



Februar 2018

Miljøvurdering af generel regulering – miljøvurderingsdirektivets plan- og programbegreb i lyset af EU-dommen i sag C-290/15, D'Oultremont

1. Indledning

Miljøvurderingsdirektivet¹ (herefter "direktivet") indeholder krav om, at planer og programmer, som kan få væsentlig indvirkning på miljøet, underkastes en miljøvurdering, inden de vedtages eller udstedes. Direktivet er i dansk ret gennemført ved miljøvurderingsloven², hvis bestemmelser skal fortolkes i lyset af direktivet.

EU-Domstolen har i sagen C-290/15, D'Oultremont, senest udtalt sig om fortolkningen af direktivets plan- og programbegreb. I sagen fastslog Domstolen, at en vindmølleanordning (bekendtgørelse) for det vallonske område i Belgien udgjorde en plan eller et program omfattet af direktivets krav om miljøvurdering.

Det er med dommen slået fast, at generel regulering, f.eks. love og bekendtgørelser, kan være omfattet af direktivets plan- og programbegreb og dermed, såfremt direktivets øvrige betingelser er opfyldt, kravet om forudgående miljøvurdering. Det giver dog anledning til tvivl, hvilke kriterier en generel regulering skal opfylde for at udgøre en plan eller et program i direktivets forstand. Miljø- og Fødevarerministeriet har derfor foretaget en analyse af direktivets plan- og programbegreb i lyset af D'Oultremont-dommen.

Miljøvurderingsreglerne har betydning for en række ministerier, som på deres respektive ressortområder har retsakter, der efter omstændighederne kan være omfattet af kravene om miljøvurdering i henhold til miljøvurderingsdirektivet. Det gælder bl.a. Energi-, Forsynings- og Klimaministeriet (f.eks. regulering af solceller), Erhvervsministeriet (f.eks. landsplandirektiver) og Transport-, Bygnings- og Boligministeriet.

Det er forventningen, at en ny vejledning til den del af miljøvurderingsloven, der omhandler miljøvurdering af planer og programmer, kan sendes i høring i begyndelsen af 2018. Miljø- og Fødevarerministeriet lægger op til, at vejledningen udformes i overensstemmelse med den linje, der lægges i nærværende notat.

¹ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/42/EF af 27. juni 2001 om vurdering af bestemte planers og programmets indvirkning på miljøet.

² Lov om miljøvurdering af planer og programmer og af konkrete projekter, jf. lovbekendtgørelse nr. 448 af 10. maj 2017.

2. Kort om miljøvurderingsdirektivet

Efter miljøvurderingsdirektivet skal der med henblik på at sikre et højt miljøbeskyttelsesniveau foretages en miljøvurdering af bestemte planer og programmer, som kan få væsentlig indvirkning på miljøet³.

Direktivet indeholder regler om, hvilke planer og programmer der altid skal miljøvurderes⁴, hvilke der først skal screenes med henblik på at vurdere, om de skal miljøvurderes⁵, og hvilke planer og programmer som ikke er omfattet af direktivets krav om miljøvurdering⁶.

For planer og programmer omfattet af miljøvurderingspligten gælder, at miljøvurderingen skal gennemføres under udarbejdelsen og inden vedtagelsen eller indledningen af lovgivningsproceduren for planen eller programmet⁷.

Miljøvurderingen indledes ved en såkaldt scoping-fase, hvori indholdet af miljørapporten afgrænses⁸, efterfulgt af en fase, hvori miljørapporten udarbejdes. Rapporten skal bl.a. indeholde oplysninger om den sandsynlige væsentlige indvirkning på miljøet⁹.

I scoping-fasen er det berørte myndigheder, der høres, og når miljørapporten er udarbejdet, indgår denne som bilag til en offentlig høring over forslaget til planen eller programmet.

Efter høringen over forslaget og miljørapporten udarbejdes en sammenfattende redegørelse, som bl.a. indeholder en beskrivelse af de miljømæssige forhold i forslaget, der måtte være ændret på baggrund af høringen.

3. Direktivets anvendelsesområde

De centrale bestemmelser til afgrænsning af direktivets anvendelsesområde findes i direktivets artikel 1 med overskriften »formål«, artikel 2 med overskriften »definitioner« og artikel 3 med overskriften »anvendelsesområde«.

Direktivet har efter artikel 1 til formål at sikre »et højt miljøbeskyttelsesniveau og at bidrage til integrationen af miljøhensyn under udarbejdelsen og vedtagelsen af planer

³ Artikel 1.

⁴ Artikel 3, stk. 2.

⁵ Artikel 3, stk. 3 og 4.

⁶ Artikel 3, stk. 8.

⁷ Artikel 4, stk. 1.

⁸ Artikel 5, stk. 4.

⁹ Direktivets bilag I.

og programmer med henblik på at fremme bæredygtig udvikling ved sikring af, at der i overensstemmelse med dette direktiv gennemføres en miljøvurdering af bestemte planer og programmer, som kan få væsentlig indvirkning på miljøet [Miljø- og Fødevareministeriets understregninger].«

Ved begrebet »planer og programmer« forstås ifølge direktivets artikel 2, litra a: »[...] planer og programmer, herunder sådanne der medfinansieres af Det Europæiske Fællesskab, samt ændringer deri,

- som udarbejdes og/eller vedtages af en national, regional eller lokal myndighed, eller som udarbejdes af en myndighed med henblik på vedtagelse af parlament eller regering via en lovgivningsprocedure, og
- som kræves ifølge love og administrative bestemmelser [Miljø- og Fødevareministeriets understregninger].«

Derudover er det et gennemgående kriterium, at planer og programmer »fastlægger rammerne for fremtidige anlægstilladelser«, jf. direktivets artikel 3, stk. 2, litra a, og stk. 4.

Efter artikel 3, stk. 2, skal der, med forbehold af artikel 3, stk. 3¹⁰, »gennemføres en miljøvurdering af alle planer og programmer, der

- a) udarbejdes inden for landbrug, skovbrug, fiskeri, energi, industri, transport, affaldshåndtering, vandforvaltning, telekommunikation, turisme, fysisk planlægning og arealanvendelse, og som fastlægger rammerne for fremtidige anlægstilladelser til de projekter, der er omhandlet i bilag I og II til [VVM-direktivet¹¹], eller
- b) for hvilke det på grund af den sandsynlige indvirkning på lokaliteter er besluttet, at der kræves en vurdering i medfør af artikel 6 eller 7 i [habitatdirektivet¹²].«

Ud over disse planer og programmer, følger det af artikel 3, stk. 4, at også »planer og programmer, som ikke falder ind under stk. 2, men som fastlægger rammerne for fremtidige anlægstilladelser til projekter«¹³, vil være omfattet af miljøvurderingspligten, såfremt den pågældende plan eller det pågældende program »kan forventes at få væsentlig indvirkning på miljøet«. For sådanne planer og programmer skal der efter artikel 3, stk. 5, foretages en screening med henblik på at

¹⁰ Artikel 3, stk. 3, lyder sådan: »For planer og programmer som omhandlet i stk. 2, der fastlægger anvendelsen af mindre områder på lokalt plan eller angiver mindre ændringer i de pågældende planer og programmer, skal der kun gennemføres en miljøvurdering, hvis medlemsstaten fastslår, at de kan få væsentlig indvirkning på miljøet [Miljø- og Fødevareministeriets understregning].«

¹¹ Direktiv 2011/92/EU.

¹² Direktiv 92/43/EØF.

¹³ For de planer og programmer, der efter artikel 3, stk. 4, skal screenes, er det ikke en betingelse, som ved artikel 3, stk. 2, at projektet er omfattet af bilag I og II til VVM-direktivet.

vurdere den forventede væsentlige indvirkning på miljøet af den konkrete plan eller det konkrete program. Screeningen foretages på grundlag af kriterierne i direktivets bilag II.

Direktivet finder efter artikel 3, stk. 8, ikke anvendelse på »planer og programmer, som alene tjener et nationalt forsvarsformål eller et civilt beredskabsformål eller finansielle eller budgetmæssige planer og programmer«. Direktivet finder i medfør af artikel 3, stk. 9, endvidere ikke anvendelse på EU-samfinansierede planer og programmer som f.eks. det samlede Landdistriktsprogram¹⁴.

4. Retspraksis fra EU-Domstolen til afgrænsning af direktivets plan- og programbegreb

Miljøvurderingsdirektivets plan- og programbegreb er blevet fortolket af EU-Domstolen i en række sager¹⁵. Domstolen har ved disse lejligheder – under hensyn til de konkrete omstændigheder i den enkelte sag – søgt at indkredse og klarlægge plan- og programbegrebet og dermed direktivets anvendelsesområde.

Rækkevidden af plan- og programbegrebet er desuden et centralt tema i to verserende præjudicielle sager ved EU-Domstolen. Det drejer sig om de forenede sager C-671/16, Inter-Environnement Bruxelles m.fl., og C-160/17, Thyabut m.fl. Danmark afgav i november 2017 mundtligt indlæg i sagerne, og generaladvokatens forslag til afgørelse blev fremsat den 25. januar 2018. Det vides endnu ikke, hvornår der afsiges dom. Det er på baggrund af sagernes konkrete omstændigheder usikkert, om Domstolen i sin afgørelse vil finde anledning til at udtale sig nærmere om direktivets rækkevidde i forhold til generel regulering. Der vil i givet fald kunne opstå behov for en justering af de overvejelser og konklusioner, der fremgår af nærværende notat.

4.1. C-290/15, D'Oultremont

Med dommen i sagen C-290/15, D'Oultremont, har Domstolen indtil videre ydet sit seneste bidrag til forståelsen af plan- og programbegrebet i forhold til generel regulering, f.eks. love og bekendtgørelser.

Det er med dommen utvetydigt slået fast, at ikke alene konkrete planer eller programmer, f.eks. kommuneplaner og spildevandsplaner, men også generel

¹⁴ I forhold til planer og programmer, der samfinansieres af EU, skal der, når det er relevant, gennemføres miljøvurdering heraf, jf. artikel 55, stk. 4, i Europa-Parlamentets og Rådets forordning nr. 1303/2013 af 17. december 2013. Det bemærkes, at langt de fleste planer og programmer, som er samfinansieret med EU under Den Europæiske Fond for Regionaludvikling, Samhørighedsfonden og Den Europæiske Hav- og Fiskerifond vil være omfattet af krav om miljøvurdering, mens planer og programmer under Den Europæiske Socialfond ikke vil være omfattet af kravet om miljøvurdering, jf. afsnit 1.5. i EU-Kommissionens Guidance document on ex-ante evaluation for The Programming Period 2015-2020, Monitoring and Evaluation of European Cohesion Policy, European Regional Development Fund, European Social Fund, Cohesion Fund. Se også Annex 1 i den nævnte vejledning for en nærmere beskrivelse af processen.

¹⁵ De væsentligste afgørelser er de forenede sager C-105/09 og C-110/09, Inter-Environnement Wallonie ASBL; C-567/10, Inter-Environnement Bruxelles m.fl.; C-43/10, Nomarchiaki Aftodioikisi Aitolokarnanias m.fl.; og senest C-290/15, D'Oultremont.

regulering, dvs. love, bekendtgørelser mv., efter omstændighederne kan være omfattet af plan- og programbegrebet og dermed, såfremt direktivets øvrige betingelser er opfyldt, af miljøvurderingspligten.

Sagen omhandlede en vindmøleanordning (bekendtgørelse) for det vallonske område i Belgien, der fastsatte sektorspecifikke betingelser for vindmølleparker med en samlet effekt på 0,5 MW eller derover.

Anordningen regulerede udnyttelsen af vindmøller (adgang, kontrol, vedligeholdelse), forebyggelse af ulykker og brand (bl.a. standsning af vindmøllen), støj, rotores periodiske skyggekastning, det tilladte magnetfelt, reetablering af arealerne i tilfælde af definitiv standsning og oprettelse af finansiel sikkerhedsstillelse. Hvad angik støj, varierede grænseværdierne bl.a. i forhold til såkaldte planzoner, dvs. boligområder, landbrugszoner, erhvervszoner mv.

Bekendtgørelsen var ikke miljøvurderet, men det bagvedliggende kortbilag var miljøvurderet. Kortbilaget indgik imidlertid ikke i den endelige bekendtgørelse.

Der var på baggrund af disse omstændigheder tvivl om, hvorvidt bekendtgørelsen var omfattet af miljøvurderingsdirektivets plan- og programbegreb, hvilket var afgørende for, om bekendtgørelsen skulle have været miljøvurderet forud for udstedelsen.

EU-Domstolen bemærkede i relation til spørgsmålet om, hvorvidt planer eller programmer skal have til formål at planlægge et bestemt område, at dette ikke følger af ordlyden af direktivets artikel 2, litra a, eller artikel 3, stk. 2, litra a, men at bestemmelserne efter deres ordlyd i bredere forstand omhandler planlægning af områder eller zoner generelt¹⁶.

Domstolen noterede sig dernæst, at den omhandlede bekendtgørelse efter sagens oplysninger vedrørte hele Valloniens område, og at de grænseværdier for støj fra vindmøller, der var fastsat i bekendtgørelsen, havde en tæt forbindelse med det nævnte område, idet disse grænser var fastsat i forhold til de forskellige anvendelsestyper, som var kendetegnende for de pågældende geografiske zoner¹⁷.

I forhold til den omstændighed, at bekendtgørelsen ikke definerede en ramme, som var tilstrækkeligt fuldstændig for vindmøllesektoren, anførte EU-Domstolen, at vurderingen af, om en plan eller et program er omfattet af direktivet, navnlig skal foretages i lyset af direktivets formål, der består i at gennemføre en miljøvurdering af afgørelser, som kan få væsentlig indvirkning på miljøet¹⁸. Domstolen bemærkede

¹⁶ Præmis 45.

¹⁷ Præmis 46.

¹⁸ Præmis 47.

dernæst, at mulige strategier for omgåelse af miljøvurderingspligten gennem opdeling af planer og programmer i øvrigt skal undgås¹⁹.

Henset til disse overordnede formål, omfatter begrebet »planer og programmer« ifølge Domstolen derfor enhver retsakt, der, idet den definerer regler og kontrolprocedurer, der skal finde anvendelse på den pågældende sektor, fastlægger en betydningsfuld helhed af kriterier og fremgangsmåder for tilladelse og iværksættelse af et eller flere projekter, der kan have væsentlige indvirkninger på miljøet²⁰.

I forhold til den vallonske anordning bemærkede EU-Domstolen herefter, at denne navnlig vedrørte tekniske regler, nærmere bestemmelser for driften, regler for støjniveauet, reetablering og sikkerhedsstillelse for vindmøllerne, og at sådanne regler har en betydning og rækkevidde, der er tilstrækkeligt væsentlig for fastlæggelsen af de betingelser, der skal gælde for den pågældende sektor. Hertil kom, at de valg, navnlig af miljømæssig art, der kunne træffes i henhold til de nævnte regler, skulle afgøre de betingelser, hvorunder de konkrete projekter vedrørende opførelse og drift af vindmøllelokalteter kunne tillades i fremtiden²¹.

Domstolen fastslog på baggrund af ovennævnte betragtninger, at anordningen var omfattet af direktivets plan- og programbegreb²².

Dommen er på en række punkter uklar. Det giver bl.a. anledning til betydelig tvivl, om en generel retsakt skal fastlægge flere kriterier og fremgangsmåder for tilladelser o. lign. for at være omfattet af miljøvurderingsdirektivets plan- og programbegreb, eller om det er tilstrækkeligt, at der opstilles et enkelt kriterium.

5. Kriterier til afgrænsning af direktivets plan- og programbegreb i forhold til generel regulering

Det er på baggrund af de afgrænsningskriterier, der følger af henholdsvis direktivet og D'Oultremont-dommen, Miljø- og Fødevarerministeriets vurdering, at følgende elementer er relevante for vurderingen af, om en generel regulering (lov eller bekendtgørelse) er omfattet af direktivets plan- og programbegreb:

- 1) Er loven eller bekendtgørelsen »krævet ifølge love og administrative bestemmelser«, dvs. indgår forskriften i et normativt hierarki (artikel 2, litra a, og præmis 41, D'Oultremont)?

¹⁹ Præmis 48.

²⁰ Præmis 49.

²¹ Præmis 50.

²² Præmis 54.

- 2) Regulerer loven eller bekendtgørelsen en sektor omfattet af direktivet (artikel 3, stk.2)? Hvis forskriften ikke omhandler disse sektorer, skal der ske en screening for at kunne afgøre, om den kan medføre en miljøpåvirkning (artikel 3, stk.4).
- 3) Fastlægger loven eller bekendtgørelsen »rammerne for fremtidige anlægstilladelser til projekter« (artikel 3, stk. 2-4)?
- 4) Som fortolkningsbidrag til pkt. 3: Fastlægger loven eller bekendtgørelsen »en betydningsfuld helhed af kriterier for tilladelse og iværksættelse af et eller flere projekter« (præmis 49, D'Oultremont)?
- 5) Indeholder loven eller bekendtgørelsen et geografisk element, dvs. er der en tilstrækkelig tæt forbindelse mellem på den ene side de opstillede kriterier for godkendelse og iværksættelse af projekter og udpeges på den anden side– direkte eller indirekte – de geografiske områder eller zoner, som kriterierne i loven eller bekendtgørelsen refererer til (præmis 45-46, D'Oultremont)?

Miljø- og Fødevareministeriet vil i det følgende knytte nogle uddybende bemærkninger til ovennævnte liste.

5.1. Vedr. betingelsen »krævet ifølge love og administrative bestemmelser«

I direktivets artikel 2, litra a, defineres planer og programmer som dokumenter, der 1) udarbejdes og/eller vedtages af en national, regional eller lokal myndighed, eller som udarbejdes af en myndighed med henblik på vedtagelse af parlament eller regering via en lovgivningsprocedure, og 2) som kræves ifølge love og administrative bestemmelser.

Der er efter såvel bestemmelsens ordlyd som EU-Domstolens praksis²³ tale om kumulative betingelser, dvs. at begge betingelser skal være opfyldt, for at der er tale om en plan eller et program i direktivets forstand.

Den første betingelse vil med hensyn til generel regulering, f.eks. love og bekendtgørelser, i almindelighed uden videre være opfyldt.

Den anden betingelse, hvorefter planer og programmer skal »kræves ifølge love og administrative bestemmelser«, giver imidlertid anledning til fortolkningsstvivl, navnlig for så vidt angår forskrifter på lovniveau.

Miljø- og Fødevareministeriet vurderer, at betingelsen med hensyn til nationale love indebærer følgende:

1. Love, der vedtages til opfyldelse af en EU-retlig eller folkeretlig forpligtelse, må som udgangspunkt anses for at indgå i et normativt hierarki og vil således være ”krævet” i henhold til den forpligtelse, de vedtages til opfyldelse af. Sådanne love vil således principielt kunne være omfattet af kravet om forudgående miljøvurdering, forudsat at direktivets betingelser i øvrigt er opfyldt, jf. dog nedenstående modifikationer med hensyn til direktivnære implementeringer.

²³ C-290/15, D'Oultremont, præmis 41.

2. Love, der ikke følger af en EU-retlig eller folkeretlig forpligtelse, og som således er rene nationale anliggender, vil ikke indgå i et normativt hierarki. Sådanne love vil dermed efter Miljø- og Fødevareministeriets vurdering ikke opfylde kravet om at være ”krævet” og vil følgelig falde uden for plan- og programbegrebet. Dette gælder uanset lovens nærmere karakter.

Det bemærkes, at Europa-Kommissionen under en mundtlig drøftelse har tilkendegivet, at Kommissionen umiddelbart ikke er enig i, at betingelsen ”krævet” kan anvendes som et udelukkelseskriterium med hensyn til nationale love uden EU-retligt ophæng (situation nr. 2). Det er imidlertid Miljø- og Fødevareministeriets opfattelse, at der med vægt kan argumenteres for, at betingelsen om, at planen eller programmet skal være krævet »ifølge love og administrative bestemmelser«, vil miste sit selvstændige indhold, hvis Kommissionens retsopfattelse på dette punkt lægges til grund.

For så vidt angår bekendtgørelser, er det Miljø- og Fødevareministeriets vurdering, at disse altid vil opfylde betingelsen i direktivet om at være »krævet« i henhold til den lov, de er udstedt med hjemmel i, jf. dog nedennævnte modifikation om direktivnære implementeringer. Det må i den forbindelse – på baggrund af EU-Domstolens praksis – anses for fastslået, at det ikke er afgørende, om det konkret er valgfrit for ministeren at udstede en bekendtgørelse²⁴.

I forhold til såvel love som bekendtgørelser gælder efter Miljø- og Fødevareministeriets opfattelse imidlertid følgende modifikation:

- Love eller bekendtgørelser, som har karakter af direktivnære implementeringer af EU-ret, dvs. hvor det tilgrundliggende direktiv ikke overlader valgfrihed til medlemsstaterne i forhold til den nærmere gennemførelse, vil ikke være omfattet af kravet om forudgående miljøvurdering. Det skyldes, at gennemførelse af en miljøvurdering af sådanne generelle forskrifter uanset udfaldet af miljøvurderingen ikke ville kunne medføre indholdsmæssige ændringer, da den nationale implementering i denne situation er bundet af direktivet.

Det bemærkes, at Europa-Kommissionen under en mundtlig drøftelse har tilkendegivet, at Kommissionen umiddelbart er enig i den nævnte modifikation med hensyn til direktivnære implementeringer. Det bemærkes endvidere, at Kommissionen i den forbindelse har understreget, at modifikationen efter Kommissionens opfattelse har et snævert anvendelsesområde, og at det centrale spørgsmål vil være, om den pågældende EU-retsakt konkret overlader valgfrihed til medlemsstaterne eller ej.

²⁴ Jf. C-567/10, Inter-Environnement Bruxelles m.fl., præmis 28.

5.2 Vedr. betingelsen om, at planen eller programmet skal vedrøre en sektor

Som det fremgår af beskrivelsen af direktivets artikel 3, stk. 2, antages det, at der med direktivets bestemmelser kan foretages en sondring mellem arealanvendelsesplaner og planer, der med indarbejdelsen af sektorer har et mere generelt indhold.

Arealanvendelsesplaner fastlægger konkret anvendelsen af et areal som f.eks. anvendelsen af et landzoneareal eller fremtidige anvendelsesmuligheder inden for et areal i byzone, mens sektorplaner/sektoerregulering nærmere fastlægger generelle/normative krav til projekttyper inden for en bestemt sektor (eksempelvis vindmøller) i en forudsat zonerings/geografisk forankring.

Forskellen er derfor, at arealanvendelsesplaner typisk er forankret i en afgrænset zone/geografisk område af mindre udstrækning og ikke opstiller normative/generelle bestemmelser for projekttyper.

Arealanvendelsesplaner udgør selvsagt en plan efter miljøvurderingsdirektivet, mens en generel sektoerregulering efter Miljø- og Fødevareministeriets opfattelse først udgør en plan eller program, når den opfylder de kriterier, som blev fastslået i D'Oultremont, præmis 49, der netop omhandlede en generel sektoerregulering i en forudsat zonerings/geografisk forankring. Det betyder, at reguleringen skal definere de regler og kontrolprocedurer, der skal finde anvendelse på den pågældende sektor, og derved fastlægge en betydningsfuld helhed af kriterier og fremgangsmåder for tilladelse og iværksættelse af et eller flere projekter, og samtidig direkte eller indirekte udpege de omfattede zoner/være geografisk forankret, før den udgør en plan eller et program.

I øvrigt bemærkes, at efter Domstolens praksis synes det i relation til planer og programmer at være afgørende, om en foranstaltning indholdsmæssigt svarer hertil, og ikke om der formelt set er tale om en arealanvendelsesplan eller en sektoerregulering, jf. hertil C-105/09 og C-110/09, Terre Wallone ASBL og Inter-Environment Wallonie ASBL, præmis 41.

5.3. Vedr. betingelsen »fastlægger rammerne for fremtidige anlægstilladelser til projekter«

Det er et gennemgående kriterium, at planer og programmer »fastlægger rammerne for fremtidige anlægstilladelser til projekter«, jf. direktivets artikel 3, stk. 2 og 4.

Af direktivets bilag II, punkt 1, 1. led, som omhandler planen eller programmets karakteristika, fremgår det, at der tages hensyn til, »i hvilket omfang planen eller programmet kan danne grundlag for projekter og andre aktiviteter med hensyn til beliggenhed, art, størrelse og driftsbetingelser eller ved tildeling af midler«.

I Kommissionens implementeringsvejledning²⁵, punkt 3.23-3.25, beskrives, hvad der nærmere skal forstås ved udtrykket »fastlægger rammerne for fremtidige anlægstilladelser til projekter«:

»[...] planen eller programmet indeholder kriterier eller vilkår, der bestemmer, hvorledes den bevilgende myndighed behandler en ansøgning om anlægstilladelse. Sådanne kriterier kunne sætte grænser for, hvilken type aktivitet eller anlægsvirksomhed der er tilladt i et givet område; eller de kunne indeholde betingelser, der skal opfyldes af ansøgeren, hvis tilladelsen skal gives; eller de kunne være udformet således, at de bevarer bestemte kendetegn ved det pågældende område (f.eks. en blanding af arealanvendelser, der fremmer områdets økonomiske levedygtighed).«

Forståelsen af udtrykket »fastlægger rammerne for anlægstilladelser til projekter« uddybes desuden i EU-Domstolens dom i sagen C-567/10, Inter-Environnement Bruxelles m.fl., præmis 30 ff., hvori det anføres, at miljøvurderingsdirektivet har til formål »at indføre en procedure med kontrol for så vidt angår retsakter, der kan have mærkbare indvirkninger på miljøet, som fastlægger kriterier og fremgangsmåder for arealanvendelse, og som normalt vedrører en række projekter, hvis gennemførelse er underlagt overholdelse af regler og procedurer fastlagt ved disse retsakter«.

I sagen C-43/10, Nomarchiaki Aftodioikisi Aitoloakarnanias m.fl., bemærkede EU-Domstolen, at det konkret omhandlede projekt, ikke syntes »at udgøre en retsakt, der fastlægger kriterier og fremgangsmåder for arealanvendelse eller fastsætter regler og kontrolprocedurer, som gennemførelsen af en eller flere projekter er underlagt«²⁶.

Kriterier og fremgangsmåder eller regler og kontrolprocedurer vil ifølge EU-Domstolens praksis²⁷ f.eks. kunne være regler, som indeholder vilkår for etablering, herunder vedrørende sikkerhed, kontrol og reetablering, zonerings i forhold til f.eks. støj og andre emissioner eller bestemmelser for administrative tilladelser/anmeldeordninger, der ved opfyldelse giver ret til at opstille og drive anlæg/projekter.

5.4. Vedr. betingelsen »en betydningsfuld helhed af kriterier for tilladelse og iværksættelse af et eller flere projekter«

EU-Domstolen fastslog i C-290/15, D'Oultremont, præmis 49, at begrebet »planer og programmer« omfatter »enhver retsakt, der, idet den definerer regler og kontrolprocedurer, der skal finde anvendelse på den pågældende sektor, fastlægger en betydningsfuld helhed af kriterier og fremgangsmåder for tilladelse og iværksættelse af et eller flere projekter, der kan have væsentlige indvirkninger på miljøet«.

²⁵ Kommissionens implementeringsvejledning 'Gennemførelse af direktiv 2001/42 om vurdering af bestemte planer og programmets indvirkning på miljøet' fra 2003

²⁶ Præmis 95.

²⁷ Se f.eks. C-290/15, D'Oultremont.

Domstolen betoner her forholdet mellem sektorer (f.eks. energisektoren) og de konkrete projekter (f.eks. vindmøller), og præmis 49 kan således ses som et fortolkningsbidrag til ovennævnte betingelse om, at reguleringen »fastlægger rammerne for fremtidige anlægstilladelser til projekter«.

Domstolen fastsætter dog ikke bestemte retningslinjer for, hvor den nedre grænse går, eller for, hvad der konkret skal til, før der er tale om »en betydningsfuld helhed af kriterier og fremgangsmåder«. Det kan dog udledes af dommen, at hvis en generel regulering er så detaljeret som den vallonske vindmølleordening, der konkret var sagens genstand, vil dette tale for, at reguleringen er omfattet af direktivets plan- og programbegreb²⁸.

Det er Miljø- og Fødevarerministeriets vurdering, at ordene »betydningsfuld helhed« alene knytter sig til de kriterier og fremgangsmåder, som er relevante for at kunne meddele tilladelse til og iværksætte projekter, der kan have væsentlige indvirkninger på miljøet. Det er altså kun de kriterier, som har betydning for, om der kan gives en tilladelse eller ej, der tilsammen skal udgøre en betydningsfuld helhed.

Derudover følger det efter Miljø- og Fødevarerministeriets opfattelse direkte af ordlyden af præmis 49, navnlig af ordene »helhed« og »kriterier«, at retsaktens fastsættelse af flere kriterier og fremgangsmåder for at kunne udgøre en plan eller et program. Udgangspunktet må derfor være, at der skal være tale om mere end ét kriterium. Der vil dog i alle tilfælde være tale om en konkret vurdering, og jo flere og mere specifikke kriterier, der er tale om, jo mere sandsynligt er det, at den pågældende generelle regulering er omfattet af direktivet.

Med ordet »betydningsfuld« har EU-Domstolen stillet yderligere krav om, at kriterierne skal have en vis vægt. Det er med andre ord ikke nok, at retsaktens alene vedrører en helhed af kriterier, disse skal også være væsentlige. Først derved kan kriterierne kvalificere til, at der skal foretages en miljøvurdering.

Det er således ikke alle slags kriterier, som er relevante i denne sammenhæng, men kun dem, hvis betydning og rækkevidde er tilstrækkeligt væsentlige i forhold til, om et projekt kan tillades og iværksættes, jf. præmis 50 i D'Oultremont, hvor Domstolen bemærkede, at reglerne i den vallonske vindmølleordening havde »en betydning og rækkevidde, der er tilstrækkeligt væsentlig for fastlæggelsen af de betingelser, der skal

²⁸ D'Oultremont præmis 49 kan give anledning til tvivl. Det er således uklart, om præmissen skal fortolkes snævert i lyset af de konkrete omstændigheder i den tilgrundliggende hovedsag, herunder navnlig det forhold, at den vallonske regering forud for anordningens udstedelse havde opdelt de respektive planer og det tilhørende kortmateriale, således at sagen nødvendiggjorde en stillingtagen til spørgsmålet om (ulovlig) opdeling af planer og programmer (såkaldt 'salami-slicing').

Det, der omvendt kan tale for at læse præmissen bredt – og dermed tillægge Domstolens tilkendegivelse om »en betydningsfuld helhed af kriterier« en selvstændig retningsgivende betydning for fortolkningen af plan- og programbegrebet – er, at Domstolen i præmissen synes at lægge afgørende vægt på, at den vallonske vindmølleordening i sig selv opstillede en række tekniske regler, som konkret havde en betydning og rækkevidde, der ifølge Domstolen var tilstrækkeligt væsentlig for fastlæggelsen af de betingelser, der skulle gælde for den pågældende sektor.

gælde for den pågældende sektor [...]«, og at »de valg, navnlig af miljømæssig art, der kan træffes i henhold til de nævnte regler, skal afgøre de betingelser, hvorunder de konkrete projekter vedrørende opførelse og drift af vindmøllelokalteter kan tillades i fremtiden.«

Det er således Miljø- og Fødevareministeriets vurdering, at præmis 50 yderligere understøtter den linje, der lægges i præmis 49, herunder at der skal være en forbindelse mellem den generelle sektorregulering og de konkrete (stedfæstede) projekter, der tillades i henhold hertil.

5.5. Vedr. betingelsen om en »tæt forbindelse« mellem reguleringens geografiske afgrænsning og de opstillede kriterier for godkendelse og iværksættelse af projekter

EU-Domstolen fastslog i C-290/15, D'Oultremont, præmis 45, i relation til spørgsmålet om, hvorvidt »planer eller programmer skal have til formål at planlægge et bestemt område«, at dette ikke følger af ordlyden af direktivets artikel 2, litra a, eller artikel 3, stk. 2, litra a, men at bestemmelserne efter deres ordlyd »i bredere forstand omhandler planlægning af områder eller zoner generelt«.

Miljø- og Fødevareministeriet forstår præmis 45 sådan, at Domstolen her tilkendegiver, at det ikke udelukker en regulering fra direktivets anvendelsesområde, at reguleringen er generel i den forstand, at de kriterier, den opstiller for godkendelse og iværksættelse af projekter, er udformet som generelle kriterier.

Præmissen må dog samtidig læses sådan, at en plan eller et program skal relatere sig til et geografisk afgrænset område, idet den konkrete afgrænsning kan ske enten ved en direkte udpegning af et konkret (f.eks. kommunalt) areal, hvis anvendelse planen eller programmet har til formål at fastlægge, eller ved en generel regulering inden for en given sektor (f.eks. landbrugssektoren), som dog efter sit indhold indirekte relaterer sig til én eller flere bestemte geografiske zoner (f.eks. områder til beboelse eller landbrug).

Hvis reguleringen ikke udtrykkeligt identificerer bestemte områder eller zoner, skal det efter Miljø- og Fødevareministeriets opfattelse som minimum være muligt at kunne udpege de relevante områder eller zoner ud fra retsaktens ordlyd og formål.

Det bemærkes, at det uden en geografisk afgrænsning ikke vil være muligt at identificere de områder, der skal tages i betragtning i forbindelse med en eventuel miljøvurdering. Direktivets artikel 5, stk. 1, nævner således, at en miljøvurdering skal gennemføres »under hensyn til planens eller programmets mål og geografiske anvendelsesområde«, mens direktivets bilag II fastslår, at der ved vurderingen af, om en plan eller et program kan få væsentlig indvirkning på miljøet, skal tages hensyn til bl.a. det relevante område, herunder det geografiske område og størrelsen af den befolkning, som kan blive berørt, samt værdien og sårbarheden af det område, som kan blive berørt.

Det kan endvidere udledes af D'Oultremont, at den geografiske reference skal være kvalificeret i den forstand, at der skal være en »en tæt forbindelse« mellem de kriterier, reguleringen opstiller for godkendelse og iværksættelse af projekter, og de berørte

geografiske områder eller zoner, jf. herved præmis 46, hvori Domstolen bemærkede, at de grænseværdier for støj fra vindmøller, der konkret var fastsat i den vallonske vindmølleanordning, havde »en tæt forbindelse« med Valloniens område, idet disse grænser var fastsat i forhold til de forskellige anvendelsestyper, som var kendetegnende for de geografiske zoner, anordningen refererede til.

Det er Miljø- og Fødevarerministeriets vurdering, at kravet om en »tæt forbindelse« betyder, at retsaktens indhold skal være tilpasset det, som de omfattede geografiske zoner anvendes til og dermed også områdernes sårbarhed, f.eks. industriområder, støjfølsomme områder eller områder til beboelse eller landbrug.

Den geografiske afgrænsning kan efter Miljø- og Fødevarerministeriets opfattelse i princippet svare til en medlemsstats ydre grænser og dermed omfatte f.eks. hele Danmark. Det forudsætter dog, at den nævnte tætte forbindelse mellem kriterierne og de omfattede arealers anvendelse konkret er til stede, hvilket efter Miljø- og Fødevarerministeriets opfattelse vil være undtagelsen med hensyn til forskrifter, der gælder for hele landet.

Eksempelvis vil en administrativ bekendtgørelse om vindmøller, der alene regulerer vindmøllers egenskaber, f.eks. størrelse, farve, skyggekast og støjudsendelse, og som gælder generelt på en medlemsstats område, ikke være omfattet af plan- og programbegrebet. Der vil i stedet være tale om en generel produktregulering uden tæt forbindelse til et geografisk afgrænset område. Hvis reguleringen, der her forudsættes at bestå af en betydningsfuld helhed af kriterier, derimod er tilpasset anvendelsen af veldefinerede geografiske områder eller zoner, kan det tale for, at retsakten udgør en plan eller et program.

Plan- og programbegrebet synes med andre ord at forudsætte en sammenhæng mellem de kriterier for godkendelse og iværksættelse af projekter, der fastsættes i sektorreguleringen, og de specifikke områder eller zoner, reguleringen referer til, i den forstand, at kriterierne i sidste ende skal have en konkret stedfæstende betydning på projektniveau.

6. Retsvirkningerne af manglende miljøvurdering af en generel regulering

Miljø- og Fødevarerministeriet orienterede ved vedlagte notat af 17. oktober 2017 (bilag 1) Folketinget²⁹ om, at Miljøstyrelsen har igangsat arbejdet med at udfærdige og miljøvurdere bekendtgørelse om støj fra vindmøller (vindmøllebekendtgørelsen).

Det anføres i notatet, at det efter Miljø- og Fødevarerministeriets opfattelse er tvivlsomt, om vindmøllebekendtgørelsen er omfattet af miljøvurderingsdirektivet, og at vindmøllebekendtgørelsen må anses for at udgøre et grænsetilfælde i forhold til direktivets anvendelsesområde.

²⁹ Folketingets Miljø- og Fødevarerudvalget (MOF alm. del, bilag 40): Orientering af 17. oktober 2017 om miljøvurdering og udstedelse af ny vindmøllebekendtgørelse fra miljø- og fødevarerministeren.

Det anføres endvidere, at Miljø- og Fødevareministeriet imidlertid – også på baggrund af retssikkerhedsmæssige og samfundsøkonomiske overvejelser – uanset den nævnte tvivl har besluttet at lade vindmøllebekendtgørelsen miljøvurdere.

I forhold til den gældende vindmøllebekendtgørelse anføres det, at selv hvis det lægges til grund, at den gældende vindmøllebekendtgørelse burde have været miljøvurderet forud for udstedelsen, er der meget, der taler for, at vindmøllebekendtgørelsen til trods herfor kan opretholdes, indtil en ny miljøvurderet bekendtgørelse er udstedt og trådt i kraft.

Det kan efter Miljø- og Fødevareministeriets opfattelse ikke udelukkes, at de overvejelser om retsvirkningerne af manglende miljøvurdering, der fremgår af notatet af 17. oktober 2017, kan vise sig relevante for andre generelle forskrifter udstedt af danske myndigheder.

Miljø- og Fødevareministeriet vil derfor i det følgende knytte nogle bemærkninger til den EU-retlige og forvaltningsretlige ramme i situationer, hvor det lægges til grund, at en generel regulering i strid med miljøvurderingsloven, således som denne skal fortolkes i lyset af direktivet, ikke er blevet miljøvurderet forud for vedtagelsen eller udstedelsen.

6.1. Mulighed for at opretholde en ikke-miljøvurderet regulering efter EU-retten

Miljøvurderingsdirektivet regulerer ikke konsekvenserne af manglende miljøvurdering af planer og programmer.

EU-Domstolen har dog senest i dommen C-379/15, Association France Nature Environnement, udtalt, at EU-retten ikke udelukker, at nationale domstole, når dette er muligt i henhold til national ret, undtagelsesvis kan begrænse retsvirkningerne af en afgørelse om, at en bestemmelse i national ret er ulovlig på grund af tilsidesættelse af miljøvurderingspligten, forudsat at denne begrænsning konkret er nødvendig på grund af tvingende hensyn til miljøbeskyttelsen³⁰.

Det må efter Miljø- og Fødevareministeriets opfattelse antages, at de regeludstedende nationale myndigheder har en tilsvarende mulighed i tilfælde, hvor der ikke er tale om en tvist, som verserer i det judicielle system.

EU-Domstolen har i forbindelse med spørgsmålet om opretholdelse af en national bestemmelse trods manglende miljøvurdering i C-379/15, Association France Nature Environnement³¹, opstillet følgende kumulative betingelser for, hvornår en retsakt, der ikke er korrekt miljøvurderet, kan opretholdes midlertidigt:

³⁰ Præmis 43.

³¹ Præmis 43.

- 1) Den anfægtede nationale bestemmelse udgør en foranstaltning til korrekt gennemførelse af EU-retten på miljøbeskyttelsesområdet.
- 2) De skadelige virkninger på miljøet, som annullationen af bestemmelsen vil indebære, kan ikke undgås ved vedtagelsen og ikrafttrædelsen af en ny national bestemmelse.
- 3) Resultatet af en eventuel annullation vil være et retligt tomrum for så vidt angår gennemførelsen af EU-retten på miljøområdet, som ville betyde en ringere miljøbeskyttelse.
- 4) En undtagelsesvis opretholdelse af virkningerne af bestemmelsen omfatter alene en tidsperiode, som er begrænset til det strengt nødvendige til vedtagelse af foranstaltninger, der kan afhjælpe den konstaterede uregelmæssighed.

Betingelse nr. 1 må efter Miljø- og Fødevareministeriets vurdering fortolkes således, at det ikke er afgørende, om der er tale om en retsakt, som gennemfører EU-ret, eller om en national foranstaltning til beskyttelse af miljøet, der ikke følger af EU-retlige forpligtelser.

En sådan fortolkning understøttes af det overordnede formål med miljøvurderingsdirektivet, som ifølge artikel 1 er at sikre et højt miljøbeskyttelsesniveau. Miljøvurderingsdirektivet, og dermed miljøbeskyttelseshensynet, gælder endvidere både nationale foranstaltninger til beskyttelse af miljøet og miljøbeskyttelsesforanstaltninger, der udspringer af EU-retten.

I forhold til betingelse nr. 2 og 3 vil det efter Miljø- og Fødevareministeriets vurdering være relevant at se på, om en annullation af den omhandlede retsakt vil medføre et fravær af generel regulering til sikring af de miljøhensyn, retsakten har til formål at varetage, herunder om en annullation vil skabe nærliggende risiko for, at der i konkrete tilfælde vil indtræde et lavere beskyttelsesniveau.

For så vidt angår betingelse nr. 4 bemærkes, at det efter Miljø- og Fødevareministeriets opfattelse er afgørende, at den omhandlede retsakt kun opretholdes i det tidsrum, der er strengt nødvendigt for at gennemføre en miljøvurdering og udstede en ny miljøvurderet retsakt.

6.2. Mulighed for at opretholde en ikke-miljøvurderet regulering efter national ret

Miljøvurderingsdirektivet er i dansk ret gennemført ved miljøvurderingsloven³².

Betydningen af, at der i strid med reglerne i miljøvurderingsloven, således som denne skal fortolkes i lyset af miljøvurderingsdirektivet, konkret måtte være sket en tilsidesættelse af pligten til at miljøvurdere en plan eller et program, er ikke reguleret i

³² Lov om miljøvurdering af planer og programmer og af konkrete projekter (VVM), jf. lovbekendtgørelse nr. 448 af 10. maj 2017.

miljøvurderingsloven. Spørgsmålet er heller ikke nærmere beskrevet i forarbejderne til loven.

Det følger af praksis fra det tidligere Natur- og Miljøklagenævn, at virkningen af en manglende miljøvurdering kan være ugyldighed. Der henvises herved til NMK-10-707, hvor Sammenslutningen af Beboerforeninger ved Marmorkirken havde klaget over, at der ikke var foretaget en miljøvurdering af en beslutning vedtaget af Borgerrepræsentationen i Københavns Kommune, som fastlagde en administrativ ramme for Københavns Kommunes Teknik- og Miljøforvaltnings behandling af Metroselskabets ansøgninger om udvidet arbejdstid på Cityringen samt vilkår for de enkelte metrobyggepladser. Natur- og Miljøklagenævnet fandt, at Borgerrepræsentationens beslutning kunne anses som en plan eller et program omfattet af miljøvurderingslovens regler, og at der derfor skulle have været foretaget en miljøvurdering af beslutningen, før den blev vedtaget. Nævnet fandt endvidere, at den manglende miljøvurdering medførte, at beslutningen var ugyldig, og at afgørelser truffet med baggrund i beslutningen tillige var ugyldige.

Der var i ovennævnte sag tale om administrative rammer, der relaterede sig til et konkret projekt. Miljø- og Fødevareministeriet er ikke bekendt med, at spørgsmålet om, hvilken virkning en manglende miljøvurdering har i tilfælde hvor der i en generel regulering opstilles regler, der gælder bredt for projekter af en bestemt type, har været prøvet ved domstolene. Dette spørgsmål giver således anledning til tvivl.

Miljø- og Fødevareministeriet bemærker, at miljøvurderingslovens regler om miljøvurdering af planer og programmer har til hensigt at gennemføre Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/42/EF af 27. juni 2001 om vurdering af bestemte planers og programmets indvirkning på miljøet.

Miljø- og Fødevareministeriet finder i lyset heraf, at det er nærliggende at lægge til grund, at en manglende miljøvurdering af en plan eller et program i strid med miljøvurderingslovens regler i almindelighed ikke vil føre til ugyldighed i et videre omfang, end hvad der følger af de EU-retlige regler herom. Der vil dog i alle tilfælde skulle foretages en konkret vurdering.

Miljø- og Fødevareministeriet bemærker i den sammenhæng tillige, at det ved denne vurdering efter ministeriets opfattelse kan indgå, om der i forbindelse med vedtagelsen/udstedelsen af den omhandlede regulering har været en offentlig høringsproces, der i et vist omfang har tilgodeset hensynet til inddragelse af miljøhensyn, berørte myndigheder og ikke mindst den berørte offentlighed/den brede offentlighed i forbindelse med udarbejdelse og vedtagelse af planer og programmer, der kan påvirke miljøet væsentligt, som er det bærende hensyn bag reglerne om miljøvurdering af planer og programmer.