

# Professor dr. Jur. Peter Pagh

Degnehusene 70,  
2620 Albertslund  
tlf.: 43421238/35323127  
email: [peter.pagh@jur.ku.dk](mailto:peter.pagh@jur.ku.dk)

## Notat vedr.

### **forslag til kommuneplantillæg og lokalplan vedrørende etablering af 5 vindmøller ved Kostervig**

Nedenstående notat er udarbejdet efter anmodning fra Margareta Dahlström, der på vegne af Østmøn Naturforening har bedt mig om en juridisk vurdering af det forslag til kommuneplantillæg nr. 14 og det forslag til lokalplan V.12.01.01 om vindmøller ved Kostervig, som Vordingborg Kommunalbestyrelsen den 26. april 2012 har besluttet at sende i offentlig høring fra den 3. maj til 28. juni 2012. Med anmodningen har Østmøn Naturforening ønsket en nærmere juridisk vurdering af, om det er foreneligt med EU's regler om beskyttelse af særlige fuglebeskyttelsesområder, Natura 2000 områder og bilag IV arter at vedtage kommuneplantillægget og lokalplanen samt at meddele VVM-tilladelse til opstilling af fem ca. 140 meter høje vindmøller ved Kostervig. Redegørelse begrænser sig disse spørgsmål. Det er ikke undersøgt nærmere, om der på andet grundlag kan rejses juridiske indvendinger mod forslag til lokalplan og kommuneplantillæg. Endvidere er jeg særskilt blevet bedt om at komme med en juridisk vurdering af, om det inden lokalplanen vedtages vil være lovligt at fjerne nogle af de læhegn, der i dag tjener som korridor for flagermus.

Ud over forslag til kommuneplantillæg, lokalplanforslag og miljørapport med VVM-redegørelse og miljøvurdering fra marts 2012 om vindmøller ved Kostervig har jeg til brug for min vurdering modtaget:

- \* Uddrag af e-mail-korrespondance med kommunen om miljøvurderingen
- \* Rapporten, Planerad Vindkraftspark vid Arkelstorp, Kristianstands kommun Miljø fra august 2011
- \* Förslag til beslut fra Länsstyrelsen i Skåne af 17. april 2012 om vindmøllepark
- \* Inventering af barbastell i Skåne 2007-2009 fra Länsstyrelsen i Skåne
- \* DMU's håndborg om dyrearter på habitatdirektivets bilag IV

I arbejdet med denne udredning har jeg tillige inddraget "Eurobats – guidelines for consideration of bats in wind farm projects", der er udgivet af FN's miljøorganisation, UNEP, i 2008, da der henvises til denne publikation i den af Vordingborg Kommune offentliggjorte miljørapport.

Efter en kort omtale af vindmølleprojektet belyses i det følgende, om det med baggrund i oplysningerne i Miljørapporten og de øvrige foreliggende oplysninger er muligt at vedtage forslag til lokalplan og kommuneplantillæg uden at komme i konflikt med EU's krav til beskyttelse af Natura 2000 områder og beskyttelse af bilag IV arter. Først belyses dette i forhold til fuglebeskyttelsesområder, herefter i forhold til habitatområder og sidst i forhold til bilag IV arter.

## **1. Vindmølleprojektet ved Kostervig**

Meningen med forslag til kommuneplantillæg og til lokalplan er at etablere det planmæssige grundlag for etablering af fem vindmøller på ca. 140 meters højde ved Kostervig på Møn. De fem vindmøller skal efter lokalplanforslaget placeres i en lige linje fra nordvest til sydøst med 348 meters afstand.

I forslag til kommuneplantillæg er lagt til grund, at opstilling af de fem vindmøller vil have væsentlig miljøvirkning, hvorfor der er udarbejdet en såkaldt VVM-redegørelse efter planlovens § 11g og VVM-bekendtgørelsen samt en miljøvurdering af planforslagene efter miljøvurderingsloven i form af miljørapporten fra marts 2012.

Det fremgår af miljørapporten, at der tæt på vindmølleområdet (under 500 meter) er udlagt to EU-fuglebeskyttelsesområder (nr. 84: Ulvsund, Grønsund og Farø Fjord og 89: Præstø Fjord, Nyord og Jungshoved Nord) og længere væk ved Møns Klint, fuglebeskyttelsesområde nr. 90, Klinteskoven. De to fuglebeskyttelsesområder 84 og 89 er samtidigt udlagt som habitatområde nr. 147 og hertil kommer, at der på Møn er udlagt yderligere fem andre habitatområder, hvoraf Klinteskoven (nr. 150) er udlagt som særligt beskyttet levested for bl.a. Bredøret flagermus. I miljørapporten er endvidere omtalt, at der i lokalplanområdet er konstateret en række arter omfattet af habitatdirektivets bilag IV herunder flere forskellige arter flagermus.

Miljørapporten indeholder et afsnit 5.4, der omhandler, i hvilket omfang den med lokalplanforslaget og forslaget til kommuneplantillæg tilsigtede etablering af fem vindmøller kan påvirke de nærliggende EU-fuglebeskyttelsesområder og habitatområder samt de bilag IV arter, som forefindes i området.

## **2. Påvirkning af fuglebeskyttelsesområde 84 og 89**

Beskyttelsen af EU-fuglebeskyttelsesområder er fastsat i habitatdirektivets artikel 6, jf. artikel 7 samt fuglebeskyttelsesdirektivets artikel 4(4), sidste punktum, der udvider beskyttelsen af fuglebeskyttelsesområder til også at omfatte pligt til også at ”undgå forurening eller forringelse af levesteder også uden for disse beskyttede områder.” I forhold til planerne om vindmøller ved Kostervig er den relevante bestemmelse habitatdirektivets artikel 6(3), hvorefter myndighederne ikke må give tilladelse til projekter og planer, der kan påvirke et Natura 2000 område (incl. fuglebeskyttelsesområder), før der er gennemført en konsekvensvurdering, der godtgør, at planen eller projektet ikke vil have skadelig virkning på lokalitetens bevaringsstatus. Hvis en sådan skadevirkning ikke kan udelukkes på grundlag af vurderingen, kan planen eller projektet alene tillades, hvis dette er begrundet i bydende nødvendige samfundshensyn og efter den særlige procedure i artikel 6(4). EU-domstolen har i flere domme understreget, at undtagelsen i artikel 6(4) kun kan benyttes, når der er gennemført en konsekvensvurdering, som opfylder kravene i artikel 6(3). Disse bestemmelser er i dansk ret bl.a. gennemført ved habitatbekendtgørelsen (2007/408) §§ 5-10.

Miljørapporten må forstås således, at det er lagt til grund, at etablering af vindmøllerne kan påvirke de nærliggende EU-fuglebeskyttelsesområder. Således anføres bl.a. (s. 111):

”De nærmeste dele af Fuglebeskyttelsesområde nr. 84 og 89 ligger tæt på mølleområdet. De arter af andefugle, blyshøns og vadefugle - **bortset fra hjejle** - som indgår i udpegningsgrundlagene for områderne, har normalt ikke behov for et landbrugsområde, som det møllerne tænkes placeret i. **Svaner og gæs finder ofte deres føde på land, hvor de foretrækker lavtliggende engområder, og observationer har gennem årene vist, at Kostervig besøges af mange gæs og svaner. Rørhøg bruger også typisk fjordnære engområder og forekommer givetvis regelmæssigt, og havørn ses af og til i området. Hjejle foretrækker store flade fjordnære enge og marker som ved Kostervig og er talrigt forekommende i området.** De nævnte EF-Fuglebeskyttelsesområder vil ikke blive direkte påvirkede, **men det kan ikke udelukkes, at nogle af de fugle, der indgår i udpegningsgrundlagene for disse områder, kan blive påvirkede.** På baggrund af bl.a. danske undersøgelser (se efterfølgende redegørelse om kollisionsrisiko) er det ikke forventeligt, at møller vil forårsage ret mange dødsfald, men man må regne med, at området nær møllerne i en årrække ikke længere vil være brugbart for svaner, gæs og hjejler. **Den fortrængning, der kan ske, vil dog omfatte en mindre del af de lavtliggende områder, der findes på det vestlige Møn.**” (mine fremhævelser).

Når det som her må lægges til grund, at et forslag til en plan og et projekt kan påvirke et EU-fuglebeskyttelsesområde, er konsekvensen efter artikel 6(3) i EU's habitat-direktiv, at planen og/eller projektet skal ”*vurderes med hensyn til deres virkninger på lokaliteten under hensyn til bevaringsmålsætningerne for denne.*”

Denne retsstilling blev første gang præciseret af EU-domstolen i sag C-127/02 *Waddenzee*, hvor EU-domstolen i præmis 41 bl.a. udtalte, at kravet om konsekvensvurdering af, om en plan eller et projekt påvirker et Natura 2000 område

*”forudsætter [...] ikke vished for [...] at den påtænkte plan eller det påtænkte projekt påvirker den omhandlede lokalitet væsentligt, men er et resultat af den blotte sandsynlighed for, at en sådan virkning knytter sig til det pågældende projekt.”:*

Efter dommene i bl.a. sag C-418/04 *Kommissionen mod Irland* og sag C-98/03 *Kommissionen mod Tyskland* ligger det endvidere fast, at kravet om konsekvensvurdering også gælder for projekter og planer uden for Natura 2000 området, hvis projektet/planen kan påvirke et Natura 2000 område.

Hvis der ikke er gennemført en sådan konsekvensvurdering, bevirker dette i sig selv, at planens vedtagelse og tilladelse til projektet bliver ugyldig, som ligeledes understreget i sag C-127/02. I sag C-239/04 *Kommissionen mod Portugal* fastslog EU-domstolen, at dette også gælder, selv om det senere måtte vise sig, at projektet ikke har skadelig virkning. Det må i forlængelse heraf understreges, at en miljøvurdering efter VVM-direktivet og direktiv 2001/42 om miljøvurdering af planer og programmer ikke kan erstatte en konsekvensvurdering, som det udtrykkeligt blev understreget i sag C-418/04 *Kommissionen mod Irland*. Det fremgår endvidere af sag C-127/02, at de nationale myndigheder kun må tillade et projekt eller en plan, der kan påvirke et Natura 2000 områdes bevaringsmålsætning, hvis myndigheden på baggrund af konsekvensvurderingen af projektets/planens virkninger på den omhandlede lokalitet under hensyn til bevaringsmålsætningen for denne,

*”har opnået vished for, at aktiviteten ikke har skadelige virkninger for den pågældende lokalitets integritet. Det forholder sig således, når det ud fra et videnskabeligt synspunkt uden rimelig tvivl kan fastslås, at der ikke er sådanne virkninger.”*

Har myndigheden ikke opnået en sådan videnskabelig sikkerhed for, at projektet/planen ikke kan skade bevaringsmålsætningen for et Natura 2000 område, er tilladelse til projektet/planen udelukket, medmindre der anvendes den særlige undtagelse for bydende nødvendige hensyn i habitatdirektivets artikel 6(4), hvilket bl.a. vil kræve en forelæggelse for EU-Kommissionen.

Natur- og Miljøklagenævnet har fulgt EU-domstolens praksis, hvilket i sag om kommuneplantillæg med VVM-procedure og miljøgodkendelse af en omlægning af Avedøreværket til større energieffektivitet førte til, at klagenævnet i november 2011 ophævede kommuneplantillæg, miljøgodkendelse og VVM-tilladelse og hjemviste sagen til fornyet behandling, fordi der ikke var gennemført en konsekvensvurdering af brændselsomlægningens mulige påvirkninger af nærliggende Natura 2000 områder (se Miljøretlige Afgørelser og Domme, 2011, s. 2645). Den omstændighed, at VVM-redegørelsen indeholdt en række vurderinger af påvirkninger af de nærliggende Natura 2000 områder var ikke tilstrækkeligt til at opfylde kravene til en konsekvensvurdering efter habitatdirektivets artikel 6(3) og den modsvarende danske habitatbekendtgørelse § 7, stk. 2.

I forhold til EU's krav til beskyttelse af bevaringsmålsætningerne for de nærliggende EU-fuglebeskyttelsesområder er det centrale spørgsmål herefter, om Miljørapporten vedrørende vindmøller ved Kostervig indeholder en konsekvensvurdering, der modsvarer de krav, som EU-domstolen har opstillet.

De generelle krav til en konsekvensvurdering efter habitatdirektivets artikel 6(3), som EU-domstolen opstillede i sag C-127/02, er siden udbygget i en række domme. I sag C-304/05 *Kommissionen mod Italien* fastslog EU-domstolen, at en dynamisk vurderingsproces, hvor dele af konsekvensvurderingen udskydes til senere tilpasninger ikke opfylder betingelserne for at meddele tilladelse til et projekt eller en plan, da der dermed ikke var skabt den fornødne sikkerhed for, at projektet eller planen ikke havde skadelig virkning på et Natura 2000 område. Disse krav til konsekvensvurdering er yderligere præciseret i sag C-404/09 *Kommissionen mod Spanien*, hvor EU-domstolen i en sag om barrierevirkning for fugle i et Natura 2000 område præciserede, hvornår en konsekvensvurdering må anses for utilstrækkelig, idet EU-domstolen mere alment udtalte:

*”En vurdering i henhold til habitatdirektivets artikel 6(3), kan ikke anses for tilstrækkelig, såfremt den indebærer mangler og ikke indeholder fuldstændige, præcise og endelige konstateringer og konklusioner, der kan fjerne enhver rimelig videnskabelig tvivl for så vidt angår virkningerne af de arbejder, som var påtænkt i det omhandlede SBO.”*

Sammenholdes EU-domstolens krav til konsekvensvurdering med Miljørapportens vurdering af, hvorledes vindmølleprojektet ved Kostervig kan påvirke de nærliggende EU-fuglebeskyttelsesområder, må det for det første konstateres, at Miljørapporten ikke sammenholder de to EU-fuglebeskyttelsesområders bevaringsmålsætning som fastsat i Natura 2000 planerne med de konstaterede påvirkninger. De konstaterede virkninger er således ikke sammenholdt med de konkrete bevaringsmålsætninger, hvilket er nødvendigt for meningsfuldt at kunne vurdere, om vindmølleprojektet vil have skadelig virkning. Dette må efter EU-domstolens og Natur- og Miljøklagenævnets praksis i sig selv føre til, at en eventuel vedtagelse af lokalplan, kommuneplantillæg og VVM-tilladelse må anses for ugyldig.

For det andet må det konstateres, at Miljørapporten ikke er baseret på en mere indgående undersøgelse på grundlag af den nyeste videnskabelige viden. Således anføres i rapporten (s. 113), at ”der er ikke foretaget systematiske optællinger af hverken ynglefugle eller trækfugle i forarbejdet til denne miljøvurdering,” men at der var foretaget enkelte observationer. Supplerende henvises til, at to lokale ornitologer har stillet deres observationer gennem de sidste 10 år til rådighed, hvor det konkluderes:

*”at Kostervig er et vigtigt område for fouragerende gæs. [...] Der er ofte en heftig trafik af fugle i området, som skifter fourageringsområde til nærliggende områder på grund af forstyrrelser, eller som en del af skift mellem afgrøder. Foranlediget af planlægningen for mølleprojektet holdt de to lokale ornitologer i efteråret 2011 øje med lokale bevægelser af gæs, når de fløj mellem overnatning og fouragering. De observerede og noterede flugtlinjerner for flokke af gæs, der fløj til og fra Kostervig fra de nærliggende fjordområder. **En del af flokkene bevægede sig på tværs af den planlagte møllerække, og fra andre undersøgelser ved man, at møller kan virke som en barriere på fugle, som tager en omvej omkring dem [5.10]. Selv om denne lille undersøgelse må betragtes som et ”snapshot” viser den, at møllerne kan forårsage, at en del af de lokale fugle må flyve en omvej, hvis møllerne opstiles.[...] Koster Vig området var igennem 1970'erne til 90'erne en af Østdanmarks kernelokaliteter for rastende hjejler. Op til 5.000 fra ultimo 1970'erne til primo 90'erne. Herefter er antallet faldet i de seneste år til omkring 800. [...] Overvintrende vandrefalk har de seneste ca. 15 år brugt Dronning Alexandrines Bro som overnatningsplads. De seneste ca. 5 år har der været op til to fugle. Vandrefalkene benytter i nogen grad området til fouragering, såvel overvintrende som ynglefugle. [...] Havørn ses af og til i området året rundt. [...] Blå Kærhøg fouragerer regelmæssigt i området i perioden ultimo oktober til primo marts.”***

Uanset de faktiske feltstudier, der danner grundlag for Miljørapporten, er mangelfulde, kan de således ikke underbygge en konklusion om, at der er videnskabelig vished for, at vindmøllerne ikke vil kunne have væsentlig skadelig virkning på de to nærliggendes EU-fuglebeskyttelsesområders bevaringsmålsætning. Tværtimod tyder disse oplysninger på, at vindmøllerne vil have en sådan skadelig virkning. Det må derfor lægges til grund, at de gennemførte undersøgelser af vindmøllernes mulige påvirkning af de meget nærliggende fuglebeskyttelsesområder ikke modsvarer kravene til konsekvensvurdering efter habitatdirektivets artikel 6(3), men at de begrænsede feltstudier tyder på, at vindmøllerne kan have en væsentlig skadelig virkning, hvilket indirekte også erkendes i rapporten s. 114, hvor det anføres: ”Den største gene for fuglelivet vil utvivlsomt være forstyrrelseseffekten fra møllerne.” Dette indebærer, at forslag til kommuneplantillæg og lokalplan må afvises efter artikel 6(3) og habitatbekendtgørelsens § 7, stk. 2, medmindre der gennemføres en konsekvensvurdering baseret på nyeste videnskabelig viden som kan afkræfte den vurdering, der foreligger fra de to lokale ornitologer.

Miljørapportens gennemgang af fuglebeskyttelsen indeholder tillige et afsnit (s. 114-115) om ’forstyrrelseseffekt, kollisionsrisiko og klimaforandring’. I dette afsnit anføres med henvisning til tre videnskabelige undersøgelsesrapporter [5.4, 5.6 og 5.14], at risikoen for kollisioner med møller under træk eller fuglenes daglige aktivitet må vurderes at være lille – men Miljørapporten forbigår, at disse tre undersøgelser alene vedrører vindmølleprojekter offshore, hvilket ikke umiddelbart kan sammenlignes med kollisionsrisikoen over land. Det erkendes ganske vist, at der ved Kostervig vil være tale om meget høje vindmøller med en større hastighed end de vindmøller, der er undersøgt, hvorfor kollisionsrisikoen kan være lidt større. Men herefter anføres:

”På den anden side *kan man måske også forvente*, at store møller i højere grad skræmmer fuglene væk så kollisioner undgås.” (min fremhævelse)

Med henvisning til dette og de ovennævnte undersøgelser, antager Miljørapporten herefter:

”at disse nye møller ikke vil komme til at udgøre en væsentlig fare for fugle. Undersøgelserne viser dog også, at vindmøller kan udgøre en barriere som fuglene flyver uden om [5.6 og 5.13] *med den ekstra anstrengelse og energiforbrug dette medfører. Møllerne ved Kostervig kan få til følge at en del af Kostervig-området (måske op til 10%) ikke længere er attraktivt for gæs og svaner til at søge føde ved og at de i nogle tilfælde må flyve en mindre omvej for at komme til deres føde.* Den lille risiko, der kan være for kollision med møller, kan for en stor del afhjælpes ved, at der i hele møllernes levetid ikke dyrkes roer nærmere end 200 m fra møllerne. Ejerne af jorden, hvor møllerne er planlagt opstillet, har indvilget i dette.

*Klimacændringer udgør mange steder en trussel mod fuglearter. Da vindmøllerne medfører store reduktioner i udslip af drivhusgasser må de formodes indirekte at modvirke klimacændringerne.* Dansk Ornitologisk Forening går principielt ind for opstilling af vindmøller.” (mine fremhævelser)

Ifølge Miljørapporten må det således antages, at vindmøllerne har en barriere-effekt, mens kollisionsrisikoen anses for helt ubetydelig, idet risikoen ved den højere hastighed alene imødegås ved, at ”man måske kan forvente”, at fuglene skræmmes væk, hvilket dog i givet fald vil forstærke barriereeffekten og dermed begrænse fuglenes mulighed for at hente føde.

De i miljørapporten anførte betragtninger om, at kollisionsproblemer kan imødegås, fordi ejere har indvilliget i, at der ikke dyrkes roer nærmere end 200 meter fra vindmøllerne, opfylder ikke de krav til bestemthed i vilkår, som må kræves for at meddele tilladelse efter artikel 6(3), da det i så fald skulle være et bindende vilkår i tilladelsen.

Til disse betragtninger kan yderligere anføres, at i sag C-2/10 *Eolica di Altamura* lagde EU-domstolen til grund, at vindmøller udgør en særlig risiko for fugle og fuglebeskyttelsesområder. Det var derfor ikke i modstrid med proportionalitetsprincippet, at Italien havde indført en mere vidtgående begrænsning for etablering af vindmøller end konventionelle kraftværker, idet vindmøller var forbudt inden for en bufferzone på 500 meter fra EU-fuglebeskyttelsesområder, mens der ikke var et tilsvarende forbud mod konventionelle kraftværker.

Holder man sig til Miljørapportens egne konklusioner om barriereeffekt, synes det herefter udelukket at meddele tilladelse til vindmøllerne ved Kostervig, medmindre kommunen vil benytte den særlige undtagelse for bydende nødvendige samfundsmæssige hensyn i habitatdirektivets artikel 6(4), hvilket som nævnt vil involvere Kommissionen. Forfatterne til Miljørapporten har muligvis været opmærksom på dette problem, idet den sidste henvisning til klimaproblemet kan give indtryk af, at der i miljøvurderingen er sket en afvejning mellem hensynet til fuglebeskyttelsen med hensynet til at imødegå klimaforandringer. En sådan ”trade of” mellem fuglebeskyttelse og andre væsentlige miljøhensyn er imidlertid ulovlige efter habitatdirektivets artikel 6(3). Er der behov for en sådan afvejning, må det ske efter den særlige procedure i artikel 6(4) – og det gælder uanset om Dansk Ornitologisk Forening synes, at vindmøller er en god ide.

Sammenfattende må det således konkluderes, at det i forslag til kommuneplantillæg og lokalplan indeholdte plangrundlag for opstilling fem kæmpevindmøller tæt ved to fuglebeskyttelsesområder ikke kan vedtages, uden at kommunen har gennemført en konsekvensvurdering efter habitatdirektivets artikel 6(3) og habitatbekendtgørelsens § 7, stk. 2, idet den foreliggende Miljørapport ikke opfylder de krav, som stilles til en konsekvensvurdering. Det må i forlængelse heraf understreges, at kravet om konsekvensvurdering ikke er begrænset til projekter, men også gælder planer. Det må endvidere understreges, at efter de danske regler, er det ikke projektherren, men kommunen, der har ansvaret for en konsekvensvurdering, og den skal som de danske regler er udformet være gennemført, før forslag til lokalplan og kommuneplantillæg kan vedtages, jf. fx den ovennævnte afgørelse om Avedøreværket. Dette kan sammenholdes med, at det af den korrespondance mellem Østmøn Naturforening og Vordingborg Kommune jeg har fået forelagt fremgår, at kommunen har oplyst, at

*”Med hensyn til konsekvensvurderinger foretages de ikke forud for et projekt men i forbindelse med et projekt hvis man mener der er grundlag for at antage at der sker en påvirkning af arter mv. Kommunen har ikke selv foretaget konsekvensvurderinger.”*

Ifølge kommunens egne tilkendegivelser er der således ikke gennemført den i habitatdirektivets artikel 6(3) krævede konsekvensvurdering i forhold til de to nærliggende EU-fuglebeskyttelsesområder, hvorfor det må anses i klar modstrid med habitatdirektivets artikel 6(3), hvis lokalplan og kommunetillæg vedtages af Vordingborg Kommunalbestyrelse.

### **3. Påvirkning af habitatområde 147**

For de såkaldte EU-habitatområder gælder habitatdirektivets artikel 6 ligeledes, hvorfor beskyttelsen af disse områder svarer til det ovenfor anførte om beskyttelse af fuglebeskyttelsesområder.

Det er i Miljørapporten lagt til grund, at af de arter, der udgør udpegningsgrundlaget for de nærliggende habitatområder, er det alene Bredøret flagermus og Stor vandsalamander, som vil kunne forekomme inden for det planlagte mølleområde. Således anføres i Miljørapporten s. 112:

*”De eneste arter i udpegningsgrundlagene, der potentielt kan forekomme i mølleområdet, er Bredøret flagermus og Stor vandsalamander. Bredøret flagermus jager oftest inden for en kilometers afstand af herregårde og tilsvarende større bygningskomplekser med store gamle bygninger med meget træværk. De jager oftest i og omkring skove og parker, men sjældent i helt åbent terræn, og de er ikke tidligere rapporteret fra den vestlige del af Møn [5.1]. Arten er rapporteret fra skovene ved Møns Klint [5.19], og de blev fundet i området i oktober 2011 under forarbejdet til denne rapport. Stor vandsalamander er ret almindelig på Møn [5.17], men de dyr, der findes i EF-Habitatområderne, vil ikke vandre så langt, at de kan påvirkes af vindmøllerne.”*

Til Miljørapportens oplysning om, at Bredøret flagermus ikke tidligere er rapporteret fra den vestlige del af Møn, men alene rapporteret fra skovene ved Møns Klint, må bemærkes, at Bredøret flagermus udgør en del af udpegningsgrundlaget for habitatområde 147 (havet og kysten mellem Præstø Fjord og Grønsund), der ligger ca. 500 meter fra mølleområdet – og at udpegnings af habitatområde 147 som særligt beskyttet levested for Bredøret flagermus er

udtryk for, at arten tidligere er konstateret på lokaliteten habitatområde 147, der må antages at være særligt velegnet som levested for Bredøret flagermus. Dette må yderligere sammenholdes med, at den overvejende del af habitatområde 147 er beliggende på søterritoriet, mens Bredøret flagermus jager på land, jf. Miljørapportens oplysning (s. 116) om, at

*”Bredøret flagermus jager i eller ved gamle åbne løvskove og i parker og langs alléer ved slotte og herregårde.”*

Heraf følger med andre ord, at betingelsen for at sikre gunstig bevaringsstatus af Bredøret flagermus i habitatområde 147 er, at Bredøret flagermus kan jage på de tilstødende landområder, hvor netop Kostervig udgør en meget vigtig lokalitet. Det kan i forlængelse heraf anføres, at de øvrige oplysninger i Miljørapporten om observation af Bredøret flagermus og en række andre flagermusarter på lokaliteten tyder på, at det er en fejl, at Kostervig ikke er omfattet af habitatområde 147. Det må på denne baggrund tilrådes, at Østmøn Naturforening retter henvendelse til EU-Kommissionen og opfordrer Kommissionen til at rejse sag over for Danmark med henblik på, at få habitatområdet 147 udvidet til også at omfatte Kostervig med henvisning til de foreløbige data. Der er ingen formkrav til en sådan henvendelse, og det er umuligt at forudsige, hvordan og hvor hurtigt Kommissionen reagerer. I nogle tilfælde, hvor der har været risiko for, at et vigtigt levested vil gå tabt pga. af et planlagt projekt, har sådanne henvendelser fået Kommissionen til at reagere meget hurtigt, men der er dog også en del eksempler på, at Kommissionen blot har forholdt sig afventende. Uanset hvordan Kommissionen reagerer, vil der gå lang tid med en afklaring, men netop den manglende udpegning af et vigtigt levested har i nogle tilfælde fået Kommissionen til at reagere, og en sådan reaktion vil kunne betyde, at en endelig stillingtagen må udsættes.

Foreløbigt må det dog lægges til grund, at habitatområde 147 ikke omfatter Kostervig. Det må derfor foreløbigt anses for usikkert, om påvirkning af Kostervig som levested for Bredøret flagermus er omfattet af beskyttelsen efter habitatdirektivets artikel 6(3). Der kan naturligvis argumenteres for, at det ikke giver mening at beskytte habitatområde 147 som levested for Bredøret flagermus, hvis jagtområdet ødelægges, men indtil nu har EU-domstolen ikke taget direkte stilling til en sådan problematik, der dog vil kunne afklares ved en præjudiciel forelæggelse for EU-domstolen i forbindelse med en eventuel klagesag, hvis lokalplan og kommuneplantillæg måtte blive vedtaget. Såfremt det måtte blive lagt til grund, at beskyttelsen efter habitatdirektivets artikel 6(3) for flagermus, der udgør en del af udpegningsgrundlaget for et Natura 2000 område, også omfatter vigtige tilstødende jagtområder, forekommer det relativ oplagt, at lokalplanen og kommuneplantillægget ikke kan vedtages uden at komme i konflikt med EU-reglerne. Det fremgår således tydeligt af Miljørapporten, at det læhegn, der går tværs gennem det planlagte vindmølleområde og som foreslås fjernet (se figur 5.7), udgør en meget vigtig korridor for flagermus mellem habitatområde 147 og hele området ved Kostervig. Endvidere anføres (s. 117):

*”Vindmøller kan udgøre en risiko for flagermus [5.16], og man kan lave forskellige tiltag for at minimere denne risiko. Da langt de fleste flagermus blev fundet langs levende hegn, kan man nedlægge de hegn, der er nærmere møllerne end 200 m, og derved overholde anbefalingen fra EUROBATS [5.15]. Dernæst kan man rejse andre levende hegn på sikker afstand af vindmøllerne. Med accept fra de involverede lodsejere foreslås det, at fjerne tre strækninger af levende hegn med i*



*alt ca. 1.160 m og i stedet nyplante ca. 2.300 m læhegn på fem nye strækninger, som vist på figur 5.7. Desuden vil et vandhul syd for mølleområdet, som vist på figur 5.7, blive oprenset efter behov [...] Disse tiltag vil bidrage til at mindske risici for flagermus i forhold til vindmøllerne og forbedre deres levevilkår i området. Samlet set kan det ikke udelukkes, at der kan ske lejlighedsvis tab af individer, men de planlagte vindmøller forventes ikke at få en væsentlig negativ effekt på flagermuse-bestande. Mølleaktiviteterne vurderes ikke at true kolonier, dagopholdssteder eller vinteropholdssteder.”*

Efter Miljørapporten må det således anses for åbenbart, at etablering af vindmøller ved Kostervig vil medføre en påvirkning af Bredøret flagermus. Dette betyder, at planerne efter habitatdirektivets artikel 6(3) kun kan vedtages, hvis det på grundlag af videnskabeligt baseret vurdering kan anses for godtgjort, at vindmøllerne ikke vil have skadelig virkning for bevaringsstatus for Bredøret flagermus.

Det må endvidere konstateres, at Miljørapporten forbigår Natura 2000 planen for habitatområde 147, uanset det er Natura 2000 planen, der må lægges til grund for at bedømme, om vindmøllerne vil have skadelig virkning. I Natura 2000 plan 168 for havet og kysten mellem Præstø Fjord og Grønsund er lagt til grund (s. 14), at Bredøret flagermus

*”forstyrres i det omfang dens levesteder i huse, hule træer mv. påvirkes negativt.”*

Det fremgår videre af Natura 2000 planen, at der ikke er holdepunkter for, at Bredøret flagermus er i gunstig bevaringsstatus, og i målsætning for Bredøret flagermus anføres (s. 25), at yngle og rasteområder sikres. Disse bindende retningslinjer er ikke belyst i Miljørapporten, hvorfor konsekvensvurderingen også af denne grund må anses for utilstrækkelig.

Uanset Miljørapportens konklusion må det afvises, at der er gennemført en vurdering, der opfylder kravene i habitatdirektivets artikel 6(3). Det er på dette punkt tilstrækkeligt at henvise til, at Miljørapportens observationer af flagermus begrænser sig til observationer i oktober 2011, hvilket ikke opfylder de mindstekrav, der stilles til undersøgelser af, om vindmøller kan påvirke flagermus. Selvom Miljørapporten refererer til Eurobats publikation no. 3: ”Guidelines for consideration of bats in wind farm projects” [rapporten reference 5.15], er Eurobats retningslinjer ved indsamling af data ikke fulgt. Det fremgår således af vejledningen, at det er meget vigtigt, at man ikke begrænser sig til en enkelt periode, således at der skal gennemføres observationer i seks perioder fordelt over hele året efter de nærmere retningslinjer, der fremgår af ”timing for survey (s. 16 i vejledningen). Dette ikke er sket forud for udarbejdelse af Miljørapporten, hvormed Miljørapporten ikke kan anses for at give den fornødne sikkerhed for, at etablering af vindmøller ikke vil have skadelig virkning på bevaringsstatus af Bredøret flagermus på lokaliteten. Det må endvidere konstateres, at der ikke er gennemført en vurdering af konsekvenserne af at fjerne et eksisterende læhegn, der tjener som en vigtig korridor mellem habitatområde 147 og jagtområder for Bredøret flagermus.

Såfremt beskyttelsen af Bredøret flagermus i habitatområde 147 efter habitatdirektivets artikel 6(3) også omfatter Kostervig som tilstødende jagtområde, er der efter min opfattelse ingen tvivl om, at lokalplan og kommuneplantillæg ikke kan vedtages på det foreliggende grundlag. Men det må understreges, at det ikke i retspraksis er afklaret, om artikel 6(3) vil finde anvendelse for en lokalitet, der ikke er udlagt som Natura 2000 område, men tjener som et

vigtigt jagtområde for arter, for hvilke Natura 2000 området er udlagt. En afklaring heraf må som nævnt afvente en stillingtagen fra EU-domstolen.

#### **4. Beskyttelsen af bilag IV arter**

Selvom Miljørapportens observationer af flagermus begrænser sig til oktober 2011, viser Miljørapporten, at der ved Kostervig findes en række forskellige flagermus arter, der er omfattet af habitatdirektivets bilag IV, og at en del af disse arter findes i et meget betydeligt antal ved Kostervig.

Den retlige beskyttelse af disse flagermus arter er reguleret i habitatdirektivets artikel 12, der bl.a. forbyder uagtsom beskadigelse af arternes yngle- og rasteområder, jf. EU-domstolens dom i sag C-98/03 *Kommissionen mod Tyskland*. Denne meget vidtgående beskyttelse kan dog fraviges af bydende nødvendige samfundsmæssige hensyn efter habitatdirektivets artikel 16, stk. 1, litra c, hvis der ikke findes nogen anden brugbar løsning, og fravigelsen ikke hindrer opretholdelse af den pågældende bestands bevaringsstatus i dens naturlige udbredelsesområde.

Den danske gennemførelse af den krævede beskyttelse af bilag IV arter er delt i to. På den ene side er der i habitatbekendtgørelsens §§ 11-12 indført en ordning, hvorefter de særlige regler om konsekvensvurdering for Natura 2000 områder også gælder for bilag IV arter. Men for at imødegå en traktatbrudssag fra Kommissionen blev der samtidigt i naturbeskyttelseslovens § 29a indført et generelt forbud mod at skade bilag IV arters levesteder svarende til habitatdirektivets artikel 12. Der er efter naturbeskyttelseslovens § 65 mulighed for at dispensere fra forbuddet svarende til habitatdirektivets artikel 16, hvor det dog alene er Naturstyrelsen, der kan meddele dispensation. Efter hidtidig praksis fortolkes disse regler på den måde, at vedtagelse af lokalplaner, kommunetillæg og meddelelse af tilladelser er omfattet af habitatbekendtgørelsens §§ 11 og 12, således at naturbeskyttelseslovens § 29a alene gælder for aktiviteter, der ikke kræver tilladelse.

Efter habitatbekendtgørelsens § 11, stk. 1 og 2 må der ikke vedtages planer eller meddeles tilladelser, hvis den foreslåede plan eller den ansøgte tilladelse kan skade yngle og rasteområder for bilag IV arter. Supplerende kræver § 11, stk. 3, at dette skal fremgå af en vurdering, men det er efter bekendtgørelsen ikke klart, om der stilles samme krav til kvaliteten af denne vurdering, som der gør til konsekvensvurderinger efter habitatdirektivets artikel 6(3), og der ses ikke en stillingtagen hertil i Natur- og Miljøklagenævnets hidtidige praksis. Klagenævnets praksis tyder på, at kravene til konsekvensvurdering er de samme, uden klagenævnet i hidtidig praksis har taget stilling til, at dette i givet fald ikke følger af EU-retten, men af de danske regler. I alle tilfælde er der efter habitatbekendtgørelsens § 12 mulighed for at fravige den i § 11 krævede beskyttelse af bilag IV arter pga. bydende nødvendige samfundshensyn, men alene under forudsætning af, at dette ikke hindrer opretholdelse af den pågældende bestands bevaringsstatus i dens naturlige udbredelsesområde. Betingelsen for at benytte undtagelsen i § 12 er, at der forinden indhentes en udtalelse fra Naturstyrelsen.

Såfremt det lægges til grund, at kravene til konsekvensvurdering efter habitatbekendtgørelsens § 11, stk. 3 er de samme, som gælder for konsekvensvurderinger

efter habitatdirektivets artikel 6(3), må det uden videre konstateres, at den gennemførte vurdering af påvirkning af de forskellige bilag IV arter ikke opfylder Eurobats retningslinjer, hvorfor det ikke vil være muligt at vedtage lokalplan og forslag til kommuneplantillæg, før dette er accepteret af Naturstyrelsen efter habitatbekendtgørelsens § 12.

Men selv hvis det lægges til grund, at konsekvensvurderingen efter habitatbekendtgørelsens § 11, stk. 3 ikke er så vidtgående, som efter habitatdirektivets artikel 6(3), tyder de faktiske oplysninger i Miljørapporten på, at der først skal indhentes en accept fra Naturstyrelsen, før forslag til lokalplan og kommuneplantillæg kan vedtages og VVM-tilladelse kan meddeles. Det fremgår således af miljørapporten, at de læhegn, som forudsættes fjernet som led i opførelsen af vindmøllerne for at begrænse kollisionsrisikoen med flagermus, både tjener som korridor og levested for flagermusene, hvorfor en gennemførelse af projektet griber ind i flagermusenes "naturlige udbredelsesområde." Der er med andre ord tale om et indgreb, som falder under habitatbekendtgørelsens § 12, hvorfor forslag til lokalplan og kommuneplantillæg samt VVM-tilladelse må afvente en udtalelse fra Naturstyrelsen efter habitatbekendtgørelsens § 12, stk. 3.

Der vil på netop dette punkt yderligere kunne henvises til en nylig sag fra Skåne, som jeg i forbindelse med udarbejdelse af nærværende redegørelse har modtaget fra Østmøns Naturforening. I den svenske sag foreligger der således en indstilling fra Länsstyrelsen af 17. april 2012 om at afvise tilladelser til vindmøller på en lokalitet, der tjener som levested for Bredøret flagermus (på svensk Barbastellen), hvilket i indstillingen begrundes med følgende:

*"Riskerna med vindkraftverken är inte bara kollisionsrisiken utan även förändringar i miljön Barbastellen behöver tillgång till gamla träd för att dels kunna sova på dagarna och dels som reproduktionslokal. Det är också viktigt att det inte sker några förändringar i terrängstrukturen för att området fortsatt ska vare lämpliga jaktmarker."*

Sammenholdes dette med oplysningerne i Miljørapporten vedrørende vindmøller ved Kostervig, må det konstateres, at Miljørapporten forbigår, at det planlagte projekt vil medføre fældning af gamle træer, der tjener som hvilested og reproduktionslokalitet, og at en plantning af læhegn andre steder vil betyde en ændring af terrænstrukturen. Sammenholdes dette med, at Bredøret flagermus er en meget sjælden art, hvis tilstedeværelse på en lokalitet samtidigt er en vigtig indikator for, at lokaliteten er egnet levested for flagermus, begrundes dette i sig selv, at der gennemføres en mere kvalificeret konsekvensvurdering af, hvordan vindmøller ved Kostervig vil påvirke Bredøret flagermus.

Sammenfattende må det konkluderes, at det vil være i modstrid med habitatbekendtgørelsens § 12 at vedtage forslag til lokalplan og kommuneplantillæg, før der er indhentet en udtalelse fra Naturstyrelsen, hvor der må tages stilling til, om der i dette tilfælde foreligger så tungtvejende hensyn, at der er grund til at fravige beskyttelsen af bilag IV arter efter habitatbekendtgørelsens § 11. Det er ikke fuldstændig klart, hvilke krav der stilles til en konsekvensvurdering af planforslagenes påvirkning af bilag IV arter efter habitatbekendtgørelsens § 11, stk. 3, hvorfor det må anses for usikkert, om den foreliggende vurdering opfylder kravene i habitatbekendtgørelsen. Men det kan konstateres, at vurderingen af påvirkning af flagermus ikke lever op til de retningslinjer, der er fastlagt af Eurobat for gennemførelse af VVM-vurderinger, hvilket indikerer, at vurderingen er utilstrækkelig.

## **5. Fjernelse af læhegn inden lokalplan er vedtaget**

Jeg er blevet bedt om særskilt at belyse, om det vil være lovligt at fjerne de eksisterende læhegn, der tjener som vigtigt levested for flagermus, inden lokalplanen måtte blive vedtaget. Hvis en sådan fjernelse sker som led i den almindelige landbrugsmæssige drift, vil fjernelse af læhegn ikke kræve landzonetilladelse efter planlovens § 35.

Det kan derimod overvejes, om det vil være i modstrid med planlovens § 17, hvorefter det når et lokalplanforslag er offentliggjort, er forbudt at bebygge eller udnytte en ejendom på en måde, der skaber risiko for en foregribelse af den endelige plans indhold. På den ene side kan det anføres, at netop fjernelse af læhegn indgår i forslaget til lokalplan, hvorfor en fjernelse i den forstand foregriber lokalplanen. Men på den anden side kan anføres, at en fjernelse af læhegn næppe vil hindre lokalplanen, hvorfor fjernelsen ikke nødvendigvis er omfattet af forbuddet i § 17.

Uanset der kan være tvivl om, hvorvidt det efter planloven vil være ulovligt, at lodsejere fjerner læhegn inden lokalplanen vedtages, vil en sådan fjernelse med sikkerhed være en ganske grov overtrædelse af naturbeskyttelseslovens § 29 a, der er strafsanktioneret. Det er herved tilstrækkeligt at henvise til, at det efter Miljørapporten må lægges til grund, at læhegnene tjener som vigtigt levested for flagermus omfattet af bilag IV, og at de berørte lodsejere enten ved eller bør vide dette, hvilket er tilstrækkeligt for et strafansvar.

*Peter Pagh*

*den 25. juni 2012*