

## PLANKLAGENÆVNETS OG MILJØ- OG FØDEVAREKLAGENÆVNETS AFGØRELSE VEDRØRENDE VINDPARK THORUP-SLETTEN

### LOVLIGGØRELSE OG DEN FREMADRETTEDE PROCES

#### 1. BAGGRUND

I et område på Thorup-Sletten er der i dag opspillet 18 vindmøller. Vindmøllerne, der er ejet af K/S Vindpark Thorup-Sletten ("vindmøllejerne"), er et tværkommunalt projekt i Jammerbugt Kommune og Vesthimmerlands Kommune (samlet benævnt "kommunerne"), og vindmøllerne er fordelt med 9 på hver sin side af kommunegrænsen.

Området er beliggende øst for Limfjorden og vest for Aggersund. Natura 2000-område nr. 16 er beliggende umiddelbart vest for vindmøllerne. Natura 2000-området omfatter Habitatområde H 16 og Fuglebeskyttelsesområderne F8, F12, F13, F19 og F20.

Kommunerne har meddelt VVM-tilladelse til projektet, ligesom det fornødne plangrundlag i form af lokalplan, kommuneplantillæg samt tilhørende miljørapport er blevet vedtaget af kommunerne. I forbindelse med projektet blev der desuden udarbejdet en Natura 2000-konsekvensvurdering for det samlede projekt og planer.

Planklagenævnet traf den 9. marts 2021 afgørelse i den planretlige del af sagen, dvs. vedrørende kommunernes vedtagelse af lokalplan og kommuneplanstillæg for projektet og indholdet af miljørapporten. Ligeledes den 9. marts 2021 traf Miljø- og Fødevarerklagenævnet afgørelse i sagen om kommunernes VVM-tilladelse til opstilling af vindmøller.

I begge afgørelser blev henholdsvis plangrundlaget samt VVM-tilladelsen ophævet under henvisning til manglende iagttagelse af habitatdirektivets artikel 6, stk. 3 - og den danske implementering heraf i form af bl.a. habitatbekendtgørelsen og miljøvurderingsloven - og forpligtelserne, der følger af disse regelsæt.

Konkret er afgørelserne begrundet med, at kommunerne ikke har foretaget en tilstrækkelig konsekvensvurdering i forhold til to bestemte fuglearter, rørhøg og blå kærhøg. Derudover er projektets betydning ikke i tilstrækkelig grad belyst i forhold til en række fuglearter, som fouragerer i nærheden af vindmøllerne, og som i et eller andet omfang vil kunne blive fortrængt fra disse områder af vindmøllerne.

Vi er på den baggrund blevet anmodet af kommunerne om at vurdere en række spørgsmål i forbindelse med den forestående lovliggørelsesproces, herunder

---

#### ADVOKATFIRMA

WWW.KROMANNREUMERT.COM

CVR-NR. DK 62 60 67 11

#### PARTNER

KIM TRENSKOW

AARHUS

DIR. +45 38 77 43 99

MOB. +45 20 19 74 26

KT@KROMANNREUMERT.COM

24. MARTS 2021

SAGSNR. 1060199 KT/KT

DOK. NR. 1060199-1063859952-29-

1.51

særligt, om kommunerne er retligt forpligtet til eller retligt har mulighed for at meddele et standsningspåbud indtil det efter en fornyet plan- og miljøvurderingsproces er afklaret, om der kan ske retlig lovliggørelse af projektet. Vores vurdering heraf fremgår af afsnit 3 neden for.

Vi er endvidere blevet anmodet om at skitsere rammerne for den videre plan- og godkendelsesproces, herunder hvorledes processen i overordnede træk skal tilrettelægges i lyset af Planklagenævnets samt Miljø- og Fødevareklagenævnets afgørelser. Vi har i afsnit 4 kort beskrevet den fremadrettede proces.

Vores konklusion fremgår af afsnit 2.

## 2. KONKLUSION

Kommunerne har - som følge af deres tilsyns- og lovliggørelsespligt - en pligt til at igangsætte og gennemføre en lovliggørelsesproces hurtigst muligt, og er i den forbindelse forpligtet til at afdække og undersøge muligheden for en retlig lovliggørelse i form af tilvejebringelse af det fornødne plangrundlag og meddelelse af en fornyet tilladelse.

Der er i denne sag ikke et retligt grundlag for at meddele et standsningspåbud i forhold til driften af vindmøllerne, mens det undersøges, om der kan ske retlig lovliggørelse af projektet.

Hvis der på trods heraf meddeles et standsningspåbud, der senere kendes ugyldigt, da vil kommunerne være i betydelig risiko for at ifalde et erstatningsansvar for det tab, som vindmølleejerne har lidt som følge af det ugyldige standsningspåbud.

## 3. JURIDISK VURDERING

### 3.1 Lovliggørelsespligt og lovliggørelsesmåde

#### 3.1.1 Retlig ramme

De retlige rammer for kommunernes tilsyns- og håndhævelsesbeføjelser fremgår af reglerne i planlovens kapitel 12 og i miljøvurderingslovens kapitel 17.

Det følger heraf, at kommunerne *skal* foranledige et ulovligt forhold lovliggjort, medmindre forholdet har underordnet betydning, jf. planlovens § 51, stk. 3 og miljøvurderingslovens § 46, stk. 4. Kommunerne er altså forpligtet til at søge et forhold lovliggjort - enten retligt eller fysisk. En undladelse heraf vil falde inden for Ankestyrelsens tilsynsbeføjelser efter kommunestyrelsesloven.

Valg af lovliggørelsesmåde beror ikke på en ren skønsmæssig vurdering fra tilsynsmyndighedens side. Denne vurdering er retligt normeret.

Muligheden for retlig lovliggørelse skal således afdækkes først, og er, forudsat at der er fornøden hjemmel hertil, det klare udgangspunkt i tilfælde, hvor der tidligere er meddelt en begunstigende forvaltningsakt eller lokalplan, eller hvor det kan lægges til grund, at der ville være meddelt/vedtaget de fornødne tilladelser og

planer ved en forudgående ansøgning, jf. også herved betænkning nr. 981/1983 om håndhævelse af bygge- og miljølovgivningen s. 81 f. Dette er bl.a. et udslag af proportionalitetsprincippet og hensynet til adressaten og dennes gode tro.

Reglerne i planloven og miljøvurderingsloven om lovliggørelse suppleres af almindelige forvaltningsretlige regler og principper for administrativ håndhævelse, herunder særligt proportionalitets- og officialprincippet.<sup>1</sup> Herudover skal også de miljøretlige principper inddrages i vurderingen, f.eks. forsigtighedsprincippet.

Derudover skal hensynet til at undgå værdispild og adressatens gode tro inddrages i vurderingen.<sup>2</sup>

Der kan eksempelvis henvises til Højesterets dom i sagen om retlig lovliggørelse af Bilka i Horsens, jf. U 2011.1712 H. I denne dom tiltrådte Højesteret den retlige lovliggørelse af byggeriet og lagde i den forbindelse bl.a. vægt på, at bygherren (Dansk Supermarked) var i god tro ved byggeriets opførelse, ligesom der ville være et samfundsmæssigt værdispild ved en fysisk lovliggørelse/nedrivning.

### 3.1.2 Konkret vurdering

Kommunerne har - som følge af deres tilsyns- og lovliggørelsespligt - en pligt til at igangsætte og gennemføre en lovliggørelsesproces hurtigst muligt.

Kommunerne er i den forbindelse forpligtede til at afdække og undersøge muligheden for en retlig lovliggørelse i form af tilvejebringelse af det fornødne plangrundlag og meddelelse af en fornyet tilladelse.

## 3.2 Lovliggørelse i "mellemp perioden" og spørgsmålet om standsningspåbud

### 3.2.1 Problemstilling

Mellemp perioden er den periode, der forløber fra det tidspunkt, hvor en overordnet instans - i dette tilfælde Planklagenævnet og Miljø- og Fødevarerklagenævnet - har ophævet en allerede meddelt afgørelse som ugyldig indtil tilsynsmyndigheden får afdækket muligheden for en retlig lovliggørelse og gennemført en lovliggørelse.

I denne sag er det planretlige grundlag i form af lokalplan, kommuneplantillæg samt den underliggende miljørapport og VVM-tilladelsen ophævet og dermed bortfaldet i sin helhed.

Det rejser spørgsmålet om, hvorvidt kommunerne kan/skal udstede et påbud om standsning af vindmøllerne, mens overvejelsen og undersøgelsen af lovliggørelsesmåden pågår.

### 3.2.2 Retsstilling

---

<sup>1</sup> Fra praksis kan der bl.a. henvises til MAD 2004.1023, MAD 2005.261 og MAD 2005.1673. Fra juridisk teori kan der bl.a. henvises til Annette Møller-Sørensen: Administrativ Håndhævelse (2003), side 64-65 og 132 samt Gorm Møller: Kommenteret Miljøbeskyttelseslov (2019), side 1038.

<sup>2</sup> Jf. MAD 2009.2762 og FOB 1984.131

Proportionalitetsprincippet indebærer, at der skal være proportionalitet eller forholdsmæssighed mellem det indgreb, der foretages overfor borgeren, og det hensyn, der begrundet indgrebet. Det er ligeledes et krav efter proportionalitetsprincippet, at den mindst indgribende foranstaltning, der opfylder formålet, skal anvendes.

Princippet er også centralt ved valg af håndhævelsesskridt og lovliggørelsesskridt.

Et standsningspåbud er et meget vidtgående indgreb, der bl.a. af denne grund er forbeholdt tilfælde, hvor der er tale om klart ulovlige forhold eller hvor det kan fastslås, at fortsat drift ikke vil være miljømæssigt forsvarlig.

I *Vejledning om håndhævelse af Naturbeskyttelsesloven, Planloven og Byggeloven* (2007), side 22, anbefales det i overensstemmelse hermed:

*"Standsningsmeddelelse bør derfor kun bruges, når der er tale om et så klart ulovligt forhold, at der efter tilsynsmyndighedens opfattelse er grundlag for straks at indgive politianmeldelse."*

Vejledning om håndhævelse af Miljøbeskyttelsesloven (2005), side 19, anfører tilsvarende, at standsningspåbud kan anvendes *"under skærpende omstændigheder"*.

I proportionalitetsvurderingen indgår adressatens berettigede forventninger og gode tro, og den indgår med betydelig vægt i tilfælde, hvor adressaten har disponeret i tillid til eksempelvis en begunstigende forvaltningsakt eller lokalplanlægning. Det anføres således i Søren H. Mørup: *Berettigede forventninger i forvaltningsretten* (2006), side 192:

*"Den konkrete materielle beskyttelse af berettigede forventninger beror på indrettelseshensynets styrke. (...) Jo stærkere indrettelseshensynet er, des mere indgribende vil en afgørelse, der skuffer borgerens berettigede forventninger, være. Derved kommer proportionalitetsprincippet også i betragtning."*

Det anførte er også lagt til grund af myndighederne i lovliggørelsespraksis <sup>3</sup>

På miljøområdet skal disse hensyn - som led i en samlet proportionalitetsvurdering - vejes op mod formålet med og beskyttelseshensynet bag de regler, der er tilsidesat. Det er herefter afgørende, om fortsat drift i mellemperioden kan anses for miljømæssigt uforsvarligt forhold til det eller de bagvedliggende beskyttelseshensyn. <sup>4</sup>

I den konkrete sag er plangrundlag og tilladelse ophævet med henvisning til, at miljøvurderingen ikke har opfyldt alle krav i henhold til habitatreglerne.

Vurderingen af spørgsmålet om meddelelse af et standsningspåbud skal derfor ses i relation til beskyttelsesformålet med habitatreglerne; nemlig at undgå, at Natura 2000-områders integritet lider skade.

---

<sup>3</sup> Jf. MAD 2004.1023, MAD 2005.261 og MAD 2005.1673.

<sup>4</sup> Jf. synspunkterne i Annette Møller-Sørensen: *Administrativ Håndhævelse* (2003), side 205-207 og Gorm Møller: *Kommenteret Miljøbeskyttelsesloven* (2019), side 1039

Meddelelse af et standsningspåbud skal således være begrundet i nødvendigheden af at standse en fortsat igangværende skadeforvoldelse af Natura 2000-områder, og det er centralt, at tilsynsmyndigheden efter officalmaksimen kan dokumentere dette.

I sager om lovliggørelse af lovligt etablerede aktiviteter, hvor en tilladelse eller en lokalplan er blevet underkendt med henvisning til, at miljøvurderingen ikke har opfyldt alle krav i henhold til habitatreglerne, vil det dog som udgangspunkt ikke være muligt at fastslå dette. Det er netop det, miljøvurderingen skal belyse.

Der kan eksempelvis henvises til de verserende lovliggørelsessager vedrørende danske havbrug, hvori Miljøstyrelsen bl.a. også har lagt til grund, at hvis der (endnu) ikke foreligger en (endelig) habitatvurdering, kan det være vanskeligt at begrunde et standsningspåbud med henvisning til en skadevirkning.<sup>5</sup>

Ved denne vurdering er tilsynsmyndigheden forpligtet til at inddrage samtlige oplysninger, der kan belyse anlæggets eventuelle påvirkning af Natura-2000 området, herunder indholdet af den foreliggende miljøvurdering samt eventuelle supplerende oplysninger fra ejeren eller dennes tekniske rådgiver.

I tilfælde, hvor det anlæg, hvis tilladelse eller plangrundlag er underkendt, er opført og idriftsat, er det muligt at inddrage den konkrete erfaring og viden fra den hidtidige driftsperiode i vurderingen.

Omvendt kan formodninger eller habitatmæssige overvejelser uden grundlag i foreliggende oplysninger ikke inddrages i vurderingen. Officialprincippet sætter således her en grænse for de overvejelser, der kan indgå i vurderingen af miljømæssig forsvarlighed.

Såfremt tilsynsmyndigheden meddeler et standsningspåbud, der senere kendes ugyldigt, vil tilsynsmyndigheden kunne ifalde erstatningsansvar for det eventuelle tab, som ejeren måtte have lidt som følge af det ulovlige standsningspåbud.

### 3.2.3 Konkret vurdering

Et standsningspåbud vil udgøre et særdeles vidtgående og tabsforvoldende indgreb overfor ejeren.

Det er oplyst (fra WSP), at vindmølleparken har en årlig produktion på ca. 260 GWh årligt og en årlig omsætning på ca. 60-65 millioner kroner ved salg af strøm og grønne certifikater. Det fremgår tillige, at vindmøllerne risikerer at få permanente stilstandsskader, hvis de tages ud af drift i en længere periode.

Hensynet til ejeren og ejerens gode tro skal dernæst tillægges betydelig vægt.

Vindmøllerne er lovligt etableret og idriftsat på grundlag af den fornødne tilladelse og det fornødne plangrundlag.

Hertil kommer, at der ikke foreligger oplysninger, der dokumenterer eller indikerer, at fortsat drift af vindmølleparken vil være miljømæssigt uforsvarlig.

---

<sup>5</sup> Der kan henvises til nyheden "Miljøstyrelsen er kommet et vigtigt skridt nærmere lovliggørelsen af de danske havbrug" bragt den 19. maj 2020 på <https://mst.dk/service/nyheder/nyhedsarkiv/2020/maj/miljoestyrelsen-er-kommet-et-vigtigt-skridt-naermere-lovliggoerelsen-af-de-danske-havbrug/>

I sager som denne om lovliggørelse af lovligt etablerede aktiviteter, hvor en tilladelse eller en lokalplan er blevet underkendt med henvisning til, at miljøvurderingen ikke har opfyldt alle krav i henhold til habitatreglerne, vil det dog som udgangspunkt ikke være muligt at fastslå dette. Det er netop det, miljøvurderingen skal belyse.

Hertil kommer, at de faktisk foreliggende oplysninger indikerer, at der ikke består en reel risiko. Af WSP's vurdering af 11. marts 2021 fremgår således bl.a.:

*"WSP står fuldt inde for de vurderinger, der allerede er lavet i Natura 2000konsekvensvurderingen, men tager til efterretning, at kommunerne skal basere en ny behandling af sagen under hensyntagen til krav om supplerende konsekvensvurdering i forhold til rørhøg og blå kærhøg, mere detaljerede og artsspecifikke beregninger og vurderinger af fortrængningszoner, samt eventuelle ændringer i udpegningsgrundlaget og vidensgrundlaget. (...).*

*Det er WSP's vurdering, at de opstillede vindmøller ikke er nogen akut trussel for de udpegede fuglearter, heller ikke rørhøg og blå kærhøg. Rørhøg er som ynglefugl i fremgang i hele landet og også i det nærmeste fuglebeskyttelsesområde (F13, Vejlerne), ca. 3,6 km fra nærmeste mølle. Bestanden af ynglefugle vurderes at være fast og stigende i området. Blå kærhøg, der er på udpegningsgrundlaget som trækfugl i samme fuglebeskyttelsesområde, har ifølge Miljøstyrelsens basisanalyse til Natura 2000 plan 2022-2027 en stabil vinterbestand og er en ret almindeligtrækfugl generelt. Der angives ikke nogen trusler for de to arters forekomst i området, heller ikke selvom der ligger en meget stor vindmøllepark ved Klim (22 vindmøller) i en afstand af kun ca. 1km fra fuglebeskyttelsesområdet. (...).*"

*"Det kan ikke udelukkes, at fugle vil kolliderer med vindmøller i Thorup-Sletten, mens de supplerende undersøgelser pågår i 2021, men risikoen herfor vil være begrænset til meget få individer i perioden, som ikke vil have skadelige virkninger på bestanden af de udpegede fuglearter nationalt eller lokalt i de nærmeste fuglebeskyttelsesområder (F8 og F13). Den endelige vurdering af projektets kortsigtede og langsigtede påvirkning af Natura 2000 området vil fremgå af den opdaterede Natura 2000 konsekvensvurdering."*

Samtidig kan den foreliggende miljørapport inddrages - undtagen i relation til de punkter, som har ført til plangrundlagets og VVM-tilladelsens ugyldighed.

Endelig er der heller ikke i bemærkningerne i Planklagenævnets og Miljø- og Fødevareklagenævnets afgørelser nogen indikationer af, at der skulle foreligge oplysninger om risici for skade ved fortsat drift. Tværtimod har Planklagenævnet opregnet de forhold, som skal inddrages i forbindelse med en retlig lovliggørelsesproces.

På baggrund af ovenstående er det vores vurdering, at der ikke er grundlag for at meddele et standsningspåbud til ejeren af vindmølleparken om driftsstop i lovliggørelsesperioden.

Meddelelse af et standsningspåbud vil efter vores vurdering ikke gyldigt kunne meddeles, da det vil være i strid med proportionalitetsprincippet, og det vil medføre en nærliggende risiko for, at kommunerne vil ifalde erstatningsansvar over for ejeren for det tab, som denne måtte blive påført ved et påbudt driftsstop, mens muligheden for retlig lovliggørelse undersøges.

### 3.3 Forsyningsmæssige hensyn

#### 3.3.1 Elforsyningslovens regler

Ifølge elforsyningsloven (§ 10) kræver elproduktion fra anlæg med en kapacitet på over 25 MW en bevilling. Vindmølleparken har derfor en elproduktionsbevilling meddelt af Energinet den 26. november 2019. Elproduktionsbevillingen indeholder en række vilkår relateret til vindmøllernes drift.

Det følger af elproduktionsbevillingens pkt. 1.4, at:

*"K/S Thorup-Sletten har pligt til at underrette Energinet mindst et år i forvejen, såfremt det besluttes, at anlæg skal lukkes eller tages ud af drift, så det ikke er til rådighed i en længere periode, jf. elforsyningslovens § 12, stk. 1, nr. 4, samt at indhente tilladelse fra Energinet, jf. elforsyningslovens § 27 b, stk. 1."*

Elforsyningslovens § 27 b, stk. 1 fastslår: *"Transmissionsanlæg stillet til Energinets rådighed og elproduktionsanlæg med en kapacitet på mere end 25 MW kan ikke tages ud af drift i længere tid uden godkendelse fra Energinet. Med henblik på opretholdelsen af elforsynings sikkerheden kan Energinet kræve godkendte driftsstop udsendt eller fremrykket."*

Eftersom vindmølleparken har en elproduktionsbevilling, er den ligeledes omfattet af bekendtgørelse af elberedskab for elsektoren, jf. bekendtgørelsens § 1, stk. 2. Det følger samtidig af elforsyningslovens § 85 b, stk. 1, at:

*Virksomheder, som er bevillingspligtige efter §§ 10 og 19 samt elforsyningsvirksomhed, der varetages af Energinet eller denne virksomheds helejede datterselskaber i medfør af § 2, stk. 2 og 3, i lov om Energinet, skal foretage nødvendig planlægning og træffe nødvendige foranstaltninger for at sikre elforsyningen i beredskabssituationer og andre ekstraordinære situationer*

Vindmølleparken er således underlagt beredskabsforpligtelser.

#### 3.3.2 Retlig betydning

Det følger af vindmølleparkens elproduktionsbevilling samt elforsyningslovens bestemmelser, at der er særlige vilkår forbundet med driftsstop, og at dette kræver forudgående godkendelse fra Energinet. Vindmølleparken har ligeledes forpligtelser som følge af bekendtgørelse af elberedskab for elsektoren samt elforsyningslovens bestemmelser herom.

Disse vilkår og elforsyningslovens bestemmelser herom er begrundet i hensynet til elforsynings sikkerheden.

Denne særlovgivning og det implicitte hensyn til at opretholde elforsynings sikkerheden samt at indgå i elberedskabet indebærer således også i sig selv, at et standsningspåbud ikke kan meddeles, uden at Energinet (Energistyrelsen) involveres i denne proces. Herudover skal der - efter vores opfattelse - også tages højde for de forsyningsmæssige rammer og tidsmæssige vilkår i forbindelse med en fremtidig situation, hvor en hel eller delvis fysisk lovliggørelse måtte blive aktuel.

Der findes - så vidt vides - ikke fortilfælde i praksis, hvor det retlige grundlag for en specifik aktivitet, der er omfattet af en elproduktionsbevilling, kendes ugyldigt, mens driften af denne aktivitet pågår/er igangsat. Den konkrete håndtering heraf må derfor i praksis anses for uafklaret.<sup>6</sup>

#### 4. DEN FREMADRETTEDE PROCES

Konsekvensen af afgørelserne er, at det planretlige grundlag samt VVM-tilladelsen er ophævet, dvs. det er bortfaldet i sin helhed.

En retlig lovliggørelse vil således implicere tilvejebringelse af et nyt plangrundlag og meddelelse af en ny VVM-tilladelse efter den lovfæstede proces herfor i bl.a. planloven og miljøvurderingsloven.

Adgangen til at gennemføre en retlig lovliggørelse er betinget af, at der gennemføres en fuldstændig miljøvurdering, herunder en konsekvensvurdering, i overensstemmelse med bl.a. anvisningerne i nævnsafgørelserne.

Planklagenævnet har i sin afgørelse, jf. afgørelsens afsnit 3.4, bl.a. anvist hvordan sagsbehandlingen skal tilrettelægges, såfremt kommunerne vil foretage en ny miljøvurdering og behandle plangrundlaget på ny. Disse anvisninger skal følges nøje og indarbejdes i det fremtidige arbejde. Det oprindelige materiale kan i den proces "genbruges" med de tilføjelser og konsekvensændringer, der følger af afgørelsen. Om nødvendigt skal det oprindelige materiale på andre punkter end i relation til nævnets konkrete anvisninger opdateres. Dette kan eksempelvis være tilfældet, hvis der er fremkommet ny viden siden miljørapportens udarbejdelse, et ændret udpegningsgrundlag eller ny og mellemkommende praksis, herunder fra nævnene eller EU domstolen..

På dette grundlag vil der kunne gennemføres den nødvendige retlige lovliggørelse, medmindre den nye vurdering fastslår, at det ikke kan udelukkes, at projektet kan skade det internationale naturbeskyttelsesområdets integritet. I så fald vil planen ikke kunne vedtages, jf. bekendtgørelsens § 3, stk. 2, og kommunerne vil herefter være forpligtet til at indlede en vurdering af fysisk lovliggørelse af vindmølleparken, eventuelt i form af en projektilpasning.

---

<sup>6</sup> I sagen om miljøgodkendelse af Fynsværkets Blok 7, der ligeledes indgår i elberedskabet, ses der eksplicit at være taget stilling til værkets forpligtelser vedrørende elberedskabet i formulering af miljøgodkendelsens konkrete vilkår, ligesom Energinet har været inddraget i udarbejdelsen af miljøgodkendelsen som høringsberettiget. Sagen vedrørende Fynsværkets Blok 7 er dog fra forskellig fra denne sag derhen, at Miljø- og Fødevareklagenævnet ikke har ophævet miljøgodkendelsen til Blok 7, hvorved en lovliggørelse af driften af Blok 7 har været nødvendig.