

København 13. november 2020

Håkun Djurhuus
Partner, Advokat (H)

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

Sagsnr. 062898-0002 djur/sra
Dok.nr. 24454305.1

Opfølgende (2) notat vedrørende opstilling af vindmøller ved Rendbæk Øst

1. Indledning

- 1.1 I ovennævnte sag har jeg tidligere afgivet en retlig vurdering vedrørende projektet den 18. maj 2020. Nærværende notat supplerer dette.
- 1.2 Advokatfirmaet Codex Advokater, Vejle, har den 18. september 2020 udarbejdet en juridisk vurdering stilet til Jammerbugt Kommune.
- 1.3 Siden udarbejdelsen af min oprindelige juridiske redegørelse er der på kommunens foranledning indhentet et notat vedrørende vurdering af de gennemførte fugle- og flagermusundersøgelser. Notatet er for Sweco udarbejdet af konsulent Simon Rosenkilde Waagner, der driver virksomheden Profus Naturrådgivning. Notatet er dermed udarbejdet af en underleverandør til Sweco og ikke af Sweco selv.
- 1.4 Birkelse Gods ved godsejer Jørgen Skeel og Dansk Vindenergi har indhentet et ornitologisk vurderingsnotat fra Orbicon WSP af 30. oktober 2020, et notat fra Dansk Bioconsult/Jan Durinck af 4. november 2020 samt et notat fra Niras af 9. november 2020, der kommenterer de sagkyndige vurderinger i Swecos notat. Disse faglige notater udgør bilag til nærværende juridiske notat.

Der er tale om væsentlige nye bilag i sagen.

Det nyeste materiale i sagen giver anledning til følgende overordnede, supplerende, bemærkninger:

2. De senest fremkomne sagkyndige vurderinger fra henholdsvis Sweco/Simon Rosenkilde Waagner, og WSP's kommenteringsnotat

- 2.1 Bemærkninger til Simon Rosenkilde Waagners notat:

Simon Rosenkilde Waagner vurderer, på trods af en afstand på ca. 11 km, at de nye vindmøller kan have en potentiel væsentlig negativ påvirkning på fugle i fuglebeskyttelsesområdet Ulvedybet og Nibe Bredning, ud over de normale udsving i bestandene. Denne vurdering er imidlertid ikke i overensstemmelse med Miljøstyrelsens vurdering, idet Miljøstyrelsen i deres indsigelse ikke har haft bemærkninger til behandlingen af fuglebeskyttelsesområdet i 11 km afstand, herunder den væsentlighedsvurdering, der ligger til grund for den foreløbige konsekvensvurdering.

Notatet anbefaler generelt yderligere undersøgelser på trods af, at det foreliggende undersøgelsesmateriale allerede er ganske omfattende, herunder i form af langvarige ornitologiske observationer i området.

- 2.2 Vindmølleopstiller har rekvireret WSP (Orbicon), Dansk Bioconsult/Jan Durinck og Niras til at forholde sig til Swecos ovennævnte kommenteringsnotat.

WSP's notat af 30. oktober 2020 supplerer det tidligere fra Orbicon WSP indhentede notat af 24. februar 2020 om *"Vurdering af sikkerhedszone omkring kongeørnerede"*, udarbejdet af projektleder Henrik Skovgaard og kvalitetssikret af cand.scient. i terrestrisk biologi, Erik Mandrup Jacobsen, der er specialist i bl.a. ornitologiske undersøgelser.

Herudover foreligger der en miljørapport vedrørende Vurdering af Virkninger på Miljøet (VVM) udarbejdet i januar 2019 af Jammerbugt Kommune med bistand fra landskabsarkitektfirmaet Urland ApS og Dansk Bioconsult ApS.

Området og projektet må derfor siges at være endog særdeles godt beskrevet i ornitologisk og habitatmæssig henseende.

Niras fastholder, at projektet ikke kan medføre væsentlig påvirkning på fuglebeskyttelsesområder, og at der dermed ikke er noget retligt grundlag for at udarbejde en fuld konsekvensvurdering. Niras støtter sig i denne vurdering til egne vurderinger/konklusioner, herunder de seneste undersøgelser, der dokumenterer, at fugle har mindre kollisionsrisiko end tidligere antaget.

Dansk Bioconsult/Jan Durinck skriver i deres notat, at de er uenige i Swecos vurdering om, at arter der raster i fuglebeskyttelsesområdet "Ulvedybet og Nibe Bredning", ca. 11 km fra vindmølleområdet, bliver væsentligt påvirket af vindmølleprojektet, og at de er uenige i præmissen om, at miljøbeskrivelserne ikke i tilstrækkeligt omfang har taget hensyn til fugle på udpegningsgrundlaget for EF-fuglebeskyttelsesområdet "Ulvedybet og Nibe Bredning". De påpeger desuden flere andre fejl, og afledte forkerte vurderinger i Swecos notat.

WSP har foretaget en meget grundig gennemgang af projektet og finder heller ikke, at der burde være foretaget en fuld Natura 2000-konsekvensvurdering, idet de ikke vurderer, at der sker en væsentlig påvirkning af fuglebeskyttelsesområdet i 11 km's afstand.

WSP vurderer, ligesom jeg, at der nu foreligger et fuldt tilstrækkeligt oplyst beslutningsgrundlag, der kan danne grundlag for meddelelse af de fornødne myndighedsgodkendelser.

Som anført i WSP's rapport på side 9 øverst, er der således i henhold til basisanalysen 2022-2027 konstateret en direkte fremgang for arter af svaner og gæs på udpegningsgrundlaget, på trods af det betydelige antal eksisterende vindmøller omkring fuglebeskyttelsesområdet F1 og Limfjorden generelt. Miljøstyrelsen har også vurderet, at der ikke er trusler for arternes fortsatte forekomst i fuglebeskyttelsesområdet (heller ikke i forhold til vindmøller).

Rapporten fra WSP konkluderer, at der ikke er grundlag for at gennemføre en fuld Natura 2000-konsekvensvurdering af projektet, idet der ikke er risiko for negative udsving i bestandstørrelser, der overstiger de naturlige udsving i forhold til de udpegede arter.

Det vurderes ligeledes, at der heller ikke er nogen kumulative effekter.

2.3 Codex Advokaters notat af 18. september 2020

Notatet forholder sig udelukkende til den enlige kongeørn, der er set ved en rede i en afstand af 3,4 km fra den nærmeste planlagte mølle. Det anføres i notatet, at der kunne være tale om en "ynglende kongeørn". Som anført i undertegnede's notat af 18. maj 2020 er der gennem en nu ganske lang periode ikke set nogen hunørn, eller nogle ørneunger, i området, og det må derfor lægges til grund, at der ikke er tale om et ynglende ørnepar, men derimod alene om en enlig hanørn.

I notatets afsnit 3 (den juridiske ramme) fokuseres der nu i væsentlig grad på fuglebeskyttelsesdirektivet (Europa-Parlamentet og Rådets Direktiv 2009/147/EF af 30. november 2009 om beskyttelse af vilde fugle).

Det fremgår af direktivets artikel 4, at beskyttelsesobjektet er de i bilag 1 til direktivet anførte fuglearter, hvorunder der tages hensyn til, hvorvidt der er tale om arter, der er følsomme over for bestemte ændringer af deres levesteder, eller arter, der anses for sjældne, fordi bestanden er ringe eller den lokale udbredelse begrænset (oprensningen er ikke udtømmende).

I denne sag fokuserer Codex, herunder i deres fremhævelse af praksis fra Planklagenævnet, bl.a. på ørnens "levesteder". I denne forbindelse citeres Planklagenævnet for i en afgørelse at have anført, at:

"Med levesteder menes både områder, hvor fuglene yngler [det er der ikke tale om i denne sag] og områder, som fuglene regelmæssigt gæster for at fælde fjer, raste eller overvintre [dette er der heller ikke tale om i denne sag]." (Hårde parenteser indsat af mig).

Codex Advokater refererer, loyalt, til en Naturklagenævnsafgørelse fra 2007, hvor Nævnet afviste, at det pågældende område var levested for en kongeørn i et tilfælde, hvor et kongeørnepar var set

i området, men ikke havde ynglet, og hvor det ikke var muligt at sige, om de ville gøre det i nærmeste fremtid.

I denne sag er der, som anført flere gange, tale om en enlig ørn, der i sagens natur ikke yngler.

Vindmølleområdet er således ikke et *"levested"* for ørnen, ligesom området, ifølge de omfattende ornitologiske observationer i området, ikke regelmæssigt gæstes af den enlige kongeørn: *"... for at fælde fjer, raste eller overvintre."*

Der henvises således til Orbicon WSP's ganske omfattende undersøgelser af ørnens fourageringsområde og den faste lokalitet, reden, der ligger ca. 3,4 km fra nærmeste vindmølle i projektet. Undersøgelserne viser, at vindmølleområdet ikke er et vigtigt fourageringsområde for ørnen, og at ørnen kun meget sjældent er set i området.

Det noteres, at Codex Advokater i deres sammenfattende vurdering erklærer sig enige i, at det på det foreliggende grundlag må antages, at den væsentlighedsvurdering, der indgår i miljørapporten, er tilstrækkelig.

Fokus retter sig herefter alene mod fuglebeskyttelsesdirektivet.

Der er ikke enighed om, at vindmøllearealet skulle være *"et levested for kongeørn"*. Dette er ikke påvist og da slet ikke i tilstrækkelig grad sandsynliggjort. Tværtimod viser Orbicon WSP's notat, at området ikke er vigtigt for kongeørnen.

Det er fortsat min og vindmølleopstillerens, henholdsvis dennes rådgivers, opfattelse, at det er relevant at forholde sig til erfaringerne fra det nærtliggende, statsligt drevne, vindmølletestområde, Østerild, hvor der også i området findes forekomster af ørne omfattet af fuglebeskyttelsesdirektivet, og hvorom der er gennemført en undersøgelse af Aarhus Universitet.

Codex Advokater citerer fra konklusionen i undersøgelsen om det statslige testcenter ved Østerild, at *"Vi anser den potentielt negative påvirkning for at være af midlertidig karakter."*

Der synes i forhold til Codex Advokater at være enighed om, at der er tale om en begrænset potentiel negativ og midlertidig virkning.

Codex Advokater fastholder imidlertid – i strid med foreliggende fakta – at der skulle være tale om *"sjældne ynglefugle"*, hvilket, som nævnt, ikke er tilfældet i denne sag. Der er tale om en enlig hanfugl.

Trods de forholdsvis nøgterne juridiske observationer fra Codex Advokater, der dog til dels anfægtes, jf. det umiddelbart ovenfor anførte, slutter Codex Advokater sin juridiske redegørelse med en anbefaling om, at kommunen bør træffe sin afgørelse alene baseret på de to kortfattede udtalelser fra Miljøstyrelsen, der fremkom henholdsvis den 25. januar 2019 og den 1. februar 2019, suppleret med en udtalelse af 22. november 2019. Disse udtalelser er ikke baseret på nærmere

ornitologiske undersøgelser, men alene på Miljøstyrelsens søgning i den offentlige DOF base, og der er vel at mærke tale om udtalelser, der var udarbejdet ud fra en forudsætning om, at der var et ynglende par i området, hvilket ikke længere er tilfældet. Den grundlæggende forudsætning for indstillingen er således ikke længere til stede.

Denne konkluderende vurdering fra Codex er ikke juridisk velfunderet.

Miljøstyrelsen har ikke nedlagt veto eller fremført nogen konkrete juridisk funderede indsigelser.

Miljøstyrelsens meget kortfattede vurderinger på blot henholdsvis 1 ¼ side og 1 side er ganske overfladiske, og vurderingerne er fremkommet på et tidspunkt for næsten 2 år siden, hvor der endnu ikke forelå den grundige undersøgelsesrapport fra Orbicon WSP endsige de nu talrige øvrige faglige vurderingsrapporter.

I perioden 1/1 2015 – 19/2 2020 (mere end 5 år) er der jf. Orbicon WSP's notat kun 6 registreringer i DOF basen, om at kongeørnen er set i eller ved vindmølleområdet. Det er ikke mere end godt en registrering pr. år, og disse meget fåtallige observationer udgør det reelle grundlag, som Miljøstyrelsen har udarbejdet deres indstilling ud fra

Miljøstyrelsen skriver i deres brev af 22. november 2019 at *"lokalkendskab og lokale forhold skal tages i betragtning ved vurdering af mulig kollisionsrisiko"*. Dette lokalkendskab var Miljøstyrelsen imidlertid ikke i besiddelse af ved udarbejdelsen af deres indstilling i starten af 2019, og indstillingen savner dermed den fornødne faglige baggrund som Miljøstyrelsen selv finder nødvendig. Orbicon WSP har efterfølgende grundigt undersøgt de lokale forhold og underkender Miljøstyrelsens indstilling som ikke tilstrækkeligt fagligt begrundet.

Miljøstyrelsen er alene høringspart i forhold til den planretlige regulering, jf. planlovens § 25, og dette skyldes alene de statslige interesser i den planretlig regulering.

Miljøministeren har, modsat erhvervsministeren, ikke nogen lovhjemlet vetoret over for lokalplaner, idet miljøministeren ikke er omfattet af planlovens §§ 29, 29 a, 29 b eller 29 c, jf. § 28.

Lovgiver har bestemt at beslutningskompetencen i disse sager skal være tillagt den lokale kommune og ikke Miljøstyrelsen. Miljøstyrelsen synes i øvrigt ikke at have haft lignende betænkeligheder i forhold til det nærliggende statslige vindmøllestcenter ved Østerild, hvor møllerne er langt større.

Kommunen er derfor i denne sag ikke på nogen måde underordnet Miljøministeriet for så vidt angår kommunens ret og pligt til at gennemføre lokalplanlægning, herunder lokalplanlægning, der er essentiel for virkeliggørelse af kommunens klimaplaner og de nationale klimamål.

Det fremgår i øvrigt af entydig praksis fra nævnene, at der sker en lempeligere bedømmelse, når der er tale om anlæg til vedvarende energi med gunstige klimaeffekter.

I denne sag foreligger der konkrete observationer, der viser, at det område, der planlægges udnyttet til opstilling af vindmøller, ikke er et vigtigt fourageringsområde eller rasteområde for ørnen.

Vi bemærker da også, at Codex advokater ikke kommer med nogen sikker juridisk vurdering i notatet. Afslutningsvis anfører de således i notatet, at "møllerne sandsynligvis" vil være i strid med fuglebeskyttelsesdirektivets artikel 4. Som det fremgår, er vi ikke enige i denne vurdering. Det kan overraske, at Codex i et juridisk vurderingsnotat skal lægge vægt på, hvad en styrelse, uden nogen juridisk kompetence, har anført i 2 breve, der er næsten 2 år gamle, kun er på samlet 2 ¼ side, som er udarbejdet før de omfattende tekniske referencer, uden faglige kilder, har anført.

Miljøstyrelsens indstilling, der er formuleret som en anbefaling, om en sikkerhedsafstand på 6 km fra reden, harmonerer dårligt med reguleringen i sammenlignelige lande, jf. også den juridiske redegørelse af 18. maj 2020. Det harmonerer desuden dårligt med, at staten i egen planlægning ved Østerild har planlagt nye møller i en afstand på 1,7 km fra havørne, der er beskyttet af fuglebeskyttelsesdirektivet på lige fod med kongeørne.

Vindmølleprojektet ved Rendbæk Øst er et udskiftningsprojekt, hvor der nedtages 12 eksisterende vindmøller. 8 af disse møller står indenfor 6 km fra den tidligere ørnerede. Miljøstyrelsen ses ikke i deres indstilling at have taget højde for, at fjernelsen af disse 12 møller, herunder 8 indenfor den 6 km zone, som Miljøstyrelsen indstiller, potentielt reducerer risikoen for kollisioner ud fra Miljøstyrelsens egen argumentation. Projektets påvirkning skal, også i relation til fuglebeskyttelsesdirektivet, ses som "nettoeffekten". Nettoeffekten er, at der opstilles 4 yderligere vindmøller, der ganske vist er større end de eksisterende. De fjernede vindmøller synes ikke at have indgået i Miljøstyrelsens vurdering af risiko for kollisioner.

Risikoen for kollisioner mellem vindmøller og kongeørne er meget lav, og jf. WSP notatet er der ikke i Danmark indberetninger om kollisionsdræbte kongeørne, selvom antallet af ynglepar er steget fra 0 til 5 ynglepar i de seneste årtier og ynglepladserne og trækruterne ligger i nærheden af adskillige vindmølleparker i Nord- og Midtjylland.

Det skal understreges, at afstanden mellem den nærmeste vindmølle og den tidligere kongeørnerede overholder anbefalede afstande i andre EU-lande som Tyskland og Sverige. I Tyskland anbefales en afstand på 3 km, medmindre vindmølleområdet er et vigtigt fourageringsområde for kongeørnen. Det er ikke tilfældet i nærværende sag, jf. Orbicon WSP's notat. I Sverige er den anbefalede afstand 2-3 km. Dette indebærer, at projektet vil overholde de internationale anbefalinger, selv om der igen skulle komme et kongeørne par.

I andre EU-lande opføres mange nye vindmøller nærmere end 6 km fra kongeørnes reder, og vi vurderer, at et vedtaget plangrundlag for nye vindmøller ved Rendbæk Øst ikke vil kunne anfægtes af EU-retten.

3. Praksis vedrørende kommunalt prioriterede klimaplaner og klimatiltag

Allerede i 2019 udarbejdede Jammerbugt Kommune en overordnet klimahandlingsplan. Med status som klimakommune forpligtede kommunen sig til en årlig CO₂-reduktion på 2 % eller mere frem mod 2025, hvor trin 3 i arbejdet var at udarbejde en klimahandlingsplan, der beskriver, hvordan kommunen vil nå CO₂-målet, samt hvilke områder der skal fokuseres på.

I 2019 ansøgte kommunen Realdania m.fl. om deltagelse i GK 2020-projektet, hvor 20 danske kommuner blev udvalgt til at udarbejde klimahandlingsplaner, der lever op til Parisaftalens målsætning om maks. 1,5 graders temperaturstigning. Målet er, at kommunen opnår klimaneutralitet i 2050.

Planlægning af anlæg for vedvarende energi vil udgøre et væsentligt element i alle kommuners bestræbelser på at reducere CO₂-udledningen.

Det fremgår af konsistent praksis fra nævnene, herunder Natur- og Miljøklagenævnet, at der i afvejningen mellem miljømæssige hensyn og hensyn til samfundsmæssigt nødvendige klimatiltag, herunder etablering af vedvarende energianlæg, sker en lempeligere afvejning i forhold til miljøkrav mv.

Jeg henviser til Natur- og Miljøklagenævnets afgørelse af 14. september 2011 om opstilling af fritstående solfangere inden for strandbeskyttelseslinjen, hvor nævnet i præmisserne anfører, at:

"Natur- og Miljøklagenævnet finder, at opstillingen af alternative energiforsyningsanlæg som udgangspunkt bør behandles lempeligere end andre typer anlæg inden for strandbeskyttelseslinjen, men at dette formål dog ikke ubetinget kan tilsidesætte de landskabelige interesser, der skal varetages inden for strandbeskyttelseslinjen.

I en anden afgørelse om etablering af solcelleanlæg ved et rensningsanlæg i Sønderborg Kommune (18. oktober 2016) anførte Nævnet bl.a., at:

"Efter Natur- og Miljøklagenævnets praksis kan etablering af alternative energiforsyningsanlæg i visse tilfælde behandles lempeligere end andre typer af anlæg inden for strandbeskyttelseslinjen af hensyn til den samfundsmæssige værdi ved at fremme vedvarende energiformer."

4. Sammenfatning

Der foreligger nu meget grundige fagtekniske undersøgelser af fugle, der udgør et fuldt tilstrækkeligt beslutningsgrundlag for Jammerbugt Kommune.

Der foreligger ikke noget veto fra Miljøstyrelsen, og Miljøstyrelsen er i øvrigt ikke myndighed i sagen.

Hertil kommer, at Miljøstyrelsens udtalelser daterer sig tilbage til starten af 2019 og derfor, i sagens natur, ikke inddrager de efterfølgende meget grundige undersøgelser og vurderinger. Miljøstyrelsens tilkendegivelser fra januar og februar 2019 er i øvrigt ganske kortfattede og ujuridiske og byggede på den grundlæggende forudsætning om, at der var et ynglende kongeørnepar i området. Det er ikke længere tilfældet, idet der nu kun er en enlig han.

Codex Advokater mener, at kommunalbestyrelsen skal være tilbageholdende med at træffe beslutninger imod Miljøstyrelsens helt overordnede og forældede indstillinger, der i øvrigt var baseret på, at der var et ynglende kongeørnepar i området. Den holdning er ikke baseret på jura. Miljøstyrelsen er i juridisk sammenhæng ikke den kompetente myndighed på området. I juridisk sammenhæng har Jammerbugt Kommune kompetence til at vedtage plangrundlaget for vindmølleprojektet på det foreliggende grundlag.

Efter vores vurdering vil en sådan vedtagelse heller ikke kunne anfægtes under påberåbelse af EU-retten.

København, den 13. november 2020

Håkun Djurhuus

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