

København 18. maj 2020

Håkun Djurhuus
Partner, Advokat (H)

T +45 72 27 33 44
djur@bechbruun.com

Sagsnr. 062898-0002 djur/sam/
Dok.nr. 23404788.1

Notat vedrørende opstilling af vindmøller ved Rendbæk Øst

1. Indledning

- 1.1 Dansk Vindenergi og Birkelse Gods ved godsejer Jørgen Skeel har anmodet mig om en retlig vurdering af mulighederne for at etablere en vindmøllepark ved Rendbæk Øst.

Projektet omfatter opstilling af 16 vindmøller med en kapacitet på 3,6-4,3 MW med en total højde på op til 150 meter og med en rotordiameter på 126/136 m.

Ved gennemførelsen af projektet nedtages og fjernes 12 eksisterende vindmøller, som allerede står i området i dag. Disse vindmøller erstattes af de nye mere effektive vindmøller.

Det berørte areal grænser op til naturområdet Store Vildmose, der er et Natura 2000-område (nr. 12/habitatområde 12).

- 1.2 En offentlig debat blev iværksat i januar/februar måned 2015. På baggrund af høringsvar fra borgere og andre myndigheder blev det besluttet at igangsætte planlægning for projektet.

For at virkeliggøre projektet blev der tilvejebragt et plangrundlag i form af Jammerbugt Kommunes forslag til lokalplan nr. 23-008 og Kommuneplantillæg nr. 15. Herudover er der udarbejdet helhedsplaner, senest helhedsplan 17 og forslag til tillæg nr. 15 for Vindmøller ved Rendbæk Øst.

- 1.3 Jammerbugt Kommune har udarbejdet, senest i udgave januar 2019, en miljørapport indeholdende Vurdering af Virkninger på Miljøet (VVM). Herunder medvirkede bl.a., for så vidt angår natur- og miljøforhold – Dansk Bioconsult ApS.

VVM-rapporten/miljørapporten er redigeret af landskabsarkitektfirmaet Urland ApS.

- 1.4 Området Rendbæk Øst er som anført udpeget som vindmølleområde i Jammerbugt Kommuneplan; Helhedsplan 17. Området er ligeledes udpeget af Staten, ved Naturstyrelsen, som et muligt område for opstilling af op til 250 meter høje serie-O-møller.

Forud for udarbejdelsen af VVM-rapporten blev der i perioden 2015-2016 gennemført en omfattende fugleundersøgelse i nærområdet for opstilling af vindmøllerne. Undersøgelsen omfattede bl.a. hele 25 dages konkrete observationer i nærområdet, og på baggrund af undersøgelsen er fuglenes træk mønstre og forekomst blevet kortlagt. Herunder er der observeret for tilstedeværelse af ørne. De omfattende observationsundersøgelser er suppleret med oplysninger fra "DOF-basen".

Der befinder sig, i en afstand af 3,4 kilometer fra den nærmeste planlagte mølle (den nordøstligste mølle beliggende umiddelbart syd for Blokhushvej) en ørnerede, der tidligere har været benyttet af et kongeørnepar, der har ynglet fra reden.

Så vidt vides er reden nu alene beboet af en hanørn, og der er således ikke længere ynglet i reden.

På den her beskrevne baggrund har der i forbindelse med de foretagne fugleundersøgelser været fokus på den teoretiske risiko for at kongeørnen påføres skade som følge af opstilling af de planlagte vindmøller. Kongeørn er på listen (bilag 1) til EU's Fuglebeskyttelsesdirektiv. Formålet med direktivet er at sikre, at der overvejes særlige beskyttelsesforanstaltninger i tilknytning til de truede fuglearter, der nyder beskyttelse under Fuglebeskyttelsesdirektivet, alt med henblik på at disse truede arter kan overleve og formere sig i deres udbredelsesområde.

2. Faglige vurderinger af retlig relevans for meddelelse af de fornødne tilladelser

2.1 Jammerbugt Kommunes VVM-redegørelse januar 2019 for vindmølleprojektet ved Rendbæk Øst:

I indledningen til rapporten er det fremhævet, at der i Energiaftalen af juni måned 2018, af et politisk flertal i Folketinget, er fastsat et vigtigt og overordnet mål, hvorefter andelen af den vedvarende energiproduktion på nationalt plan skal øges for at nedbringe CO₂-udledningen, og for at sikre uafhængighed af fossile brændstoffer og dermed en større (selv-)forsyningsikkerhed. Etableringen af vindmølleparken er således af konkret betydning for den samlede nationale energipolitik. Vindmølleparken vil kunne dække elektricitetsforbruget for godt 47.000 husstande, og der er derfor tale om et - også i national sammenhæng – væsentligt klimaprojekt. Disse forhold vil skulle indgå i myndighedsafgørelsens afvejning af saglige og lovlige hensyn.

Det fremgår af VVM-redegørelsen (miljøkonsekvensrapporten), at eftersom den nordøstligste mølle (nr. 8) er placeret tæt på grænsen til et EU-habitatområde (Store Vildmose), er der i forbindelse med rapporten gennemført en særskilt konsekvensvurdering i forhold til de beskyttede områder, herunder med fokus på arter beskyttet af bilag IV, herunder bl.a. flagermus.

Det fremhæves i rapporten – af betydning for beskyttelsesbehovet i forhold til habitatreglerne og Fuglebeskyttelsesdirektivet – at alle vindmøllerne opføres på dyrkede markarealer, som har været i omdrift i en lang årrække. Ørne fouragerer typisk ikke på dyrkede arealer. Der etableres ikke vindmøller i mose- eller naturområderne øst for mølleområdet, som vil udgøre et typisk foretrukket fourageringsområde for ørne.

Der er en afstand på ca. 100 meter fra Natura 2000-området til den af de 16 møller, der ligger nærmest Natura 2000-området.

Det anføres konkluderende i rapporten på side 204, at:

”Den samlede vurdering er, at udpegningsgrundlagene ikke vil blive påvirket af mølleprojektet”.
(Understreget her).

I relation til habitatdirektivets bilag IV over beskyttede arter er det noteret, at der i området findes flere arter af flagermus. Langt hovedparten af disse findes ved vindmølle nr. 11. Det konkluderes, at anlægget vil kunne medføre et lejlighedsvist tab af individer. Ansøger har tilkendegivet, at ansøger vil være indstillet på at udtage den pågældende vindmølle af planlægningen for at imødegå problemer for flagermus.

Det fremgår af rapportens side 214, at der er gennemført en omfattende fugleundersøgelse i nærområdet omkring de planlagte vindmøller. Undersøgelsen blev påbegyndt i maj 2015 og afsluttet i marts 2016. Undersøgelsen omfatter 25 dages observationer indenfor perioden. Der er rapporteret observationer af bl.a. havørn og kongeørn.

Det anføres herom bl.a., at:

”Havørn og Fiskeørn blev begge kun set med et enkelt individ, hvilket tyder på, at de ikke har særligt brug for området. Kongeørn sås overvejende øst for mølleområdet og ingen kom ind i selve mølleområdet. Et par kongeørne har etableret en rede i ca. 3,4 km afstand af nærmeste vindmølle, men på baggrund af observationerne og registreringerne i fugleundersøgelser, virker det ikke som om de ofte bruger eller har brug for området. De blev ikke set i selve mølleområdet under fugleundersøgelsen.” (Understreget her).

Det statslige testcenter for vindmøller i Østerild Plantage, var også underkastet en VVM-redegørelse og miljøvurdering i forbindelse med planlægningen for udvidelsen af dette i 2017. Der er også ørneforekomster i nærheden af dette statslige vindmøllecenter, endda i en afstand på kun ca. 1,6 km. Ved vurderingerne i forhold til testcentret i Østerild Plantage blev det konkluderet, at kollisionsrisikoen er ganske lav, og at potentielle negative påvirkninger af undersøgte fuglearter i området sandsynligvis er begrænset. Så vidt vides er der ikke forekommet kollisioner mellem de noget større vindmøller i Østerild Plantage (op til 250 m højde) og ørnefugle.

Det fremhæves i rapporten, at selvom der har været et betydeligt antal vindmøller i Danmark i en lang årrække er der intet kendskab til at nogen kongeørn nogensinde skulle være blevet dræbt af en vindmølle i Danmark. Det anføres i rapporten konkluderende (side 218), at:

"Som nævnt har et par kongeørne etableret en rede i ca. 3,4 km afstand til mølleområdet, men de er ikke set i selve mølleområdet under fugleundersøgelsen, og området virker ikke vigtigt for dem. Kollisioner mellem vindmøller og kongeørne er i øvrigt meget sjældne, og der er endnu ikke rapporteret som sådanne hændelser i Danmark. Den tyske anbefaling for afstand til en rede overholdes."

Det vurderes i rapporten samlet, at kollisionsrisikoen for fugle er begrænset. I den samlede konklusion (side 226) konkluderes det, at projektet ikke er i strid med habitatdirektivet, og:

"Samlet vurderes det, at hverken naturtyper eller arter vil blive væsentligt påvirket af projektet. Den samlede konklusion er derfor, at projektet ikke vil medføre væsentlige påvirkninger på naturtyper og beskyttede arter, herunder arter på udpegningsgrundlag for de nærmeste Natura-2000 områder." (Understreget her).

2.2 Høringssvar fra Miljøstyrelsen:

Miljøstyrelsen har den 1. februar 2019 afgivet høringssvar, og har suppleret dette med besvarelse af forespørgsel fra Jammerbugt Kommune, den 22. november 2019.

Fokus har været rettet mod den kongeørnerede, der er beliggende 3,4 km fra den nærmeste planlagte vindmølle.

Miljøstyrelsen anfører, at reden siden 2015 skulle have været fast yngleplads for et par kongeørne.

På baggrund af senere observationer vurderes det imidlertid nu, at der ikke længere er tale om en yngleplads, idet alene hannen synes at være til stede i redeområdet.

Miljøstyrelsens vurdering, der ikke indeholder nogen kildeangivelser, er bl.a., at:

"Det er velkendt fra udlandet (bl.a. Norge og Spanien), at store rovfugle som havørn og kongeørn har stor risiko for at kolliderer med vindmøller ..."

Det anførte er i strid med VVM-redegørelsen og dennes detaljerede kildeangivelser, der entydigt konkluderer, at kollisionsrisikoen er meget ringe i forhold til kongeørn. De nævnte erfaringer fra Norge og Spanien er som nævnt uden kildeangivelse, men vedrører formentligt havørne i Norge og andre ørnefugle i Spanien. Henvisningen til Norge vedrører formentligt området ved Smøla, hvor vindmøller blev placeret i et helt centralt område for havørne. Der er både fra udlandet og fra Danmark erfaring for, at havørne har væsentligt større risiko for at kolliderer med vindmøller end kongeørne. Henvisningen til Spanien kan vedrøre fuglenes trækrute ved Gibraltar, hvor andre typer

trækkende ørnefugle er blevet ramt. Ingen af disse henvisninger er relevante for denne sag, og kan derfor ikke fagligt begrunde særligt skærpede afstandskrav til kongeørne

I høringsvaret af 1. februar 2019 anfører Miljøstyrelsen vedrørende det nærtliggende Natura 2000-område, bl.a. at:

"If. Natura 2000 har vi ingen bemærkninger til det ansøgte projekt, da vi ikke forventer, at projektet vil medføre en væsentlig påvirkning på det nærtliggende Natura 2000-område nr. 12, "Store Vildmose"." (Understreget her).

Denne væsentlige konklusion er kommunen og bygherre enige med Miljøstyrelsen i. Konklusionen er identisk med kommunens habitatscreeningskonklusion, og konklusionen indebærer, at der ikke skal udarbejdes en egentlig habitatkonsekvensvurdering.

På baggrund af Miljøstyrelsens høringssvar spurgte Jammerbugt Kommune herefter Miljøstyrelsen om, hvorvidt Miljøstyrelsen mener, at vedtagelse af kommuneplantillæg nr. 15 med tilhørende lokalplan er habitatstridigt, henholdsvis hvorvidt Miljøstyrelsen mener, at mølleopstillingen er i strid med bestemmelserne i fuglebeskyttelsesdirektivet. Kommunen henledte i denne forbindelse specifikt Miljøstyrelsens opmærksomheden på, at kongeørnereden er etableret udenfor – og godt 11 km fra – fuglebeskyttelsesområdet.

Det noteres, at Miljøstyrelsen ikke svarede direkte på kommunens konkrete spørgsmål, men alene anførte, at "... placeringen af vindmølle nr. 11, trods foreslåede afværgetiltag, forener sig dårligt med beskyttelsen af bilag IV-arten Damflagermus."

For så vidt angår kongeørnen, anførte Miljøstyrelsen, at det følger af Fuglebeskyttelsesdirektivets artikel 4, stk. 4, at "... medlemsstaterne skal bestræbe sig på at undgå forringelse af levesteder også udenfor fuglebeskyttelsesområder ...".

Heller ikke her svarer Miljøstyrelsen på spørgsmålet fra Jammerbugt Kommune, idet Miljøstyrelsen fastholder, "... sin vurdering af, at opstilling af vindmøller 3,5 km fra reden er problematisk, da negative påvirkning af bestanden ikke vil kunne udelukkes."

Besvarelsen ses i øvrigt at være baseret på en antagelse af, at der stadig er ynglende kongeørne i reden, hvilket efterfølgende observationer tyder på ikke er tilfældet.

Da Miljøstyrelsen den 22. november 2019 ikke svarer på Jammerbugt Kommunes direkte forespørgsel om, hvorvidt de anser projektet for at være habitatstridigt, må det lægges til grund, at Miljøstyrelsen ikke anser forholdet for at være habitatstridigt.

Det er væsentligt at bemærke, at Miljøstyrelsens høringssvar ikke er et veto mod projektet, og Jammerbugt Kommune har derfor myndighed til at vedtage plangrundlaget på det foreliggende grundlag. Miljøstyrelsen er i så henseende alene høringsmyndighed, og den juridiske kompetence til at træffe afgørelse tilkommer ifølge loven kommunen.

Såfremt Miljøstyrelsen havde ønsket at nedlægge veto mod projektet, skulle dette være sket via involvering af Erhvervsstyrelsen. Erhvervsstyrelsen foretager den vigtige afvejning af projektets fordele og ulemper ud fra en samfundsmæssig synsvinkel. Denne afvejning er derfor ikke foretaget fra statens side. Jammerbugt Kommune har derfor selv beføjelse til at konkludere, at projektets klimamæssige og øvrige miljømæssige fordele (CO²-fri energiproduktion) vejer tungere end Miljøstyrelsens høringssvar.

2.3 Orbicons notat af 24. februar 2020 om "Vurdering af sikkerhedszone omkring kongeørnerede":

Orbicons notat er rekvireret af bygherren og udarbejdet af projektleder Henrik Skovgaard og kvalitetssikret af cand.scient. i terrestrisk biologi Erik Mandrup Jacobsen, der er specialist i bl.a. ornitologiske undersøgelser.

Notatet samt de to nævnte eksperters CV vedlægges dette notat som **bilag 1**. Notatet er bl.a. baseret på data fra DOF-basen – udtaget 19. februar 2019 og på en række udenlandske anbefalinger og undersøgelsesrapporter, herunder bl.a. rapporter fra Tyskland, Sverige og Skotland. Det fremgår af rapporten, at kongeørneparret etablerede sig i området i 2015, men at parret alene i 2016 har udruget en flyvefærdig unge.

Det fremhæves, at der er usikkerhed om, hvorvidt reden i 2019 har været beboet af et par eller alene af hannen. Orbicon antager, at det formentlig kun er hannen, der er tilbage i området på nuværende tidspunkt.

Notatet inddrager en undersøgelse udarbejdet af DCE, Nationalt Center for Miljø- og Energi ved Aarhus Universitet i relation til det statslige testcenter for vindmøller, beliggende i området (Østerild Plantage). I hovedkonklusionen fra Aarhus Universitet anføres det, at:

"Hensynet til fugle og flagermus kan sandsynligvis forenes med et stort teknisk anlæg som det nationale testcenter for fremtidens vindmøller. Den nye undersøgelse har ikke vist, at vindmøllerne i Østerild Klitplantage påvirker fugle i området negativt og bekræfter tidligere års undersøgelser."

Det fremgår i øvrigt, at der i Østerild findes en havørnerede blot 1 km fra vindmøllerne. Reden er blevet bygget efter opførelsen af vindmølleparken. Efterfølgende har Staten i 2017 vedtaget en udvidelse af testområdet, hvor man har accepteret, at afstanden til havørnens rede fra det udvidede mølleareal er mindre end 1,6 km, hvorefter det i notatet fra Orbicon konkluderes, at:

"I Statens egen planlægning, er der således ikke stillet restriktive afstandskrav fra vindmøller til store ørnes rede på op til 6 km [den afstand som Miljøstyrelsen i denne sag plæderer for – HD]. Havørn er ligesom kongeørn opført på fuglebeskyttelsesdirektivets bilag 1."

Det må antages, at Miljøstyrelsen også har været høringsspart i forbindelse med vedtagelsen af plangrundlaget og miljøvurderingerne i forhold til det statslige testcenter.

Det fremgår af notatet, at der i Tyskland i forhold til kongeørn og havørn anbefales et afstandskrav på 3 km. fra rede til nærmeste vindmølle. I Sverige anbefales der en minimumsafstand på 2-3 km. på baggrund af samme forskningsgrundlag som de tyske krav påberåber sig.

Det anføres i notatet videre, at:

"I både den tyske og svenske anbefaling fremgår det endvidere, at minimumsafstanden kan øges op til 6000 meter, hvis der er særlige lokale forhold, der fordrer en udvidet beskyttelseszone. Her nævnes specifikt hyppigt brugte jagtrevirer, rasteområder og andre hyppigt besøgte områder i en zone fra 3-6 km. fra redestedet." (Understreget her).

I denne sag foreligger der ikke sådanne særlige lokale forhold, jf. også observationsgrundlaget anført ovenfor.

Orbicon konkluderer på side 7 i notatet følgende:

"Det er Orbicon WSP's vurdering, at der i dette projekt er foretaget de nødvendige undersøgelser og dokumentation for, at der ikke er behov for en udvidet beskyttelseszone på 6 km. omkring redestedet som krævet af Miljøstyrelsen. Orbicon WSP anerkender behovet for at minimere kollisionsrisikoen for en endnu relativt sjælden ynglefugl i Danmark, der er opført på EU Fuglebeskyttelsesdirektivets bilag 1, jf. Miljømålslovens § 36, men erfaringerne fra Danmark og praksis for beskyttelsen i nabolande giver efter vores mening ikke anledning til særligt skærpede afstandskrav til det planlagte vindmølleprojekt.

Med de anvendte data, erfaringer fra andre lande og generelle anbefalinger fra litteraturen er det vores vurdering, at Miljøstyrelsens meget restriktive forsigtighedsprincip for beskyttelse af fugle på Fuglebeskyttelsesdirektivet på arealer udenfor et EU-fuglebeskyttelsesområde, i denne sag ikke er tilstrækkeligt fagligt begrundet. Det vurderes således, at sikkerhedsafstanden til den normale standard på 3000 meter er tilstrækkelig i forbindelse med dette projekt." (Understreget her).

3. Retlige forhold

- 3.1 Det nærmeste udlagte fuglebeskyttelsesområde er Ulvedybet og Nibe Bredning, der ligger ca. 11 km. syd for mølleområdet. Fokus rettes derfor naturligt navnlig mod mulige væsentlige påvirkninger i habitatområdet H12; Store Vildmose.
- 3.2 De kompetente myndigheder skal administrere de såkaldte "*Natura 2000-områder*" på grundlag af reglerne i habitatdirektivet (Rd 92/43). Habitatdirektivet er i alt væsentligt inkorporeret i dansk ret – for så vidt angår planlovens område – ved bekendtgørelse nr. 1383/2016, den såkaldte "*Planhabitatbekendtgørelsen*".

Den centrale bestemmelse i habitatdirektivet er artikel 6, stk. 3. Bestemmelsen indeholder et væsentlighedskriterium, jf. ordlyden:

"Alle planer eller projekter, der ikke er direkte forbundet med eller nødvendige for lokalitetens forvaltning, men som i sig selv eller i forbindelse med andre planer og projekter kan påvirke en sådan lokalitet væsentligt ...".

Det følger af praksis, at også aktiviteter udenfor habitatområdet, som kan have en væsentlig negativ påvirkning af forholdet i området, er omfattet af reguleringen.

Det kan konstateres, at Natura 2000-området Store Vildmose ikke er udpeget som fuglebeskyttelsesområde. Herudover kan det konstateres, at tilstedeværelse af kongeørn ikke udgør udpegningsgrundlaget for Natura 2000-området; Store Vildmose.

En række myndighedsafgørelser er gennem tiden i praksis blevet tilsidesat, fordi myndighederne ikke har godtgjort, at man har forholdt sig til de mulige skadevirkninger i forhold til habitat- og fuglebeskyttelsesområder.

I denne sag kan det imidlertid i så henseende lægges til grund, at Jammerbugt Kommune i VVM- og Miljøvurderingsrapporten af januar 2019 i afsnit 5 både har beskrevet og konkret har forholdt sig til vindmølleprojektets mulige påvirkning af naturbeskyttelsesinteresserne, herunder for så vidt angår fugle og flagermus.

Det konkluderes således i rapporten på side 226, at:

"Samlet vurderes det, at hverken naturtyper eller arter vil blive væsentligt påvirket af projektet. Den samlede konklusion er derfor, at projektet ikke vil medføre væsentlige påvirkninger på naturtyper og beskyttede arter, herunder arter på udpegningsgrundlag for de nærmeste Natura-2000-områder."

Kommunen har altså foretaget den første screening; Væsentlighedsvurderingen jf. planhabitatbekendtgørelsens § 3, og screeningskonklusionen bevirker, at Jammerbugt Kommune ikke skal foretage en egentlig habitatkonsekvensvurdering.

Det fremhæves, at Miljøstyrelsen, trods Jammerbugt Kommunens konkrete opfølgende forespørgsel, ikke har tilkendegivet, at etablering af vindmølleparken udenfor Natura 2000-området skulle være i strid med habitat- eller fuglebeskyttelsesreguleringen, herunder den fællesskabsretlige beskyttelse. Hertil kommer, at en række øvrige faglige kilder, udover VVM- og Miljøvurderingsrapporten, afkræfter at der skulle være nogen væsentlig påvirkning i forhold til Natura 2000-området.

Den i planhabitatbekendtgørelsens § 3, stk. 1 nævnte VVM-redegørelse er som anført udarbejdet.

I henhold til planhabitatbekendtgørelsens § 2, stk. 2, nr. 3 fremhæves det, at bestemmelsen forbyder etablering af vindmølleklynger og parker i habitatområderne. I denne sag etableres vindmølleparken imidlertid udenfor habitatområdet.

Det i habitatdirektivet nævnte væsentlighedskriterium fremgår naturligvis også af den danske implementering, i dette tilfælde planhabitatbekendtgørelsens § 3, stk. 1. Det fremhæves i øvrigt, at Jammerbugt Kommune er myndighed både i forhold til kommuneplantillægget, lokalplanen og meddelelsen af VVM-tilladelsen.

3.3 Relevant praksis vedrørende sammenlignelige sager:

Højesteret prøvede i sagen om *"Taasinge Vindmøller"* (UfR 2012.3527H) lovligheden af en kommunes afgørelser vedrørende opstilling af to vindmøller på Taasinge).

De to møller skulle opstilles ca. 600 meter syd for et Natura 2000-område (EF-habitatområde nr. 111, EF-fuglebeskyttelsesområde nr. 71, og Ramsar-område nr. 17). Der blev, som i denne sag, foretaget en foreløbig vurdering (screening) af vindmølleplanlæggets mulige påvirkning af de nærliggende beskyttelsesområder. Der blev, som i denne sag, udarbejdet en VVM-redegørelse, ligesom der blev vedtaget et kommuneplantillæg. Herudover blev der, som i denne sag, vedtaget en lokalplan for vindmølleområdet, der, som i denne sag, afløste et antal ældre møller. I den pågældende sag fandt Naturklagenævnet på baggrund af VVM-redegørelsens oplysninger ikke anledning til at underkende kommunens faglige vurdering af, at planlægningen af det vedtagne projekt med opstilling af 2 store vindmøller og samtidig nedtagning af 11 eksisterende vindmøller, ikke ville påvirke det nærliggende Natura 2000-område væsentligt. Om gældende ret anførte Højesteret i sine præmisser bl.a.:

"Det følger af retspraksis om fortolkningen af denne bestemmelse, at det er en betingelse for, at der skal udarbejdes en habitatkonsekvensvurdering, at der er en sandsynlighed eller risiko for, at planen eller projektet påvirker den omhandlede lokalitet væsentligt."

Højesteret anførte videre, at

"Efter de foreliggende oplysninger, herunder det, som er anført i VVM-redegørelsen og Svendborg Kommunes udtalelser til Naturklagenævnet, har Højesteret ikke grundlag for at tilsidesætte Naturklagenævnets bedømmelse, hvorefter der i VVM-redegørelsen alene er foretaget en foreløbig vurdering (screening) af den planlagte vindmølleplanlæggets mulige påvirkning af beskyttelsesområderne og ikke i en habitatkonsekvensvurdering, jf. bl.a. artikel 6, stk. 3, i habitatdirektivet."

Naturklagenævnet, og derigennem indirekte kommunen, blev følgelig frifundet.

I en afgørelse fra Energiklagenævnet vedrørende havvindmøller ved Rødsand (MAD2009.585EKM) blev en tilladelse til en vindmøllepark med 90 vindmøller af 150 meters højde grænsende op til et fuglebeskyttelsesområde stadfæstet, da påvirkningen af fugle ikke fandtes at være væsentlig, da der var væsentlige samfundsmæssige hensyn (placering var fastlagt ved energipolitisk aftale) og under hensyntagen til at en alternativ placering ville berøre andre hensyn væsentligt, stadfæstet.

-000-

Ved en Naturklagenævnsafgørelse gengivet i MAD2009.531NKN var der udarbejdet et kommuneplantillæg med tilhørende VVM-redegørelse og lokalplan for en vindmøllepark med 5 vindmøller med en total højde på 130 meter. I sagen var der redegjort for, at møllerne ikke vurderedes at påvirke hverken naturtyper og arter i de nærliggende habitatområder mod nord og syd eller arter i de nærliggende habitatområder mod nord og syd, bilag IV-arter eller træfugle og rastefugle. Også denne sag blev afgjort med den begrundelse, at Nævnet ikke fandt grundlag for at underkende kommunens faglige vurderinger, hvorefter projektet ikke fandtes at ville påvirke Natura 2000-områderne væsentligt.

-000-

I en Højesteretsdom gengivet i MAD2009.1612H var der tale om opstilling af nye erstatningsmøller ved Kyndby Værket. Det drejede sig om opstilling af 2 150 meter høje havvindmøller nær et Natura 2000-område.

Også i den pågældende sag forelå der en VVM-redegørelse, der i relation til det nærtliggende habitatområde konkluderede, at projektet hverken ville påvirke habitatområdets naturtyper eller beskyttede arter (bilag IV-arter) udenfor området. Nævnet fandt ikke grundlag for at tilsidesætte de faglige skønsmæssige vurderinger i VVM-redegørelsen.

-000-

Der foreligger en række ligeartede afgørelser, herunder en nyere afgørelse fra Miljø- og Fødevareklagenævnet gengivet MAD 2017.375.MFK.

- 3.4 Bekendtgørelse nr. 1383 af 26. november 2016 (Planhabitatbekendtgørelsen) vedrører, som nævnt, administration af planloven i forbindelse med internationale naturbeskyttelsesområder.

De af sagen omhandlede forhold er herudover reguleret i den såkaldte habitatbekendtgørelse; Bekendtgørelse nr. 1595 af 6. december 2018, der vedrører udpegning og administration af internationale naturbeskyttelsesområder samt beskyttelse af visse arter. Også denne bekendtgørelse implementerer habitatdirektivet, herunder direktivets artikel 6, stk. 3, der er central for vurderingen af denne konkrete sag. Det internationale naturbeskyttelsesområde Store Vildmose (H12) fremgår af bilag 1 og bilag 2 til denne bekendtgørelse.

De retlige forhold er herudover bl.a. beskrevet i Europa-Kommissionens vejledning om Forvaltning af Natura 2000-områder, Habitatdirektivets artikel 6 og den nugældende danske vejledning til bekendtgørelse nr. 408 af 1. maj 2007, af juni 2011. En ny og opdateret vejledning vedrørende Habitatbekendtgørelsen foreligger pt. i udkast.

Af den nugældende vejlednings pkt. 5.9.2 anføres det om "væsentlighedsbegrebet" i direktivet, at genstanden for væsentlighedsvurderingen er Natura 2000-områdets udpegningsgrundlag.

Det fremgår af sagen, at i hvert fald kongeørnen ikke er en del af udpegningsgrundlaget i denne sag.

Det anføres i vejledningen videre, at:

"Det er en væsentlig påvirkning af Natura 2000-området, hvis en plan eller et projekt risikerer at skade bevaringsmålsætningen for det pågældende Natura 2000-område, jf. EU-Domstolens Muslingedom (C-127/02)." Dette er ikke tilfældet i denne sag.

- 3.5 Der foreligger i denne sag ikke noget grundlag for at tilsidesætte Jammerbugt Kommunes skønsudøvelse i forbindelse med de faglige vurderinger i VVM-redegørelsen/Miljørapporten. Vurderingerne bakkes tværtimod op i den nye Orbicon-rapport, og af en række udenlandske undersøgelsesrapporter, henholdsvis praksis i andre EU-lande. Miljøstyrelsen har ikke udtalt, at projektets gennemførelse vil indebære en krænkelse af habitatdirektivet eller fuglebeskyttelsesdirektivet, endsize risiko for væsentlig negativ påvirkning.

Udover udenlandsk praksis, herunder den tyske praksis om et afstandskrav på 3 km, og den svenske praksis om et afstandskrav på 2-3 km, kan det endvidere anføres, at Staten som bygherre i forhold til udvidelsen af forsøgsvindmølleområdet i Østerild, hvor der ligeledes er ørneforekomster, ikke har vurderet, at dette skulle være i strid med de internationale beskyttelsesregler.

Som ovenfor anført, foreligger der ikke noget statsligt veto, og Jammerbugt Kommune har derfor kompetence til at vedtage plangrundlaget for projektet på det nu foreliggende grundlag.

4. Konklusioner

- 4.1 Det berørte areal grænser op til naturområdet Store Vildmose, der er et Natura 2000-område (nr. 12/habitatområde 12).

Dette indebærer, at Jammerbugt Kommune, som er den kompetente myndighed, skal vurdere, hvorvidt projektet i sig selv, eller i forbindelse med andre planer og projekter, kan påvirke Natura 2000-området væsentligt med hensyn til projektets virkninger på Natura 2000-området, herunder bevaringsmålsætningerne for området. Dette følger af habitatdirektivets artikel 6, stk. 3.

Grundlaget for den konkrete, forvaltningsmæssige, skønsudøvelse fra Jammerbugt Kommunes side, er, jf. pkt. ovenfor, navnlig følgende:

- A. VVM-redegørelsen/miljøkonsekvensrapporten, side 204, konklusion: "Den samlede vurdering er, at udpegningsgrundlagene ikke vil blive påvirket af mølleprojektet."

I rapportens samlede konklusion (side 226) er det konkluderende anført, at projektet ikke er i strid med habitatdirektivet:

"Samlet vurderes det, at hverken naturtyper eller arter vil blive væsentligt påvirket af projektet. Den samlede konklusion er derfor, at projektet ikke vil medføre væsentlige påvirkninger på naturtyper og beskyttede arter, herunder arter på udpegningsgrundlag for de nærmeste Natura-2000-områder."

- B. Miljøstyrelsens høringsvar af 1. februar 2019 for så vidt angår det nærtliggende Natura 2000-område:

"Ifølge Natura 2000 har vi ingen bemærkninger til det ansøgte projekt, da vi ikke forventer, at projektet vil medføre en væsentlig påvirkning på det nærtliggende Natura 2000-område nr. 12, "Store Vildmose"."

Det bør for fuldstændighedens skyld nævnes, at Miljøstyrelsen anførte, at:

"... placeringen af vindmølle nr. 11, trods foreslåede afværgetiltag, forener sig dårligt med beskyttelsen af bilag IV-arten Damflagermus".

Vindmølleopstiller er indstillet på, om nødvendigt, at udtage denne mølle nr. 11 af projektet.

Jammerbugt Kommune har udtrykkeligt spurgt Miljøstyrelsen, hvorvidt Miljøstyrelsen fandt, at vedtagelse af kommuneplan tillæg nr. 15 med tilhørende lokalplan ville være habitatstridigt.

Miljøstyrelsen har ikke anført, at dette skulle være tilfældet. Miljøstyrelsen har ikke nedlagt veto mod projektet. Af samme årsag er Erhvervsstyrelsen ikke blevet inddraget.

- C. Orbicons notat af 24. februar om "Vurdering af sikkerhedszone omkring kongeørnerede":

Miljøstyrelsen har i en e-mail, der ikke udgør noget juridisk dokument (forvaltningsretlig afgørelse), udtrykt ønske om en beskyttelseszone på 6 km fra redestedet for den enlige kongeørn.

Orbicon konkluderer herom:

"Det er Orbicon WSP's vurdering, at der i dette projekt er foretaget de nødvendige undersøgelser og dokumentation for, at der ikke er behov for en udvidet beskyttelseszone på 6 km omkring redestedet ..."

På baggrund af en række udenlandske undersøgelser og anbefalinger vurderer Orbicon konkluderende, at sikkerhedsafstanden svarende til den normale standard på 3000 m "...er tilstrækkelige i forbindelse med dette projekt." Kongeørnereden befinder sig i en afstand af 3000 m fra projektet.

I forbindelse med et endnu større vindmølleprojekt – det statslige testcenter ved Østerild Plantage – udtalte Aarhus Universitets "Nationalt Center for Miljø- og Energi", at:

"Hensynet til fugle og flagermus kan sandsynligvis forenes med et stort teknisk anlæg som det nationale testcenter for fremtidens vindmøller. Den nye undersøgelse har ikke vist, at vindmøllerne i Østerild Klitplantage påvirker fugle i området negativt og bekræfter tidligere års undersøgelser."

I det pågældende område er der en bestand af havørne.

4.2 Konklusioner:

4.2.1 Der foreligger et sædvanligt og forsvarligt grundlag for Jammerbugt Kommunes endelige forvaltningsmæssige skøn over, hvorvidt vindmølleprojektet – eventuelt uden mølle nr. 11 – kan påvirke Natura 2000-området væsentligt.

4.2.2 Højesteret beskriver i afgørelsen UfR 2012.3527H retsstillingen i forhold til habitatdirektivets artikel 6, stk. 3., som følger:

"Det følger af retspraksis om fortolkningen af denne bestemmelse, at det er en betingelse for, at der skal udarbejdes en habitatkonsekvensvurdering, at der er en sandsynlighed eller risiko for, at planen eller projektet påvirker den omhandlede lokalitet væsentligt."

I den pågældende sag fandt Højesteret ikke anledning til at tilsidesætte det af Naturklagenævnet foretagne skøn:

"... hvorefter der i VVM-redegørelsen alene er foretaget en foreløbig vurdering (screening) af det planlagte vindmølleanlægs mulige påvirkning af beskyttelsesområderne og ikke i en habitatkonsekvensvurdering, jf. bl.a. artikel 6, stk. 3, i habitatdirektivet."

I Højesterets dom gengivet i MAD 2009.1612 H skulle der foretages habitatvurdering i forbindelse med opstilling af nye erstatningsvindmøller ved Kyndby Værket (2 stk. 150 m høje havvindmøller nær et Natura 2000-område).

I den indbragte afgørelse anførte Naturklagenævnet, at:

"Det fremgår af VVM-redegørelsen og et supplerende notat om det nærliggende habitatområde, at projektet hverken vil påvirke habitatområdets naturtyper eller beskyttede arter (bilag IV-arter) uden for området. Naturklagenævnet finder ikke grundlag for at ændre denne vurdering af, at vindmøllerne ikke vil påvirke de beskyttede arter eller det nærliggende internationale naturbeskyttelsesområde."

I den pågældende sag var der i en underrapport til VVM-redegørelsen en konklusion, hvorefter:

"Den samlede vurdering er, at opstilling af de 2 demonstrationsvindmøller og fjernelse af de 24 allerede eksisterende møller, som beskrevet i projektoplægget fra E2, næppe kan påvirke udpegningsgrundlaget for habitatområdet nr. 245, Kyndby Kyst."

I Højesterets dom anførtes det i præmisserne, konkluderende, at:

"Efter det, der er anført i regionplanforslaget og Hedeselskabets notat, har Naturklagenævnet vurderet, at vindmøllerne ikke ville påvirke beskyttede dyr og planter eller det nærliggende internationale naturbeskyttelsesområde. Der foreligger ikke oplysninger, der giver grundlag for at tilsidesætte denne bedømmelse."

Der henvises i øvrigt til praksis som gengivet ovenfor under pkt. 3.

Det kan herefter konkluderes, at der skal foreligge særlige grunde til at forkaste den relevante, nationale, myndigheds skønsmæssige vurdering af, hvorvidt et projekt kan påvirke, i dette tilfælde Natura 2000-området, væsentligt under hensyn til bevaringsmålsætningerne for lokaliteten.

Grundlaget i de fremhævede afgørelser har været den udarbejdede VVM-redegørelse.

4.2.3 Endelig konklusion:

Medmindre kommunen finder, at VVM-redegørelsen skulle være fejlagtig eller mangelfuld, vil kommunen på det foreliggende grundlag kunne godkende det foreliggende projekt, uden herved at compromittere habitatdirektivet, herunder habitatdirektivets artikel 6.

København, den 18. maj 2020

Håkun Djurhuus

Dette notat er sendt elektronisk og er derfor ikke forsynet med underskrift.