

MRF 2021.228

Miljø- og Fødevarerklagenævnets afgørelse af 19. august 2021, j.nr. 21/03461

Delvis ophævelse af Horsens Kommunes afgørelse om, at et areal på landbrugsejendom var beskyttet eng efter naturbeskyttelseslovens § 3, da det ikke kunne udelukkes, at en del af arealet var omfattet af undtagelsen i naturtypebekendtgørelsens § 2 om naturtyper dannet som følge af aftaler om miljøvenlig drift.

Horsens Kommune traf i august 2020 afgørelse om, at et nordligt og et sydligt areal på en af E ejendomme retligt måtte klassificeres som eng og mose omfattet af naturbeskyttelseslovens § 3. Kommunen meddelte samtidig påbud om retablering af de beskyttede enge, da disse fra 2016-2017 var blevet drænet og opdyrket uden dispensation. Det nordlige areal, A, var registreret i Danmarks Miljøportal med et areal på ca. 5.460 m², mens det sydlige areal, B, var registreret med ca. 14.290 m². Forinden kommunens afgørelse omfattede den vejledende registrering af beskyttet eng kun den mest fugtige del af areal B, men blev efter en besigtigelse i sommeren 2017 udvidet til et større del af areal B og en del af areal A. Afgørelsen blev påklaget af E, der bl.a. anførte, at afgørelsen ikke var tilstrækkeligt oplyst, at der var indtrådt myndighedspassivitet, da kommunen ikke havde reageret på de ulovlige forhold i næsten tre år, og at E var i god tro, idet han havde handlet i overensstemmelse med rådgivning fra en landbrugskonsulent. Under behandling af klagesagen konstaterede Miljø- og Fødevarerklagenævnet, at en del af arealerne havde været omfattet af MVJ-aftaler og bad kommunen oplyse, om MVJ-aftalen kunne have betydning, så arealet var omfattet af undtagelsen i naturtypebekendtgørelsens § 2. Kommunen oplyste, at arealerne i perioden 1990-2009/2010 ubrudt var omfattet af MVJ-aftaler og herefter fra 2016 havde været omfattet af 5-årige græsningstilsagn, men kommunen afviste, at dette havde betydning, da kommunen mente, at de femårige græsningstilsagn ikke udgjorde en aftale med en offentlig myndighed, der gav mulighed for at opdyrke arealet inden for et år efter tilsagnsperiodens udløb, at kommunen ikke var bekendt med, at der på noget tidspunkt var indgået aftale om genopdyrkningsret for arealerne, og at kommunen ikke havde indhentet støttetilsagn og gamle markplaner fra Landbrugsstyrelsen, da det vil være forbundet med et uforholdsmæssigt ressourceforbrug. Miljø- og Fødevarerklagenævnet (formanden) lagde til grund, at areal A var blevet delvist omlagt i 2016, at areal B var blevet drænet og opdyrket i 2016/2017, og at

begge arealer måtte anses for ferske enge omfattet af § 3, da opdyrkning og dræning blev påbegyndt. Samtidig lagde nævnet dog til grund, at engarealerne havde været omfattet af en ubrudt række af tilsagnsordninger i perioden 1990-2016, hvorfor det skulle vurderes, om undtagelsen i naturtypebekendtgørelsens § 2 fandt anvendelse på hele eller dele af det registrerede areal. Det måtte derfor undersøges, om naturtypen havde været til stede allerede i 1990, da den første MVJ-aftale blev indgået, eller om naturtypen var opstået som følge af de indgåede aftaler. Nævnet fandt, at det meste af areal A og hele areal B og i perioden 1965-1990 fremstod som naturarealer med samme afgrænsning som den aktuelle § 3-registrering, men at et delareal på ca. 2.240 m² beliggende inden for areal A dog fremstod som opdyrket på luftfotos fra årene 1980, 1985, 1986 og 1990. På baggrund af den lange kontinuitet uden omlægning, arealernes størrelse, beliggenhed og jordbund, fandt nævnet det sandsynligt, at den del af areal A, der ikke var dyrket i 1980'erne, og hele areal B allerede i 1990 objektivt set havde et for ferske enge karakteristisk dyre- og planteliv. Naturtypen kunne således ikke antages at være opstået som følge af tilsagnsordningerne, hvorfor disse arealer efter nævnets opfattelse ikke var omfattet af undtagelsen i naturtypebekendtgørelsens § 2. Opdyrkning og dræning af disse arealer havde medført en tilstandsændring, der krævede dispensation fra § 3. For delarealet på ca. 2.240 m² inden for areal A fandt nævnet, at sagen ikke var oplyst i fornødent omfang af kommunen, da kommunen ikke havde inddraget nærmere oplysninger om karakteren af de pågældende tilsagnsordninger og deres betydning for det opdyrkede delareal. Nævnet fandt derfor, at sagen ikke var oplyst tilstrækkeligt, og at kommunen, af hensyn til E's mulighed for at kunne få sin sag behandlet i to instanser, skulle foretage en fornyet gennemgang af denne del af sagen. Nævnet fandt endvidere, at der ikke var indtrådt myndighedspassivitet, hvorfor kommunen ikke var afskåret fra at kræve fysisk lovliggørelse. Det forhold, at kommunens eksterne konsulenter i sommeren 2017

havde foretaget besigtigelse af arealerne som led i en generel gennemgang af registreret natur i kommunen, kunne ikke føre til et andet resultat, da formålet med besigtigelsen var at registrere naturtilstanden på de vejledende registrerede naturarealer, og at den opdyrkede del af engen på dette tidspunkt ikke var omfattet af den vejledende

registrering. Miljø- og Fødevarerklagenævnet stadfæstede på denne baggrund afgørelsen for så vidt angik areal B samt delarealet på ca. 3.220 m² inden for areal A, mens nævnet ophævede afgørelsen for så vidt angik delarealet på ca. 2.240 m² inden for areal A og hjemviste denne del af sagen til fornyet behandling.

Kommentar: Afgørelsen giver anledning til flere kommentarer. Sagens ene hovedspørgsmål var, om arealerne var omfattet af undtagelsen i naturtypebekendtgørelsens § 2, så naturbeskyttelseslovens § 3 ikke fandt anvendelse, fordi de beskyttede naturtyper var opstået som følge af disse aftaler, hvortil dog kan føjes, at også anmeldte braklægnings efter § 6 i lov om drift af landbrugsjorder er omfattet af undtagelsen, uden dette dog var relevant i denne sag. Svaret på spørgsmålet afhang i alle tilfælde af, hvilken tilstand arealerne havde, inden der blev indgået MVJ-aftaler i 1990, og om de femårige græsningstilsagn efter 2010 kunne anses for omfattet af naturtypebekendtgørelsens § 2. Det fremgår af afgørelsen, at Horsens Kommune fandt det for ressourcekrævende at undersøge aftalerne nærmere, men at klagenævnet lagde til grund, at alle arealerne ubrudt havde været omfattet af støttetilsagn fra 1990-2016. Arealet var derfor ikke omfattet af § 3, medmindre arealet før 1990 objektivt var beskyttet natur, jf. Højesterets dom i U 2017.1834 H. Afgørelsen af dette vanskelige bevisspørgsmål afgjorde klagenævnet på baggrund af ældre luftfotos. Dette førte til en hjemvisning af kommunens afgørelse for ca. 2.240 m² på areal A, mens registreringen af det øvrige areal blev stadfæstet. Sammenholdes kommunens åbenbare mangelfulde oplysning af sagen og kommunens begrundelse herfor med de vidtgående følger for landmanden af § 3-registreringen og kommunens påbud, er det overraskende, at afgørelsen ikke i sin helhed blev ophævet og hjemvist, når nævnet lægger vægt på sagens behandling i to instanser.

Stadfæstelse dels ophævelse af afgørelse i sag om registrering af beskyttet fersk eng og påbud om retablering i Horsens Kommune

21/03461

Miljø- og Fødevareklagenævnet har truffet afgørelse efter naturbeskyttelseslovens § 3, stk. 2, nr. 4, jf. § 78, stk. 1, 1. pkt.[1]

Miljø- og Fødevareklagenævnet stadfæster Horsens kommunes afgørelse af 17. august 2020 om registrering af beskyttet fersk eng for så vidt angår areal B samt et delareal på ca. 3.220 m² inden for areal A på matr. nr. [A1]. Nævnet ophæver afgørelsen for så vidt angår et delareal på ca. 2.240 m² inden for areal A og hjemviser den del til fornyet behandling.

Horsens kommune fastsætter en ny frist for påbuddets efterkommelse.

Det indbetalte klagegebyr tilbagebetales.

Miljø- og Fødevareklagenævnets afgørelse er endelig og kan ikke indbringes for anden administrativ myndighed, jf. § 17 i lov om Miljø- og Fødevareklagenævnet[2] og gebyrbekendtgørelsens § 2.[3] Eventuel retssag til prøvelse af afgørelsen skal være anlagt inden 6 måneder, jf. naturbeskyttelseslovens § 88, stk. 1.

Afgørelsen er truffet af formanden på nævnets vegne, jf. § 8 i lov om Miljø- og Fødevareklagenævnet.

1. Klagen til Miljø- og Fødevareklagenævnet

Afgørelsen er den 10. september 2020 påklaget til Miljø- og Fødevareklagenævnet af ejendommens ejer, der er repræsenteret ved advokat.

Klager har navnlig anført, at

- den påklagede afgørelse ikke er tilstrækkeligt oplyst, da vurderingerne i det væsentligste beror på en tolkning af luftfotos,
- der er indtrådt myndighedspassivitet, da kommunen ikke har reageret på de ulovlige forhold i næsten tre år, og
- klager har været i god tro, idet han har handlet i overensstemmelse med rådgivning fra en landbrugskonsulent.

Klagepunkterne er nærmere uddybet i afsnit 2.5.

2. Sagens oplysninger

2.1 Ejendommen og området

De i sagen omhandlede arealer er beliggende på matr. nr. [A1] i Horsens Kommune ca. 1 km nordvest for Nim. Matriklen dækker et areal på ca. 85 ha.

De omhandlede arealer er i Danmarks Miljøportal registreret som en nordlig eng beliggende vest for [A2] og en sydlig eng beliggende øst for [A3]. Registreringerne ligger i sammenhæng i nordsyd-gående retning. Den nordlige registrering på ca. 5.460 m² vil herefter blive benævnt "**areal A**", mens den sydlige registrering på ca. 14.290 m² vil blive benævnt "**areal B**".

Der løber et lille vandløb delvist gennem og øst for areal B og øst for areal A. Derudover er der registreret en beskyttet mose og en sø umiddelbart øst for areal A. De omkringliggende arealer består af dyrkede marker. Jordbunden i området udgøres af smeltevandssand, morænegrus, ferskvandsgytje og moræneler.

Det fremgår af sagens oplysninger, at den vejledende registrering af beskyttet eng indtil 2018 kun dækkede den mest fugtige del af areal B. Efter en besigtigelse i sommeren 2017 blev en større del af areal B og en del af areal A i tilknytning til mosen inddraget i registreringen. Ved den påklagede afgørelse blev arealet atter udvidet, således at det nu svarer til den aktuelle registrering i Danmarks Miljøportal.

Det fremgår af luftfoto fra sommeren 2016, at over halvdelen af areal A er blevet opdyrket og en mindre del af areal B. På sommerluftfoto fra 2017 er der gravet drængrøfter på begge arealer og en større del af areal B er blevet opdyrket.

2.2 Naturforhold

Horsens Kommune har ved ekstern konsulent foretaget besigtigelse af areal A den 18. juli 2017[4] og 22. juni 2020. Areal B blev besigtiget den 19. juli 2017[5] og den 22. juni 2020.[6] Ved besigtigelserne var en del af arealerne allerede opdyrket, hvorfor den botaniske gennemgang kun vedrørte de uopdyrkede dele.

På areal A blev der i 2017 registreret 50 forskellige plantearter, hvoraf 15 er stjernearter og syv er problemarter. Naturtilstanden[Z] blev beregnet til:

- Strukturindeks – 0,34
- Artsindeks – 0,65
- Naturtilstandsindeks – 0,46 (moderet naturtilstand)

Ca. 8.200 m² inden for areal A blev besigtiget igen den 22. juni 2020. Det fremgår af et besigtigelsesnotat fra september 2020, at den besigtigede eng var tydeligt påvirket af dræningen og opdyrkningen, og at der var sket en væsentlig forringelse af engens naturtilstand i forhold til besigtigelsen i 2017.

På areal B blev der i 2017 registreret 73 forskellige plantearter, hvoraf 27 er stjernearter og ni er problemarter. Naturtilstanden blev beregnet til:

- Strukturindeks – 0,57
- Artsindeks – 0,81
- Naturtilstandsindeks – 0,66 (god naturtilstand)

På areal B blev der i 2020 registreret 72 forskellige plantearter, hvoraf en er to-stjerne art, 23 er stjernearter og 13 er problemarter. Naturtilstanden blev beregnet til:

- Strukturindeks – 0,34
- Artsindeks – 0,33
- Naturtilstandsindeks – 0,33 (ringe naturtilstand)

2.3 Sagens forhistorie

Det fremgår af sagens oplysninger, at Horsens Kommune i brev af 16. januar 2020 til klager oplyste, at der var indledt en undersøgelse af mulige ændringer i beskyttet natur på matr. nr. [A1] i form af opdyrkning og dræning i årene 2017-2020 i strid med naturbeskyttelseslovens § 3.

Kommunen varslede i brev af 24. marts 2020 et påbud om retablering af det opdyrkede naturareal og anmodede klager om at komme med bemærkninger til sagen.

Den 28. april 2020 besvarede klager ved konsulent høringsbrevet, idet klager gjorde gældende, at den beskyttede natur på matriklen ikke dækkede et så stort areal som påstået af kommunen. Klager oplyste, at de ved overtagelsen af ejendommen fik en landbrugskonsulent til at undersøge naturtilstanden på de omhandlede arealer forinden opdyrkningen fandt sted. Konsulenten vurderede, at der kun var beskyttet natur på de arealer som fremgik af den vejledende registrering på tidspunktet for konsulentens besigtigelse i 2017. De øvrige arealer var ifølge konsulenten uden særlig naturbeskyttelsesmæssig interesse og har været lagt om af flere omgange.

Klager gjorde endvidere i sit høringssvar gældende, at Horsens Kommune ved besigtigelsen af arealerne i 2017 kun undersøgte en mindre del af den registrerede eng, hvorfor kommunen ikke har oplysninger om vegetationen på de øvrige dele af arealet, og at kommunens vurdering alene hviler på en usikker luftfototolkning. Hertil kommer, at der er tvivl om den hidtidige drift, hvorfor denne usikkerhed bør komme klager til gode.

2.4 Den påklagede afgørelse

Horsens Kommune har den 17. august 2020 truffet afgørelse om, at der på et nordligt og et sydligt areal på matr. nr. [A1] forekommer beskyttet natur i form af eng og mose, jf. naturbeskyttelseslovens § 3. Kommunen har i afgørelse af samme dato meddelt påbud om reetablering af de beskyttede enge, som fra 2016 er blevet drænet og opdyrket uden en dispensation fra naturbeskyttelseslovens § 3.

Det fremgår af den påklagede afgørelse, at Horsens Kommune ud fra en gennemgang af tilgængelige luftfotos i perioden 1945-2020 har vurderet, at et mindre delareal inden for areal A fremstår dyrket på luftfotos mellem 1972 og 1992, men at hele areal B har ligget i græs siden 1945 indtil 2017-2018. Der er ikke tegn på, at der er sket omlægning af areal B bortset fra et lille hjørne, der var dyrket i 1980. I perioden 2010-2016 var begge arealer græsset som en del af en større samlet fold.

På luftfoto fra sommeren 2016 kan der ifølge kommunen ses en tydelig omlægning af en stor del af areal A. På luftfoto fra 2017 ses ny gravede drængrøfter på begge arealer. I 2018 og 2019 ses desuden en yderligere opdyrkning af begge arealer, som aktuelt kun dækker ca. 0,8 ha sammenlignet med ca. 2,0 ha før opdyrkningen blev påbegyndt.

Horsens Kommune har, på baggrund af de ved besigtigelserne registrerede plantearter sammenholdt med arealets driftshistorik belyst ved luftfotos, vurderet, at areal A og B opfyldte kriterierne for at være beskyttet natur, da opdyrkningen blev påbegyndt i 2016.

Det er Horsens Kommunes vurdering, at der er sket opdyrkning og dræning af den beskyttede eng i strid med i naturbeskyttelseslovens § 3. Kommunen har ved vurderingen heraf lagt vægt på, at opdyrkningen har fjernet de dele af naturarealet, som havde karakter af tør

eng/overdrev, og at opdyrkningen har fjernet den bufferzone, der beskyttede de mest fugtige og mest værdifulde dele af engen fra overfladisk tilstrømning af næringsberiget overfladevand fra de omgivende, dyrkede marker.

For så vidt angår grøftningen har kommunen lagt vægt på, at det har forårsaget afvanding af det den mest fugtige del af engen, som har karakter af rigkær. Rigkær er afhængig af en konstant tilstedeværelse af rent grundvand i terrænniveau, hvorfor afvandingen ifølge kommunen har medført en væsentlig skade på naturtilstanden af den beskyttede eng.

2.5 Klagens indhold

Klager har den 10. september 2020 indgivet en foreløbig klage over Horsens Kommunes afgørelse af 17. august 2020 samt en endelig klage den 6. oktober 2020.

Klager har i den endelige klage oplyst, at klager i februar 2017 søgte rådgivning hos en landbrugskonsulent for at sikre sig, at der ikke blev opdyrket arealer, som var omfattet af naturbeskyttelse. Konsulenten foretog besigtigelse og udarbejdede en rapport over de enkelte delarealer. Klager indrettede herefter i perioden februar til april 2017 driften af arealerne og udbedrede dræn, således at de arealer, som af konsulenten vurderedes at være beskyttede, ikke blev påvirket.

Videre har klager oplyst, at Horsens Kommune har været på besigtigelse på ejendommen den 19. juli 2017, og at driften på dette tidspunkt allerede var omlagt på dele af ejendommen. De af kommunen ved besigtigelsen registrerede plantearter kan derfor ifølge klager ikke stamme fra de delarealer, som på det tidspunkt allerede var opdyrket og kan følgelig ikke anvendes som dokumentation for, at de i 2017 omlagte delarealer var omfattet af naturbeskyttelse. Kommunens vurdering af beskyttelsen af de øvrige delarealer baserer sig derfor udelukkende på luftfotos, hvilket ifølge klager ikke er tilstrækkeligt i henhold til officialprincippet, da kommunens afgørelse er meget indgribende over for klager.

Det er ifølge klager heller ikke tilstrækkeligt dokumenteret af kommunen, at oprensning af drænene har medført en negativ påvirkning af arealerne, eller at arealerne ikke skulle være omlagt løbende. Klager er desuden af den opfattelse, at kommunen, for så vidt angår vandløbet og vandets retning i vandløbet, har lagt forkerte oplysninger til grund, idet det er klagers vurdering, at vandet bevæger sig i retning mod mosen/vandløbet.

Klager stiller sig endvidere uforstående over for, at kommunen først den 23. marts 2020, altså ca. tre år efter besigtigelsen i 2017, indleder sagsbehandling af den påståede overtrædelse af naturbeskyttelseslovens § 3. Det er klagers opfattelse, at kommunen har udvist myndighedspassivitet, hvorved den har fortabt retten til at kræve et eventuelt ulovligt forhold lovliggjort.

2.6 Horsens Kommunes bemærkninger til klagen

Horsens Kommune har i bemærkninger af 29. oktober 2020 til den indgivne klage fastholdt vurderingen af, at der forekommer beskyttet natur i den udstrækning som angivet i den påklagede afgørelse, og at den i 2016-2019 foretagne opdyrkning og dræning er foretaget i strid med naturbeskyttelseslovens § 3. Kommunen har henvist til tilgængelige luftfotos i perioden 1945-2019 sammenholdt med oplysningerne fra besigtigelserne i 2017 og 2020.

Horsens Kommune har til de enkelte klagepunkter bemærket, at klager ikke kan støtte ret på den i klagen omtalte konsulentrapport fra 2017, idet rapporten ikke er forelagt kommunen som ansvarlig myndighed inden opdyrkingen og dræningen blev foretaget. Kommunen er uenig i de i rapporten indeholdte vurderinger og konklusioner.

Videre har Horsens Kommune bemærket, at der ikke er indtrådt myndighedspassivitet. Kommunen har i den forbindelse henvist til, at der ved besigtigelsen i 2017 alene var registreret en mindre del af den faktisk beskyttede natur på ejendommen, og at de foretagne indgreb i de omkringliggende arealer på besigtigelsestidspunktet endnu ikke havde påvirket de registrerede arealer, hvorfor den tilsynsførende ikke blev opmærksom på uoverensstemmelsen. Hertil kommer, at besigtigelsen i sommeren 2017 skete som led i en generel gennemgang og kortlægning af beskyttet natur i kommunen, hvor over 300 arealer blev besigtiget.

Videre har kommunen forklaret, at de generelle besigtigelser af praktiske og ressourcemæssige hensyn bliver gennemført uden personlig henvendelse til lodsejerne, men de enkelte besigtigelsesrunder bliver dog annonceret i ugeaviser og på kommunens hjemmeside. Det var derfor kommunens opfattelse, ved sagens indledning i januar 2020, at klager ikke havde kendskab til besigtigelsen i 2017 og derfor ikke med føje kunne gå ud fra, at kommunen havde godkendt opdyrkingen ved ikke at reagere i forbindelse med besigtigelsen i 2017.

Horsens Kommune har bemærket, at besigtigelsen i 2017 blev foretaget af et af kommunen antaget konsulentfirma, hvis opgave er at besigtige og registrere naturtilstanden og udbredelsen af de vejledende *registrerede* naturarealer i kommunen. Det er ifølge kommunen ikke konsulentens opgave at foretage en forudgående gennemgang af luftfotos med henblik på at undersøge eventuelle forhold i strid med naturbeskyttelseslovens § 3, herunder om eventuelt ikke-registrerede arealer er blevet opdyrket i strid med naturbeskyttelseslovens § 3.

Årsagen til, at Horsens Kommune først i januar 2020 har henvendt sig til klager om de konstaterede uoverensstemmelser skyldes et meget stort antal konsulentindberetninger fra de årlige besigtigelser af beskyttet natur.

For så vidt angår vandløbets retning og de hydrologiske forhold på stedet har kommunen bemærket, at der topografisk er et fald af terræn fra alle sider mod de våde dele af naturarealet og herfra via vandløbet, som strømmer mod nord, jf. højdekurver og Scalgo-software. Disse oplysninger er bekræftet ved kommunens besigtigelser af arealet. Dræning og/eller grøftning vurderes at medføre stor afvanding af engene grundet de topografiske forhold.

2.7 Nye oplysninger under sagens behandling

Sekretariatet for Miljø- og Fødevareklagenævnet har i høringsbrev af 21. juni 2021 til Horsens Kommune bemærket, at sekretariatet har konstateret, at det fremgår af markkort for bl.a. 2015, at de omhandlede arealer indgik i en aftale om miljøvenlig drift (MVJ-aftale). Sekretariatet har derfor bedt kommunen om at redegøre for, hvorvidt MVJ-aftalen har betydning for den påklagede afgørelse, herunder om klager har opdyrket hele eller dele af det omfattede areal inden et år efter aftaleperiodens udløb, jf. undtagelsen i naturtypebekendtgørelsens § 2.[8] Derudover har sekretariat anmodet om at få tilsendt yderligere materiale vedrørende arealernes dyrkningshistorik.

Horsens Kommune har i brev af 30. juni 2021 oplyst, at de omhandlede arealer har været omfattet af ordninger om miljøgræs uden mulighed for gødskning eller omlægning i årene 1990 til 2016. Den tidligere ejer har indgået en MVJ-aftale med Vejle Amt i 1990 og igen i 1999 med udløb i 2009/2010. Siden 2009/2010 har arealet været omfattet af femårige græsningstilsagn, hvor den første udløb i 2014 og blev fornyet samme år. Tilsagnsordningen blev ifølge kommunen afsluttet i utide i 2016.

Det er dog Horsens Kommunes vurdering, at de femårige græsningstilsagn ikke udgør en aftale med en offentlig myndighed og derfor ikke giver mulighed for at opdyrke arealet inden for et år efter tilsagnsperiodens udløb. Kommunen har i øvrigt oplyst, at den ikke er bekendt med, at der på noget tidspunkt er indgået aftale om genopdyrkningsret for arealerne.

Horsens Kommune har endelig bemærket, at der ikke er indhentet kopier af tidligere afgivne støttetilsagn eller gamle markplaner hos Landbrugsstyrelsen, da det vil være forbundet med et uforholdsmæssigt stort ressourceforbrug.

Klager har i brev af 12. juli 2021 indgivet bemærkninger til kommunens hørings svar af 30. juni, idet klager er af den opfattelse, at opdyrkingen af de registrerede enge er omfattet af undtagelsen i naturtypebekendtgørelsens § 2, da arealet har vokset sig ind i § 3-beskyttelsen som følge af de pågældende tilsagnsordninger.

3. Miljø- og Fødevareklagenævnets bemærkninger og afgørelse

3.1 Miljø- og Fødevareklagenævnets bemærkninger

3.1.1 Det retlige grundlag

Efter naturbeskyttelseslovens § 3, stk. 2, nr. 4, må der ikke foretages ændringer i tilstanden af ferske enge, når sådan en naturtype enkeltvis eller sammen med andre naturtyper er større end 2.500 m². Loven trådte i kraft den 1. juli 1992 og omfatter bl.a. arealer, der før dette tidspunkt henlå udyrket som ferske enge.

Kriterier for beskyttelse af natur omfattet af naturbeskyttelseslovens § 3 fremgår bl.a. af registreringsvejledningen[9] og vejledningen om beskyttet natur.[10]

Ferske enge skabes ved menneskets påvirkning. Enge kan således være dannet ved slåning eller græsning af naturlige kærsamfund eller ved fældning af elle-, aske-, birke- eller piledominerede sumpskove med efterfølgende slåning eller græsning. Den menneskelige påvirkning med slåning, græsning og evt. omlægning og gødsning kan være mere eller mindre intensiv, hvorved der kan dannes de såkaldte naturenge og kulturenge. Naturenge er generelt artsrige og indeholder en række sjældnere og fåtallige plante- og dyrearter, mens kulturenge ofte vil være mindre artsrige end naturenge og ikke indeholde sjældne arter.

Naturbeskyttelseslovens § 3 sonderer ikke mellem natureng og kultureng, begge typer ferske enge er beskyttet, hvis de opfylder lovens kriterier herom. Naturenge er relativt fugtige, aldrig eller sjældent omlagte ferske enge med græsning eller høslet og en dominans af vilde græsser og urter. Kulturenge er ferske enge, som regelmæssigt bliver omlagt, navnlig for at sikre bedre græsningsmuligheder. Almindelige dyrkede marker og kulturgræsmarker, som omlægges hyppigere end hvert 7.-10. år, eller hvor der flere gange inden for denne periode høstes mellemafgrøder, betragtes ikke som ferske enge i lovens forstand.

Registreringen af de § 3-beskyttede naturtyper er vejledende og således ikke i sig selv afgørende for, om et areal er beskyttet efter lovens § 3. Den bindende afgørelse af, om et areal er omfattet af § 3, træffes af kommunen (før 1. januar 2007 af amtet) efter en konkret vurdering. På grund af den naturlige dynamik kan arealer over en årrække "vokse" sig henholdsvis ind eller ud af § 3-beskyttelsen. Naturbeskyttelseslovens § 3 omfatter de arealer, der til enhver tid opfylder lovens kriterier for at være en beskyttet naturtype.

Naturtyper, der er dannet, fordi der efter aftale med en offentlig myndighed i en periode er gennemført en særlig driftsform, herunder braklægning og/eller pleje, er undtaget fra bestemmelserne i naturbeskyttelseslovens § 3 i indtil et år efter aftalens udløb, jf. naturtypebekendtgørelsens § 2, stk. 1, om aftaler med offentlige myndigheder om særlige driftsformer.

Det er en betingelse efter bekendtgørelsens § 2, at den pågældende naturtype er dannet som følge af den aftalte, særlige driftsform. Havde arealerne allerede karakter af eng, da braklægningen blev påbegyndt, er naturtypen ikke dannet, fordi arealerne har været braklagt,

og undtagelsen finder ikke anvendelse, jf. Naturklagenævnet Orienterer (NKO) nr. 400 og Højesterets dom af 28. marts 2017.[11]

Miljø- og Fødevareklagenævnet tillægger luftfotos betydelig vægt, hvis fotomaterialet på overbevisende måde sandsynliggør, at der er tale om en beskyttet naturtype og vil således bl.a. på den baggrund træffe afgørelse om, at et areal er omfattet af beskyttelsen.

3.1.2 Vurdering af arealets beskyttelsesstatus

Miljø- og Fødevareklagenævnet lægger efter det oplyste fra Horsens Kommune til grund, at de omhandlede to arealer har været omfattet af en ubrudt række af tilsagnsordninger i perioden 1990-2016. Videre lægger nævnet på baggrund af luftfotos og markkort til grund, at areal A er blevet delvist omlagt i 2016, og at areal B blev drænet og opdyrket i 2016/2017.

Miljø- og Fødevareklagenævnet vurderer ud fra en gennemgang af tilgængelige luftfotos i perioden 1965-2020, at areal A og B ikke har været omlagt i hvert fald i perioden 1990-2016, og at de ved besigtigelserne observerede plantearter på de uopdyrkede dele af arealerne er typiske for naturtypen. Nævnet finder således på baggrund af den lange kontinuitet med ekstensiv drift, forekomsten af en for ferske enge karakteristisk vegetation på de uopdyrkede dele samt arealets beliggenhed og jordbund, at areal A og B objektivt set var i overensstemmelse med beskrivelsen af ferske enge i registreringsvejledningen, da opdyrkning og dræning blev påbegyndt i 2016/2017.

Henset til, at de omhandlede engarealer efter det oplyste har været omfattet af en ubrudt række af tilsagnsordninger i perioden 1990-2016 skal nævnet vurdere, hvorvidt undtagelsen i naturtypebekendtgørelsens § 2, finder anvendelse på hele eller dele af det registrerede areal. Det er derfor relevant at undersøge, hvorvidt naturtypen har været tilstede allerede i 1990, da den første MVJ-aftale blev indgået med det daværende Vejle Amt, eller om naturtypen er opstået som følge af de indgåede aftaler.

Miljø- og Fødevareklagenævnet vurderer på baggrund af en gennemgang af luftfotos fra 1965 og frem, at det meste af areal A og hele areal B og i perioden 1965-1990 fremstår som naturarealer med samme afgrænsning som den aktuelle § 3-registrering. Et delareal på ca. 2.240 m² beliggende inden for areal A fremstår dog opdyrket på luftfotos fra årene 1980, 1985, 1986 og 1990.

Miljø- og Fødevareklagenævnet finder på baggrund af den lange kontinuitet uden omlægning samt arealernes størrelse, beliggenhed og jordbund, at det er sandsynligt, at størstedelen af areal A (den del som ikke var dyrket i 1980'erne) og hele areal B allerede i 1990 objektivt set havde et for ferske enge karakteristisk dyre- og planteliv. Naturtypen kan således ikke antages at være opstået som følge af tilsagnsordningerne, hvorfor disse arealer efter nævnets

opfattelse ikke er omfattet af undtagelsen i naturtypebekendtgørelsens § 2. De ovenfor nævnte delarealer er således fuldt ud omfattet af beskyttelsesordningen i naturbeskyttelseslovens § 3, stk. 2, nr. 4.

Det af klager anførte om, at Horsens Kommunes vurdering er baseret på en tolkning af luftfotos, idet en del af arealerne allerede var blevet omlagt ved den første besigtigelse i 2017, kan ikke føre til et andet resultat. Nævnet bemærker herved, at luftfotos generelt tillægges stor værdi i retspraksis og administrativ praksis, og at de tilgængelige luftfotos i den konkrete sag er så gode, at de på overbevisende måde sandsynliggør, at der på de omhandlede arealer var fersk eng i 1990 og i 2016/2017, da opdyrkning og dræning blev foretaget. Hertil kommer, at opdyrkingen har afskåret kommunen fra at foretage en registrering af den oprindelige vegetation på de opdyrkede dele af engen.

Miljø- og Fødevarerklagenævnet er endvidere enig med Horsens Kommune i, at den foretagne opdyrkning og dræning af engene har medført en negativ påvirkning af naturtilstanden. Engvegetation er gravet væk og det nyopgravede materiale er spredt ud i engene. Den øgede drænende effekt påvirker engenes fugtighed og dermed artssammensætningen negativt, hvilket bekræftes af den forringede naturtilstand i perioden fra den første besigtigelse i 2017 til den anden i 2020. Der er således klart tale om tilstandsændringer, der kræver dispensation fra naturbeskyttelseslovens § 3.

For så vidt angår delarealet på ca. 2.240 m² inden for areal A, som fremstår opdyrket i 1980'erne og i 1990, finder Miljø- og Fødevarerklagenævnet, at sagen ikke er oplyst i fornødent omfang af kommunen, hvorfor det på det foreliggende grundlag ikke entydigt kan udelukkes, at undtagelsen i naturtypebekendtgørelsens § 2 finder anvendelse på delarealet (naturtypen er muligvis dannet som følge af de indgåede aftaler om miljøvenlig drift). Nævnet finder således af hensyn til klagers mulighed for at kunne få sin sag behandlet i to instanser, at Horsens Kommune skal foretage en fornyet gennemgang af denne del af sagen.

Nævnet har ved vurderingen heraf lagt vægt på, at kommunen ikke har inddraget nærmere oplysninger om karakteren af de pågældende tilsagnsordninger, og at den ikke i fornødent omfang har forholdt sig til, hvorvidt undtagelsen i naturtypebekendtgørelsens § 2, finder anvendelse på det opdyrkede delareal som følge af tilsagnsordningerne.

Miljø- og Fødevarerklagenævnet finder således, at afgørelsen lider af en væsentlig retlig mangel, hvorfor den for så vidt angår det ovennævnte delareal ophæves og hjemvises til fornyet behandling.

Horsens Kommune bedes ved en fornyet gennemgang af sagen indhente kopi af de med Vejle Amt og Landbrugsstyrelsen indgåede tilsagnsordninger samt nærmere redegøre for, eventuelt ved høring af Landbrugsstyrelsen og/eller Ministeriet for Fødevarer, Landbrug og Fiskeri,

hvorvidt det opdyrkede delareal er undtaget fra den generelle beskyttelsesordning som følge af bestemmelsen i naturtypebekendtgørelsens § 2 sammenholdt med karakteren af de pågældende tilsagnsordninger.

3.1.3 Vurdering af om der foreligger myndighedspassivitet

Der er ikke lovbestemte frister for, hvornår tilsynsmyndigheden skal have truffet afgørelse eller skal have foretaget bestemte sagsbehandlingskridt, hverken i forhold til, hvornår tilsynsmyndigheden er blevet bekendt med et muligt ulovligt forhold, eller i forhold til, hvornår det ulovlige forhold er etableret. Det er imidlertid i praksis antaget, at forventninger, der bygger på enten myndighedspassivitet, eller at et indgreb har været upåtalte i flere år, skal tillægges betydning ved vurderingen af, om der kan pålægges fysisk lovliggørelse.^[12]

Begrebet myndighedspassivitet anvendes i de situationer, hvor tilsynsmyndigheden er bekendt med et muligt ulovligt forhold, men ikke inden for et rimeligt tidsrum har søgt forholdet lovliggjort. Ved bedømmelsen af, hvorvidt tilsynsmyndigheden har fortabt retten til at kræve fysisk lovliggørelse som følge af passivitet, må der generelt – foruden den forløbne tid – lægges vægt på, om lodsejer har haft grund til at tro, at myndighedens tavshed i forhold til en konstateret mulig ulovlighed er udtryk for en form for accept af forholdet, og om det må anses for myndighedens ansvar eller risiko, at kravet om lovliggørelse ikke er blevet rejst på et tidligere tidspunkt. Der kan henvises til Natur- og Miljøklagenævnet orienterer (NoMO) nr. 146 om myndighedspassivitet, der også indeholder henvisninger til tidligere orienteringer om myndighedspassivitet.

Som sagen foreligger oplyst er det Miljø- og Fødevareklagenævnets vurdering, at der ikke er indtrådt myndighedspassivitet i den pågældende sag, hvorfor kommunen ikke er afskåret fra at kræve fysisk lovliggørelse. Det forhold, at kommunens eksterne konsulenter i sommeren 2017 har foretaget besigtigelse af arealerne som led i en generel gennemgang af registreret natur i kommunen, kan ikke føre til et andet resultat. Nævnet har herved lagt vægt på, at formålet med besigtigelsen var at registrere naturtilstanden på de vejledende registrerede naturarealer, og at den opdyrkede del af engen på dette tidspunkt ikke var omfattet af den vejledende registrering. Det må antages, at klager først ved kommunens åbningsbrev af 16. januar 2020 er blevet bekendt med, at en undersøgelse er indledt i anledning af de ulovlige forhold, hvorfor klager ikke har kunnet have en berettiget forventning om, at forholdene var accepteret af kommunen efter besigtigelsen i 2017. Hertil kommer, at der er tungtvejende, modstående naturbeskyttelsesmæssige interesser i den konkrete sag.

Det kan ikke føre til et andet resultat, at klager – forinden indgrebene i blev foretaget – har fået udarbejdet en rapport fra en landbrugskonsulent vedrørende forekomsten af beskyttet natur på matriklen. Nævnet bemærker i den forbindelse, at kommunen er kompetent myndighed i forhold til naturbeskyttelseslovens § 3, hvorfor klager ikke i god tro kan støtte ret på en rapport udarbejdet af en privat konsulent.

3.2 Gebyr

Som følge af afgørelsen tilbagebetales det indbetalte klagegebyr, jf. gebyrbekendtgørelsens § 2.

3.3 Miljø- og Fødevareklagenævnets afgørelse

Miljø- og Fødevareklagenævnet stadfæster Horsens kommunes afgørelse af 17. august 2020 om registrering af beskyttet fersk eng for så vidt angår areal B samt et delareal på ca. 3.220 m² inden for areal A på matr. nr. [A1]. Nævnet ophæver afgørelsen for så vidt angår et delareal på ca. 2.240 m² inden for areal A og hjemviser den del til fornyet behandling.

[1] Lovbekendtgørelse nr. 240 af 13. marts 2019 om naturbeskyttelse.

[2] Lov nr. 1715 af 27. december 2016 om Miljø- og Fødevareklagenævnet.

[3] Bekendtgørelse nr. 132 af 30. januar 2017 om gebyr for indbringelse af klager for Miljø- og Fødevareklagenævnet mv.

[4] <https://naturereport.miljoportal.dk//786247> (<https://naturereport.miljoportal.dk/786247>) (link til besigtigelsesrapport).

[5] <https://naturereport.miljoportal.dk//785620> (<https://naturereport.miljoportal.dk/785620>).

[6] <https://naturereport.miljoportal.dk//879834> (<https://naturereport.miljoportal.dk/879834>).

[7] De tre beregnede indeks er værdier mellem 0 og 1, hvor 1 er den bedste naturtilstand og 0 er den ringeste. Skalaen inddeles i fem naturtilstandsklasser, I (høj naturtilstand), II (god naturtilstand), III (moderat naturtilstand), IV (ringe naturtilstand) og V (dårlig naturtilstand).

Læs mere herom på Aarhus Universitets hjemmeside:

<https://bios.au.dk/forskningraadgivning/temasider/terrestrisk-naturtilstand/naturtilstandpaa3arealer/> (<https://bios.au.dk/forskningraadgivning/temasider/terrestrisk-naturtilstand/naturtilstandpaa3arealer/>).

[8] Bekendtgørelse nr. 1067 af 21. august 2018 om beskyttede naturtyper.

[9] Vejledning om registrering af beskyttede naturtyper, Miljøministeriet, Skov- og Naturstyrelsen, 1993, https://mst.dk/media/113519/vejled_1_.pdf (https://mst.dk/media/113519/vejled_1_.pdf).

[10] Vejledning om naturbeskyttelseslovens § 3 beskyttede naturtyper, Miljøstyrelsen, december 2019, <https://www2.mst.dk/Udgiv/publikationer/2019/12/978-87-7038-139-0.pdf> (<https://www2.mst.dk/Udgiv/publikationer/2019/12/978-87-7038-139-0.pdf>).

[11] Sag 116/2016 (2. afd.), UfR.2017.1834H.

[12] Se bl.a. Veit Koester, Kommenteret naturbeskyttelseslov (2009), s. 151f.

Sag:

21/03461

Dato:

19. august 2021.

Emner:

NBL - beskyttede ...

Miljø- og Fødevareklagenævnet (<https://naevneneshus.dk/start-din-klage/miljoe-og-foedevareklagenaevnet/>) •
Nævnenes Hus • Toldboden 2 • 8800 Viborg • Tlf. nr.: 72 40 56 00 • CVR: 37795526 • mfkn@naevneneshus.dk
(<mailto:mfkn@naevneneshus.dk>)
Tilgængelighedserklæring (<https://www.was.digst.dk/mfkn-naevneneshus-dk>).