

MRF 2021B.2**Kommentarer til Miljøretlig Forskningsportals domme og afgørelser frem til juli 2021**
Af Peter Pagh

Siden åbningen af Miljøretlig Forskningsportal (MRF) i marts 2021 er portalen blevet udvidet med danske domme og kendelser. Der er bragt seks danske domme fra 2020, der så vidt ses ikke er offentliggjort i andre tidsskrifter, og det er planen, at MRF fremover bringer alle nye danske miljødomme, som redaktionen får kendskab til. Advokater og dommere opfordres derfor til at fremsende nye miljødomme til redaktionen (peter.pagh@jur.ku.dk – mærk mailen "MRF"). Redaktionen vil sikre anonymisering i henhold til persondatareglerne inden offentliggørelse. Domme, der ankes, vil dog først blive bragt, når ankedommen foreligger.

De på MRF bragte domme og afgørelser fra Planklagenævnet og Miljø- og Fødevarerklagenævnet siden åbningen vedrører så mange miljøretlige spørgsmål, at det er umuligt i denne periodiske kommentar at belyse alle nyheder. Derfor er de fleste EU-domme, danske domme og mange klagenævnssafgørelser, der bringes i MRF, forsynet med en kommentar målrettet den enkelte afgørelse, der på forskellig vis perspektiverer afgørelsen på grundlag af bidrag fra redaktionens medlemmer. Kommentaren er ikke udtryk for Det Juridiske Fakultets vurdering, men er resultatet af en udveksling af juridiske vurderinger og viden blandt redaktionens medlemmer. Hvor intet andet er anført, er ansvaret for indholdet af den enkelte kommentar mit.

Af de mange afgørelser og domme, der er bragt på MRF efter 1. marts 2021, er de afgørelser, der nok har påkaldt sig størst opmærksomhed **MRF 2021.184 Mfk** og **MRF 2021.195 Mfk**, hvor beskyttelse af levesteder for hasselmus, stor vandsalamander og andre bilag IV-arter førte til ophævelse af VVM-tilladelse til Baltic Pipe (gasledning fra Norge til Polen) henholdsvis suspension af VVM-tilladelse til ny bydel på Amager Fælled. Disse og en række andre afgørelser om beskyttelsen af bilag IV-arter omtales i afsnit 1. Herefter følger i afsnit 2 en omtale af nye klagenævnssafgørelser, hvor plangrundlag og VVM-tilladelser til større vindmølleparker er blevet ophævet pga. Natura 2000-beskyttelsen, herunder **MRF 2021.65 Pkn**. I begge tilfælde er der i en vis forstand tale om en praksisændring, der må ses i lyset af nyere praksis fra EU-Domstolen og fortjener nogle bemærkninger om konsekvenserne. Herefter omtales i afsnit 3 – med baggrund i **MRF 2021.176 Mfk** – forholdet mellem klapningstilladelser efter havmiljøloven og miljøvurderingslovens regler om VVM-screening. I afsnit 4 omtales forholdet mellem afgørelser og procesledende beslutninger efter bl.a. miljøvurderingsloven, der dog også kan volde problemer i forhold til planloven og vandløbsloven, som det fremgår af **MRF 2021.146 Pkn** og **MRF 2021.185 Mfk**. Afslutningsvis omtales i afsnit 5 med udgangspunkt i **MRF 2021.166 Pkn** betingelserne for kommunal håndhævelse af privatretlige servitutter efter planlovens § 43.

1. Stor vandsalamander, hasselmus og andre bilag IV-arter

Der er næppe mange, der i naturen har oplevet sydflagermus, stor vandsalamander eller hasselmus. Alligevel har kendskab til disse og andre bilag IV-arter og deres levesteder med EU's habitatdirektiv (92/43) fået en retlig betydning, der nok er kommet bag på de fleste. Det er velkendt, at der ved nye motorveje og jernbaner bygges faunapassager, så vilde dyr kan passere. Det er også velkendt, at der er udlagt store arealer som Natura 2000-områder. Men de færreste havde nok forventet, at beskyttelsen af levesteder for bilag IV-arterne birkemus, hasselmus og flagermus uden for Natura 2000-områder kunne føre til, at Miljø- og Fødevarerklagenævnet ophævede VVM-tilladelsen til etablering af en gasledning, der går tværs gennem Danmark for at forsyne Polen og de baltiske lan-

de med naturgas fra Norge (Baltic Pipe), som det skete i **MRF 2021.184 Mfk**. Og afgørelsen er ikke en enlig svale.

Siden begyndelsen af 2021 har Miljø- og Fødevarerklagenævnet samt Planklagenævnet i en række afgørelser ophævet VVM-tilladelser og lokalplaner for både mindre og større projekter, fordi VVM-tilladelsen, VVM-sceeningen eller lokalplanen ikke opfyldte de krav, der stilles i habitatdirektivets art. 16 for negativ påvirkning af bilag IV-arters levesteder. Som eksempler kan nævnes **MRF 2021.36 Mfk**, hvor Odense Kommunes miljøgodkendelse og VVM-tilladelse til motorsportsanlæg ved Kærby Mose blev ophævet grundet mangelfuld miljøvurdering af bilag IV-arten stor vandsalamander, **MRF 2021.53 Mfk**, hvor en screeningsafgørelse om ikke-VVM-pligt for et projekt om åbning af rørlagt vandløb blev ophævet grundet mangelfuld vurdering af projektområdet som levested for bilag IV-arter, **MRF 2021.107 Mfk** og **MRF 2021.136 Mfk**, hvor klagenævnet i begge tilfælde ophævede screeningsafgørelser om, at tilladelse til råstofindvinding ikke krævede miljøvurdering, grundet utilstrækkelig vurdering af råstofindvindings påvirkning af yngle- og rasteområder for bilag IV-arter, **MRF 2021.175 Mfk**, hvor en dispensation til etablering af et mini-vådområde inden for strandbeskyttelseslinjen måtte hjemvises, fordi Kystdirektoratet hverken havde foretaget en VVM-screening eller en vurdering af projekts påvirkning af bilag IV-arter, samt **MRF 2021.181 Mfk**, hvor nævnet bl.a. hjemviste en afgørelse om, at et kystbeskyttelsesprojekt kunne tillades efter § 7 i habitatbekendtgørelsen for søterritoriet, da det ikke på grundlag af sagens oplysninger kunne udelukkes, at projektet kunne beskadige yngle- eller rasteområder for bilag IV-arten markfirben.

Blandt de nyeste eksempler er **MRF 2021.172 Pkn** og **MRF 2021.195 Mfk**, hvor de to klagenævne den 7. juli 2021 tillagde miljøforeningers klage over Københavns Kommune plangrundlag og VVM-tilladelse for byudviklingsprojekt på Amager Fælled opsættende virkning, fordi planerne og projektet med en vis sandsynlighed vil kunne medføre uoprettelig skade for rasteområder for stor vandsalamander i modstrid med habitatdirektivet. Det gjorde ingen forskel, at Folketinget forud ved ændring af lov om Cityringen havde ophævet fredningen af netop dette område og tillige ophævet naturbeskyttelseslovens § 3. Det gjorde heller ingen forskel, at andre dele af Amager er udlagt som Natura 2000-område for stor vandsalamander. Så for udenforstående kan det se ud som om, der er kommet nye regler, så stor vandsalamander nu bestemmer på Amager Fælled.

Så enkelt er det ikke. Habitatdirektivet har været gældende siden 1994 (og de lignende regler i fuglebeskyttelsesdirektivet siden 1981), og selv om der har været problemer med de danske gennemførelsesregler, er dette i hvert fald formelt løst siden 2009, hvor habitatdirektivets art. 12 og 16 blev gennemført i naturbeskyttelsesloven § 29 a og § 65, stk. 3 og 4. Forklaringen på klagenævnernes nye skærpede praksis kan i stedet findes i EU-Domstolens seneste domme om fortolkning af habitatdirektivets art. 12 og 16. I **MRF 2021B.1** omtalte jeg nogle af disse domme, bl.a. sag C-477/19 (**MRF 2020.10**) om anlægsarbejder i et område, der havde været anvendt som levested for den europæiske hamster.

Senest har EU-Domstolen i de forenede sager C-473/19 og C-474/19 (**MRF 2021.35**) taget stilling til beskyttelsen af bilag IV-arters levesteder ved skovdrift efter sagsanlæg fra svenske miljøorganisationer mod de svenske myndigheder. Dommen fastslog, at forbuddet mod forsætligt at forstyrre bilag IV-arter og mod uagtsomt at skade bilag IV-arters levesteder i habitatdirektivets art. 12 gælder uanset artens bevaringsstatus og omfatter også skovdrift. Derimod er artens bevaringsstatus relevant, hvis de nationale myndigheder vil benytte undtagelsen i habitatdirektivets art. 16, hvor der skal ske en vurdering, som sikrer, at fravigelsen af beskyttelsen efter art. 12 ikke påvirker den berørte dyrearts gunstige bevaringsstatus.

I lyset af denne EU-dom er klagenævnets nye praksis ikke overraskende. Dommen betyder, at det ikke er nok at konstatere, at den berørte dyrearts bevaringsstatus ikke påvirkes negativt. Først må det undersøges, om projektet har en af de skadelige virkninger, der er forbudt efter habitatdirek-

tivets art. 12, hvilket bl.a. omfatter indfangning af bilag IV-arter for at beskytte arten, og uagtsom beskadigelse eller ødelæggelse af yngle- og rasteområder for bilag IV-arter. Har projektet en sådan virkning, hvilket ofte vil være tilfældet, kan projektet ikke tillades efter habitatdirektivets art. 12, selv om projektet ikke berører artens bevaringsstatus. Medmindre der er sikkerhed for, at projektet ikke kan have skadelig virkning på bilag IV-arters levested, kan myndighederne efter dommen om svensk skovdrift kun tillade projektet under iagttagelse af betingelserne i habitatdirektivets art. 16. De to klagenævns seneste praksis om bilag IV-arter er således ikke en opfindelse i de to klagenævn, men er en direkte følge af EU-Domstolens fortolkning af habitatdirektivets art. 12 og 16 i bl.a. de forenede sager C-473/19 og C-474/19 (**MRF 2021.35**).

EU-dommen om svensk skovdrift giver således problemer for den danske gennemførelse af habitatdirektivets art. 12 og 16. Forbuddet i art 12 er bl.a. gennemført i naturbeskyttelseslovens § 29 a, og forbuddet kan kun fraviges ved dispensation fra Miljøstyrelsen efter naturbeskyttelseslovens § 65, stk. 3, der svarer til habitatdirektivets art. 16. Dette gælder dog ikke, hvis forholdet er reguleret i andre regler, jf. § 65, stk. 4, hvilket ofte er tilfældet. I praksis meddeles der nemlig stort set aldrig dispensationer efter § 65, stk. 3. Og det er her problemerne med den danske gennemførelse begynder.

Mange projekter vil være omfattet af habitatbekendtgørelsens § 10, hvorefter der ikke kan meddeles tilladelse efter i bekendtgørelsens §§ 7 og 8 anførte lovregler til projekter, der beskadiger eller ødelægger bilag IV-arters levesteder. Dette svarer til habitatdirektivets art. 12(1)(d), men er i § 10 suppleret af en regel om, at ”vurderingen skal fremgå” af tilladelsen. Efter habitatbekendtgørelsens § 11 kan dette fraviges under de samme betingelser som i habitatdirektivets art. 16, men i så fald skal der først indhentes en udtalelse fra Miljøministeren, jf. § 11, stk. 3.¹

Habitatbekendtgørelsens §§ 10 og 11 indebærer dermed i praksis, at der som vilkår for mange tilladelser kræves afværgeforanstaltninger, så projekter tillades efter § 10 uden at anvende undtagelsen i § 11. Denne fremgangsmåde er vanskelig at forene med dommen i de forenede sager C-473/19 og C-474/19 (**MRF 2021.35**), der forudsætter, at alle betingelserne i art. 16 er opfyldt, hvilket efter habitatbekendtgørelsens model kun kan ske og prøves efter § 11 (og planhabitatbekendtgørelsens § 8 mv.), der stort set ikke anvendes. Efter dommen i de forenede sager C-473/19 og C-474/19 kan et projekt, som skader et levested for en bilag IV-art, kun tillades efter habitatbekendtgørelsens § 11.

Foreløbigt har de to klagenævn valgt en mellemløsning, hvor betingelserne i art. 16 delvist indfortolkes i betingelserne for tilladelse efter habitatbekendtgørelsens § 10. Som eksempel kan nævnes afvisning af klage over bonuslokalplan og kommuneplantillæg for vindmøllepark ved Handest Hede i **MRF 2021.19 Pkn**. I sagen erkendte Planklagenævnet, at projektet kunne medføre skader på bilag IV-arters levesteder, men fandt, at dette ”ikke er i et omfang, som kan påvirke bestandstørrelsen eller den økologiske funktionalitet”, bl.a. fordi der i VVM-tilladelsen var ”fastsat vilkår om periodisk driftstop ved vindmølle nr. 1 for at undgå en negativ påvirkning af flagermus”. Efter den senere EU-dom i de forenede sager C-473/19 og C-474/19, vil dette kræve tilladelse efter habitatdirektivets art. 16. Se også KFE 2019.694 Mfk med note 1 med uddybende kritik af Miljø- og Fødevareklagenævnets tilsvarende opfattelse, hvorefter foranstaltninger til afværge af eller kompensation

¹ Planhabitatbekendtgørelsen (2016/1383) §§ 7 og 8 indeholder også tilsvarende regler, men her skal erhvervsministeren høres for at benytte undtagelsen i § 8. Lignende regler findes i en lang række andre ”specielle” habitatbekendtgørelser. Uden at oplistningen er udtømmende, kan nævnes habitatbekendtgørelsen for søterritoriet (2020/654), habitatbekendtgørelsen for havne og visse andre faste anlæg på søterritoriet (2021/517), habitatbekendtgørelsen for forsvarets aktiviteter (2010/1458), habitatbekendtgørelsen for elproduktionsanlæg og elforsyningsnet på havet (2010/1476) og habitatbekendtgørelsen for forundersøgelser, efterforskning og indvinding af kulbrinter, lagring i undergrunden, rørledninger, m.v. offshore (2017/434). Hertil kommer, at tilsvarende regler er fastsat i medfør af visse anlægslove, jf. f.eks. bekendtgørelse 2017/1105 om anlæg af en ny Storstrømsbro, og i bekendtgørelse 2017/451 for så vidt angår statslige vej- og jernbaneprojekter.

for skade på bilag IV-arters levesteder kan tillægges betydning ved vurderingen efter habitatbekendtgørelsens § 10, så længe den ”fortsatte økologiske funktionalitet” af levestedet opretholdes. Problemet er også, at det ofte er forbundet med betydelige vanskeligheder i praksis at sikre afværge- og kompenserende foranstaltningers effektive virkning på sigt, som det tillige fremgår af **MRF 2021.184 Mfk** om Baltic Pipe.

Kræver beskyttelsen af stor vandsalamanders levested, at det er nødvendigt at indfange et eksemplar af stor vandsalamander og genudsætte den senere eller at placere den i erstatningsbiotop, kræves ligeledes anvendelse af undtagelsen i habitatdirektivets art. 16, jf. dommen i sag C-88/19 (**MRF 2020.8**) om indfangning af en ulv i en landsby i Rumænien med henblik på at transportere den til et reservat. Dette kræver efter dansk ret, at Miljøstyrelsen meddeler dispensation efter § 12, jf. § 10, stk. 1, nr. 1, i artsfredningsbekendtgørelsen (2021/521), der modsvarer habitatdirektivets art. 16, jf. art. 12(1)(a). Disse afgørelser kan ikke påklages, jf. bekendtgørelsens § 33, men skal ved projekter omfattet af VVM-direktivet kunne prøves, når indfangningen er en betingelse for projektets tilladelse, jf. VVM-direktivets art. 11 og Århus-konventionens art. 9(2).

De to klagenævns seneste praksis om bilag IV-arter er således en følge af EU-Domstolens fortolkning af habitatdirektivets art. 12 og 16 og de danske gennemførelsesbestemmelser. Dette bør give anledning til, at Miljøministeren overvejer den meget bureaukratiske gennemførelse af habitatdirektivets art 12 og 16, hvorefter det er nødvendigt at indhente udtalelse eller dispensation fra ministeriet i et meget betydeligt antal sager, som ellers forudsættes afgjort af de lokale myndigheder, og at Miljøstyrelsen i disse sager altid skal træffe afgørelse om dispensation efter artsfredningsbekendtgørelsen, hvis det som led i afværgeforanstaltninger er nødvendigt at indfange og genudsætte bilag IV-arter.

2. Natura 2000-beskyttelse

I forhold til habitatdirektivets krav til beskyttelse af Natura 2000-områder er der i løbet af første halvår af 2021 kommet nye principielle afgørelser fra de to klagenævn, der i nogle tilfælde må anses for en ændring af klagenævnspraksis mht. fortolkning af habitatdirektivets art. 6(3). Der er endvidere kommet en ny principiel dom fra EU om habitatdirektivets art. 6(2).

Fra klagenævnene må fremhæves **MRF 2021.65 Pkn** og **MRF 2021.121 Mfk**, hvor de to klagenævn ophævede plangrundlag og VVM-tilladelse for Danmarks største landbaserede vindmøllepark på Thorup-Sletten i Nordjylland, fordi påvirkningen af nærliggende Natura 2000-område ikke var tilstrækkeligt belyst i habitatvurderingen og bl.a. ikke omfattede barriereeffekt for fugletræk til nærliggende fuglebeskyttelsesområder, ligesom habitatvurderingen ikke opfyldte de krav, som stilles ifølge EU-Domstolens dom i sag C-461/17. Endvidere må fremhæves **MRF 2021.170 Pkn**, hvor Planklagenævnet ophævede plangrundlag for vindmøllepark 700 meter fra Natura 2000-område, fordi påvirkningen af taigasædgæs var utilstrækkeligt belyst. Nævnet henviste til, at habitatvurderingen var baseret på erfaringer med andre typer af gæs og ikke forholdt sig til taigasædgæssenes særlige stedtrofasthed og flyvemønstre. Endvidere kan nævnes Planklagenævnets afgørelse af 25. november 2020 (j.nr. 19/00803 og 19/00583), hvor plangrundlaget for landvindmølleparken Nørre-kær Enge ligeledes blev ophævet som følge af en mangelfuld habitatvurdering. Klagenævnenes afgørelser er i overensstemmelse med EU-Domstolens praksis, herunder dommen i sag C-142/16, men afgørelserne er samtidigt en indirekte underkendelse af den retsopfattelse, som Miljøministeriet gjorde gældende i retssagen om testcentret for vindmøller ved Østerild, hvilket indgik i Højesterets begrundelse for at afvise præjudiciel forelæggelse (U 2012.2572 H), og som landsretten efterfølgende fulgte i MAD 2013.816 V (se tillige Pagh: TfM 2017.295).

Som en anden principiel afgørelse, der markerer et praksisskrift, må fremhæves **MRF 2021.183 Mfk**, hvor VVM-tilladelsen fra januar 2017 til etablering af landanlæg til Vesterhav Syd Havmølle-

park blev ophævet. Nævnet henviste til, at det ikke var tilstrækkeligt med en screening (væsentlighedsvurdering) af projektets påvirkning af Natura 2000-områder, når der var pålagt afværgeforanstaltninger for kabelforbindelse i form af underboring af vandløb for at undgå skade på Skjern Å, der er udlagt som Natura 2000-område. Med samme principielle begrundelse ophævede Miljø- og Fødevarerklagenævnet den 16. juni 2021 VVM-tilladelse til landanlæg for Vesterhav Nord havmøllepark (j.nr. 18/06329).

Begge afgørelser er på linje med EU-Domstolens dom i den irske sag C-323/17 om et næsten identisk sagsforløb, men repræsenterer i forhold til tidligere klagenævnspraksis en ændring. Dette kan illustreres med **MRF 2021.58 Mfk**, hvor klagenævnet så sent som i februar 2021 afviste klage over miljøgodkendelse til udvidelse af biogasanlæg uden en habitatvurdering efter habitatbekendtgørelsens § 6, stk. 2, bl.a. fordi kommunen i væsentlighedsvurdering havde anført, at der var truffet de nødvendige afværgeforanstaltninger for at sikre det nærliggende Natura 2000- område. Tilsvarende kan nævnes, at Planklagenævnet i (**MRF 2021.19 Pkn**) afviste klage over plangrundlag for vindmøllepark 1,2 km fra Natura 2000-område, bl.a. fordi en screening af Natura 2000-påvirkning fandtes tilstrækkelig, fordi skadevirkning på damflagermus kunne undgås ved de i VVM-tilladelsen påbudte afværgeforanstaltninger, hvilket efter den nye praksis vil føre til ophævelse og hjemvisning.

Den nye praksis i nævnene følger EU-Domstolens fortolkning af habitatdirektivet, hvorefter der er krav om habitatvurdering efter habitatbekendtgørelsens § 6, stk. 2, når skade på Natura 2000-område forudsætter afværgeforanstaltninger. Det ser dog ud til, at den nye praksis ikke er nået til den afdeling af Miljø- og Fødevarerklagenævnet, der behandler klagesager over klappningstilladelser efter havmiljølovens § 6. I afgørelsen af 25. juni 2021 (**MRF 2021.192 Mfk**) stadfæstede klagenævnet således Miljøstyrelsens tilladelse til, at 200.000 m³ oprensningsmateriale fra Esbjerg Havn klappes (dumpes) i havet nær med ændrede vilkår af hensyn til nærliggende marint Natura 2000-område baseret på Miljøstyrelsens væsentlighedsvurdering efter habitatbekendtgørelsens § 6(1). Skulle klagenævnet i denne sag have fulgt samme nævns fortolkning af habitatbekendtgørelsens § 6 i **MRF 2021.183 Mfk**, skulle tilladelsen have været ophævet og sagen hjemvist, fordi tilladelsen kræver vurdering efter habitatbekendtgørelsens § 6(2).

Der ses fortsat ikke eksempler på, at de to klagenævne har fulgt EU-Domstolens fortolkning af habitatdirektivets art. 6(2) om den generelle beskyttelse af Natura 2000-områder mod forstyrrelse og skadelig påvirkning, hvorefter myndighederne også i forhold til bestående lovlige forhold henholdsvis fjernelse af bestående anlæg har pligt til at foretage en habitatvurdering, hvis det er sandsynligt, at aktiviteten har skadelig virkning, jf. sag C-399/14 om en bro over Elben. Denne fortolkning af habitatdirektivets art. 6(2) er nu yderligere blevet bekræftet og uddybet af EU-Domstolen i sag C-559/19 (**MRF 2021.139**), der var en spansk sag om muligt overforbrug af grundvand i Natura 2000-området Doñana. Dommen fastslog, at så længe der ikke skete en forøgelse af vandindvindingen, var der ikke tale om en overtrædelse af forpligtelsen til at undgå forringelse af vandforekomsters tilstand i vandrammedirektivets art. 4, uanset den skadelige virkning af indvindingen. Men hvis det er sandsynligt, at den fortsatte vandindvinding kan skade arter og naturtyper i et Natura 2000-område, er den kompetente myndighed forpligtet til af egen drift at foretage en habitatvurdering, der opfylder kravene i habitatdirektivets art. 6(3). Da de samme principper må gælde for vandløb og søer, kan dommen få betydning i relation til både spildevandsudledning og vandløbsvedligeholdelse, hvor det må erindres, at forpligtelsen ikke påhviler lodsejer eller forurenere, men myndigheden, jf. sag C-461/17 og hertil Pagh: TfM 2020, s. 3.

I forhold til bestående lovlige forhold, der er tilladt efter den ældre danske gennemførelse af habitatdirektivets art. 6(3), har Østre Landsret i **MRF 2021.98 ØLK** rejst flere præjudicielle spørgsmål til EU-Domstolen i en sag om miljøgodkendelse af fortsættelse af eksisterende havbrug, der blev etableret på grundlag af tilladelse efter fiskeriloven efter en forudgående VVM-screening

og habitatscreening på grundlag af de frem til 2007 gældende danske regler. Kendelsen er det første eksempel på, at en dansk domstol har rejst præjudicielle spørgsmål for EU-Domstolen om fortolkning af habitatdirektivet, hvilket ellers har været afvist af danske domstole.

3. Tilladelser til klapning og bypass efter havmiljøloven og VVM

Med Danmarks lange kyststrækning og mange havne er oprensning af sediment på havbunden til vedligeholdelse af sejlrender og havne en tilbagevendende opgave, hvor projektet enten kræver tilladelse til bypass efter kystbeskyttelsesloven eller tilladelse til klapning efter havmiljøloven. Ved bypass nyttiggøres det oprensede sediment ved at blive lagt ud i havet for at modvirke erosion, mens klapning af det oprensede sediment har karakter af bortskaffelse i havet på en såkaldt klapplads, fordi det ikke er muligt at nyttiggøre det oprensede sediment.

Uanset om det oprensede sediment bortskaffes eller nyttiggøres, må det retligt klassificeres som affald efter EU's affaldsdirektiv (2008/98). Efter EU-Domstolens praksis er både tilladelse til nyttiggørelse og tilladelse bortskaffelse af affald omfattet af VVM-direktivet og kræver som minimum VVM-screening, jf. sag C-486/04, hvilket også har været dansk klagenævnspraksis siden Naturklagenævnets afgørelse i MAD 2004.403 Nkn.

Dette er imidlertid ikke Miljø- og Fødeklagenævnets fortolkning, når det drejer sig om at komme af med oprenset sediment, som det fremgår af flere afgørelser fra 2021. I **MRF 2021.50 Mfk** ophævede nævnet ganske vist tilladelse efter kystbeskyttelsesloven til bypass af op til ca. 24.000 m³ rent oprensningssediment, fordi projektet var tilladt uden forudgående VVM-screening, idet nævnet henviste til, at bypass skal modvirke erosion af kysten og derfor er omfattet af miljøvurderingslovens bilag 2, pkt. 10(k). For bypass af havnesediment gør det i forhold til miljøvurderingslovens regler om VVM-screening naturligvis ingen forskel, om bypass skal anses for nyttiggørelse, hvormed placeringen som listepunkt alene har akademisk interesse.

Dette gælder imidlertid ikke for klapning, hvor der meddeles tilladelse til, at oprenset sediment fra havne og sejlrunder (ofte forurenede) dumpes på bestemte lokaliteter i havet. I **MRF 2021.176 Mfk** afviste Miljø- og Fødevareklagenævnet således, at Miljøstyrelsens tilladelse til klapning af 36.000 m³ oprensningssediment i Køge Bugt krævede VVM-screening med henvisning til, at klapning ikke er omfattet af miljøvurderingslovens bilag 1 eller 2, uden nævnet forholdt sig til, at der er tale om affaldsbortskaffelse. Samme fortolkning er lagt til grund i **MRF 2021.192 Mfk**, hvor nævnet stadfæstede tilladelse til klapning af 200.000 m³ oprensningssediment fra Esbjerg Havn tæt ved Natura 2000-område. Samme fortolkning er endvidere forudsætningsvis lagt til grund i **MRF 2021.136 Mfk**, hvor stadfæstet tilladelse til klapning af 10.000 m³ oprensningssediment og uddybningsmateriale i Limfjorden og **MRF 2021.137 Mfk**, hvor stadfæstet tilladelse til klapning i Smålandsfarvandet af 30.000 m³ oprensningssediment fra Stignæs Gulfhavn og Olieterminal, uden der var sket VVM-screening.

Efter min opfattelse må klapning af havnesediment retligt klassificeres som bortskaffelse af affald, som dette begreb er defineret i affaldsdirektivet. Tilladelse kræver derfor VVM-screening, da oprenset sediment må anses for affald, og bortskaffelse af affald er omfattet af miljøvurderingslovens bilag 2, pkt. 11(b) om "anlæg til bortskaffelse af affald". Den omstændighed, at der ikke på klapplads er etableret et anlæg, og at klapning på den tilladte klapplads blot fungerer som losseplads i havet, ændrer ikke ved, at klapningstilladelse som et selvstændigt projekt kræver VVM-screening på samme måde, som hvis affald permanent oplægges på jorden.

4. Afgørelser og procesledende beslutninger

I forvaltningsretten har afgørelsesbegrebets afgrænsning påkaldt sig betydelig teoretisk opmærksomhed, hvilket bl.a. hænger sammen med, at en forvaltningsretlig afgørelse er en retsakt omfattet af forvaltningsloven, og afgørelsen kan påklages, hvor dette er hjemlet. Procesledende beslutninger som beslutninger om partshøring eller beslutninger om, hvad der skal undersøges, kan derimod ikke selvstændigt påklages. Derimod kan klagenævnet prøve, om kravene til sagens oplysning (official-princippet) eller partshøring er opfyldt i forbindelse med klage over en afgørelse.

I relation til EU's regler om miljøvurdering og habitatvurdering er der etableret en særlig ordning. VVM-screeningsafgørelsen udgør således en afgørelse, der skal begrundes og kan påklages selvstændigt, jf. miljøvurderingslovens § 21, uanset at afgørelsen er en beslutning om, hvordan en konkret sag videre skal håndteres mht. oplysning og høring, og derfor ellers vil blive anset for en procesledende beslutning, der ikke kan påklages særskilt. Fører screeningen til, at der skal gennemføres en miljøvurdering efter miljøvurderingslovens kapitel 10, kan vurderingen dog ikke påklages særskilt, men indholdet kan prøves i forbindelse med en klage over VVM-tilladelsen efter miljøvurderingslovens § 25. Samme ordning gælder for screening af retsakter omfattet af SMV-direktivet efter miljøvurderingslovens § 10. En delvis tilsvarende ordning er endvidere gennemført for Natura 2000-områder i habitatbekendtgørelsens § 6, hvor det efter § 6, stk. 1, beror på en screening (væsentlighedsvurdering), om der skal ske en habitatvurdering efter § 6, stk. 2, men her er forskellen, at habitatscreeningen først kan påklages, når afgørelsen er truffet. En tilsvarende systematik kan med fordel gennemføres for bilag IV-arter frem for den nuværende ordning i habitatbekendtgørelsens §§ 10 og 11 og artsfredningsbekendtgørelsen, der både giver problemer for klagenævn og de lokale myndigheder. Der kan yderligere henvises til, at en tilsvarende sammenblanding af vurdering og procesledende beslutninger var indeholdt i den danske gennemførelse af habitatdirektivets art. 6(3) i den dagældende bekendtgørelse 2003/477 § 4, hvilket efter en åbningsskrivelse fra Kommissionen blev løst med bekendtgørelsen 2007/408, der indførte den nuværende ordning i habitatbekendtgørelsen § 6.

Med disse modifikationer må det fastholdes, at procesledende beslutninger efter miljø- og planlovgivningen *ikke* er afgørelser, der kan påklages. Det må på denne baggrund undre, at Planklagenævnet i **MRF 2021.146 Pkn** realitetsbehandlede en klage over kommunes vedtagelse efter planlovens § 24 om at sende forslag til kommuneplantillæg og lokalplan samt miljørapport i offentlig høring. Om kommunalbestyrelsen ønsker at foreslå tillæg til kommuneplanen, er ikke en afgørelse og kan derfor ikke påklages. Planklagenævnets realitetsbehandling i **MRF 2021.143 Pkn** af klage fra bygherre over, at en kommune ikke havde besluttet at igangsætte en planlægningsproces for ansøgning om opstilling af 4 vindmøller, er mere på kanten. Kommunen er nemlig efter planlovens § 13, stk. 3 forpligtet til at bistå en bygherre med udarbejdelse af forslag til lokalplan, der er i overensstemmelse med kommuneplanen. Men om denne bistand skal anses for en afgørelse, forekommer tvivlsomt.

Klager over en kommunes manglende vedligeholdelse af vandløb giver tilsvarende anledning til uklarhed, som det fremgår af Miljø- og Fødevarerklagenævnet i bl.a. **MRF 2021.185 Mfk** og **MRF 2021.187 Mfk**, hvor nævnet i afgørelserne har sammenblandet retsfaktum og retsfølge. Nævnet ændrede kommunens afgørelse om, at vedligeholdelsen var i overensstemmelse med vandløbsregulativet til, at dette ikke var tilfældet og dermed i modstrid med vandløbslovens § 27. Faktuelt er konklusionen korrekt, men kommunens vurdering af, om vedligeholdelse af et vandløb er i overensstemmelse med vandløbslovens § 27 er ikke en afgørelse, men en procesledende beslutning om retsfaktum, der herefter danner grundlag for kommunens afgørelse, om der skal meddeles påbud efter planlovens § 54 eller ikke skal meddeles påbud efter § 54, jf. ligeledes ombudsmandens udtalelse i FOB 2020-37.

Uenighed om den grundlæggende sondring mellem afgørelser (forvaltningsakter) og procesledende beslutninger har tillige givet anledning til to nye EU-domme. I sag C-471/18 P (**MRF 2021.30**) fastslog EU-Domstolen, at en erklæring fra det Europæiske Kemikalieagentur (ECHA) til den franske regering om, at en fransk virksomheds oplysninger om et bestemt kemikalie var utilstrækkelige og kan gøres til genstand for sanktioner, udgjorde en retsakt. Den franske virksomhed kunne derfor indbringe erklæringen for EU-Domstolen, som herefter ophævede erklæringen som ugyldig.

Endnu mere vidtgående må fremhæves Rettens dom i sag T-9/19 (**MRF 2021.32**), hvor miljøorganisationen ClientEarth anfægtede et lån fra den Europæiske Investeringsbank (ECB) til opførelse af kraftværk i Spanien. ClientEarth havde anmodet ECB om intern prøvelse i henhold til Århusforordningens art. 10 af bankens godkendelse af at yde et lån til opførelsen af et biomassekraftværk i Spanien. ECB bestred imidlertid, at ECB's beslutning kunne prøves med henvisning til, at dette var en intern beslutning, som først havde virkning, når låneaftalen var indgået. Denne fortolkning blev imidlertid afvist af Retten, der gav ClientEarth medhold i, at ECB's interne godkendelse af lånet måtte anses for en forvaltningsakt som defineret i forordningens art. 2(1)(g). Dommen er anket af ECB til Domstolen (sag C-212/21 P).

5. Servitutter og planloven

Kommuners håndhævelse af privatretlige servitutter efter planloven giver fortsat anledning til mange klagesager ved Planklagenævnet og ender i de fleste tilfælde med en ophævelse, fordi kommunen har misforstået reglerne. Mange kommuner antager tilsyneladende, at overtrædelse af en privatretlig servitut kan sidestilles med en overtrædelse af planloven. Dette er ikke tilfældet. Planloven er først overtrådt, når der efter § 43 er meddelt et påbud, som ikke efterkommes, og som det fremgår af **MRF 2021.11 Pkn**, **MRF 2021.159 Pkn** og **MRF 2021.164 Pkn** kræver et sådant påbud forudgående partshøring og varsling.

Formentlig for at undgå kommunernes mange misforståelser af planlovens regler om håndhævelse af privatlige servitutter har Planklagenævnet i **MRF 2021.166 Pkn** mere fyldigt redegjort for, hvordan planlovens § 43 skal forstås og samtidigt imødegået Københavns Kommunes argument om, at afslag kan betragtes som ”det mindre i det mere” i forhold til et påbud. Nævnet afviste derfor, at Københavns Kommune i planlovens § 43 har hjemmel til at dispensere fra en privatretlig servitut, hvilket ellers har været praksis i kommunen. Afgørelsen indeholder ikke egentlige nyheder, men må anbefales til kommunerne som en uddybende forklaring på, hvordan planlovens § 43 skal fortolkes, hvor afgørelser er på linje med tidligere praksis og juridisk teori om servitutter (Evald: Servitutretten, 2021, s. 181 ff. og Pagh: Fast ejendom – regulering og køb (3. udg.) 2017, s. 195 ff.) og Planklagenævnet Orienterer nr. 5.