



DLA Piper Denmark
Advokatpartnerselskab
Oslo Plads 2
2100 København Ø
Danmark

T +45 33 34 00 00
CVR 35 20 93 52
dlapiper.dk

Herning Kommune
Torvet 5
7400 Herning

Reference
405638/AJN
DOK.ID 41171286v1

[redacted] virksomheder@herning.dk

23. juni 2024

Høringssvar til udkast til afgørelse om, at tillæg til miljøgodkendelse til S/I Herning Lufthavn om etablering af faldskærmsflyvecenter med tilhørende aktiviteter samt udvidede flyvetider for andre flyveaktiviteter ikke er omfattet af krav om miljøvurdering

1 Indledning

Herning Kommune har ved brev af 31. maj 2024 sendt udkast til afgørelse om, at tillæg til miljøgodkendelse til S/I Herning Lufthavn om etablering af faldskærmsflyvecenter mm. ikke er omfattet af krav om miljøvurdering (herefter "Udkastet") i partshøring i 14 dage.

De partshørte [redacted] har fået fristen forlænget til 23. juni 2024 til at komme med bemærkninger til Herning Kommunes påtænkte afgørelse efter miljøvurderingslovens § 21.

Foreningen Mindre Støj i Herning Kommune (herefter "Foreningen") har på de partshørtes vegne bedt om, at fristen for at komme med høringsbemærkninger blev udsat yderligere. Herning Kommune har imidlertid ikke været villig til at udsætte høringsfristen.

Grundlæggende forvaltningsretlige principper såsom officialprincippet og kontradiktionsprincippet bliver dermed illusoriske henset til sagsforløbet og sagens omfang og kompleksitet. Det er et helt grundlæggende forvaltningsretligt princip, at det ved fastlæggelsen af fristen for bemærkninger, bør tages hensyn til projektets art, omfang, anvendelsesområde og kompleksitet. Det bemærkes, at ved en sag som denne vil alt under en høringsfrist på 4 uger være helt usædvanligt, jf. princippet i planlovens § 24, stk. 4.

Nærværende høringssvar bærer derfor præg af det tidspres, som det er blevet udarbejdet under. Høringssvaret vil blive uddybet nærmere i en eventuel kommende klage, hvis Herning Kommune vælger at træffe afgørelse om tillæg til miljøgodkendelse til Herning Lufthavn om etablering af faldskærmsflyvecenter mm. i overensstemmelse med Udkastet.

Nærværende høringssvar indgives på vegne af Foreningen og følgende partshørte privatpersoner:



Til Udkastet fremsætter de partshørte og Foreningen følgende bemærkninger.

2 Bemærkninger

Det er åbenlyst, at Herning Kommune har begået adskillige sagsbehandlingsfejl.

Det er Klagers overordnede opfattelse, at miljøvurderingen, herunder også dispensationerne givet i 2015, overtræder gældende lovgivning, herunder miljøvurderingsloven, naturbeskyttelsesloven, artfredningsbekendtgørelsen, habitatbekendtgørelsen, habitatdirektivet, fuglebeskyttelsesdirektivet samt fast EU-domstolspraksis.

Faktum er, at lufthavnen blev fysisk udvidet i 2015, da Herning Kommune af to omgange gav dispensation til etablering af faldskærmscenter på et beskyttet hedeareal.

Swoop-grav, administrationsbygning, sovepavillon/hytteby og dele af p-plads mm. er således anlagt på hedearealer, der er beskyttet efter naturbeskyttelseslovens § 3, stk. 2.

Det følger af naturbeskyttelseslovens § 65, stk. 2, at der kun i særlige tilfælde kan gøres undtagelse fra bestemmelsen i § 3, stk. 2, og den strenge praksis er i lovforarbejderne udtrykt således:

»Det er ikke nok, at der er påvist en væsentlig jordbrugs- eller anden økonomisk interesse i, at et indgreb finder sted. Der må tillige enten være tale om et område, som ud fra fredningsmæssige hensyn vurderes som uden særlig interesse, for at man eventuelt kan acceptere, at der sker indgreb i dets tilstand, eller at det påtænkte indgreb i sig selv ikke skønnes at medføre nogen afgørende forrykning af tilstanden i området. Dog kan det naturligvis ikke udelukkes, at andre særlige forhold må tages i betragtning, f.eks. at der foreligger specielt store landbrugsmæssige interesser i et givet projekt, samtidig med at den pågældende naturlokalitet er af mindre interesse. Navnlig for de mindre naturlokaliteter er det af betydning, at de ikke vurderes isoleret fra omgivelserne. Principielt gælder det således, at interessen i at bevare f.eks. en af de små naturlokaliteter ikke blot behøver at være den pågældende lokalitets værdi i sig selv som levested for planter og dyr. Interessen knytter sig herudover ofte også til, at der ikke bliver forøgede afstande til lignende lokaliteter og dermed forringede spredningsmuligheder for plante- og dyrelivet. Derfor må f.eks. også de små naturlokaliteter, der er beliggende spredt i jordbrugsområderne, generelt søges bevaret i størst mulig udstrækning«.

Det bemærkes i den forbindelse, at lovforarbejderne citeres ofte i Miljø- og Fødevareklagenævnets afgørelser som grundlag for nævnets praksis. Videre bemærkes det, at det er fast praksis, at dispensation til anlæg forudsætter, at der ikke er andre acceptable løsninger eller alternative placeringsmuligheder, jf. bl.a. MAD 2001 433 vedrørende et regnvandsbassin.

Det må anses som en retlig mangel, at der ikke i forbindelse med dispensationerne i 2015 blev foretaget en væsentlighedsvurdering efter miljøvurderingsloven. En miljøvurdering skal efter miljøvurderingslovens § 1, stk. 1, sikre et højt miljøbeskyttelsesniveau og integrere hensynet til miljøet ved vedtagelsen af bl.a. planer, der kan få væsentlig indvirkning på miljøet.

Ved miljøet forstås "det brede miljøbegreb", der efter miljøvurderingslovens § 1, stk. 2, omhandler;

"... den biologiske mangfoldighed, befolkningen, menneskers sundhed, flora, fauna, jordbund, jordarealer, vand, luft, klimatiske faktorer, materielle goder, landskab, kulturarv, herunder kirker og deres omgivelser og arkitektonisk og arkæologisk arv, større menneske- og naturskabte katastroferisici og ulykker og ressourceeffektivitet og det indbyrdes forhold mellem disse faktorer".

Herning Kommune anfører i høringsmaterialet:

"Tidligere dispensationer er givet med krav om erstatningsnatur. Der kan derfor ikke være tale om at de anlagte anlæg vil kunne påvirke miljøet væsentligt. Dispensationerne er givet ud fra at der i det konkrete tilfælde netop er vurderet at erstatningsnatur kunne ligge til grund for at der kunne gives en dispensation".

Herning Kommune har dog aldrig foretaget en konkret væsentlighedsvurdering, ligesom Herning Kommune ikke har sikret, at der blev etableret erstatningsnatur, som beskrevet i de to §3-dispensationer, som Herning Kommune gav i 2015. Det er således et faktum, at området, der blev udlagt til erstatningsnatur, i dag er præget af gyvel.

Videre er det faktum, at S/I Herning Lufthavn ikke i 2015 fik miljøgodkendelse til at etablere og drive faldskærmsflyvecenter og udvidede flyvetider. Udkastet indebærer således reelt en lovliggørelse af en aktivitet, som Herning Kommune har været bekendt med i årevis. Det skal i den forbindelse bemærkes, at Klagenævnsafgørelse fra 25/9-2023 sag 20/03796 konkluderer, at det er den lovlige udnyttelse, der er udgangspunktet for miljøvurderingen. Det betyder, at det er den faktiske lovlige drift inden påbegyndelse af faldskærmsaktiviteter, med øget flyvning og udbygning af faciliteter, der er udgangspunktet for vurderingen.

Væsentlighedsvurderingen skal derfor foretages i forhold til tidspunktet før dispensationerne blev givet, og Herning Lufthavn fik Swoop-grav, administrationsbygning, sovepavillon/hytteby, flere p-pladser mm. Videre skal væsentlighedsvurderingen omfatte mulige kumulative effekter, hvilket indebærer, at vurderingen også skal inddrage andre, tilsvarende påvirkninger af arter og naturtyper i det konkrete område.

Herning Kommune angiver i deres væsentlighedsvurdering, at det ikke kan antages, at det anmeldte projekt vil kunne medføre væsentlige negative påvirkninger af miljøet. I begrundelsen herfor angiver Herning Kommune:

"Dette begrundes med, at den eksisterende lovlige anvendelse er en lufthavn med ret til 25.000 operationer. Fremadrettet gives der kun mulighed for 17.604 operationer. Forud for denne VVM-screening er der blevet udarbejdet en støjrapport, som viser lignende eller bedre støjforhold for naboerne. I støjrapporten er der taget særlig hensyn til weekendflyvninger. Derudover er der udarbejdet et udkast til tillæg til gældende miljøgodkendelse med miljøtilpasninger, som yderligere kompenserer for de ændrede aktiviteter. Der kan dermed ikke være tale om en væsentlig miljøpåvirkning.

Ugler og flagermus: Der henvises til bemærkningerne ovenfor, men præciseres, at der er tale om færre flyvninger fremadrettet samt ens eller bedre støjforhold i forhold til den nuværende miljøgodkendelse. Derfor kan det anmeldte projekt ikke have en væsentlig indvirkning på miljøet. Tidligere dispensationer er givet med krav om erstatningsnatur, og derfor kan de anlagte anlæg heller ikke have en væsentlig miljøpåvirkning. Dispensationerne er givet på baggrund af, at erstatningsnatur netop kunne ligge til grund for at give dispensation.

Bemærkning: En fjernelse af Swoop-grav eller hytter vil ikke hindre faldskærmsflyvning som aktivitet. VVM-screening af dispensationerne kan derfor reelt håndteres ved særskilt screening."

Det bemærkes hertil, at Herning Kommune i væsentlighedsvurderingen ikke kan lægge vægt på, at der fremadrettet kun gives mulighed for 17.604 operationer, når faktum er, at der i perioden 2013-2023 ikke har været udført tæt på 17.604 operationer.

Nærværende Udkast indebærer således en udvidelse af de aktiviteter, der var tilladt på flypladsen før de to §3-dispensationer, som Herning Kommune gav i 2015. Konsekvensen af nærværende Udkast er således også, at der vil blive udført flere totale operationer grundet muligheden for også at lave faldskærmsflyvning. Hertil kommer også, at det nye støjbillede får en større vertikaludbredelse end tidligere.

Herning Kommunes væsentlighedsvurdering i nærværende sag mangler således en stillingtagen og vurdering af, hvor meget flyaktiviteten udvides ved faldskærmsflyvning samt udvidede flyvetider for andre flyveaktiviteter, og om det har konsekvenser for natur og miljø. Det er således en retlig mangel, at Herning Lufthavn ikke har foretaget en miljøvurdering ud fra reelle antal flyoperationer, flyvemønstre, flytidspunkter, flora og fauna forhold mv. før dispensationerne blev givet i 2015.

Det er ubestridt, at tilladelsen giver adgang til støjgrænseoverskridende aktiviteter, hvilket i sig selv er en begrundelse for, at der foretages en konsekvensvurdering. Af vejledning til lov om miljøvurdering af planer og programmer og af konkrete projekter (VVM) følger det:

"Det er vigtigt at vurdere projektet i forhold til grænseværdierne, uanset om projektet vil kunne etableres inden for rammerne af en gældende lokalplan. Dette gælder også uanset om projektet senere i forbindelse med en eventuel miljøgodkendelse vil blive ændret, så det vil kunne opfylde gældende grænseværdier, da spørgsmålet om miljøvurderingspligt skal afgøres på grundlag af det projekt, som bygherren har ansøgt om.

Det er således bygherrens valg af projektudformning, som har indflydelse på, om de vejledende normer og grænseværdier kan opfyldes.

På grund af generne vil projekter ofte være miljøvurderingspligtige, hvis der arbejdes om natten udendørs, eller hvor støj, lys eller varme kan påvirke anvendelsen af naboarealerne, og generne vil kunne forhindre eller begrænse naboarealernes planlagte eller faktiske anvendelse."

Det er et faktum, at der er fire boliger, der vil blive belastet med støj op til over de gældende grænseværdier. Herning Kommune forholder sig imidlertid ikke til den konkrete betydning af faldskærmsflyvning samt udvidede flyvetider for andre flyveaktiviteter. Der bør naturligvis undersøges, om øget flystøj nu på alle dage og aftener kan påvirke de udsatte menneskers sundhed.

Videre skal det bemærkes, at det på det foreliggende grundlag virker til, at de beskyttede dyrearter alene er overfladisk og skrivebordsvurderet, uden der er foretaget en nødvendig reel undersøgelse. Herning Kommunes oplysningsgrundlag er således stærkt begrænset, da der ikke er foretaget konkrete, fysiske undersøgelser af de forskellige dyrearters yngle- eller rasteområde samt godkendelsens påvirkning af habitatnatur.

Hvad angår beskyttelsen af fugle generelt, fremgår det af fuglebeskyttelsesdirektivet, at medlemslandene er forpligtede til at træffe alle de nødvendige foranstaltninger for at beskytte, opretholde eller genskabe tilstrækkeligt forskelligartede og vidtstrakte levesteder for alle fugle, jf. fuglebeskyttelsesdirektivets artikel 3. Medlemslandene skal endvidere bestræbe sig på at undgå forurening eller forringelse af levesteder også uden for de udpegede områder, jf. fuglebeskyttelsesdirektivets artikel 4, stk. 4, 2. punktum.

Der er observeret flere Mosehornugler i området. Mosehornuglen er optaget på fugledirektivets bilag I over arter med en ugunstig bevaringsstatus i Europa og er derfor strengt beskyttede i EU. Mosehornuglen er aktiv om dagen, og den danske ynglebestand er kritisk truet. Selv meget lidt støj, helt ned til 40dB, kan forstyrre uglernes jagt efter føde.

I den gældende miljøgodkendelse er der sat begrænsninger for, hvornår skoleflyvning er tilladt. Udkastet indebærer imidlertid faldskærmsflyvecenter med tilhørende aktiviteter samt udvidede flyvetider for andre flyveaktiviteter. Herning Kommune vurderer imidlertid ikke, hvad konsekvensen heraf er. Herning Kommune skal i væsentlighedsvurderingen sikre, at Mosehornuglen ikke forstyrres af aktiviteterne, i særdeleshed i perioder, hvor dyrene yngler, udviser yngelpleje, overvintrer eller vandrer.

Samme gælder for så vidt flagermus. Flagermus er en del af Habitatdirektivets bilag IV arter, og yngle- og rasteområder for flagermus er derfor beskyttet og må ikke forringes.

Efter Habitatdirektivets § 12 gælder der således en streng beskyttelsesordning for disse bilag IV-dyrearter, hvorefter der er 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

Habitatbekendtgørelsen, der implementerer Habitatdirektivet, forpligter efter bekendtgørelsens § 10 Danmark til at beskytte ovennævnte arter, så der ikke gives tilladelse, dispensation, godkendelse mv., hvis det kan:

1. *beskadige eller ødelægge yngle- eller rasteområder i det naturlige udbredelsesområde for de dyrearter, der er optaget i habitatdirektivets bilag IV, litra a), eller*
2. *ødelægge plantearter, som er optaget i habitatdirektivets bilag IV, litra b) i alle livsstadier.*

Beskyttelsen af bilag IV-arterne efter § 10 kan alene fraviges efter habitatbekendtgørelsens § 11, stk. 1, hvis planen/det ansøgte har til formål:

- 1) *beskytte vilde dyr og planter og bevare naturtypeme,*
- 2) *forhindre alvorlig skade navnlig på afgrøder, besætning, skove, fiskeri, vand og andre former for ejendom,*
- 3) *sikre 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, eller*
- 4) *fremme forskning og undervisning, genopretning af en bestand, genudsætning af disse arter og opdræt med henblik herpå, herunder kunstig opformering af planter.*

Det er således Herning Kommunes ansvar at vurdere, om den pågældende aktivitet kan skade en bilag IV-arts yngle- eller rasteområde, jf. habitatvejledningens pkt. 9.3 (s. 60).

Dette kan gøres ved en indledende vurdering (en screening), hvoraf udfaldet heraf skal fremgå af afgørelsen, jf. habitatbekendtgørelsens § 10, stk. 2. Hvis denne vurdering viser en mulig påvirkning, skal der foretages en nærmere vurdering af, om yngle- eller rasteområder bliver beskadiget eller ødelagt, eller forskellige livsstadier af bilag IV-planter bliver ødelagt, jf. habitatvejledningens pkt. 9.6.3 (s. 64).

For at kunne vurdere en bilag IV-arts potentielle beskadigelse, skal der i henhold til det forvaltningsretlige officialprincip foretages en tilstrækkelig oplysning af sagen, herunder fx en undersøgelse af den pågældende bilag IV-arts faktiske yngle- eller rasteområde.

Således udpeger Miljøstyrelsens habitatvejledning i pkt. 9.6.6 (s. 66) 2 led til at få oplyst en sag bedst muligt:

1. Søgning på eksisterende oplysninger (DMU-håndbog, Naturdatabasen, biodiversitetskortet mv.)
2. *"Konkrete undersøgelser af artens forekomst i området, hvis en indledende vurdering, f.eks. baseret på ovenstående kilder, peger på, at arten kan forekomme".*

Videre skriver habitatvejledningen (s. 67), at der ved konkrete undersøgelser "... skal sikres, at undersøgelserne foregår på de tidspunkter på året, hvor den pågældende art kan tænkes at udnytte et givent område... Undersøgelserne skal således foregå på tidspunkter, hvor der vil være stor sandsynlighed for at konstatere arten, hvis den forekommer i området."

Der henvises i den forbindelse til Planklagenævnets afgørelse af 15. juli 2021, hvor nævnet udtalte, at en miljørapport for vindmøller, som opføres på et sted, hvor der kan forekomme flagermus, skal

indeholde oplysninger om, hvorvidt der forventes at kunne forekomme drab af flagermus, jf. habitatdirektivets artikel 12, stk. 1, litra a, og artfredningsbekendtgørelsens § 10.

Flagermus kan berøres af en øget aktivitet, og de seneste år har lokale observeret færre end tidligere år. Ophævelsen af begrænsningen af skoleflyvninger i weekender og på helligdage samt det store antal faldskærmsoperationer kan have væsentlig indflydelse på flagermus, som er overvejende nataktive, og som undgår områder med et støjniveau på 17dB over baggrundsstøjniveauet.

Det skal i den forbindelse bemærkes, at EU-domstolen generelt har anlagt en udvidende fortolkning af væsentlighedsvurderingen. I sag C-127/02 (præmis 44) fastslog EU-domstolen således, at væsentlighedsvurderingen skal foretages på baggrund af et forsigtighedsprincip indebærende, at hvis der er tvivl med hensyn til, om der er væsentlige påvirkninger, skal projektet undergives en konsekvensvurdering af de skadelige virkninger.

Det gøres gældende, at det ikke kan udelukkes, at projektet kan få væsentlig indvirkning på miljøet, hvorfor der skal foretages en miljøvurdering af projektets indvirkning på miljø. De partshørte og Foreningen er sågar af den opfattelse, at aktivitetsudvidelserne faktisk allerede har medført markante ændringer af beskyttet natur. Af ovennævnte årsager er det vores opfattelse, at Herning Kommune ikke lovligt kan træffe afgørelse i overensstemmelse med udkastet.

Afslutningsvis bemærkes det, at de nuværende aktiviteter og anlæg er i strid med den gældende lokalplan 29.T1.1 for området. Området er således udlagt til offentlige formål og må kun anvendes til serviceområde med tilhørende faciliteter. Det er et faktum, at der nu drives kommerciel virksomhed, udlejningsvirksomhed af bunkhouse og weekendhytter samt drift af bar og restaurant (og salg af fyrværkeri til nytår) på området.

Med venlig hilsen

Line Marie Pedersen

Partner, Advokat
DLA Piper Denmark Advokatpartnerselskab