

1. september 2019
Sagsnr. 18/06568 &
Sagsnr. 18/05172

AFGØRELSE FRA MILJØ- OG FØDEVAREKLAGENÆVNET

OPHÆVELSE OG HJEMVISNING af dispensation i sag om stedvis oprensning af § 3-beskyttet vandløb, Alslev Å, i Esbjerg Kommune

Miljø- og Fødevareklagenævnet har truffet afgørelse efter naturbeskyttelseslovens¹ § 3, jf. § 65, stk. 2, samt habitatbekendtgørelsens § 6, stk. 1 og 2 og stk. 4, jf. § 7, stk. 2², jf. naturbeskyttelseslovens § 78, stk. 1.

Miljø- og Fødevareklagenævnet ophæver Esbjerg Kommunes afgørelse af 4. juni 2018 om dispensation til stedvis oprensning af Alslev Å på strækningen st. 2.592-5.118 med vandstandssenkning til følge i tilstødende enge, moser og vandhuller, og hjemviser sagen til fornyet behandling.

Det indbetalte klagegebyr tilbagebetales.

Miljø- og Fødevareklagenævnets afgørelse er endelig og kan ikke indbringes for anden administrativ myndighed, jf. § 17 i lov om Miljø- og Fødevareklagenævnet³ og gebyrbekendtgørelsens § 2.⁴ Eventuel retssag til prøvelse af afgørelsen skal være anlagt inden 6 måneder, jf. naturbeskyttelseslovens § 88, stk. 1.

Afgørelsen er truffet af formanden på nævnets vegne, jf. § 8 i lov om Miljø- og Fødevareklagenævnet.

**MILJØ- OG
FØDEVAREKLAGENÆVNET**

Toldboden 2
8800 Viborg

Tlf. 72 40 56 00
CVR-nr. 37795526
EAN-nr. 5798000026070
nh@naevneneshus.dk
naevneneshus.dk

¹ Lovbekendtgørelse nr. 240 af 13. marts 2019 om naturbeskyttelse (naturbeskyttelsesloven).

² Bekendtgørelse nr. 1596 af 6. december 2018 om udpegning og administration af internationale naturbeskyttelsesområder samt beskyttelse af visse arter.

³ Lov nr. 1715 af 27. december 2016 om Miljø- og Fødevareklagenævnet.

⁴ Bekendtgørelse nr. 132 af 30. januar 2017 om gebyr for indbringelse af klager for Miljø- og Fødevareklagenævnet mv.

1. Klagen til Miljø- og Fødevareklagenævnet

Afgørelsen er den 4. juli 2018 påklaget til Miljø- og Fødevareklagenævnet af Danmarks Sportsfiskerforbund (klager 1) samt den 16. juni 2018 af Dansk Botanisk Forening, Jyllandskredsen (klager 2).

Klager 1 har navnlig anført, at

- Esbjerg Kommune ikke har hjemmel til at dispensere til opgravning af 2,5 km af Alslev Å,
- dispensationen er givet ud fra politiske hensyn og ikke ud fra forvaltningens faglige indstilling, og
- der skal foretages en nærmere begrundet habitatvurdering indeholdende både væsentligheds- og konsekvensvurdering af opgravningernes påvirkning af Alslev Å, da habitatområdet H 239 Alslev Ådal ligger ca. 240 meter nedstrøms nærmeste oprensingsområde.

Klager 2 har tilsluttet sig alle klagepunkterne anført af klager 1 og har endvidere fremhævet, at de dyrkningsmæssige interesser ved en oprensning er minimale i det aktuelle område og i strid med de naturmæssige interesser, som naturbeskyttelsesloven har til formål at beskytte.

Klagepunkterne er nærmere uddybet i afsnit 2.4.

2. Sagens oplysninger

2.1 Området

I den nordvestlige del af Esbjerg Kommune ligger Alslev Å, som er et offentligt vandløb frem til kommunegrænsen til Varde Kommune, hvorefter det overgår til privat vandløb. Vandløbet er modstrøms stationeret, og fortsætter som Alslev Å indtil udløbet i Varde Å i Varde Kommune. I 2017 er vandløbet blevet kontrolopmålt på strækningen st. 0 - 5.188 m og har tilløb fra tre andre kommunevandløb, nemlig Stokbro Bæk (st. 4.951 m), Fuglbæk (st. 3.587 m) og Astrup Bæk (st. 3.170 m). Vandløbet krydser Forum Hovedvej ved Forum Bro (st. 2.329 m).

Ca. 800 m nedstrøms den påklagede strækning ligger Alslev Mølle dambrug, der har et stemmeværk. Dambruget er beliggende i Varde Kommune og har et flodemål på stemmeværket på 4,14 m DVR90.

Den aktuelle strækning af Alslev Å, der skal oprenses i henhold til den meddelte dispensation, er mellem st. 2.592-5.118, der ligger ca. 167 meter opstrøms tilløbet Stokbro Bæk til ca. 250 meter opstrøms Forum Hovedvej, og er på strækningen et beskyttet vandløb, jf. naturbeskyttelseslovens § 3, stk. 1.

Esbjerg Kommune har som en del af afgørelsen vedlagt tre matrikelkort, udvisende de berørte matrikler. Følgende ejendomme og matr. nr. berøres af oprensingsprojektet: matr. nr. 2ac, 1 n, 12a, 1i, 5t, 3t, og 4l, Forum By, Bryndum, 4a, 4g, 2i, og 4f, Astrup By, Bryndum, 4g, Lifstrup By, V.

Nebel, 3a, 5e, 6g, 7d, 1i, 7d, 9a, Astrup By, Bryndum, 1c, 3l, og 5i, Lifstrup By, V. Nebel samt 1, V. Nebel By, V. Nebel.

2.2 Natur- og planforhold

Det danske Vadehav indgår i det europæiske netværk af Natura 2000-områder, som har til formål at bevare og beskytte naturtyper, samt vilde dyre- og plantearter i EU-landene. Natura 2000-området "N89 Vadehavet" består af selve Vadehavet, den inddigede marsk fra Tjæreborg til grænsen, samt dele af å-systemerne.⁵ N89 Vadehavet har habitatområderne H78, H86, H90 og H239, samt fuglebeskyttelsesområderne F49, F51-53, F55, F57, F60, F65, F67 og Ramsar-området R27.

Habitatområdet H239 Alslev Ådal⁶ er beliggende ca. 240 meter nedstrøms det nærmest forventede oprensingssted i vandløbet. Området er bl.a. udpeget på baggrund af de beskyttede fiskearter laks, snæbel, bæk-lampret, flodlampret og havlampret samt dyrearten odder og naturtypen vandløb med vandplanter.

Habitatområdet ligger på Esbjerg Bakkeø. Det er en mindre smeltevandsdal, der støder op til Varde Å. Habitatområdet dækker et areal på ca. 457 ha. Alslev Å og Ådal er en vigtig spredningskorridor med forbindelser til Varde Å, Marbækområdet og Vadehavet. Ved sammenløbet ca. 8 km fra Ho Bugt, er Varde Å og Alslev Å tidevandspåvirket.

Snæbel findes kun i den danske del af Vadehavet og er på udpegningsgrundlaget for Alslev Ådal. Snæbel gyder udelukkende i syd- og sønderjyske vandløb.

Af beskyttede bilag IV-arter, jf. habitatdirektivet, er der i området blandt andet observeret grøn kølleguldsmed, odder og spidssnudet frø. Odderen er eksempelvis fundet i 2017 ved broen på Forum Hovedvej⁷ og ved Lifstrup Hovedvej.⁸ Ved tre besigtigelser i henholdsvis 2009 og i 2012⁹ er der fundet spidssnudet frø i umiddelbar nærhed af projektet. Seneste besigtelsesnotat af 27. juni 2012 er udarbejdet af Esbjerg Kommune for matr. nr. 4l, Forum By, Bryndum, som er en del af de berørte matrikelnumre. På matr. nr. 4g, Astrup By, Bryndum er der ligeledes fundet

⁵ <http://www.vadehav.dk/da/om-vadehavet/livet-ved-vadehavet-nu/natura-2000/>.

⁶ Udgivet af Miljø- og Fødevarer ministeriet, Naturstyrelsen: "Natura 2000 basisanalyse 2016-2021. Vadehavet – Alslev Ådal. Natura 2000-område nr. 89, Habitatområde H239." Basisanalysen sammenfatter landsdækkende, kvalitetssikrede data for de arter og naturtyper, som Natura 2000-området er udpeget af hensyn til. Basisanalysen indeholder en kortlægning af naturtyper og levesteder, en vurdering af naturtilstanden og en foreløbig vurdering af negative påvirkninger (trusler) mod en god naturtilstand, fra april 2016.

⁷ <http://naturereport.miljoportal.dk/794816>.

⁸ <http://naturereport.miljoportal.dk/794815>.

⁹ <http://naturereport.miljoportal.dk/650200>.

spidssnudet frø.¹⁰ Grøn kølleguldsmed er fundet ca. 2 km fra det omhandlede oprensingsområde og er kendt i Varde Å, jf. ”Fugleognatur.dk”.

2.3 Den påklagede afgørelse

Gennem en årrække har der mellem Esbjerg Kommune og de berørte lodsejere været dialog omkring vedligeholdelse af vandløbet frem til Esbjerg Kommunes dispensation af 4. juni 2018. Senest har sagen været på dagsorden til Esbjerg Kommunes Teknik & Byggeudvalgsmøde den 15. december 2017. Af mødereferatet fremgår, at der ifølge Vandområdeplan 2015-2021 ikke må ske forringelse af vandløbets tilstand, og at der skal arbejdes mod at opfylde vandløbets målsætning om ”god økologisk tilstand”.

Teknik & Miljø har vurderet, at der var tre løsningsforslag til at opnå overholdelse af vandløbsregulativet for Alslev Å:

1. Opgravning af hele strækningen, hvor der er manglende overholdelse af vandløbsregulativet. Efterfølgende genopmåling af strækningen for at dokumentere overholdelse af regulativet (fuld opgravning).
2. Lovliggørelse af de faktisk opmålte dimensioner (ingen opgravning).
3. Opgravning af tre delstrækninger, hvor indsnævring af vandløbsprofilen medfører forringede afvandingsmæssige forhold. Opgravningen foretages på ydersiden af begyndende slyngninger, så vandløbets positive udvikling styrkes. Efterfølgende opmåles hele strækningen, og de nyopmålte dimensioner lovliggøres og indskrives i regulativet. De berørte lodsejere inddrages i projektet i forbindelse med projekteringen (delvis opgravning).

Esbjerg Kommune fik et rådgivende ingeniørfirma til at belyse de tre løsningsforslag med henblik på at få et fagligt beslutningsgrundlag til brug for valg af løsning af kommunens vedligeholdelsespligt af Alslev Å. Ingeniørfirmaet udarbejdede i den forbindelse ”Vandstandsanalyse af Alslev Å” den 5. oktober 2017.

Det fremgår af referatet fra Teknik & Byggeudvalgsmødet den 15. december 2017, at direktionen, på baggrund af tilbagemeldingen fra lodsejerne og nævnets afgørelse NMK-510-0069 (Flæbækken),¹¹ anbefalede løsningsforslag 1 med fuld opgravning. En anbefaling, som Teknik &

¹⁰ <http://naturereport.miljoportal.dk/150161>.

¹¹ Natur- og Miljøklagenævnets afgørelse fra 25. marts 2015, der omhandler nævnets dispensation fra naturbeskyttelseslovens § 3 til oprensning af Flæbækken i Sorø Kommune med vægt på hensynet til lodsejernes forventninger til vandløbets vandføringsevne samt kommunens manglende vedligeholdelsespligt (dissens 5:4).

Byggeudvalget i Esbjerg Kommune den 15. december 2017 besluttede at følge.

Esbjerg Kommune traf på baggrund heraf afgørelse om løsningsforslag 1 ved at meddele dispensation efter naturbeskyttelseslovens § 65, stk. 2, jf. § 3, til stedvis oprensning af vandløbet Alslev Å fra 167 m opstrøms til løbet af Stokbro Bæk til ca. 250 m opstrøms Forum Hovedvej, samt til de resulterende vandstandssænkninger i de vandløbsnære naturbeskyttede arealer.

Esbjerg Kommune har vurderet, at oprensning kræver dispensation, da Alslev Å er et beskyttet vandløb omfattet af naturbeskyttelseslovens § 3. Begrundelsen herfor er, at der udover ændring af vandløbet grundet oprensning vil ske øget vandafledning med ændring til følge i de beskyttede enge, moser og vandhuller, som ligger i tilknytning til vandløbet. Kommunen har derfor meddelt dispensation til oprensning med vilkår om, at det opgravede materiale skal deponeres udenfor naturbeskyttede områder samtidig med, at anlægsarbejdet ikke må skabe varige spor i vandløbets omgivelser. Endvidere må der ikke foretages ændringer af terrænet udenfor det tilladte udgravningsareal, og jordbunker eller lignende må ikke efterlades.

I afgørelsen har Esbjerg Kommune anført, at naturbeskyttelseslovens § 3 er en forbudsbestemmelse mod ændring af beskyttede naturområders tilstand, dog med mulighed for i særlige tilfælde at gøre undtagelser. Kommunen har vurderet, at der i denne sag er tale om et særligt tilfælde.

Esbjerg Kommune har lagt vægt på kommunens pligt til at vedligeholde særlige dimensioneringer og vandledningsevne for offentlige vandløb, jf. vandløbslovens¹² §§ 12 og 27. Kommunen har endvidere lagt afgørende vægt på NMK-510-00609 (Flæbækken)¹³ og samtidig anført, at det nærmeste Natura 2000-område ligger ca. 240 m nedstrøms nærmeste gravearbejde i vandløbet. Kommunen har vurderet, at såfremt det forudsættes, at der ikke sker væsentlige nedstrøms genaflejringer af sand i forbindelse med gravearbejdet, vil projektet ikke medføre forringelse af levedmulighederne for de beskyttede arter i området. Projektet vil heller ikke ødelægge eller forringe de naturtyper, som habitatområdet er udpeget for at beskytte. Endvidere vurderes projektet ikke at ville forringe levevilkårene for de særligt beskyttede dyre- og plantearter omfattet af habitatdirektivets bilag IV. Kommunen har ikke kendskab til forekomster af grøn mosaikguldsmed, grøn kølleguldsmed, birkemus, stor vandsalamander, løgfrø og strandtudse i projektområdet og har vurderet, at det ikke er sandsynligt, at arterne findes der. Derimod har kommunen oplyst, at spidssnudet frø er almindelig overalt i kommunen, men da kommunen har vurderet, at projektet ikke indebærer forringelse af de vandhuller, som arten yngler i,

¹² Lovbekendtgørelse nr. 127 af 26. januar 2017 om vandløb.

¹³ Se note 11.

forventes projektet at kunne udføres uden risiko for at påvirke arten negativt. Kommunen har endvidere vurderet, at flagermus og markfirben ikke bliver påvirket i forbindelse med projektet, hvorimod odderen kan blive midlertidigt forstyrret, da projektet forventes udført i sommerperioden, men ikke i en sådan grad, at der sker permanent forringelse af dyrets levesteder.

Esbjerg Kommune har ikke kendskab til forekomster af bilag IV-plantearter, som kan blive påvirket eller ødelagt af projektet.

Esbjerg Kommune har for hvert matr. nr. vedlagt et luftfoto af det berørte område omkring Alslev Å, hvor det med rødt er markeret, hvor og hvor meget vandstanden forventes at falde i forbindelse med den planlagte oprensning. Anført er endvidere en botanisk beskrivelse af de registrerede plantearter på de beskyttede terrestriske naturtyper, matrikelnummerets ejerforhold, tilstanden før, samt den forventede tilstand efter oprensning samt en beskrivelse af den forventede hydrologiske ændring efter oprensning.

Det fremgår af kommunens beskrivelse af engen på matr. nr. 1 og 7d, V. Nebel By, V. Nebel, at der er et lille permanent vandhul mod syd. Efter oprensningen har kommunen anført, at vandhullet helt eller delvist kan forsvinde eller blive temporært, og at dets naturforhold er ukendte.

Ud fra ovennævnte betragtninger har Esbjerg Kommune den 4. juni 2018 meddelt dispensation til oprensning af Alslev Å med afledte konsekvenser i form af tilstandsændringer i de omkringliggende arealer.

2.4 Klagernes indhold

Klager 1 og klager 2 er begge af den opfattelse, at dispensationen er politisk motiveret og meddelt på baggrund af de berørte lodsejeres ønsker og ikke ud fra en faglig vurdering.

Klagerne mener samtidig, at der ikke er hjemmel til at meddele dispensation fra naturbeskyttelseslovens § 3 og har henvist til NMK-510-00677 (Vadsbækken).¹⁴

¹⁴ NMK-510-00677 (Vadsbækken) er Natur- og Miljøklagenævnets afgørelse af 10. december 2014, hvor Haderslev Kommunes dispensation til oprensning af Vadsbækken, som ligger indenfor et Natura 2000-område, blev ændret til et afslag. Nævnet fandt i afgørelsen ikke grundlag for at tilsidesætte kommunens vurdering omkring oprensningens negative påvirkning af Natura 2000-området, ligesom nævnet ikke kunne afvise, at oprensning ville være skadelig for naturtyper og arter på udpegningsgrundlaget. Dispensation kunne derfor ikke meddeles, idet dette alene kunne ske, såfremt det ved en konsekvensvurdering kunne afvises, at oprensning ville have skadelige virkninger.

Klagerne er ligeledes af den opfattelse, at opgravning af sand og slam på en 2,5 km strækning af Alslev Å utvivlsomt vil påvirke naturen i habitatområdet H239 negativt på grund af væsentlig nedstrøms sandvandring. Esbjerg Kommune bør derfor ifølge klagerne vurdere, hvor meget sand, der forventes at skylle nedstrøms, og hvilken negativ effekt dette vil have for de fiskearter, som er en del af udpegningsgrundlaget. Kommunen skal også foretage en væsentlighedsvurdering af, hvorvidt det kan udelukkes, at projektet i sig selv eller i kumulation med andre planer eller projekter kan påvirke den udpegede lokalitets gunstige bevaringsstatus. Spærringen nedstrøms ved Alslev Mølle Dambrug bør indgå i vurderingen, da klagerne er af den opfattelse, at en spærring har negativ effekt på vandrefisk.

Klagerne mener ikke, at Esbjerg Kommune ikke har foretaget en væsentligheds- og konsekvensvurdering efter de anvisninger, som EU-Domstolen har udtalt, og som ifølge klager er uddybet i NMK-10-00972 (Skalø Havbrug),¹⁵ som er Miljø- og Fødevarerklagenævnets afgørelse af 27. marts 2018, hvor nævnet ophævede Miljøstyrelsens afgørelse af 12. juni 2015 om miljøgodkendelse af Skalø Havbrug og hjemviste sagen til fornyet behandling. Klagerne har anført, at såfremt det ikke kan udelukkes, at en påvirkning vil finde sted i forbindelse med projektets udførelse, skal der foretages en konsekvensvurdering og alene meddeles dispensation, såfremt oprensningen ikke har skadelige virkninger på den omhandlede lokalitet og integritet.

Endelig har klagerne anført, at Alslev Å indgår i Vandområdeplan 2015-2021, hvorefter der skal arbejdes mod, at Alslev Å opfylder målsætningen ”god økologisk tilstand”. Vandløbets tilstand er på nuværende tidspunkt ”moderat økologisk”, og da en oprensning medfører forringelse af vandløbet, vil oprensningen være i strid med vandrammedirektivet.

Endelig er beslutningen om at meddele dispensation ikke truffet på baggrund af forvaltningens faglige indstilling, der var baseret på vandstandsanalysen. Det fremgår af sagens materiale i øvrigt, at projektet vil påføre samfundet en udgift på ½ til 1 mio. kr. ved en tilbagevendende oprensning hvert 5. år, hvilket en forventet kommunal vedligeholdelse vil kræve. Der er således tale om en politisk motiveret afgørelse, og indgrebet er ikke i samfundets interesse.

Klager 2 tilføjer endvidere, at de dyrkningsmæssige fordele ved en oprensning er minimale, og at oprensningen er i strid med de naturmæssige interesser, som naturbeskyttelseslovens formål er at beskytte.

2.5 Yderligere bemærkninger fra klagerne

Den 19. september 2018 har klagerne yderligere anført, at det ikke er nok at skønne, om der sker genaflejring nedstrøms i habitatområdet, da der ifølge EU-Domstolen skal foretages en vurdering af, om det kan udeluk-

¹⁵ Afgørelsen er indbragt for domstolene i september 2018.

kes, at projektet i sig selv eller i forbindelse med andre planer og projekter kan påvirke den udpegede lokalitets gunstige bevaringsstatus væsentligt (væsentlighedsvurdering). Såfremt en sådan påvirkning ikke kan udelukkes, skal der foretages en konsekvensvurdering, før et projekt kan fremmes. Klagerne henviser i denne forbindelse til Miljø- og Fødevarerklagenævnets afgørelse NMK-10-00904 (Onsevig Havbrug),¹⁶ hvor nævnet ophævede Miljøstyrelsens afgørelse af 16. december 2014 om miljøgodkendelse af et havbrug og hjemviste sagen til fornyet behandling.

Klagerne mener således, at Esbjerg Kommune ikke har vurderet oprensningens kumulative påvirkning nedstrøms i habitatområdet H239, hvilket bør finde sted, før der eventuelt kan meddeles dispensation.

2.6 Esbjerg Kommunes bemærkninger til klagen

Esbjerg Kommune har den 5. september 2018 fremsendt bemærkninger til klagen.

For så vidt angår klagers påstand om manglende hjemmel til at meddele dispensation til en tilstandsændring af Alslev Å, hvilket ligeledes betragtes som værende en forringelse af vandløbets tilstand og dermed i strid med vandrammedirektivet, har kommunen bemærket, at oprensningen sker af hensyn til overholdelse af regulativet for vandløbet. Kommunen har vurderet, at oprensning kan finde sted, da det er lodsejernes ønske og har begrundet dette med, at Natur- og Miljøklagenævnet i 2015 har afgjort, at Sorø Kommune havde en vedligeholdelsespligt overfor lodsejerne langs Flæbækken, hvorfor der skulle meddeles dispensation til oprensning.¹⁷

For så vidt angår manglende konsekvensvurdering af den påvirkning, som en oprensning af Alslev Å vil medføre, har Esbjerg Kommune bemærket, at området er et Natura 2000-område, der er udpeget til at beskytte en række specifikke arter og naturtyper samt fiskearter og kærtyper, der kan være afhængige af kontakt med vandløbet. En vurdering af effekten på det nedstrøms vandløbssegment og dets vandløbsnære arealer, særligt aflejring af sand og vandstandssænkninger i selve habitatområdet kan derfor være relevant. Kommunen har imidlertid vurderet, at der ikke sker genaflejring af sand så langt nedstrøms, og de hydrologiske beregninger viser ikke påvirkninger af habitatområdet. Kommunen mener derfor, at det ikke er aktuelt at udarbejde en konsekvensvurdering af påvirkningerne på udpegningsgrundlaget. Kommunen har, i forbindelse med den meddelte dispensation, foretaget en vurdering af påvirkningen af vandløbet og de vandløbsnære arealer, hvilket kommunen anser som tilstrækkeligt vurderingsgrundlag.

¹⁶ Afgørelsen er indbragt for domstolene i september 2018.

¹⁷ NMK-510-00609 (Flæbækken), se note 11.

For så vidt angår klagers bemærkning om, at en oprensning ikke har positiv effekt på dyrkning, så er det kommunens opfattelse, at ingeniørfirmaets beregninger viser, at ca. 2.500 m² vandløbsnært ikke-beskyttet vådbundjord bliver mere tørt.

2.7 Yderligere bemærkninger til klagen fra Esbjerg Kommune

Kommunen har den 27. september 2018 fremsendt yderligere bemærkninger og fastholdt, at tænkte påvirkninger kunne være hydrologiske ændringer af vandløbet eller de vandløbsnære arealer i habitatområdet, samt resedimentation af materiale på den strækning af vandløbet, som ligger i habitatområdet. De hydrologiske beregninger viser imidlertid kun helt lokale vandstandsændringer i vandløbet og i de vandløbsnære arealer, hvorfor kommunen har vurderet, at ændringerne slet ikke når ned til habitatområdet.

Endvidere har Esbjerg Kommune bemærket, at det materiale, der fjernes fra vandløbsbunden ved en oprensning, i sagens natur er materiale, som vandet ikke under normale forhold kan flytte. Det materiale, der ikke optages ved oprensningen, vil derfor aflejres på stedet igen. Dog bemærkes, at der ved oprensningen kan frigøres mindre mængder af plantedele, hvilket i løbet af få timer eller dage skylles videre og nedbrydes, hvorfor det ikke aflejres blivende i vandløbet.

Esbjerg Kommunes konklusion er derfor, at da der ikke sker en påvirkning af habitatområdet, kan projektet heller ikke bidrage til en kumulativ effekt med eventuelle andre tiltag, og vurderingen af det internationale naturbeskyttelsesområdes påvirkninger er sket på det bedst mulige grundlag og med tilstrækkelig sikkerhed.

2.8 Lodsejernes bemærkninger til klagen

Miljø- og Fødevareklagenævnet har den 3. september 2018 modtaget en mail fra SAGRO, som repræsenterer de berørte lodsejere.

SAGRO har henvist til to af Natur- og Miljøklagenævnets afgørelser fra 2015. Det drejer sig om NMK-510-00609 (Flæbækken) og NMK-510-00631 (Hallund Bæk).¹⁸

SAGRO er af den opfattelse, at disse sager bør danne præcedens for nævnets afgørelse i sagen.

3. Miljø- og Fødevareklagenævnets bemærkninger og afgørelse

3.1 Miljø- og Fødevareklagenævnets prøvelse

Det følger af § 11, stk. 2, i lov om Miljø- og Fødevareklagenævnet, at nævnet kan begrænse sin prøvelse til de væsentligste forhold.

¹⁸ Begge afgørelser er nærmere omtalt i note 11 og i note 14.

Miljø- og Fødevarerklagenævnet har i denne klagesag alene fundet anledning til at behandle forholdet om, hvorvidt der skal foretages en nærmere begrundet habitatvurdering af opgravningernes påvirkning af Alslev Å.

Miljø- og Fødevarerklagenævnet har ikke taget stilling til sagens øvrige klagepunkter, jf. herved § 11 i lov om Miljø- og Fødevarerklagenævnet.

Nævnet har dog fundet anledning til at anføre en række forhold, som Esbjerg Kommune bør inddrage i forbindelse med en fornyet behandling af sagen, se nærmere i afsnit 3.3.

3.2 *Indledende bemærkninger*

Efter naturbeskyttelseslovens § 3, stk. 2, må der ikke foretages ændringer i tilstanden af beskyttet natur, når sådanne naturtyper enkeltvis eller sammen med andre naturtyper er større end 2.500 m².

Efter naturbeskyttelseslovens § 65, stk. 2, kan der i særlige tilfælde meddeles dispensation fra forbuddet i § 3.

Før der træffes afgørelse om dispensation fra naturbeskyttelseslovens § 3, jf. 65, stk. 2, skal der foretages en vurdering af, om projektet kan påvirke et Natura 2000-område væsentligt, hvilket gælder både projekter i og udenfor et Natura 2000-område, såfremt det ikke umiddelbart kan udelukkes, at der kan være en påvirkningsrisiko. De projekter, der omfattes af kravet om vurdering, er også projekter som ikke direkte er forbundet med eller nødvendige for Natura 2000-områdets forvaltning, jf. habitatbekendtgørelsens § 6, stk. 1, jf. § 7, stk. 2, nr. 1.

Hvis det vurderes, at projektet kan påvirke et Natura 2000-område væsentligt, skal der ud over væsentlighedsvurderingen, foretages en nærmere konsekvensvurdering af projektets virkninger på Natura 2000-området under hensyn til bevaringsmålsætningen for det pågældende område. Viser vurderingen, at projektet vil skade det internationale naturbeskyttelsesområdes integritet, kan der ikke meddeles tilladelse, dispensation eller godkendelse til det ansøgte, jf. habitatbekendtgørelsens § 6, stk. 2.

Bestemmelsen i habitatbekendtgørelsens § 6 implementerer bl.a. habitatdirektivets artikel 6, stk. 3,¹⁹ der har følgende ordlyd:

”Stk. 3. Alle planer eller projekter, der ikke er direkte forbundet med eller nødvendige for lokalitetens forvaltning, men som i sig selv eller i forbindelse med andre planer og projekter kan påvirke en sådan lokalitet væsentligt, vurderes med hensyn til deres virkninger på lokaliteten under hensyn til bevaringsmålsætningerne for denne. På baggrund af konklusionerne af vurderingen af virkningerne på lokaliteten, og med forbehold af stk. 4, giver de kom-

¹⁹ Rådets direktiv 92/43/EØF af 21. maj 1992 om bevaring af naturtyper samt vilde dyr og planter.

petente nationale myndigheder først deres tilslutning til en plan eller et projekt, når de har sikret sig, at den/det ikke skader lokalitetens integritet, og når de - hvis det anses for nødvendigt - har hørt offentligheden.”

EU-domstolen fortolker bestemmelsen sådan, at myndigheden skal foretage en vurdering af, om det kan udelukkes, at projektet i sig selv eller i forbindelse med andre planer og projekter kan påvirke den udpegede lokalitets gunstige bevaringsstatus væsentligt (væsentlighedsvurdering). Hvis en sådan påvirkning på baggrund af objektive kriterier ikke kan udelukkes, skal der, såfremt projektet ønskes fremmet, foretages en nærmere vurdering (konsekvensvurdering).²⁰

Om den indledende væsentlighedsvurdering har domstolen udtalt, at når en plan eller et projekt, der ikke er direkte forbundet med eller nødvendig for en lokalitets forvaltning, risikerer at skade bevaringsmålsætningen for lokaliteten, skal planen eller projektet anses for at kunne påvirke denne lokalitet væsentligt. Bedømmelsen af nævnte risiko skal foretages i lyset af den i en sådan plan eller et sådant projekt omhandlede lokalitets særlige kendetegn og miljømæssige vilkår.²¹

Om konsekvensvurderingen har domstolen endvidere udtalt, at denne vurdering skal omfatte alle aspekter af projektet, som kan påvirke bevaringsmålsætningen for den omhandlede lokalitet, og at vurderingen skal ske på baggrund af den bedste videnskabelige viden på området. Der kan kun gives tilladelse, såfremt der er opnået vished for, at aktiviteten ikke har skadelige virkninger for den omhandlede lokalitet, og at det først forholder sig således, når det ud fra et videnskabeligt synspunkt uden rimelig tvivl kan fastslås, at projektet ikke har skadelige virkninger for den omhandlede lokalitets integritet.²²

I Europa-Kommissionens vejledning om habitatdirektivets artikel 6,²³ er det i afsnit 4.4.3 nærmere anført, at artikel 6, stk. 3 med henvisningen til andre planer og projekter søger at inddrage det aspekt i vurderingen, at en række hver for sig beskedne påvirkninger samlet kan resultere i en væsentlig påvirkning. Desuden anføres, at ”hensigten med denne bestemmelse er, at der tages hensyn til de kumulative virkninger, og disse vil ofte først indtræde med tiden. I denne sammenhæng kan der være tale om planer eller projekter, som er fuldført; godkendt, men endnu ikke fuldført; eller endnu ikke foreslået”.

Vurderingen skal foretages både for planer og projekter beliggende indenfor og udenfor udpegede natura-2000 områder. Myndighederne skal

²⁰ Dom C-127/02 af 7. september 2004 (Waddenzee-dommen), præmis 45.

²¹ Waddenzee-dommen, præmis 49.

²² Waddenzee-dommen, præmis 61.

²³ Europa kommissionen, Forvaltning af Natura 2000-områder, Habitatdirektivets artikel 6 92/43/EØF, 2000.

ved deres vurdering af udpegningsgrundlaget således også foretage en vurdering af, om projektet kan skade ind i et udpeget område selv om projektet måtte ligge uden for området.²⁴

Af habitatbekendtgørelsens § 10 fremgår, at der ikke kan gives tilladelse, dispensation, godkendelse mv., hvis det ansøgte kan beskadige eller ødelægge yngle- eller rasteområder i det naturlige udbredelsesområde for de dyrearter, der er optaget i habitatdirektivets bilag IV, litra a), eller ødelægge de plantearter, som er optaget i habitatdirektivets bilag IV, litra b) i alle livsstadier. Det fremgår af § 10, stk. 2, at vurderingen skal fremgå af afgørelsen.

3.3 Miljø- og Fødevareklagenævnets bemærkninger

Det er Miljø- og Fødevareklagenævnets vurdering, at Esbjerg Kommune ikke har foretaget en tilstrækkelig væsentlighedsvurdering af, om projektet i sig selv eller i forbindelse med andre planer eller projekter, kan påvirke et Natura 2000-område væsentligt, i dette tilfælde navnlig habitatområde H239 Alslev Ådal.

Miljø- og Fødevareklagenævnet har i den forbindelse lagt vægt på, at hensynet til lodsejere og kommunens manglende overholdelse af vedligeholdelsespligten af Alslev Å ikke kan begrunde en tilsidesættelse af de EU-retlige regler og dermed habitatdirektivet, som er implementeret i dansk ret ved vedtagelse af habitatbekendtgørelsen.

Det fremgår af sagen, at det vestligste oprensningsspunkt i Alslev Å er beliggende ca. 240 m opstrøms fra habitatområdet H239, der er et særligt beskyttet område, hvor udpegningsgrundlaget bl.a. er arterne bæklampret, hav- og flodlampret, snæbel, laks, odder, samt naturtypen vandløb med vandplanter.

For så vidt angår arterne på udpegningsgrundlaget, så fremgår følgende fra Miljøstyrelsens hjemmeside vedrørende bæklampret:

”[...]”

Om foråret søger bæklampretten op i de øvre dele af vandløbet, hvor den gyder på steder med hurtigt strømmende vand. Det er vigtigt, at bunden, hvor gydningen finder sted, består af sand mellem større sten. Når æggene er klækket, svømmer larverne med strømmen ned ad vandløbet, indtil de når et område, hvor bunden er sandet eller består af finkornet mudder med højt indhold af organisk materiale. Larverne graver sig ned i bunden, og lever af kiselalger og andet materiale, der filtreres fra vandet. Bæklampret er afhængig af en god biologisk vandløbskvalitet.

[...]”

²⁴ C-98/03 Kommissionen mod Tyskland, præmis 50 og 51 samt C-142/16 (Moorburg) præmis 29.

Miljø- og Fødevareklagenævnet finder endvidere, at det er af afgørende betydning, hvilket sedimentmateriale, der opgraves i forbindelse med oprensningen. Det kan ikke udelukkes primært at være sand, men opgravningsmaterialet kan også bestå af mere grovkornet materiale, der er tilført vandløbet fra erosion af brinker, ligesom de hævede bundkoter kan have medvirket til lokale nedsatte strømhastigheder med sedimentation af mere finkornet og organisk materiale til følge. Det bør derfor vurderes, om det sediment, der bortgraves kan indeholde bæklampret (finkornet mudder med højt indhold af organisk materiale), ligesom det skal vurderes, om det er egnet gydemateriale, og om tidspunktet for opgravning kan påvirke gydebanker.

Det fremgår endvidere af Miljøstyrelsens hjemmeside, at:

”[...]

hvor vandløbene løber gennem lysåbne ådale, vil tilstedeværelsen af forskellige vandplanter hele året være en forudsætning for et godt levested for bæklampret. Hvis disse gode forhold ikke er til stede, kan man gennem en mere skånsom vedligeholdelse eller egentlig restaurering genskabe disse forhold.

[...]”

Ovennævnte betragtning bør Esbjerg Kommune ligeledes inddrage i forbindelse med kommunens fornyede behandling af det ansøgte.

For så vidt angår flodlampret, fremgår følgende af Miljøstyrelsens hjemmeside:

”[...]

Flodlampretten bliver kønsmoden efter den har været i havet i 1-2 år, og når det sker, vandrer den op i vandløbene for at gyde. Arten gyder på stenet bund. En - to uger efter gydningen klækkes æggene. Larverne bevæger sig med strømmen ned ad vandløbet, til de når et område med sandet eller siltet bund, og her graver de sig ned, så kun hovedet er synligt. Larverne lever af kiselalger og andet organisk materiale, som de filtrerer fra vandet. Flodlampretten er afhængig af en god biologisk vandløbskvalitet.

[...]”

Hvad angår havlampret er det samme forhold og vilkår, der gør sig gældende som for flodlampret, hvorfor Esbjerg Kommune ligeledes bør inddrage disse oplysninger i forbindelse med sagens fornyede behandling.

Ifølge Natura 2000-plan 2016-2021 er snæblen akut truet og derfor særligt prioriteret, og det fremgår, at:

”[...]

Indsatsen for at redde snæblen handler bl.a. om at etablere fri passage i vandløbet ved at nedlægge stemmeværker. Desuden forsøger man at øge

snæbellarvernes overlevelse ved at etablere mere eller mindre permanent oversvømmede arealer langs åstrækninger i ådalene. Der kan på konkrete lokaliteter opstå modstridende interesser mellem ønsket om at gennemføre disse tiltag af hensyn til snæbel og ønsket om at etablere de mest hensigtsmæssige hydrologiske forhold for naturtyperne tidvis våd eng, kildevæld og rigkær. Oversvømmelse af ånære arealer skal, hvis de naturgivne forhold gør det muligt, foretages på arealer, hvor det ikke får negativ indflydelse på naturtyperne eller arealer, der med indførelse af naturpleje indenfor overskuelig tid vil kunne udvikle sig til disse naturtyper. Da snæblen er en prioriteret art prioriteres eventuelt forbedrede forhold for snæblen over genetableringen af de mest hensigtsmæssige hydrologiske forhold for de våde naturtyper.²⁵
[...]"

På baggrund af ovennævnte finder Miljø- og Fødevareklagenævnet, at Esbjerg Kommune bør udarbejde en væsentlighedsvurdering af oprensningens betydning for de nævnte arter samt for snæblen og dens yngle- og levesteder, da der kun ca. 240 meter opstrøms Natura 2000-området planlægges foretaget et indgreb, der potentielt kan påvirke bl.a. snæbellarvernes overlevelse.

I Vandplan 2009-2015 er der krav om, at der skal skabes fri kontinuitet ved Alslev Mølle Dambrug, hvorfor dette forhold ligeledes bør inddrages i forbindelse med vurderingen af de kumulative effekter. Det fremgår endvidere af Vandplan 2009-2015, at Esbjerg Kommune og offentlige lodsejere bl.a. skal være særlig opmærksomme på snæbel, som har en væsentlig forekomst i området (jf. områdets målsætning) og er i tilbagegang.

Fra Miljøstyrelsens hjemmeside er ligeledes anført, at snæblen:

"[...] gyder i de nedre og mellemste dele af vandløbene, som regel hvor bundbredden er 5-6 meter eller mere. Hannerne bliver kønsmodne i en alder af ca. 3 år og hunnerne i en alder af ca. 4 år. De gydemodne snæbler opsøger strækninger med god strøm, fast bund og forekomst af vintergrønne vandplanter. Gydeperioden er kortvarig, ca. 3 uger, og finder sted i november/december.
[...]"

Miljøstyrelsen anfører ligeledes, at de væsentligste trusler er opstemning af vandløb, der hindrer de gydemodne fisk i at vandre op til gydeområderne, samt regulering af vandløb og søer og efterfølgende hårdhændet vedligeholdelse, hvilket har ødelagt mange gydeområder og opvækstom-

²⁵ https://mst.dk/media/130336/n89_h239_sammenfat_n2000plan_-2016-21.pdf, jf. Naturstyrelsens "Sammenfattende redegørelse – Natura 2000 delområde N89 Vadehavet – Alslev Ådal (H239)" af 28. januar 2016 (J. nr. NST-422-01346), side 3.

råder for yngel. Vandindtag ved bl.a. dambrug hindrer endvidere ynglen i at vandre ud i Vadehavet.

Esbjerg Kommune bør således vurdere den eventuelle påvirkning det vil medføre at oprense og bortgrave 2,5 km vandløbsbund og dermed fjerne al vegetation. Miljø- og Fødevareklagenævnet bemærker endvidere, at kommunen ikke i afgørelsen har beskrevet, hvorvidt den omhandlede strækning har plantedække og i bekræftende fald, hvilke arter der er registreret. Det kan derfor være svært at vurdere, hvorvidt der er tale om vintergrønne vandplanter som eksempelvis vandranunkel.

Laks er ligeledes en del af udpegningsgrundlaget for H239. Laksen skal for at gyde have en god blanding af forskellige størrelser grus og mindre sten, hvorfor det ikke ved en oprensning, som følge af aflejret finpartikulært materiale, forventes at disse elementer bortgraves. Dog kan tidspunktet for oprensning have betydning, idet lettere partikler og sand vil kunne aflejre sig på gydebanks, og hvis det er på et tidspunkt, hvor der er æg i gydebanksene, så vil æggene kunne kvæles. Det fremgår endvidere af Miljøstyrelsens hjemmeside, at forudsætning for et godt levested for laks, vil være vandløb, der løber gennem lysåbne ådale med tilstedeværelsen af forskellige vandplanter hele året.

Miljø- og Fødevareklagenævnet bemærker endvidere, at idet en tidligere oprensning har fundet sted i 2005, og da der er allerede i 2010 blev konstateret en forhøjet bund, så vurderer nævnet, at området på nuværende tidspunkt har fundet et nyt naturligt leje for vandløbsbunden. Opmåling viser også, at der er partier, der har større betydning for vandføringsevnen end andre, hvorfor der visse steder med stor sandsynlighed vil have aflejret sig finere partikler end bare sand og grus. En afgravning af hele eller dele af bunden vil derfor ændre vandføringsevnen og strømhastigheden både lokalt som på hele strækningen.

Miljø- og Fødevareklagenævnet er således ikke enig med Esbjerg Kommune i, at det materiale, der ved den planlagte oprensning fjernes fra vandløbsbunden i sagens natur er materiale, som vandet ikke under normale forhold kan flytte, hvorfor materiale, som ikke optages ved oprensningen, vil blive aflejret på stedet igen. Det begrundes nævnet med, at der er sket aflejringer i en længere årrække, hvorfor der også er sket aflejringer af finere materiale. Da der ikke er tale om at fjerne sediment efter eksempelvis en vinterafstrømning, men derimod en oprensning efter en længere årrække, bør det undersøges, hvorvidt der vil være en større ændring af strømhastigheden i en ”før og efter situation”, hvilket er afgørende i forhold til vurderingen af sedimenttransport og aflejringer ind i Natura 2000-området.

Miljø- og Fødevareklagenævnet finder endvidere, at alle fiskene på udpegningsgrundlaget er afhængige af kontinuitet i vandløbet, hvorfor det bør undersøges, hvorvidt en spærring nedstrøms kan påvirke arternes

mulighed for at vandre opstrøms. Det bør samtidig undersøges, hvorvidt de fisk, der befinder sig opstrøms vil blive påvirket af oprensningen, hvorfor der bør udarbejdes en kumulativ vurdering af oprensningens påvirkning af H239, såvel vedrørende arter som naturtyper på udpegningsgrundlaget samt udenfor H239 opstrøms. Vurderingen skal således foretages både for planer og projekter beliggende indenfor som udenfor udpegede Natura 2000-områder, hvorfor Esbjerg Kommune ved vurderingen skal vurdere, om oprensningen kan skade H239, selv om oprensningen ligger udenfor området.

I den forbindelse bemærker Miljø- og Fødevareklagenævnet, at Esbjerg Kommune har anført, at den spidssnude frø, som er omfattet af habitatdirektivets bilag IV, er almindelig overalt i kommunen, men at projektet ikke indebærer forringelse af de vandhuller, som arten yngler i. Kommunen forventer derfor ikke, at oprensningen medfører risiko for negativ påvirkning af arten.

Miljø- og Fødevareklagenævnet bemærker imidlertid, at Esbjerg Kommune i afgørelsen vedrørende eng på matr. 1 og 7d, V. Nebel By, V. Nebel har anført, at vandhullet på matriklen helt eller delvist kan forsvinde eller blive temporært udtørret, og at dets naturforhold er ukendte. Det bør derfor undersøges, hvorvidt spidssnudet frø findes i det vandhul, der forventes helt eller delvist at forsvinde ved en oprensning.

Søgning på ”naturdata.miljoportal.dk” viser endvidere, at der på tre besigtigelser fra henholdsvis 2009, 2009 og 2012 er fundet spidssnudet frø i umiddelbar nærhed af projektet. Den seneste besigtigelse fra 2012 er foretaget af Esbjerg Kommune²⁶ på matr. nr. 4l, Forum By, Bryndum, der er omfattet af Esbjerg Kommunes dispensation af 4. juni 2018. Endvidere indeholder matr. nr. 4g Lifstrup By, V. Nebel, områder, der ved oprensningen bliver mere tørt, og hvor der ligeledes er fundet spidssnudet frø,²⁷ hvilket kommunen bør forholde sig til ved en fornyet behandling af sagen.

For så vidt angår grøn kølleguldsmed, så er denne fundet ca. 2 km fra det omhandlede område, hvilket er indenfor artens normale flyveradius. Larverne af grøn kølleguldsmed lever i vandløb og har typisk en udviklings-tid på 3 til 4 år. Det betyder, at 4 generationer potentielt fjernes ved en oprensning, hvor larverne en del af tiden lever delvist nedgravet i sand og grus. Miljø- og Fødevareklagenævnet finder derfor, at der ikke er belæg for at anføre, at grøn kølleguldsmed ikke findes i projektområdet, eller at Alslev Å ikke er et egnet yngleområde og habitat for grøn kølleguldsmed. Dimensionerne på strækningen med bundbredder på 4-7 meter taler for, at forholdene kan være gunstige for guldsmeden.

²⁶ <http://naturereport.miljoportal.dk/650200>.

²⁷ <http://naturereport.miljoportal.dk/150161>.

Miljø- og Fødevareklagenævnet finder ikke anledning til at tilsidesætte Esbjerg Kommunes vurdering af oprensningens effekt på de øvrige anførte bilag IV-arter, som flagermus, markfirben eller odder, men er af den opfattelse, at kommunen skal vurdere oprensningens effekt på spidssnudet frø samt grøn kølle guldsmed.

For så vidt angår vandløbet, så er vandløbet målsat til ”god økologisk tilstand”. Den aktuelle tilstand er ”moderat økologisk tilstand”, og tilstanden for henholdsvis makrofyter (vandplanter) og fisk er ukendt.

Det bemærkes, at Esbjerg Kommune ikke i den meddelte dispensation har vurderet oprensningens indvirkning på vandløbet, og hvorvidt oprensningen vil medføre, at vandløbet kan opnå målsætningen ”god økologisk tilstand”. Esbjerg Kommune bør foretage denne vurdering i forbindelse med fornyet behandling af sagen.

Endvidere bemærkes, at det bør fremgå af en eventuel efterfølgende meddelt dispensation, hvorvidt der er tale om oprensning i fuld bundbredde, og hvorvidt brinkerne ligeledes påvirkes, ligesom det bør fremgå hvilken type bundsediment, der opgraves, i forhold til vurderingen af påvirkningen af bilag IV-arter og arter på udpegningsgrundlaget for habitatområdet.

Forud for at en eventuel fornyet dispensation kan meddeles, skal Esbjerg Kommune som ovenfor anført vurdere, hvorvidt projektet i sig selv eller i kumulation med andre planer og projekter kan påvirke Natura 2000-området, samt hvorvidt det ansøgte kan beskadige eller ødelægge yngle- eller rasteområder i det naturlige udbredelsesområde for de dyrearter, der er optaget i habitatdirektivets bilag IV, litra a), eller ødelægge de plantearter, som er optaget i habitatdirektivets bilag IV, litra b) i alle livsstadier.

Vurderingen skal fremgå af afgørelsen.

3.4 Gebyr

Klagegebyret tilbagebetales til begge klagere som følge af, at afgørelsen ophæves og hjemvises.²⁸

3.5 Miljø- og Fødevareklagenævnets afgørelse

Miljø- og Fødevareklagenævnet ophæver Esbjerg Kommunes afgørelse af 4. juni 2018 om dispensation til stedvis oprensning af Alslev Å på strækningen st. 2592-5118, med vandstandssænkning til følge i tilstødende enge, moser og vandhuller, og hjemviser sagen til fornyet behandling.

Det indbetalte klagegebyr tilbagebetales.

²⁸ Jf. gebyrbekendtgørelsens § 2, stk. 2, nr. 1 og nr. 2.

Denne afgørelse gøres tilgængelig for Esbjerg Kommune samt for klagerne i sagen 18/06568 samt 18/05172 via Klageportalen. Afgørelsen sendes desuden til eventuelle andre parter i klagesagen.

Afgørelsen vil blive offentliggjort på www.mfknafgoerelser.dk. Personoplysninger vil blive anonymiseret.



Jette R. Uhrenholt
Stedfortrædende formand