrearter, der er optaget i habitatdirektivets bilag IV, litra a”*. Nævnet begrundet sin afgørelse med, at der mangler nærmere oplysninger om beliggenhed, størrelse, kvalitet og funktion af de berørte rasteområder for arten stor vandsalamander, samt at de mere generelt anførte afværgeforanstaltninger ikke tilstrækkeligt dokumenterer projektets indvirkning på det pågældende områdes økologiske funktionalitet.¹¹⁰

Afgørelsen er i fuld overensstemmelse med hidtidig teori og praksis og påkalder sig derfor ikke særskilt interesse. Det er imidlertid værd at bemærke, at nævnet i december samme år stadfæster byudviklingsprojektets VVM-tilladelse.¹¹¹ Ud fra en umiddelbar betragtning harmonerer denne endelige afgørelse ikke med, at nævnet efter en foreløbig vurdering fandt det sandsynligt, at udnyttelse af tilladelsen ville medføre uoprettelig skade på et ulovligt grundlag.¹¹²

Den endelige afgørelse i klagesagen er dog ikke udtryk for, at nævnet i tiden mellem de to sager ændrer opfattelse. Afgørelsen skal derimod ses i lyset af, at den projektansvarlige efter klagens indgivelse indsender supplerende oplysninger i form af en række notater med sagkyn-dige vurderinger. Nævnet lægger til grund, at der først *efter* inddragelse af disse oplysninger er tilstrækkeligt grundlag for at vurdere projektets påvirkning af bilag IV-arten stor vandsalamander. Med henvisning til at oplysningerne *”alene er tilvejebragt med henblik på en uddybende vurdering”* samt at oplysningerne *”ikke [forudsætter] yderligere afværgeforanstaltninger, som ville indebære en ændring af § 25-tilladelsens allerede fastsatte vilkår”* inddrager nævnet de supplerende oplysninger i bilag IV-vurderingen og stadfæster på den baggrund projektets VVM-tilladelse.¹¹³

Miljø- og Fødevareklagenævnets afgørelse viser en mere fleksibel tilgang til, hvornår grundlaget for en VVM-tilladelse, i form af faktiske oplysninger, skal foreligge. Dette kommer til udtryk ved, at nævnet i den endelige afgørelse ligger til grund, at det tilstrækkelige grundlag for at foretage en fyldestgørende miljøvurdering først foreligger *senere* end den oprindeligt meddelte VVM-tilladelse. I relation til spørgsmålet om *hindringer* er en projektansvarlig således ikke nødvendigvis afskåret fra et opnå endelig godkendelse, såfremt samtlige nødvendige

¹⁰⁸ Peter Pagh, Tidsskrift for Miljø, Marts 2023, s. 34.

¹⁰⁹ Miljø- og Fødevareklagenævnets afgørelse af 7. juli 2021 (j.nr. 21/05337 og 21/05338).

¹¹⁰ Miljø- og Fødevareklagenævnets afgørelse af 7. juli 2021 (j.nr. 21/05337 og 21/05338), afsnit 3.1 (s. 8-9).

¹¹¹ Miljø- og Fødevareklagenævnets afgørelse af 14. december 2021 (j.nr. 21/05337 og 21/5338).

¹¹² Ellen Magrethe Basse & Peter Pagh: Tidsskrift for Miljø, September 2021, s. 353-354.

¹¹³ Miljø- og Fødevareklagenævnets afgørelse af 14. december 2021 (j.nr. 21/05337 og 21/5338), afsnit 3.2.2 (s. 40-41).

oplysninger ikke foreligger under behandling af sagen ved den oprindelige godkendelsesmyndighed (kommunalbestyrelsen), jf. også det forvaltningsretlige princip om inddragelse af supplerende oplysninger i en klagesag (nova).¹¹⁴

Lovligheden af denne fleksible adgang til at inddrage supplerende oplysninger i sager angående miljøvurdering af projekter er dog ikke ubestridt. Det skyldes, at Københavns Byret i december 2022 tillægger søgsmålet mod Miljø- og Føde-vareklagenævnet om lovligheden af stadfæstelsen af VVM-tilladelsen opsættende virkning.¹¹⁵

Omdrejningspunktet for byrettens kendelse er de EU-retlige VVM-regler implementeret i miljøvurderingslovens § 35, stk. 3, nr. 3, jf. § 24, stk. 2. Efter bestemmelserne gælder der et krav om, at en VVM-tilladelse først kan meddeles, når grundlaget herfor har været i offentlig høring. Retten lægger ligesom nævnet til grund, at Københavns Kommune på tidspunktet for meddelelse af projektets VVM-tilladelse ikke havde tilstrækkeligt grundlag til at foretage en vurdering af projektets påvirkning af bilag IV-arten stor vandsalamander. Det anføres endvidere, at det er *”ubestridt, at de supplerende oplysninger, som sagsøgte modtog under behandlingen af sagsøgernes klage og inddrog i beslutningsgrundlaget, og som var udslagsgivende for sagsøgtes afgørelse, ikke har været genstand for offentlig høring”*.¹¹⁶

Byrettens afgørelse om opsættende virkning skal ses som et udtryk for, at rækkevidden af den pågældende høringsforpligtelse er uafklaret, herunder særligt spørgsmålet om, i hvilket omfang VVM-reglerne giver mulighed for, at den oprindelige VVM-myndighed eller et administrativt klagenævn inddrager supplerende oplysninger i en miljøvurdering uden samtidig at gennemføre fornyet høring. Retten finder det på denne baggrund usikkert, om VVM-tilladelsen lider af en væsentlig processuel mangel, hvilket synes at tilgodese AFVs påstand om ugyldighed. Det bemærkes, at det i kendelsen foreslås, at problemstillingen forelægges præjudicielt for EU-Domstolen.

Den af byretten anlagte fortolkning af høringsforpligtelserne efter VVM-reglerne forekommer rigid. Det skyldes, at det fremgår af miljøvurderingslovens § 25 om meddelelse af VVM-tilladelser, at afgørelser herom (blandt andet) træffes på baggrund af miljøkonsekvensrapporten, resultatet af gennemførte høringer samt *”eventuelle supplerende oplysninger”*. Loven lægger således forudsætningsvist til grund, at der ikke nødvendigvis er fuldt sammenfald. Det fremgår desuden af lovens § 23, at indholdet af miljøkonsekvensrapporter lovligt kan begrænses ved at afgrænse, *”hvor omfattende og detaljerede de oplysninger skal være, som bygherren skal fremlægge”*. Såfremt disse supplerende oplysninger som anført af nævnet udelukkende er uddybende og ikke indebærer ændringer af de hidtil fastsatte vilkår, synes reglerne herefter at være overholdt, uanset at oplysningerne til en vis grad er nye. I den konkrete sag sendte nævnet endda det supplerende materiale i høring hos AFV, hvorfor byrettens *”usikkerhed”* angående høringspligtens omfang synes ganske strengt betonet.¹¹⁷

Byretten anfører tillige efter en *”konkret afvejning”*, at nævnets interesse i at opretholde afgørelsen ikke overstiger risikoen for alvorlig eller uoprettelig skade på miljøet. Kendelsen skal imidlertid forstås på den måde, at retten ikke har foretaget en selvstændig prøvelse af bilag IV-vurderingen men blot lagt til grund, at denne vurdering *oprindeligt* var utilstrækkelig.¹¹⁸ Retten har således ikke foretaget en materiel prøvelse af nævnets endelige afgørelse, hvorfor det kan hævdes, at det anførte om risiko for skade på miljøet udelukkende relaterer sig til den eventuelt

¹¹⁴ Peter Pagh, Tidsskrift for Miljø, Marts 2023, s. 34-35.

¹¹⁵ Københavns Byrets kendelse af 12. december 2022 i sag BS-4114/2022-KBH, bragt i MAD 2022.231.

¹¹⁶ Københavns Byrets kendelse af 12. december 2022 i sag BS-4114/2022-KBH (s. 31-32).

¹¹⁷ Jf. advokat Jacob Brandt i en kommentar til byrettens kendelse i sag BS-4114/2020-KBH, bragt i MAD 2023.2.

¹¹⁸ Peter Pagh, Tidsskrift for Miljø, Marts 2023, s. 37.

manglende høring – og ikke til selve projektet. Årsagssammenhængen ved en sådan risiko, særligt i den konkrete sag, er tvivlsom, idet dette må forudsætte, at det efter en foreløbig vurdering findes sandsynligt, at offentligheden kan bidrage med synspunkter til det supplerende materiale, som *isoleret set* kan føre til VVM-tilladelsens ugyldighed.¹¹⁹

Større anlægsprojekter – som eksempelvis et nyt byudviklingsprojekt – kan i sagens natur sjældent placeres inden for eksisterende bebyggelse, og der er derfor en naturlig sammenhæng mellem sådanne projekter og risiko for skade på miljøet. Det forekommer dog uforholdsmæssigt og uden hold i lovgivning eller praksis, såfremt disse projekter skal kunne hindres delvist eller midlertidigt *alene* på baggrund af størrelse og omfang. Dette synes til en vis grad at være tilfældet i byrettens kendelse om opsættende virkning i Amager Fælled-sagen. Afslutningsvis skal det dog understreges, at byrettens kendelse er indbragt for landsretten, og at det ovenfor anførte derfor udelukkende er bemærkninger til det hidtidige sagsforløb.

4.4 Sammenfattende om opsættende virkning

Gennemførelsen af et anlægsprojekt, som er tilladt af den oprindelige godkendelsesmyndighed, kan kræves midlertidigt sat i bero, så længe klage eller søgsmål om projektets lovlighed ikke er endeligt afgjort. En sådan opsættende virkning er betinget af, at der efter en foreløbig vurdering er en rimelig formodning for, at projektet er ulovligt. I relation til bilag IV-regelsættet kan den blotte *formodning for risiko* for beskadigelse eller ødelæggelse af en bilag IV-arts yngle- eller rasteområder således virke hindrende for gennemførelse af et anlægsprojekt. Hindringerne opstår dermed ikke blot ved faktisk ulovlighed, men tilsvarende (midlertidigt) ved en begrundet formodning herfor. Dette harmonerer imidlertid med kravet om en *streng beskyttelsesordning* og kan først og fremmest modvirkes ved at gennemføre de projektførbe-redende indsatser tilstrækkeligt fyldestgørende.

En projekttilladelses ugyldighed kan skyldes både materielle og/eller formelle forhold, herunder forsømmelse af en pligt til at foretage offentlig høring af projektgrundlaget, inden der meddeles tilladelse. Det forekommer unødigt rigtigt, såfremt høringspligten efter miljøvurderingsreglerne indebærer, at *samtlig*e oplysninger, der indgår i grundlaget for miljøvurderingen, skal høres offentligt. Senere tilkomne oplysninger, som alene uddyber det allerede foreliggende grundlag, og som ikke ændrer de hidtidige projektvilkår, bør derfor som udgangspunkt kunne lægges til grund for en VVM-tilladelse, uden at oplysningerne har været genstand for en supplerende høring. Spørgsmålet er dog uafklaret i EU-retten.

Ved opsættende virkning gælder der endvidere et krav om, at udnyttelse af en projekttilladelse skal indebære risiko for uoprettelig skade på miljøet (herunder biodiversiteten), hvis tilladelsen senere bliver tilsidesat. Det forekommer tvivlsomt korrekt, såfremt denne risiko kan fastlægges udelukkende med henvisning til formelle regler og dermed uden en selvstændig prøvelse af den *faktiske* påvirkning af miljøet. Dette skal dog ikke forstås sådan, at formelle regler, herunder regler som sikrer behørig inddragelse af miljøhensyn, slet ikke kan tillægges nogen betydning i dén forbindelse. Uanset at større anlægsprojekter almindeligvis må formodes at være skadelige for miljøet, bør selve størrelsen af et projekt endvidere ikke i sig selv kunne begrunde opsættende virkning. Dette er ikke ensbetydende med, at projekternes potentielt skadelige virkning skal undervurderes, eller at projekter skal gennemføres uden særlig hensyn til risikoen for irreversibel skade. Denne risiko skal blot ikke imødekommes gennem en generel tendens til at sætte oprindeligt godkendte anlægsprojekter i bero, men i stedet ved sikre hurtig stillingtagen til spørgsmålet herom.

¹¹⁹ Jf. advokat *Jacob Brandt* i en kommentar til byrettens kendelse i sag BS-4114/2020-KBH, bragt i MAD 2023.2.

I lyset af ovenstående argumenteres der sammenfattende for, at såfremt Østre Landsret måtte stadfæste Københavns Byrets kendelse i Amager Fælled-sagen, så bør dette ikke ske på det samme retlige grundlag som anført af byretten.

4.5 Efterskrift

Østre Landsret omstøder i maj 2023 Københavns Byrets kendelse om opsættende virkning i Amager Fælled-sagen.¹²⁰ Denne afgørelse er, jf. afgrænsningen ovenfor i afsnit 1.3 *in finé*, *ikke* inddraget i nærværende specialeafhandling. Det skal dog bemærkes, at landsretten ophæver byrettens kendelse blandt andet med henvisning til, at der i sagen ikke er "*sandsynliggjort et faktiskt grundlag for, at miljøet risikerer at lide alvorlig og uoprettelig skade*" [egen fremhævelse].

5. Konklusion

Bevaring og beskyttelse af miljø og biodiversitet, herunder beskyttelse af vilde dyre- og plantearter, er defineret i EU-retten som et yderst vigtigt mål af almen interesse. Det er derfor bestemt, at yngle- og rasteområder for de arter, der fremgår af habitatdirektivets bilag IV, som hovedregel ikke må ødelægges eller beskadiges. Anlægsprojekter, der skader eller risikerer at skade disse levesteder, kan således ikke tillades. Beskyttelsen er ikke begrænset til forsætlig påvirkning.

Skadelige anlægsprojekter kan gennemføres med dispensation til at fravige hovedreglen, hvilket imidlertid sjældent ses i praksis. Det skyldes, at brug af undtagelsesbestemmelsen skal betragtes som en *sidste udvej* i mangel af et tilfredsstillende alternativ, som derudover alene kan benyttes, når der konkret kan anføres en tilstrækkeligt vægtig begrundelse for, at en fravigelse kan accepteres. Anlægsprojekter, der risikerer at påvirke en bilag IV-arts gunstige bevaringsstatus, vil dog aldrig kunne gennemføres efter reglerne. Processen for at meddele dispensation er administrativt byrdefuld, og fravigelse forudsætter forudgående høring af Miljøministeren, hvilket dog ikke nødvendigvis er u hensigtsmæssigt.

Den strenge beskyttelse af bilag IV-arters levesteder kommer til udtryk ved et krav om *forudgående* vurdering af et anlægsprojekts mulige indvirkning på miljøet. I praksis er lovligheden af en meddelt projektkendelse betinget af, at resultatet af denne bilag IV-vurdering fremgår eksplicit af projekttilladelsen og de deri fastsatte vilkår.

Udgangspunktet om forbud mod ødelæggelse eller beskadigelse af beskyttede levesteder skal ikke forstås som et totalforbud, idet et anlægsprojekts potentielt skadelige virkning skal vurderes ud fra princippet om *kontinuerlig økologisk funktionalitet*. Efter denne mere fleksible tilgang skal et anlægsprojekt først anses for skadeligt for et område, når det forringer de vilkår, som området samlet kan tilbyde residerende artsbestande.

Et anlægsprojekts skadelige virkninger kan modvirkes ved brug af afværgeforanstaltninger. Der gælder i den forbindelse et *forsigtighedsprincip*, hvorefter *afværgende* foranstaltninger udelukkende kan tillades, såfremt deres sufficiens er blevet tilstrækkeligt dokumenteret. Brugen af *kompenserende* foranstaltninger er forbudt, idet for stor skade på et beskyttet område ikke kan rummes inden for hovedreglen, uanset at skaden senere udlignes. Det vigtigste i den sammenhæng er dog at være opmærksom på, at den strenge ordning for at meddele dispensation ikke undermineres.

¹²⁰ Østre Landsrets kendelse af 26. maj 2023 i sag BS-6487/2023-OLR.

Anlægsprojekter, som er tilladt af den oprindelige godkendelsesmyndighed, kan hindres midlertidigt, såfremt klage eller søgsmål om projektets lovlighed tillægges opsættende virkning. Uanset at et midlertidigt stop ikke er endegyldigt hindrende, kan det være særdeles belastende i såvel økonomisk som samfundsmæssigt henseende. De grundlæggende betingelser for opsættende virkning er, at der er rimelig formodning om ulovlighed samt risiko for uoprettelig skade. Risikoen for påbud om midlertidigt stop kan derfor modgås af den projektansvarlige ved, at projektforbereðelsen udføres tilstrækkeligt fyldestgørende, hvorved usikkerhed om projektets lovlighed mindskes.

Større anlægsprojekter er i praksis almindeligvis også omfattet af miljøvurderingsreglerne. Der er derfor flere regelsæt, der kan føre til ophævelse af en meddelt projekttilladelse, herunder de formelle regler om pligten til at gennemføre høring af grundlaget for en VVM-tilladelse. Supplerende oplysninger bør kunne lægges til grund ved miljøvurderingen af et anlægsprojekt uden fornyet høring, når disse oplysninger udelukkende er *uddybende* og ikke ændrer de i forvejen fastsatte vilkår. Spørgsmålet er dog (endnu) uafklaret i EU-retten. Herudover skal det anføres, at en formodning for ugyldighed med henvisning til formelle regler ikke bør kunne føre til opsættende virkning, såfremt der ikke samtidig er foretaget en vis prøvelse af de faktiske/materielle forhold. I forlængelse heraf forekommer Københavns Byrets afgørelse om opsættende virkning i Amager Fælled-sagen for rigid. Uanset interessen i at værne om miljøet mv., bør størrelsen at et anlægsprojekt ikke i sig selv kunne begrunde opsættende virkning og dermed virke hindrende.

6. Litteraturfortegnelse mv.

6.1 Ordforklaring

- MAD: Miljøretlige Afgørelser og Domme
- UfR: Ugeskrift for Retsvæsen
- TfM: Tidsskrift for Miljø
- H: Højesteretsafgørelse
- MRF: Miljøretlig Forskningsportal, Københavns Universitet
- KFE: Kendelser om Fast Ejendom
- EU-Domstolen: Den Europæiske Unions Domstol

6.2 Lovregister

EU-lovgivning:

- Direktiv 92/43/EØF om bevaring af naturtyper samt vilde dyr og planter (*Habitatdirektivet*).
- Direktiv 79/406/EØF om beskyttelse af vilde fugle (*Fuglebeskyttelsesdirektivet*).
- Direktiv 2011/92/EU om vurdering af visse offentlige og private projekters indvirkning på miljøet (*VVM-direktivet*).

Dansk Lovgivning:

- Lovbekendtgørelse nr. 1392 af 4. oktober 2022 om naturbeskyttelse (*Naturbeskyttelsesloven*).
- Lovbekendtgørelse nr. 265 af 21. marts 2019 om jagt og vildtforvaltning (*Jagt- og vildtforvaltningsloven*).

- Lovbekendtgørelse nr. 4 af 3. januar 2023 om miljøvurdering af planer og programmer og af konkrete projekter (VVM) (*Miljøvurderingsloven*).
- Bekendtgørelse nr. 521 af 25. marts 2021 om fredning af visse dyre- og plantearter og pleje af tilskadekommet vildt (*Artfredningsbekendtgørelsen*).
- Bekendtgørelse nr. 2091 af 12. november 2021 om udpegning og administration af internationale beskyttelsesområder samt beskyttelse af visse arter (*Habitatbekendtgørelsen*).
- Bekendtgørelse nr. 1383 af 26. november 2016 om administration af planloven i forbindelse med internationale naturbeskyttelsesområder samt beskyttelse af visse arter (*Planhabitatbekendtgørelsen*).
- Bekendtgørelse nr. 1376 af 21. juni 2021 om miljøvurdering af planer og programmer og af konkrete projekter (*Miljøvurderingsbekendtgørelsen*).
- Lov nr. 169 af 5. juni 1953 Danmarks Riges Grundlov (*Grundloven*).
- Lovbekendtgørelse nr. 1665 af 25. december 2022 om rettens pleje (*Retsplejeloven*).
- Lov nr. 275 af 36. marts 2019 om ændring af lov om Metroselskabet I/S og Udviklingselskabet By & Havn I/S.

Vejledninger:

- Meddelelse fra Europa-Kommissionen af 12. oktober 2021, C(2021)7301: *Vejledning om streng beskyttelse af dyrearter af fællesskabsbetydning i henhold til habitatdirektivet*.
- Miljøstyrelsen, Vejledning nr. 48 (december 2020): *Habitatvejledningen*.

6.3 Litteraturliste

Litteratur:

- Pagh, Peter m.fl.: *Danmark og EU gennem 50 år – en milepæl*, Djøf Forlag, 1. udgave, 2023.
- Pagh, Peter & Thomas Haugsted: *Fast Ejendom – Regulering og køb*, Karnov Group, 4. udgave, 2022.
- Anker, Helle Tegner & Birgitte Egelund Olsen m.fl.: *Festskrift till Jan Darpö*, Iustus Förlag, 1. udgave, 2022.
- Munk-Hansen, Carsten: *Retsvidenskabsteori*, Djøf Forlag, 3. udgave, 2022.
- Pagh, Peter m.fl.: *Festskrift til Linda Nielsen*, Djøf Forlag, 1. udgave, 2022.
- Tvarnø, Christina D. & Ruth Nielsen: *Retskilder og retsteorier*, Djøf Forlag, 6. udgave, 2021.
- Blume, Peter m.fl.: *Skriftlig jura – den juridiske fremstilling*, Ex Tuto Publishing, 2. udgave, 2020.
- Olsen, Birgitte Egelund & Karsten Engsig Sørensen: *EU-retten i Danmark*, Djøf Forlag, 1. udgave, 2018.
- Fenger, Niels: *Forvaltningsret*, Djøf Forlag, 1. udgave, 2018.
- Basse, Ellen Magrethe: *Erhvervs miljøretten*, Djøf Forlag, 1. udgave, 2017.

Videnskabelige artikler og tidsskrifter:

- Pagh, Peter: *Tidsskrift for Miljø*, Årgang 2023, Nummer 2 (marts 2023).

- Brandt, Jacob: *Københavns Byrets kendelse af 12. december 2022 (MAD2022.231) om opsættende virkning af søgsmål i sag mod Miljø- og Fødevareklagenævnet om Fælledby på Amager*, bragt i MAD 2023.2.
- Basse, Ellen Magrethe & Peter Pagh: *Tidsskrift for Miljø*, Årgang 2021, Nummer 9 (september 2021).
- Pagh, Peter: *Kommentarer til Miljøretlig Forskningsportals domme og afgørelser frem til juli 2021*, bragt i MRF 2021B.2.
- Unavngivet forfatter: *KFE 2019.694, note 1*, i en kommentar til Miljø- og Fødevareklagenævnets afgørelse af 8. november 2019 (j.nr. 19/04667).

Rapporter mv.:

- Stemmeaftale af 25. juni 2022 mellem Regeringen (Socialdemokratiet), Venstre, Socialistisk Folkeparti, Radikale Venstre, Enhedslisten, Det Konservative Folkeparti, Dansk Folkeparti, Liberal Alliance, Alternativet og Kristendemokraterne: *Klimaftale om grøn strøm og varme 2022 ("Danmark kan mere II")*.
- Københavns Kommune, juni 2022: *Boligreddegørelsen 2022*.
- Miljøkonsekvensrapport: *"Vejlands Kvarter"*, SWECO PROJEKT NR. 60.9030.01 af 11. juni 2020 (https://mst.dk/media/220493/bilag-6-vejlands-kvarter_miljoekonsekvensrapport.pdf). Sidst besøgt 28. maj 2023.
- Danmarks Miljøundersøgelser (DMU), Rapport nr. 635 (2007): *"Håndbog om dyrearter på habitatdirektivets bilag IV"*.

Internetsider:

- Folketingets Ombudsmands "Myndighedsguiden", "Afgørelsesbegrebet". Ombudsmandens hjemmeside: (<https://www.ombudsmanden.dk/myndighedsguiden/generel-forvaltningsret/afgoerelsesbegrebet/>). Sidst besøgt 28. maj 2023.
- Miljøstyrelsens hjemmeside: Natura 2000 (<https://mst.dk/natur-vand/natur/natura-2000/>). Sidst besøgt 28. maj 2023.
- Mogens Lykketofts hjemmeside: Klimaindsatsen bremses og gøres kostbar af miljømyndighederne (<https://lykketoft.dk/klimaindsatsen-bremses-og-goeres-kostbar-af-miljoemyndighederne/>). Sidst besøgt 28. maj 2023.
- Energinets hjemmeside: Energinet forventer ekstra udgifter til Baltic Pipe (<https://energinet.dk/Om-nyheder/Nyheder/2021/10/01/Energinet-forventer-ekstra-udgifter-til-Baltic-Pipe/>). Sidst besøgt 28. maj 2023.

6.4 Afgørelsesregister

Afgørelser fra EU-Domstolen:

- EU-Domstolens afgørelse af 28. oktober 2021 i sag C-357/20, *Grand Hamster II*.
- EU-Domstolens afgørelse af 4. marts 2021 i de forenede sager C-473/19 og C-474/19, *Skydda Skogen*.
- EU-Domstolens afgørelse af 2. juli 2020 i sag C-477/19, *Grand Hamster*.
- EU-Domstolens afgørelse af 15. maj 2014 i sag C-521/12, *Briels m.fl.*

Dansk praksis:

Retspraksis:

- Østre Landsrets kendelse af 26. maj 2023 i sag BS-6487/2023-OLR. OBS: kendelsen er ikke inddraget i afhandlingen, jf. afgrænsningen i afhandlingens afsnit 1.3 *in fine*.
- Københavns Byrets kendelse af 12. december 2022 i sag BS-4114/2022-KBH, bragt i MAD 2022.231.
- Københavns Byrets dom af 27. oktober 2022 i sag BS-2819/2022-KBH.
- Københavns Byrets kendelse af 17. august 2021 i sag BS-28650/2021-KBH, bragt i MRF 2021.305.
- Højesterets dom af 24. april 2008 i sag 490/2006, bragt i UfR 2008.1653/1.
- Højesterets kendelse af 24. august 1994 i sag I86/1994, bragt i UfR 1994.823 H.

Administrativ praksis:

- Miljø- og Fødevareklagenævnets afgørelse af 13. marts 2023 (j.nr. 21/08109).
- Miljø- og Fødevareklagenævnets afgørelse af 14. december 2021 (j.nr. 21/05337 og 21/5338), bragt i MRF 2021.342.
- Planklagenævnets afgørelse af 14. december 2021 (j.nr. 21/03709, 21/03705, 21/03706 og 21/03708), bragt i MRF 2021.336.
- Miljø- og Fødevareklagenævnets afgørelse af 7. juli 2021 (j.nr. 21/05337 og 21/05338), bragt i MRF 2021.195.
- Planklagenævnets afgørelse af 7. juli 2021 (j.nr. 21/03705, 21/03706, 21/03708 og 21/03709), bragt i MRF 2021.172.
- Miljø- og Fødevareklagenævnets afgørelse af 31. maj 2021 (j.nr. 19/06805), bragt i MRF 2021.184.
- Planklagenævnets afgørelse af 22. januar 2021 (j.nr. 18/05771, 18/06444, 18/06750, 18/06752, 18/06751, 18/06775, 18/06777, 18/06776 og 18/06488).
- Miljø- og Fødevareklagenævnets afgørelse af 8. november 2019 (j.nr. 19/04667), bragt i KFE 2019.694.