Forhåndsdispensation til at påvirke bilag IV-arter

Habitatdirektivets artsbeskyttelse omfatter arter opført på direktivets bilag IV (Bilag IV-arterne). Krav til beskyttelsen af bilag IV-arterne er øget de seneste år. Det kan øge behovet for at anvende dispensationsmulighederne i forbindelse med projekter, som kan påvirke bilag IV-arter. Hvis et projekt kan medføre en merværdi for bilag IV-arter, så kan fravigelse til at påvirke arterne i nogle tilfælde meddeles på forhånd.

Martin Hesselsøe &
Flemming Elbæk

Indledning

Det er mere end 30 år siden, habitatdirektivet (92/43/EØF) blev vedtaget. Direktivets beskyttelse af Natura 2000-områder er efterhånden velkendt. Den særlige artsbeskyttelse i direktivets artikel 12 er habitatdirektivets 2. søjle og er fortsat mere ukendt, selvom beskyttelsen har stor betydning for myndigheder, bygherrer og arealforvaltere landet over. Artsbeskyttelsen har betydning overalt i EU; også uden for Natura 2000-områderne.

På trods af den mere tilbagetrukne tilværelse, er der mange års erfaringer med artsbeskyttelsen i Danmark /1/. Praksis og rækkevidden af reglerne har dog ændret sig væsentligt de seneste år. Nyere praksis fra EU-domstolen og danske klagenævn peger entydigt på en skærpet praksis omkring beskyttelsen af bilag IV-arterne. Både i forhold til beskyttelsen af arternes yngle- og rasteområder ("levestedsbeskyttelsen") og i forhold til forbud mod forsætlige drab, indfangninger og forstyrrelser ("individbeskyttelsen").

Da flere af bilag IV-arterne er vidt udbredte, medfører den skærpede praksis desværre et øget behov for at kunne fravige beskyttelsen, ved anvendelse af de dispensationsmuligheder, som er givet i habitatdirektivets artikel 16. Brugen af dispensationsmulighederne i habitatdirektivet er vidt udbredte i vores nabolande, hvor der årligt meddeles tusindvis af dispensationer efter reglerne i artikel 16 /2/. Denne praksis smitter også af på forvaltningen i Danmark. Resumé af reglerne og den nyeste praksis er for nyligt kortfattet beskrevet af artiklens forfattere /3/. Dispensationspraksis er i disse år under forsat udvikling.

Nogle projekttyper, der kan påvirke bilag IV-arter, kan imidlertid også medføre en permanent eller midlertidig merværdi for arterne. En merværdi kan være adgang for arten til egnede levesteder i en periode, fx søer og skrænter i en grusgrav, naturvenlige regnvandsbassiner, naturvenlige vejkanter mm. Den skærpede beskyttelse af bilag IV-arterne medfører desværre også et incitament til at undgå at skabe sådanne levesteder for bilag-IV arterne. Det skyldes en velbegrundet frygt for, at arternes indvandring og trivsel i et konkret område, kan pålægge uønskede restriktioner

BOKS 1: Habitatdirektivets særlige artsbeskyttelse

Rådets direktiv 92/43/EØF af 21. maj 1992 om bevaring af naturtyper samt vilde dyr og planter (Habitatdirektivet)

Artikel 12 stk. 1 (Den særlige artsbeskyttelse):

Medlemsstaterne træffer de nødvendige foranstaltninger til at indføre en streng beskyttelsesordning i det naturlige udbredelsesområde for de dyrearter, der er nævnt i bilag IV, litra a), med forbud mod:

a) alle former for forsætlig indfangning eller drab af enheder af disse arter i naturen
b) forsætlig forstyrrelse af disse arter, i særdeleshed i perioder, hvor dyrene yngler, udviser yngelpleje, overvintrer eller vandrer
c) forsætlig ødelæggelse eller indsamling af æg i naturen
d) beskadigelse eller ødelæggelse af yngle- eller rasteområder.

Artikel 16 (Fravigelse af artikel 12)

Hvis der ikke findes nogen anden brugbar løsning, og fravigelsen ikke hindrer opretholdelse af den pågældende bestands bevaringsstatus i dens naturlige udbredelsesområde, kan medlemsstaterne fravige bestemmelserne i artikel 12, 13, 14 og 15, litra a) og b):

a) for at beskytte vilde dyr og planter og bevare naturtyperne
b) for at forhindre alvorlig skade navnlig på afgrøder, besætning, skove, fiskeri, vand og andre former for ejendom
c) af hensyn til den offentlige sundhed og sikkerhed eller af andre bydende nødvendige hensyn til væsentlige samfundsinteresser, herunder af social og økonomisk art, og hensyn til væsentlige gavnlige virkninger på miljøet
d) med henblik på forskning og undervisning, genopretning af en bestand, genudsætning af disse arter og opdræt med henblik herpå, herunder kunstig opformering af planter
e) for under omhyggeligt kontrollerede betingelser selektivt og i begrænset omfang at tillade indsamling eller opbevaring af enheder af de arter, der er nævnt i bilag IV, i et antal, der er begrænset og specificeret af de kompetente nationale myndigheder.

for den fremtidige anvendelse af et areal. Forekomsten af bilag IV-arter kan således blokere for projekter og drift i et område, som ellers var tiltænkt andre formål, fx erhverv eller byudvikling.

Beskyttelsen af bilag IV-arter kan dermed få den konsekvens, at potentielle levesteder for arterne fjernes, inden arterne koloniserer et egnet areal. Yderligere opstår der ikke sjældent situationer, hvor der gøres en særlig (- og fordyrende -) indsats for løbende at undgå, at der skabes levesteder, som kan blive egnede for bilag IV-arterne i en kortere eller længere periode. Dette incitament til at nedlægge potentielle levesteder for bilag IV-arter strider mod habitatdirektivets formål, som blandt andet er at fremme den biologiske diversitet. En forhåndsdispensation fra habitatdirektivets artsbeskyttelse, kan netop anvendes til at undgå denne situation.

Ny vejledning fra EU-kommissionen

I 2021 udsendte EU-kommissionen en ny vejledning om forvaltning af bilag IV-arterne /4/. I vejledningen har kommissionen bl.a. sat fokus på den problemstilling, som er beskrevet ovenfor. Kommissionen nævner, at jordejere eller projektudviklere ikke umiddelbart har retssikkerhed for, at et område lovligt kan anvendes til det planlagte formål, hvis bilag IV-arter indvandrer til et areal. Dette kan videre, ifølge EU-kommissionen betyde, at jordejere eller projektudviklere kan ønske at nedlægge potentielle yngle- og rasteområder for bilag IV-arter, inden de opstår eller koloniseres. På den måde undgås yderligere byrder, restriktioner eller begrænsninger, som oprindeligt ikke fandtes på ejendommen.

Kommissionen anerkender således, at beskyttelsen af bilag IV-arter i nogle tilfælde kan få utilsigtede konsekvenser for natur og biodiversitet, som er i direkte modstrid med habitatdirektivets formål. I vores daglige praksis som rådgivere for jordejere og projektudviklere overalt i Danmark, har vi talrige eksempler på denne konflikt.

EU-kommissionen introducerer derfor i vejledningens afsnit 3-88 ff. muligheden for at få en forudgående dispensation fra beskyttelsen af bilag IV-arter. Forhåndsdispensationen kan give tilladelse til, at midlertidigt opståede naturområder fjernes i overensstemmelse med projektudviklingsbehovene, uanset at disse områder er yngle- og rasteområder for bilag IV-arter. Nyskabelsen er, at dispensationen kan meddeles til løbende nedlæggelse af levestederne og eventuel flytning og forstyrrelse af arterne, når levestederne opstår, men inden levestederne findes, eller inden de er koloniseret med bilag IV-arter. En forhåndsdispensation kan særligt være relevant i de tilfælde, hvor det ud fra en naturfaglig vurdering forventes, at bestemte aktiviteter i et område, vil skabe egnede biotoper for én eller flere bilag IV-arter i en kortere eller længere periode.

Figur 1. Grønbroget tudse er en bilag IV art som ofte kan findes i midlertidige naturområder f.eks. ved landindvinding og grusgravning (fotograf Emil Kristensen, NIRAS A/S).

Kommissionen beskriver i vejledningen, at retssikkerhed, og dermed incitamentet til at skabe eller opretholde midlertidige naturområder, kan sikres ved at ansøge om en forhåndsdispensation fra artsbeskyttelsen i henhold til habitatdirektivets artikel 16. Ansøgningen skal ske på et tidligt tidspunkt i

BOKS 2: Eksempler på almindeligt forekommende bilag IV-arter i Danmark
Alle arter af flagermus
Marsvin
Odder
Stor vandsalamander, spidssnudet frø og flere andre paddearter
Markfirben
Grønbroget tudse

planlægningsprocessen, hvor bilag IV-arter endnu ikke har koloniseret det område, som er omfattet af dispensationen. Ansøgningen om en forhåndsdispensation fra bilag IV-beskyttelsen skal være begrundet i de hensyn, der normalt kan bære en sådan fravigelse i henhold til habitatdirektivets artikel 16 (se BOKS 1), f.eks. hensynet til væsentlige samfundsinteresser. EU-kommissionen anfører dog ganske nyskabende, at en ansøgning kan motiveres af en forventning om, at én eller flere bilag IV-arter kan kolonisere området, og at området derfor vil udgøre en merværdi for de arter, der omfattes af dispensationen. Kommissionen vurderer i vejledningen, at man kan basere en forhåndsdispensation på direktivets artikel 16, stk. 1. litra a ("For at beskytte vilde dyr og planter"), da dispensationen så at sige vil beskytte arten mod sig selv. Fx kan en forhåndsdispensation inden etablering af et naturvenligt regnvandsbassin sikre bilag IV-padder adgang til et nyt ynglested, som uden forhåndsdispensationen i stedet ville blive anlagt uden adgang for de særligt beskyttede padder.

Det understreges af kommissionen, at de retslige standarder i forbindelse med en forudgående dispensation ikke må være lavere end de almindeligt gældende beskyttelsesstandarder. Der er således ikke fra kommissionens side lagt op til, at der skal gælde en lempeligere ordning for meddelelse af en forhåndsdispensation, end artikel 16 ellers fordrer.

Mulighederne for at bruge forhåndsdispensation i Danmark

Vi kender til mange eksempler i Danmark, hvor forhåndsdispensation fra artsbeskyttelsen kan være relevant. Dels for at undgå unødvendig ødelæggelse af egnede levesteder til bilag IV-arter, inden de koloniseres, og dels for at sikre jordejere og projektudvikleres legitime interesser og retssikkerhed.

Siden EU-kommissionens vejledning blev offentliggjort i efteråret 2021, har vi i samarbejde med vores kunder i flere tilfælde undersøgt mulighederne for at anvende forhåndsdispensationen i Danmark.

Miljøstyrelsen som regelansvarlig myndighed for habitatdirektivet i Danmark har flere gange tilkendegivet, at der er hjemmel til at anvende muligheden for forhåndsdispensation, inden for de rammer EU-kommissionen beskriver i vejledningen fra 2021. Der tages naturligvis forbehold for, at EU-domstolen i fremtiden kan vise sig uenig i fremgangsmåden som anvist af kommissionen.

I skrivende stund har vi ansøgninger under behandling hos myndighederne, som dog endnu ikke er afsluttet. Derfor må der tages forbehold for hvordan sagsbehandlingen falder ud, men de foreløbige tilbagemeldinger er entydigt positive.

Desværre er den danske implementering af habitatdirektivets artsbeskyttelse og den tilhørende dispensationsmulighed overordentligt kompliceret og spredt rundt om i lovgivningen. Selvom den mest kendte implementering af beskyttelsen findes i habitatbekendtgørelsen /5/, så vedrører denne bekendtgørelse alene levestedsbeskyttelsen i en form, der er knyttet op på en projektgodkendelse eller tilladelse. Individbeskyttelsen og andre regler om levestedsbeskyttelsen er gemt mange andre steder i dansk lovgivning. Derfor er det vanskeligt at angive, hvilken hjemmel der skal anvendes, da det vil afhænge af det konkrete tilfælde. Ikke sjældent må en forudgående dispensation have hjemmel i flere forskellige bestemmelser rundt om i lovgivningen. Det vil således ofte være nødvendigt, at den forudgående dispensation omfatter både levestedsbeskyttelsen og individbeskyttelsen. Ofte kræves dispensation fra to myndigheder, hvis der både skal dispenseres fra levestedsbeskyttelsen fx i habitatbekendtgørelsen og individbeskyttelsen i artsfredningsbekendtgørelsen /6/. Disse myndigheder kan være Miljøstyrelsen, andre statslige styrelser (fx Trafikstyrelsen), regioner, kommuner mm. I langt de fleste tilfælde er en dispensation dog betinget af en udtalelse fra Miljøstyrelsen. Det kunne derfor være ønskværdigt, om mulighederne for at ansøge dispensationer fra artsbeskyttelsen i henhold til habitatdirektivets artikel 16 blev samlet. Dette kunne fx være en del af en kommende biodiversitetslov, som regeringen angiveligt arbejder på.

Sådan gør man

Myndighedernes afgørelse, og ikke mindst Miljøstyrelsens udtalelse, om forhåndsdispensation vil kræve en ansøgning med en grundig redegørelse for projektet. Redegørelsen skal dokumentere arealets tilstand og manglende forekomst af de relevante bilag IV-arter på tidspunktet for ansøgningen. Derudover skal der redegøres for alle de forhold, som kræves ved en hver anden dispensation baseret på habitatdirektivets artikel 16 (se Boks). Som ansøger må det tilstræbes, at projektets indgreb i enten levesteder eller individer bliver så begrænset som muligt. Endelig må man imødese at myndighedernes dispensation kan indeholde vilkår om afværgende eller kompenserende tiltag. Vi kender endnu ikke praksis for det.

Har man har planer for et areal som i dag ikke indeholder bilag IV-arter, så kan det således i nogle tilfælde være relevant at søge en forhåndsdispensation fra habitatdirektivets artsbeskyttelse. Forhåndsdispensationen kan skaffe ejer/bygherre en retssikkerhed for arealets fremtidige planlagte anvendelse, hvis bilag IV-arter skulle indvandre til arealet senere.

Det vigtigste er således at overveje muligheden for forhåndsdispensation på et tidligt tidspunkt i planlægningen. Har bilag IV-arterne først koloniseret arealet, så er det oftest for sent at bruge denne mulighed, og man må i stedet anvende de almindelige regler, hvor alle forekomster og yngle- og rasteområder for bilag IV arter er beskyttet.

Vores vurdering er, at denne tilgang til håndtering af bilag IV-arterne vil være den rigtige løsning i mange situationer. Som eksempler kan nævnes projekter der i en periode skaber egnede leveforhold for bilag IV-arter, selvom projektets primære formål ikke er relateret til natur og biodiversitet. Fx naturvenlige regnvandsbassiner, grusgrave, naturvenlige vejkanter mm.

Referencer

/1/: Husk frøerne i den nye by (Erfaringer med afværgeforanstaltninger for bilag IV-padder i Farum Nord 2000-2015): Hesselsøe, Frisenvænge, Larsen: Vand & Jord 2019 (3):96-99

/2/: The N2K Group (2021): 2017-2018 COMPOSITE REPORT ON DEROGATIONS ACCORDING TO ARTICLE 16 OF DIRECTIVE 92/43/EEC ON THE CONSERVATION OF NATURAL HABITATS AND OF WILD FAUNA AND FLORA.

/3/: Habitatdirektivet: Bilag IV-arter. Hesselsøe, Katborg og Elbæk: Vand & Jord 2023 (2): 74-76

/4/: Vejledning om strengt beskyttede dyrearter af fællesskabsbetydning i henhold til habitatdirektivet. Meddelelse fra Europa Kommissionen - 2021/C 496/01 7301 dateret 12/10-2021

/5/ Bekendtgørelse nr. 1098 af 23/08/2023 om udpegning og administration af internationale naturbeskyttelsesområder samt beskyttelse af visse arter

/6/ Bekendtgørelse nr. 521 af 25/03/2021 om fredning af visse dyre- og plantearter og pleje af tilskadekommet vildt

Martin Hesselsøe, ph.d., Markedschef for natur & biodiversitet, NIRAS A/S, MHES@NIRAS.DK

Flemming Elbæk, advokat og partner, HaugaardBraad Advokatfirma , fe@haugaardbraad.dk