

(Vedvarende energi)

Nævnenes Hus
Toldboden 2
8800 Viborgwww.ekn.dk
ekn@naevneneshus.dk**21. august 2017**

J.nr. 1131-17-157

KSA-EKN

KLAGE FRA OVER OM	Klegod Grundejerforening Energistyrelsens afgørelse af 22. december 2016 tilladelse til etablering af den kystnære havvindmøllepark Vesterhav Syd, samt anmodning om opsættende virkning.
----------------------------------	--

NÆVNETS SAMMEN- SÆTNING I SAGEN	Næstformand, professor, cand.jur. & ph.d. Bent Ole Gram Mortensen Professor, cand.jur. & ph.d. Birgitte Egelund Olsen Professor, cand.jur. & ph.d. Michael Gøtze Konsulent, civilingeniør Knut Berge Direktør, cand. polyt. Poul Sachmann
--	--

NÆVNETS AFGØRELSE	Energiklagenævnet <u>imødekommer ikke</u> anmodningen om opsættende virkning.
------------------------------	--

Energiklagenævnet har den 23. januar 2017 modtaget en klage over Energistyrelsens afgørelse af 22. december 2016 fra Klegod Grundejerforening (herefter klager). Ved afgørelsen gav Energistyrelsen Vattenfall Vindkraft A/S (herefter Vattenfall) tilladelse til etablering af den kystnære havvindmøllepark Vesterhav Syd. Tilladelsen blev givet med hjemmel i § 25 i lov om fremme af vedvarende energi (VE-loven)¹ og § 22 a i lov om elforsyning (elforsyningsloven).²

Klager er en grundejerforening, der repræsenterer 229 sommerhusgrundejere på Holmsland Klit.

¹ Lovbekendtgørelse nr. 1288 af 27. oktober 2016 om lov om fremme af vedvarende energi.

² Lovbekendtgørelse nr. 418 af 25. april 2016 om lov om elforsyning.

Energiklagenævnet bemærker, at klagefristen på fire uger, jf. VE-lovens § 66, stk. 4 og elforsyningslovens § 89, stk. 5, udløb den 19. januar 2017. I forbindelse med offentliggørelsen af Energistyrelsens afgørelser vedrørende de kystnære havvindmølleparker Vesterhav Syd og Vesterhav Nord, oplyste Energistyrelsen imidlertid, at klagefristen udløb den 25. januar 2017. På den baggrund har Energiklagenævnet besluttet at anse de klager, der er modtaget til og med den 25. januar 2017, som rettidig modtaget.

Klager har anmodet om, at klagen tillægges opsættende virkning.

Energiklagenævnet tager i denne afgørelse alene stilling til, hvorvidt klagen skal have opsættende virkning.

21. august 2017
J.nr 1131-17-157
KSA-EKN

Sagens baggrund

Side 2 af 15

I marts 2012 indgik den daværende regering en energipolitisk aftale med Folketingets øvrige partier, bortset fra Liberal Alliance, om Danmarks energipolitik i perioden 2012-2020. Et af hovedelementerne i aftalen er en begrænsning af fossile brændsler samtidig med, at andelen af vedvarende energi øges. Den vedvarende energi øges blandt andet ved en udbygning af vindkraften på havet. Målsætningen er, at elproduktionen fra vindmøller skal udgøre 50 % af elforsyningen i 2020. Herved vil Danmark leve op til sine klimapolitiske forpligtelser i forhold til EU regionalt i forhold til at nedbringe udslippet af CO₂ og øge andelen af vedvarende energi³ og FN globalt⁴.

I oktober 2012 kom Havvindmølleudvalget⁵ med den endelige rapport⁶ omhandlende en screening af egnede placeringer til kystnære havvindmølleprojekter op til 200 MW pr. område indenfor 20 km fra kysten. Den mere kystnære placering af mindre havvindmølleparker er foretaget ud fra det primære ønske om at holde omkostningerne til udbygningen nede. På baggrund af landskabelige og visuelle hensyn, fandt Havvindmølleudvalget, at havvindmøller med en højde på op til 200 meter skulle have en mindste afstand på 4 km ud for byer og sommerhusområder.

Som led i opfølgningen på Energiaftalen af 22. marts 2012 og Aftale om tilbagerulning af FSA (forsyningssikkerhedsafgifter) mv. og lempelser af PSO-

³ Europa-Parlamentets og Rådets afgørelse nr. 406/2009/EF af 23. april 2009 om medlemsstaternes indsats for at reducere deres drivhusgasemissioner med henblik på at opfylde Fællesskabets forpligtelser til at reducere drivhusgasemissionerne frem til 2020, og Direktiv 2009/28/EF af 23. april 2009 om fremme af anvendelsen af energi fra vedvarende energikilder, artikel 3.

⁴ Kyoto-protokollen af 11. december 1997, senere ændret ved Paris-aftalen af 12. december 2015.

⁵ Havvindmølleudvalget blev nedsat af den daværende regering i 2012, for at lave en screening af egnede placeringer til kystnære havvindmølleprojekter op til 200 MW.

⁶ Kystnære havmøller i Danmark – Screening af havvindmølleplaceringer indenfor 20 km fra kysten, oktober 2012, Endelig rapport.

afgiften⁷ af 14. juli 2014⁸, blev de 350 MW i kystnære placeringer sendt i udbud den 20. februar 2015.

Energinet.dk var forinden, med pålæg af 29. januar 2013 og 12. november 2013 fra Energi-, Forsynings- og Klimaministeriet, blevet bedt om at varetage VVM-undersøgelserne for de potentielle havvindmølleplaceringer med tilhørende ilandføringsanlæg og anlæg på land.

I forbindelse med VVM-processen blev der afholdt to offentlige møder. Det første møde fandt sted i "idé-fasen" i starten af 2014. Det andet møde fandt sted ved offentliggørelsen af forslag til VVM-redegørelsen.

21. august 2017
J.nr 1131-17-157
KSA-EKN

Forslag til VVM-redegørelsen forelå i april 2015, hvorefter det blev sendt i offentlig høring fra den 5. maj 2015 til den 30. juni 2015. Den endeligt vedtagne VVM-redegørelse og miljøvurdering af kommuneplantillæg for Vesterhav Syd Havmøllepark blev offentliggjort den 26. november 2015 af Energistyrelsen og Naturstyrelsen.

Side 3 af 15

Efter gennemførelse af en udbudsrunde, blev der den 1. september 2016 afgivet tilbud. Vattenfall vandt retten til at opføre havvindmølleparkerne Vesterhav Syd på 170 MW og Vesterhav Nord på 180 MW.

Den 22. december 2016 indgik Energistyrelsen og Vattenfall "Aftale om forpligtelse til at etablere og nettilslutte et elproduktionsanlæg, Vesterhav Syd, i Nordsøen" og "Aftale om forpligtelse til at etablere og nettilslutte et elproduktionsanlæg, Vesterhav Nord, i Nordsøen".

Den 24. januar 2017 påklagede Klegod Grundejerforening Energistirelsens etableringstilladelse af 22. december 2016 til Energiklagenævnet, idet klager ønsker en placering af havvindmøllerne så langt fra kysten som muligt for at mindske den visuelle påvirkning af det kystnære landskab mest muligt.

Energistirelsens afgørelse

Energistirelsen gav den 22. december 2016 etableringstilladelse til opførelse af den kystnære havvindmøllepark Vesterhav Syd til Vattenfall.

⁷ PSO-afgiften – *Public Service Obligation* – blev indført af Folketinget i 1998, for at fremme en miljøvenlig elproduktion fra vedvarende energikilder som f. eks. vindmøller. PSO-afgiften blev kritiseret af EU-Kommissionen i 2016, fordi den også blev pålagt udenlandske producenter, selvom de ikke kunne modtage støtte fra Danmark til deres elproduktion fra vedvarende energikilder. Et bredt flertal i Folketinget blev enige om at udfase PSO-afgiften fra 2017-2022. EU-Kommissionen betingede sin godkendelse til forslaget, med at Danmark øger transmissionskapaciteten til nabolandene for at fremme øget konkurrence og handel med elektricitet.

⁸ <https://www.fm.dk/nyheder/pressemeddelelser/2014/07/aftale-om-tilbagerulning-af-fsa-mv,-d-,og-lempelser-af-pso/>.

Energistyrelsens etableringstilladelse er vedhæftet som bilag 1 til denne afgørelse.

Klagers synspunkter og bemærkninger

Til støtte for at klagen over Energitilsynets tilladelse til etablering af havvindmølleparken Vesterhav Syd skal have opsættende virkning, har klager navnlig anført følgende:

”[...]

Klage over etableringstilladelse til opførelse af havvindmøllepark Vesterhav Syd.

Klegod Grundejerforening, som repræsenterer 229 sommerhusgrundejere på Holmsland Klit skal herved indgive klage over Energistyrelsens etableringstilladelse af 22. december 2016.

Grundejerforeningens opgave er blandt andet at varetage medlemmernes interesse, beskytte og fastholde områdets natur og fastholde rekreative muligheder.

Af VVM redegørelsen fremgår at møllerne skal placeres i en velafgrænset gruppe og i et geometrisk mønster.

Grundejerforeningen finder ikke dette krav er opfyldt i Vattenfalls prospekt fra tilbud, i og med de 21 møller er placeret på en strækning på ca. 15 km. Dette opfylder ikke VVM-redegørelsens anvisninger med en koncentration. Det må så afgjort være muligt at indskrænke dette område.

Iflg. VVM-redegørelse anbefales tillige at møllerne skal placeres så langt til havs som muligt.

Af Vattenfalls oplysninger fremgår at ca. 50 % af møllerne - 10 - 11 stk. - placeres indenfor et område beliggende 4.2 – 4.5 km. fra kysten.

Grundejerforeningen mener således ikke anbefalingerne om placeringen er opfyldt.

Alternative placeringer m.v.

I øvrigt er det vores opfattelse at, der ved godkendelsen af VVM redegørelsen, ikke er taget hensyn til de oplysninger der foreligger omkring de naturmæssige konsekvenser ved opførelse af havvindmølleparken. Det bekymrer os at der ikke er undersøgt alternativer placeringer længere ude på havet, der tilgodeser naturmæssige interesser.

Lovgivningsmæssigt ligger det implicit at dette også skulle beskrives. En VVM redegørelse er vel netop her man kan beskrive de forskellige forhold og mulige naturmæssige og økonomiske alternativer, så Folketinget/Udvalget har et kvalificeret grundlag at træffe deres beslutning på, og ikke alene ud fra et energiforlig i 2012, hvor man jo netop ikke kendte konsekvenserne.

Eksempelvis er prisen pr. MW på Kriegers Flak jo noget mindre end prisen på de kystnære havvindmøller. Havde alternativet været beskrevet kunne det sandsynligvis være oplagt at flytte møllerne ud på Horns Rev.

Vi skal anmode om at anken har opsættende virkning, således der ikke sker uoprettelig skade, såfremt vores anke får medhold.

21. august 2017

J.nr 1131-17-157

KSA-EKN

Side 4 af 15

[...]"

Energiklagenævnet anmodede ved e-mail af 24. februar 2017 om klagers bemærkninger til, på hvilken baggrund klager anses at have en individuel interesse i Energistyrelsens afgørelser af 22. december 2016. Energiklagenævnet vejledte i den forbindelse nærmere omkring reglerne vedrørende klageberettigelse.

Til støtte for klagers væsentlige og individuelle interesse i Energistyrelsens afgørelse af 22. december 2016, er oplyst følgende:

21. august 2017

J.nr 1131-17-157

KSA-EKN

Side 5 af 15

"[...]

Der henvises til Nævnets email af 24. febr. 2017, hvori Nævnet anmoder om oplysninger om

hvorfor Grundejerforeningen

- 1. anses for at have en væsentlig og individuel interesse*
- 2. hvordan Grundejerforeningen berøres af Energistyrelsens afgørelse*
- 3. hvordan Grundejerforeningens medlemmer berøres mere indgribende i forhold til andre beboere/brugere af området.*

Som Grundejerforening er vi ret så uforstående overfor disse yderligere oplysninger/krav, som er nævnt i VE lovens § 67, stk. 1. hvilket vi forstår er gældende for personer.

Det fremgår jo netop af afsnittet "Klageberettigelse" sidste pind "Lokale og landsdækkende foreninger og organisationer kan imidlertid klage på grundlag af § 67 stk. 2 og 3."

Men alligevel:

Ad 1 og 2

Jfr. Vedtægter for Klegod Grundejerforening, er formålet bl.a.

"at arbejde for at beskytte områdets natur- og miljømæssige forhold" samt

"at repræsentere grundejerne og være deres talerør over kommunalbestyrelsen og øvrige myndigheder i alle spørgsmål af fælles interesse".

Der henvises til vedtægtens § 2, nr. 3 og 6. Vedtægten vedhæftes.

Området er et af de tættest bebyggede områder og er beliggende ud for den sydlige placering (buen) hvor der skal placeres 10 stk. møller, ligesom der vil være et lille overlap mellem buen og den nordlige placering, hvor der også skal placeres 10 stk. møller.

Det helt store aktiv er den unikke natur, klitlandskabet, som alt i alt giver optimale muligheder for rekreation, tid til fordybelse og eftertanke. Dette bliver nu forstyrret af de 20 stk. 190 meter høje møller, som vil være synlige fra hele Grundejerforeningens område. Ikke blot når man er ved stranden, men også fra sommerhuse med frit udsyn til klitterne, idet møllerne vil række ca. 75 meter over klittoppen. Det vil sige at man fra sommerhuse med frit udsyn til klitterne vil kunne se møllerne fra terrassen og det vil for alle sommerhuse være særdeles forstyrrende i forhold til det rekreative.

Akademirådet har bl.a. i deres høringssvar beskrevet dette uddybende.

Vi mener således vi opfylder VE lovens § 67, stk. 2. for at være klageberettiget.

Ad nr. 3.

Hele Holmsland Klit vil blive væsentligt berørt af Vesterhav Syd. I og med vores placering er lige der hvor de 2 placeringer overlapper hinanden vil vi blive betydeligt berørt.

*I øvrigt finder vi, at det er meget utilfredsstillende at det er Energistyrelsen som både har udarbejdet VVM redegørelsen, samme styrelse som har godkendt denne, og så samtidig også kan give etableringstilladelsen. At de så tillige er af den opfattelse at Vattenfall er eneste klageberettigede forekommer helt uforståelig og uhørt.
[...]"*

21. august 2017

J.nr 1131-17-157

KSA-EKN

Energistyrelsens udtalelse til sagen

"[...]

Side 6 af 15

I forhold til den konkrete afgørelse har Energistyrelsen vurderet, at det alene er afgørelsens modtager (altså Vattenfall A/S), som er part i sagen.

Energistyrelsen her herved lagt vægt på, at alene Vattenfall A/S har en væsentlig individuel interesse i sagens udfald, mens der ikke blandt borgere, virksomheder og andre i området er konstateret nogen, der er væsentlig og individuelt berørt af afgørelsen.

Til ovenstående skal endvidere bemærkes, at der ved udarbejdelse af VVM-redegørelsen for projektet, er identificeret en række personer, som har været anset for at have en individuel interesse i forhold til aktiviteter på land.

[...]"

Energiklagenævnet anmodede ved e-mail af 21. april 2017 om Energistyrelsens bemærkninger til beregningsmetoder for lav- og højfrekvent støj fra havvindmøller, hvortil Energistyrelsen havde følgende bemærkninger:

"[...]

Vesterhav Syd og Vesterhav Nord

Energistyrelsen har oplyst, at navhøjden for de planlagte vindmøller ved Vesterhav Syd og Vesterhav Nord projekteres til minimum 90 m. For en støjkilde af denne højde er det Miljøstyrelsens vurdering, at den svenske model med en tærskelafstand på 1000 m vil overvurdere støjbidraget fra multiple refleksioner, idet det må forventes, at tærskelafstanden for støjklider med denne højde er væsentligt større end 1000 m.

Hvis den danske beregningsmetode, ligesom det er gjort i den svenske metode, suppleres med et beregningsled, der på samme måde indregner bidrag fra multiple refleksioner, men med en tærskelafstand på 4000 m for en 90 m høj støjkilde, jf. resultaterne af beregningerne med den kohærente metode i Nord2000, kan et supplerende muligt støjbidrag fra multiple refleksioner estimeres for havvindmølleparkerne Vesterhav Syd

og Vesterhav Nord. Som det fremgår af VVM-redegørelsen forventes vindmøllerne placeret med afstande fra kysten mellem 4 km og 8-9 km. Under disse forudsætninger vil det supplerende støjbidrag fra hver enkelt vindmølle efter Miljøstyrelsens umiddelbare vurdering kunne beregnes til at variere mellem 0 og ca. 3 dB, og det samlede supplerende støjbidrag fra alle vindmøller vil i beregningspunkter på land følgelig være mindre end 3 dB.

Det skal understreges, at denne beregning af et supplerende støjbidrag ikke er verificeret, men baseret på forudsætninger om tærskelafstande som efter Miljøstyrelsen opfattelse bør belyses nærmere. Miljøstyrelsen har derfor heller ikke på nuværende tidspunkt ikke et fyldestgørende grundlag for at gennemføre en ændring af beregningsmetoden i bekendtgørelsen om støj fra vindmøller.

21. august 2017

J.nr 1131-17-157

KSA-EKN

Side 7 af 15

Da luftabsorptionen over store afstande er meget stor for højere lydfrekvenser, må det antages, at multiple refleksioner først og fremmest vil kunne være relevante at vurdere ift. lavfrekvent støj. I de to projekter er der beregnet lavfrekvent støj indendørs i de mest belastede punkter på mindre end 16 dB, hvilket er 4 dB under grænseværdien på 20 dB. Et supplerende bidrag på mindre end 3 dB vil derfor ikke føre til et samlet beregningsresultat, der er højere end grænseværdien på 20 dB.
[...]"

Energiklagenævnet anmodede ved e-mail af 27. juni 2017 om Energistyrelsens bemærkninger til retsvirkningerne af to domme fra EU-Domstolen i forhold til hjemmelsgrundlaget⁹ for vindmøllebekendtgørelsen¹⁰, hvortil Energistyrelsen henviste til Miljø- og Fødevareministerens endelige svar på spørgsmål 243 fra Energi-, Forsynings- og Klimaudvalget 2016-17 EFK, hvortil Energistyrelsen havde følgende bemærkninger:

"[...]

Tvivl om gyldigheden af vindmøllebekendtgørelsen

For så vidt angår gyldigheden af vindmøllebekendtgørelsen efter EU-Domstolens afgørelse i sagerne C-290/15 og C-379/15 og artiklen af professor, dr. jur. Peter Pagh har Energistyrelsen været i kontakt med Miljø- og Fødevareministeriet, som henviser til miljø- og fødevareministerens svar på Folketingsspørgsmål 243 af 6.april 2017, EFK Alm. del endelig svar på spørgsmål 243. Heraf fremgår:

"Svar

Miljø- og Fødevareministeriet er i øjeblikket ved at analysere dommene fra EU-domstolen om miljøvurdering af planer og programmer.

⁹ SMV-direktivet, Direktiv 2001/42/EF om vurdering af bestemte planers og programmers indvirkning på miljøet.

¹⁰ Bekendtgørelse nr. 1736 af 21. december 2015 om støj fra vindmøller og den tilhørende Vejledning nr. 9214 af 16. maj 2012 om vindmøller.

Justitsministeriet vil blive inddraget i vurderingen. Analysen vil blive færdiggjort hurtigst muligt.

Når analysen er færdig, vil Miljø- og Fødevareministeriet forholde sig til dommenes konsekvenser for bl.a. vindmøllebekendtgørelsen. Indtil da bør sagsbehandlingen efter ministeriets opfattelse ske efter gældende regler.”

For yderligere svar i forhold til denne problemstilling henviser Energistyrelsen til Miljø- og Fødevareministeriet, som er ansvarlig ressortmyndighed for vindmøllebekendtgørelsen.

...

Den verserende klagesag i Energiklagenævnet

For så vidt angår bemærkninger i forhold til etableringstilladelser af 22. december 2016 til de kystnære havvindmølleparker Vesterhav Syd og Vesterhav Nord, skal Energistyrelsen komme med følgende bemærkninger:

Afgørelse om etableringstilladelserne for havvindmølleparkerne Vesterhav Syd og Vesterhav Nord af 22. december 2016 er truffet med hjemmel i VE-lovens § 25 og elforsyningslovens § 22 a.

Det følger af VE-lovens § 1, at lovens formål er at fremme produktion af energi ved anvendelse af vedvarende energikilder i overensstemmelse med klima-, miljømæssige- og samfundsøkonomiske hensyn med henblik på at nedbringe afhængigheden af fossile brændstoffer, sikre forsyningssikkerheden og reducereudslippet af CO₂ og andre drivhusgasser. Bestemmelsen indebærer bl.a., at der ved lovens administration kan inddrages miljømæssige hensyn.

Efter VE-lovens § 25, stk. 3, kan energi-, forsynings- og klimaministeren betinge godkendelsen af anlæg af vilkår, herunder krav til konstruktion, indretning, installationer, opstilling, drift, nedtagning og sikkerhedsstillelse for nedtagning af anlæg, samt økonomiske, tekniske, sikkerheds- og miljømæssige forhold i forbindelse med etablering og drift, herunder ophold og beboelse.

Bestemmelsen indebærer, at der i forbindelse med vilkårsfastsættelsen bl.a. kan fastsættes vilkår, der sigter på at regulere de miljømæssige forhold. Miljømæssige forhold omfatter enhver påvirkning af det eksterne miljø i forbindelse med tilladelsens udnyttelse, herunder projektets støjpåvirkning, jf. f.eks. vilkår nr. 8.2 i etableringstilladelsen vedrørende krav til undervandsstøj.

Det følger af ovenstående, at det er relevant og sagligt at fastsætte vilkår til varetagelse af hensynet til et projekts miljømæssige påvirkning, herunder støj, i forbindelse med etableringstilladelser efter VE-lovens § 25.

Energistyrelsen er således af den opfattelse, at der med hjemmel i VE-lovens § 25, stk. 3, til varetagelse af hensynet til projektets miljømæssige påvirkning kan fastsættes vilkår, der indeholder krav om maksimal støjpåvirkning, herunder hvordan sådanne maksimale støjværdier måles.

Da der i medfør af havmiljøloven og miljøbeskyttelsesloven er fastsat generelt bindende regler om vindmøllers støjpåvirkning, og om hvordan en sådan støjpåvirkning måles, jf. vindmøllebekendtgørelsens henvisning i § 6 til bekendtgørelse om kvalitetskrav til miljømålinger, har Energistyrelsen fundet det hensigtsmæssigt at affatte denne del af vilkåret som en henvisning til disse regler.

21. august 2017

J.nr 1131-17-157

KSA-EKN

Side 8 af 15

Etableringstilladelserne indeholder derfor vilkår om støj, jf. vilkår nr. 8.10:

"Koncessionshaver skal følge regler i havmiljøloven, jf. lovbekendtgørelse nr. 963 af 3. juli 2013, herunder bekendtgørelse nr. 1130 af 23. september 2015 om bypass, nyttiggørelse og klapning af optaget havbundsmaterialer, samt regler udstedt i medfør af miljøbeskyttelsesloven, jf. lovbekendtgørelse nr. 879 af 26. juni 2010, herunder regler i bekendtgørelse nr. 1284 af 15. december 2011 om støj fra vindmøller."

Klagers advokats anfører i brevet til Energiklagenævnet af 22. juni 2016 bl.a. følgende:

"Retsvirkningerne af manglende overholdelse af SMV-direktivet er ugyldighed med den konsekvens, at planer og afgørelser, der er besluttet på grundlag af den pågældende retsakt, ligeledes er ugyldige. Ugyldighedsvirkningen har direkte effekt, dvs. at den hverken skaber ret eller pligt for berørte borgere."

Det bemærkes i den forbindelse, at det er uden betydning for ovennævnte retsvirkninger, om vindmølleprojektet er vedtaget ved lov, eller om det er omfattet af VE-loven. De generelle regler der gælder for placering, gener mv. fra havvindmøller er tilsvarende omfattet af SMV-direktivets regler, og disse regler er i henhold til EU-Domstolens praksis ikke opfyldt."

*Det betyder i nærværende sag, at tilladelsen til det omhandlede vindmølleprojekt skal betragtes som en nullitet, og at Vattenfalls igangsatte arbejde således er ulovligt.
[...]"*

Indledningsvist skal Energistyrelsen bestride advokatens påstand om, at en eventuel ugyldighed af vindmøllebekendtgørelsen skulle indebære, at alle dele af etableringstilladelsen meddelt i henhold til § 25 i VE-loven er ugyldig, herunder at den skal betragtes som en nullitet."

Som ovenfor angivet pågår der aktuelt en undersøgelse af om den retsakt, der henvises til i vilkåret er ugyldig pga. manglende overholdelse af SMV-direktivets processuelle krav."

Det bemærkes herudover, at det som ovenfor anført er sagligt og relevant at fastsætte vilkår om et vindmølleprojekts støjpåvirkning i en afgørelse om etableringstilladelse."

Det følger af dansk rets almindelige forvaltningsretlige regel om bibestemmelser, herunder vilkår til tilladelser, at et vilkår, der lider af en væsentlig retlig mangel, og hvor der i sagen ikke er tertiære momenter, som taler imod ugyldighed, skal anses for ustillet, medmindre det mangelfulde vilkår har haft betydning for afgørelsen som helhed. At et vilkår i en tilladelse anses for ustillet indebærer i almindelighed, at den pågældende afgørelse kan udnyttes af adressaten uden at bibestemmelsen forpligter vedkommende."

Der er utvivlsomt ikke tale om at det pågældende støjkrav har påvirket gyldigheden af hele afgørelsen om etableringstilladelse efter VE-lovens § 25, herunder tilladelsens vilkår om bl.a. konstruktion, indretning, installationer, opstilling, drift, nedtagning og sikkerhedsstillelse for nedtagning af anlæg, samt økonomiske, tekniske, sikkerheds- og øvrige miljømæssige forhold i forbindelse med etablering og drift, herunder ophold og beboelse."

Skulle Energiklagenævnet eventuelt finde, at vilkårets henvisning til

21. august 2017

J.nr 1131-17-157

KSA-EKN

Side 9 af 15

vindmøllebekendtgørelsens regler er mangelfuld, bør Energiklagenævnet efter Energistyrelsens opfattelse således anse den del af vilkåret for ustillet og foretage en rettelse af vilkåret om støj, herunder eventuelt fastsætte et støjvilkår med helt specifikke krav om projektets maksimale støjpåvirkning i henhold til VE-lovens § 25, stk. 3.

Der henvises til Forvaltningsret, Almindelige Emner, 6. udgave, Revsbech m.fl., s. 292 ff., Forvaltningsret, 2. udgave, Hans Gammeltoft-Hansen m.fl., s. 853 f.

Efter Energistyrelsens opfattelse kan ingen andre ugyldighedsformer, herunder annullation eller hjemvisning, være relevante i den foreliggende klagesag, idet valget af en sådan reaktionsmulighed i forhold til støjvilkårets mangelfulde henvisning til de generelt bindende regler vil være i strid med det forvaltningsretlige udgangspunkt om, at et mangelfuldt vilkår anses for ustillet, herunder navnlig når der efter VE-lovens § 25, stk. 1 og 3, kan fastsættes specifikke krav til et projekts støjpåvirkning.

[...]"

21. august 2017

J.nr 1131-17-157

KSA-EKN

Side 10 af 15

Retsgrundlaget

Det fremgår af VE-lovens § 67, stk. 6, at Energiklagenævnet kan give en klage opsættende virkning. Energiklagenævnet træffer afgørelse om, hvorvidt en klage kan tillægges opsættende virkning efter almindelige forvaltningsretlige regler. Disse er nærmere beskrevet i den forvaltningsretlige litteratur, "Forvaltningsret – Almindelige emner", af Jens Garde m.fl., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 6. udgave, 2016, side 326:

"[...]

Spørgsmålet om opsættende virkning opstår, fordi udnyttelsen af en tilladelse mv. eller efterkommelse af et påbud kan medføre, at der foretages handlinger, som vil være unødvendige eller være vanskelige at genoprette, hvis klagesagen ender med, at den påklagede afgørelse ophæves eller ændres.

[...]"

Af "Erhvervsforvaltningsret", af Bent Ole Mortensen m.fl., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1. udgave, 2016, side 370, fremgår følgende:

"[...]

Ofte vil der være taget stilling til spørgsmålet om opsættende virkning i lovgivningen. Er dette ikke tilfældet, vil det indgå som et element ved vurdering af, om der skal tillægges klagen opsættende virkning, om det er sandsynligt, at rekursinstansen ændrer afgørelsen. Hvis den klageberettigede påføres et tab, der ikke eller vanskeligt kan genoprettes og tungtvejende offentlige interesser ikke taler imod, vil klagen ofte blive tillagt opsættende virkning.

[...]"

Energiklagenævnets praksis

Energiklagenævnet har tidligere taget stilling til, hvorvidt en klage kunne tillægges opsættende virkning. Fra nævnets praksis kan fremhæves følgende afgørelser:

Afgørelse af 19. april 2017 med j. nr. 1021-16-46 (Godkendelse af projektforslag):

Energiklagenævnet fandt, at klageadgangen i den konkrete sag ikke ville blive gjort mere eller mindre illusorisk, uden opsættende virkning. Ud fra sagens fakta, fandt Energiklagenævnet det ikke sandsynliggjort, at eventuelle skadevirkninger som følge af en fuldbyrdelse af Skanderborg Kommunes afgørelse vaskeligt lod sig genoprette. Det bemærkes, at værket i forbindelse med sagens behandling hos Energiklagenævnet havde oplyst, at de under alle omstændigheder ikke havde planer om at påbegynde udvidelsen af det flisfyrede fjernvarmeanlæg, førend der foreligger en afgørelse fra Energiklagenævnet.

21. august 2017

J.nr 1131-17-157

KSA-EKN

Side 11 af 15

Afgørelse af 6. juli 2015 med j. nr. 1021-15-66 (Beslutning om ekspropriation):

Energiklagenævnet fandt, at der ikke forelå ganske særlige omstændigheder, der kunne begrunde en fravigelse fra udgangspunktet om at ikke tillægge klager opsættende virkning. På den baggrund blev klage ikke tillagt opsættende virkning. Det blev i den forbindelse bemærket, at værket var bekendt med klagen, og at værket dermed påtager sig en betydelig økonomisk risiko ved at igangsætte projektet på nuværende tidspunkt, hvis en senere afgørelse fra Energiklagenævnet måtte give klagerne medhold.

Energiklagenævnets begrundelse for afgørelsen

Klageberettigelse

Det er en forudsætning for, at Energiklagenævnet kan behandle klagen, at klager er klageberettiget.

Energistyrelsen afgørelse af 22. december 2016 er truffet i medfør af VE-lovens § 25. Af VE-lovens § 26, stk. 1, fremgår det, at tilladelser til etablering af anlæg efter VE-lovens § 25, som må antages at påvirke miljøet i væsentlig grad, kun kan meddeles på baggrund af en vurdering af de miljømæssige konsekvenser, og efter at offentligheden og de berørte myndigheder og organisationer har haft lejlighed til at udtale sig herom.

I forbindelse med sagens behandling fra udbuddet den 20. februar 2015 og frem til afgørelsen af den 22. december 2016, har Energistyrelsen stillet krav om udarbejdelse af en VVM-redegørelse. Energistyrelsens afgørelsen er

således omfattet af VE-lovens § 26 (ny fodnote 11). Afgørelsen er på denne baggrund omfattet af klagebestemmelsen i VE-lovens § 67, stk. 1.¹¹

I henhold til VE-lovens § 67, stk. 2, kan lokale og landsdækkende foreninger og organisationer, der har beskyttelse af natur og miljø som hovedformål, samt lokale og landsdækkende foreninger og organisationer, som efter deres formål varetager væsentlige rekreative interesser, klage over afgørelser, som nævnt i VE-lovens § 67, stk. 1, når en afgørelse berører sådanne interesser.

Klager er en lokal grundejerforening, der efter sine vedtægter blandt andet har som formål at arbejde for at beskytte områdets natur- og miljømæssige forhold samt at bevare stedets egenart og skønhed.

21. august 2017
J.nr 1131-17-157
KSA-EKN

Efter VE-lovens § 67, stk. 3, skal lokale og landsdækkende foreninger og organisationer fremsende deres vedtægter, senest sammen med klagen til Energiklagenævnet som dokumentation for, at de er lokale eller landsdækkende, og at deres formål opfylder kravene i VE-lovens § 67, stk. 2. Energiklagenævnet skal bemærke, at klagers vedtægter først blev fremsendt under sagens behandling og efter anmodning fra Energiklagenævnet.

Side 12 af 15

Energistyrelsens etableringstilladelse af 22. december 2016 til den kystnære havvindmøllepark Vesterhav Syd er givet efter VE-lovens § 25 (etableringstilladelser), som er omfattet af VE-lovens §§ 26-28 (VVM-pligtige anlæg mv.) Klager kan derfor påklage de miljømæssige forhold i afgørelsen til Energiklagenævnet.

Opsættende virkning

Udgangspunktet efter de almindelige forvaltningsretlige regler er, at en klage ikke tillægges opsættende virkning. En fravigelse af dette udgangspunkt kræver således, at der foreligger særlige omstændigheder.

Energiklagenævnet har efter en konkret vurdering fundet, at der i denne sag ikke foreligger sådanne særlige omstændigheder.

Energiklagenævnet har ved vurderingen heraf blandt andet lagt vægt på, at der i VVM-redegørelsen er en beskrivelse af anlæggets påvirkning af miljøet i forhold til blandt andet lav- og højfrekvent støj fra havvindmøllerne, jf. bekendtgørelse nr. 1736 af 21. december 2015 om støj fra vindmøller (Vindmøllebekendtgørelsen). Energiklagenævnet bemærker, at vindmøllebekendtgørelsen og den tilhørende vejledning primært omhandler vindmøller opstillet på land, og i mindre grad havvindmøller.

¹¹ VE-lovens § 26 blev ophævet ved L 2016 427, med ikrafttræden den 16. maj 2017.

Energiklagenævnet har lagt vægt på nødvendigheden af, at lovgiver bør vurdere hjemmelsgrundlaget for vindmøllebekendtgørelsen, idet Energiklagenævnet er bekendt med, at EU-Domstolen har truffet to nye afgørelser¹² vedr. direktiv 2001/42/EF om miljøvurdering af planer og programmer (SMV-direktivet).

I dommen C-290/15 fandt EU-Domstolen, at Valloniens vindmøllebekendtgørelse måtte anses for en plan eller program, der er omfattet af SMV-direktivets artikel 2 litra a) og artikel 3, stk. 2, litra a). En anordning (Valloniens vindmøllebekendtgørelse), der indeholder forskellige bestemmelser vedrørende opstilling af vindmøller, som skal overholdes i forbindelse med udstedelse af administrative godkendelser til opførelse og drift af sådanne anlæg, henhører under begrebet ”planer og programmer” i SMV-direktivets forstand.¹³

21. august 2017

J.nr 1131-17-157

KSA-EKN

Side 13 af 15

EU-Domstolen lagde til grund for afgørelsen, at det for så vidt angår begrebet ”planer og programmer”, skal bemærkes, at det hverken fremgik af ordlyden af artikel 2, litra a), i SMV-direktivet eller af ordlyden af samme direktivs artikel 3, stk. 2, litra a), at de nævnte planer eller programmer skal have til formål at planlægge et bestemt område. Det følger nemlig af ordlyden af de nævnte bestemmelser, at disse i bredere forstand omhandler planlægning af områder eller zoner generelt.¹⁴

Herudover bemærkede EU-Domstolen, at begrebet ”planer og programmer” vedrører enhver retsakt, der definerer de regler og kontrolprocedurer, der skal finde anvendelse på den pågældende sektor, der fastlægger en betydningsfuld helhed af kriterier og fremgangsmåder for tilladelse og iværksættelse af et eller flere projekter, der kan have væsentlige indvirkninger på miljøet.¹⁵

Endelig fandt EU-Domstolen, at Valloniens vindmøllebekendtgørelse navnligt vedrører tekniske regler, nærmere bestemmelser for driften (stroboskopiske skygger), forebyggelse mod ulykker og brand (standsning af vindmøllen), regler for støjniveauet, reetablering og sikkerhedsstillelse for vindmøllerne. Sådanne regler har en afgørende betydning for, hvor konkrete vindmølleprojekter kan placeres i fremtiden.¹⁶

Energiklagenævnet har endvidere lagt vægt på, at Energistyrelsen til Energiklagenævnet har oplyst, at Energistyrelsen afventer Miljø- og Fødevareministeriets og Justitsministeriets analyse af de to EU-domme om

¹² Sag C-290/15 *Patrice D'Oultremont m. fl.* og C-379/15 *Association France Nature Environnement*.

¹³ Præmis 54, sag C-290/15.

¹⁴ Præmis 45, sag C-290/15.

¹⁵ Præmis 49, sag C-290/15.

¹⁶ Præmis 50, sag C-290/15

miljøvurdering af planer og programmer, jf. SMV-direktivet. Når analysen er færdiggjort, vil Miljø- og Fødevareministeriet forholde sig til dommens konsekvenser for blandt andet vindmøllebekendtgørelsen.

Energiklagenævnet finder på den baggrund, at der efter en foreløbig vurdering kan foreligge en risiko for, at vindmøllebekendtgørelsen kan være vedtaget i strid med SMV-direktivet og dermed være i uoverensstemmelse med EU-retten.

Energiklagenævnet har ydermere vurderet, at vurderingerne i EU-dommen, der omhandler Valloniens vindmøllebekendtgørelse, ikke uden videre kan overføres på den danske vindmøllebekendtgørelse, idet de to vindmøllebekendtgørelser indholdsmæssigt og omfangsmæssigt ikke er enslydende.

21. august 2017
J.nr 1131-17-157
KSA-EKN

Side 14 af 15

Energiklagenævnet finder ikke, at der foreligge særlige omstændigheder, der vil gøre klageadgangen til Energiklagenævnet illusorisk, og at der vil ske uoprettelig skade, såfremt klagen ikke tillægges opsættende virkning. Det bemærkes i den forbindelse, at Vattenfall er bekendt med de verserende klagesager ved Energiklagenævnet, og at Vattenfall dermed påtager sig en betydelig økonomisk risiko ved at igangsætte den kystnære havvindmøllepark Vesterhav Syd på nuværende tidspunkt, hvis en senere afgørelse ved Energiklagenævnet måtte give klagerne medhold.

Energiklagenævnet imødekommer på denne baggrund ikke anmodningen om at tillægge klagen opsættende virkning.

Energiklagenævnets afgørelse

Energiklagenævnet imødekommer ikke anmodningen om opsættende virkning.

Afgørelsen er truffet i henhold til VE-lovens § 67.

Sagen har været behandlet på nævnets møde den 21. august 2017 og i efterfølgende skriftlig votering.

Afgørelsen offentliggøres på Energiklagenævnets hjemmeside.

Afgørelsen kan ikke indbringes for anden administrativ myndighed.

Søgsmaal ved domstolene til prøvelse af afgørelser truffet af Energiklagenævnet

efter VE-loven eller regler, der er udstedt efter denne lov, skal være anlagt inden 6 måneder efter, at afgørelsen er meddelt den pågældende, jf. VE-lovens § 66, stk. 6.

På nævnets vegne

Bent Ole Gram Mortensen
Næstformand

21. august 2017
J.nr 1131-17-157
KSA-EKN

Side 15 af 15

/Kenneth Schelde Andreasen
Fuldmægtig, cand. jur.