

Viborg Kommune
Teknik & Miljø, Natur og Vand
Prinsens Alle 5
8800 Viborg

Codex Advokater P/S
Damhaven 5 C
7100 Vejle

21. februar 2020

Journalnr.: 218588

Advokat:
Mads Kobbegø
mko@codexlaw.dk

Sekretær:
Lene Fjord Hocksdahl
lfh@codexlaw.dk
Direkte: +45 7643 5352

Genbehandling Tangeværket

1. Indledning

Viborg Kommune er i færd med at behandle en sag vedrørende Tangeværket og skal i den forbindelse forholde sig til habitatreglerne.

Kommunen har i den forbindelse bedt mig vurdere nogle grundlæggende forhold knyttet til denne sagsbehandling.

2. Sagens væsentligste faktuelle oplysninger

Viborg Kommune skal i forbindelse med Tangeværkets overgang fra regulering via en særlov (Lov om udnyttelse af vandkraften i Gudenå) til "almindelig" regulering have tilladelse efter vandforsyningsloven.

Tangeværkets ansøgning går på at indvinde den vandmængde, der tilstrømmer vandreservoir Tange Sø, fratrasket den vandmængde, der går gennem eksisterende fauna- og fiskepassager ved Tangeværket.

Kommunen meddelte tilladelse efter vandforsyningsloven den 5. februar 2015, men tilladelsen blev ophævet af Miljø- og Fødevareklagenævnet den 21. februar 2019. I afsnittet nedenfor vil jeg redegøre for baggrunden for nævnets ophævelse af tilladelsen.

Efterfølgende har Gudenaacentralen december 2019 indsendt en fornyet ansøgning. Det er altså den fornyede ansøgning og ikke den ansøgning, som ligger til grund for kommunens tilladelse fra 2015 (ophævet af nævnet i 2019), der ligger til grund for kommunens nuværende sagsbehandling.

3. Miljø- og Fødevareklagenævnets afgørelse af 21. februar 2019

3.1 Indledning

Der er tale om en meget særegen situation, hvor en mangeårig model med lovgivning/koncession skal konverteres over til et tilladelsessystem. En situation, der er stort set uset, og som der derfor ikke knytter sig nogen præcedens til. Da konverteringen dernæst sker i lovform, nemlig i form af lov om ophævelse af lov om udnyttelse af vandkraften i Gudenå, havde kommunen tillagt det stor betydning, hvorledes konverteringen er beskrevet i loven, lovbemærkningerne samt de vejledende udmeldinger i øvrigt, der er kommet fra ministeriet.

Kommunen lagde i den forbindelse blandt andet vægt på, at Naturstyrelsen i et høringsnotat havde udtalt:

“Naturstyrelsen kan dog samtidig generelt oplyse, at det er styrelsens opfattelse, at der i forbindelse med Tangelovens ophævelse og koncessionens ophør (alene) skal tages stilling til Tangeværkets fortsatte drift, og at der således ikke skal tages stilling til værket som et nyt projekt, og herunder ikke de samlede konsekvenser for naturen i området af værkets placering og opstemningen.

....

Til illustration kan nævnes, at der ved behandling af en ansøgning efter vandforsyningsloven alene vil skulle tages stilling til, om overfladevandet fra søen fortsat kan ledes via indløbskanalen og igennem turbinerne og ned i bagkanalen, men ikke selve eksistensen af værket og opstemningen. Et afslag på vandindvindingstilladelse vil derfor i givet fald formentlig alene indebære, at vandet fremover ledes over værkets frisluse, hvilket i sig selv ikke vil have nogen betydning for de naturforhold opstrøms værket, som er påvirket af opstemningen.”

Det førte til en kommunal opfattelse af, at der ikke skulle gennemføres en habitatvurdering, idet der ikke skete nogen ændring i forhold til nu-situationen, og det centrale i klagesagen var, om nævnet var enig heri.

3.2 Præmisserne i nævnets afgørelse

De centrale præmisser i nævnets afgørelse er følgende (med mine fremhævelser):

*"Miljø- og Fødevareklagenævnet konstaterer, at Viborg Kommune ikke har foretaget en vurdering af indvindingens påvirkning af habitatområder efter habitatbekendtgørelsens regler. Nævnet fremhæver herved, at der ikke er foretaget en nærmere vurdering af Tangeværkets, **herunder navnlig opstemningens påvirkning** på migrerende arter, som havlampret, flodlampret og bæklampret.*

*Miljø- og Fødevareklagenævnet bemærker, at de akvatiske arter på udpegningsgrundlaget i habitatområderne H14 og H45 alene kan vandre op- og nedstrøms opstemningen ved at anvende fisketrappen og ungfiskeslusen. Der foreligger ingen vurdering af, om **spærringen** kan indebære en påvirkning af eksempelvis arternes vandring til og fra gydepladser i flodsystemet i løbet af deres livscyklus.*

Det er på den baggrund Miljø- og Fødevareklagenævnets vurdering, at det ikke kan udelukkes, at tilladelsen til indvinding af vand – i kumulation med andre planer og projekter – kan påvirke habitatområderne H14 og H45 væsentligt.

*På denne baggrund ophæver Miljø- og Fødevareklagenævnet Viborg Kommunes afgørelse af 5. februar 2015 og hjemviser sagen til fornyet behandling med henblik på at kommunen skal foretage en habitatvurdering, der omfatter **opstemningens** påvirkning af habitatområderne."*

Som det fremgår, er det særligt den manglende vurdering af opstemningen/spærringen, der er det centrale.

Omkring væsentlighedsvurderingen fremgår det direkte af nævnets afgørelse, at det ikke kan udelukkes, at der vil være en væsentlig påvirkning, og hjemvisningen går på, at der skal gennemføres en konsekvensvurdering.

4. Brev af 22. januar 2020 fra ansøgers advokat

Kommunen meddelte i en mail af 17. januar 2020, at kommunen i sagsbehandlingen vil tage udgangspunkt i en situation, hvor Tangeværket ikke var etableret. Denne udmelding afstedkom en tilbagemelding fra ansøgerens advokat, hvor det som det centrale anføres:

- Kommunens tilgang til situationen er anderledes end tilfældet var, da kommunen første gang behandlede sagen.
- Advokaten henviser til de lovbemærkninger mv. – som kommunen selv havde henvist til i den første afgørelse – omkring forudsætningerne om, at Tangeværket kunne fortsætte uændret.
- Nævnet har ikke anført, at Tangeværket ikke med rette skulle betragtes som et eksisterende anlæg.

5. Min vurdering

5.1 Klagenævnsafgørelsen og dens bindende virkning

Der er for mig at se ingen tvivl om, at Miljø- og Fødevarerklagenævnet i sin afgørelse direkte fastslår, at der i forbindelse med behandlingen af ansøgningen om vandindvindingstilladelse skal foretages en habitatkonsekvensvurdering.

At konklusionen på væsentlighedsvurderingen i forhold til den nye ansøgning derfor skal være, at der skal gennemføres en konsekvensvurdering, mener jeg ikke, der kan være nogen tvivl om.

At der ved denne konsekvensvurdering skal inddrages den effekt, der knytter sig til selve spærringen, mener jeg heller ikke, at nævnets afgørelse efterlader nogen tvivl om.

Klagenævnets afgørelser er bindende for kommunen forstået på den måde, at kommunen ikke kan træffe en afgørelse, der går imod de præmisser, der fremgår af nævnets afgørelse, selv om kommunen ikke måtte være enig i disse præmisser. Jeg kan herom fx henvise til et notat fra Kammeradvokaten:

*”... det er den praksis, som Miljøklagenævnet anlægger, som endelig administrativ rekursinstans, der er gældende for kommunerne ...
Miljøklagenævnets praksis er således bindende for kommunerne i sammenlignelige sager ...”*

At det forholder sig således er endnu mere klart der, hvor nævnet tidligere har forholdt sig til en konkret sag, som en kommune nu skal genbehandle. Det kan illustreres ved følgende sag:

Nævnet havde tidligere behandlet en sag og i den forbindelse stillet krav om, at der i forbindelse med kommunens genbehandling af sagen skulle udarbejdes en nærmere

bestemt støjmåling, som skulle danne baggrund for en ny kommunal afgørelse. Kommunen traf imidlertid en ny afgørelse baseret på en anden type støjmåling. Til det anførte nævnet:

"Natur- og Miljøklagenævnet bemærker hertil ..., at X Kommune har pligt til at respektere nævnets afgørelse og ikke kan træffe afgørelse i strid hermed."

Så Viborg Kommune er bundet af nævnets præmisser i 2019-afgørelsen i forbindelse med genbehandling af sagen. Det gælder, selv om kommunen måtte være uenig i disse præmisser, helt eller delvist.

5.2 De grundlæggende præmisser indlagt i kommunens udkast til habitat-væsentlighedsvurdering

Jeg har ikke i detaljer gennemgået alle dele af kommunens udkast til væsentlighedsvurdering, der også for en stor dels vedkommende er af naturfaglig karakter. Jeg har i stedet fokuseret på de grundlæggende juridiske forhold omkring primært eksisterende ctr. nyanlæg.

Det centrale i kommunens udkast til væsentlighedsvurdering er, at det ikke kan udelukkes, at projektet kan udgøre en væsentlig påvirkning af en eller flere arter på habitatområdernes udpegningsgrundlag, og at der derfor skal udarbejdes en konsekvensvurdering.

Denne vurdering er jeg enig i, allerede fordi det samme er konklusionen i nævnets 2019-afgørelse.

At konsekvensvurderingen også skal forholde sig til selve spærringen og opstemningen er der heller ikke nogen tvivl om. Det har nævnet også fastslået ved sin 2019-afgørelse.

Det gælder uanset diskussionen om, hvorvidt anlægget må betragtes som eksisterende eller som et ny-anlæg. Det er efter min opfattelse et slagsmål om ord. Afgørende er, at det ved konsekvensvurderingen skal inddrages, hvad spærringen betyder, uanset om anlægget betragtes som nyt eller eksisterende.

At kommunen ikke har haft den holdning tidligere er helt korrekt. At blandt andet Naturstyrelsens udmeldinger i forbindelse med ophævelsen af Tangeværks-loven også efter kommunens opfattelse trækker i en anden retning er ligeledes helt korrekt. Når kommunen derfor mener noget andet i dag end tidligere, skyldes det ganske enkelt, at nævnets 2019-afgørelse ikke fulgte kommunens standpunkt på dette punkt.

Det er korrekt, at nævnet ikke siger noget klart om, hvorvidt Tangeværket skal betragtes som eksisterende eller nyt i sammenhængen. Nævnet er imidlertid som anført flere gange ovenfor klar omkring, at konsekvenserne af selve spærringen/opstemningen skal indgå i konsekvensvurderingen.

5.3 Hvilken adgang har kommunen til at forlange, at oplysninger til brug for sagens behandling fremskaffes af ansøger (Gudenaacentralen)

I udkastet til væsentlighedsvurdering anføres det afslutningsvis, at ansøger bedes udarbejde en konsekvensvurderingsrapport.

Helt grundlæggende er det min opfattelse, at hvor man er på et ansøgningsområde (her ansøgning efter vandforsyningsloven), kan en kommune forlange alle oplysninger af ansøgeren, som er relevante for, at kommunen kan foretage en ordentlig behandling af sagen, herunder kan foretage de vurderinger, der ligger til grund for en afgørelse i sagen.

Udover, at de pågældende oplysninger skal være relevante for sagen, kan der være visse situationer, hvor de af kommunen efterlyste oplysninger vil være så omkostningskrævende at fremskaffe, at der kan være en begrænsning i kommunens adgang til at forlange oplysninger i proportionalitetsprincippet.

At der er denne adgang til at forlange oplysninger fremgår også af udkast til habitatvejledning fra 2019:

"I det omfang myndigheden ikke har adgang til de for sagsbehandlingen nødvendige oplysninger, vil myndigheden kunne pålægge ansøger at tilvejebringe disse oplysninger. Dette forudsætter, at der er hjemmel i den relevante lovgivning som sagen berører. Der er hjemmel til dette på følgende sagsområder:

- ...
- Vandforsyningsloven (jf. vandforsyningslovens § 8)."

Blandt de oplysninger, der kan forlanges, er blandt andet oplysninger om, hvorvidt en given art lever i området.

Der er altså en vid adgang til at pålægge ansøger at komme med oplysninger, herunder oplysninger, som ansøger ikke umiddelbart kan fremskaffe, men som kræver egentlige undersøgelser.

Jeg mener imidlertid, at der er en afgørende sondring mellem adgangen til at forlange oplysninger og forpligtelsen til at udarbejde konsekvensvurderingen. Det, mener jeg, dels følger af almindelige for-

valtningsretlige principper, men er desuden fastslået i følgende nævnsafgørelse (NMK 133-00154 af 27. november 2015):

"X Kommune har vurderet, at det ikke kan udelukkes, at den ansøgte udspreddning vil skade Natura 2000-områder samt bilag IV-arter. Kommunen har imidlertid ikke foretaget en konsekvensvurdering ... Det fremgår af miljøgodkendelsen, at ansøger har haft en tidsfrist til at indsende en konsekvensvurdering, hvilket ansøger ikke har ønsket, og at kommunen derfor har vurderet det nødvendigt at stille vilkår 5.1 og 5.2 om bræmmer, der sikrer beskyttelsen af naturen.

Natur- og Miljøklagenævnet bemærker hertil, at kommunen og ikke ansøger skal foretage en konsekvensvurdering."

Jeg mener altså ikke, at kommunen kan pålægge ansøger at komme med en konsekvensvurdering.

Der er imidlertid ikke noget til hinder for, at ansøgeren, typisk med bistand fra rådgivere, udarbejder et udkast til konsekvensvurdering, hvis ansøger frivilligt er indstillet herpå. Udkastet kan så i mere eller mindre redigeret form overføres til den endelige kommunale konsekvensvurdering afhængigt af, hvor enig kommunen er i det i udkastet anførte.

Med venlig hilsen

Mads Kobberø