

Sendt pr. mail til sune.impgaard.schou@regionh.dk

Region Hovedstaden

Kongens Vænge 2

3400 Hillerød

Farum Sten og Grus A/S' ulovlige tilførsel af jord til råstofgrave

Region Hovedstaden har bedt mig vurdere, hvilke skridt regionen er forpligtet til at tage efter Natur- og Miljøklagenævnets afgørelse af 27. marts 2012 (j.nr.: NMK-11-00017). Ved afgørelsen stadfæstede nævnet tidl. Frederiksborg Amts afslag af 2. december 1998 efter jordforureningslovens § 52, stk. 2, nr. 3, på dispensation til selskabet Farum Sten og Grus A/S til at tilføre jord til virksomhedens råstofgrave i området Lyngø Grusgrav.

Baggrunden for sagen er, at Farum Sten og Grus A/S - i den periode, hvor klagesagen om Frederiksborg Amts afslag verserede - i strid med jordforureningslovens § 52 har tilført betydelige mængder jord til de omhandlede råstofgrave. Region Hovedstaden overvejer derfor p.t., hvilke konsekvenser Natur- og Miljøklagenævnets afgørelse skal have for den tilførte jord.

I den første udtalelse til regionen fra mit kontor af 29. juni 2012 blev der bl.a. peget på, at regionen - inden en endelig vurdering kunne foretages - bl.a. måtte afklare nærmere, hvilke negative miljømæssige virkninger der ville være forbundet med at lade den tilførte jord forblive i grusgraven. I det omfang, der alene - som forudsat - var tilført ren (dvs. helt uforurenet) jord, var det den umiddelbare opfattelse i udtalelsen, at der ville være grundlag for at meddele en lovliggørende dispensation.

Region Hovedstaden bad Niras A/S om at foranstalte en miljømæssig undersøgelse af den tilførte jord til den omhandlede grusgrav samt vurdere risikoen for grundvandet. Resultatet af undersøgelsen omtales i afsnittet umiddelbart nedenfor.

På baggrund af min gennemgang af sagen - og det nu fremkomne materiale - er følgende mine konklusioner:

- Der foreligger en grov overtrædelse af jordforureningslovens § 52, stk. 1.
- Region Hovedstaden er herefter forpligtet til at lovliggøre det ulovlige forhold. Det sker enten ved at kræve den tilførte jord fjernet (fysisk lovliggørelse) eller ved at give en bagudrettet dispensation til den tilførte jord på grund af den fysiske etablering og sagens særlige omstændigheder (retlig lovliggørelse).
- Selv om der ikke er holdepunkter for at hævde, at den tilførte jord slet ikke vil kunne medføre en grundvandsforurening, må det ud fra Niras A/S' undersøgelse lægges til grund, at de eventuelle forureningskilder i den tilførte jord i det, som Niras A/S betegner som delområde A, C og E ikke vil kunne udgøre en risiko for grundvandsressourcerne i området uden for grusgraven.
- Region Hovedstaden er derfor under hensyn til de meget væsentlige omkostninger forbundet med fjernelse af jorden (anslået til et eksorbitant mio.-beløb) i de pågældende delområder under de givne omstændigheder afskåret fra at kræve, at Farum Sten og Grus A/S fjerner den tilførte jord. Region Hovedstaden må i stedet træffe afgørelse om retlig lovliggørelse af den allerede tilførte jord med de af regionen anførte vilkår, jf. jordforureningslovens § 52, stk. 2, nr. 3, jf. stk. 3 og 4.
- For så vidt angår delområde B og D giver Niras A/S' foreløbige undersøgelse anledning til en vis tvivl om, hvorvidt der kan forekomme en væsentlig risiko for grundvandet og miljøet i øvrigt fra den tilførte jord. På den baggrund er Region Hovedstaden efter min mening afskåret fra at træffe afgørelse om valget mellem fysisk og retlig lovliggørelse, førend det er undersøgt, om den tilførte jord vil udgøre en aktuel eller potentiel risiko for grundvandet og miljøet i øvrigt. Det er derfor min anbefaling, at der foretages nærmere undersøgelser heraf.
- Det vil være lovligt, at afgørelse vedrørende den ulovligt tilførte jord ønskes truffet samlet for alle delområderne A-E samtidig, hvorfor det ikke er et krav, at Region Hovedstaden træffer delafgørelser vedrørende område A, C og E.
- Mine konklusioner er i det hele afhængige af den faglige validitet af Niras A/S' undersøgelse, herunder at denne undersøgelse er tilstrækkeligt repræsentativ for området og retvisende.

Ovennævnte konklusioner erstatter i det hele den tidligere udtalelse.

1. SAGENS RELEVANTE OPLYSNINGER

Mht. sagsforløbet frem til Natur- og Miljøklagenævnets første afgørelse af 27. marts 2012 henvises til sagsfremstillingen i afgørelsen. Jeg har herudover haft lejlighed til at gennemgå ansøgningsmaterialet fra Farum Sten og Grus A/S samt en række af Frederiksborg Amts tilsynsrapporter vedrørende Farum Sten og Grus A/S' aktiviteter i området.

Ved denne afgørelse skulle nævnet tage stilling til lovligheden af daværende Frederiksborg Amts afslag af 2. december 1998 efter jordforureningslovens § 52 på dispensation til Farum Sten og Grus A/S til at tilføre jord til de omhandlede grusgrave.

Natur- og Miljøklagenævnet vurderede ligesom Frederiksborg Amt, at der ved tilførsel af uforurenet jord til de pågældende grusgrave bestod en ikke ubetydelig risiko for grundvandsforurening i området. Nævnet lagde vægt på, at der sker grundvandsdannelse i området, og at lerlagenes tykkelse på dele af området må anses for ikke-eksisterende (0-5 m).

Farum Sten og Grus A/S havde den 19. december 2011 - dvs. under klagesagens behandling - ladet udtage tre vandprøver ved søbredderne i grusgravene, og analysen af disse prøver viste efter klagerens opfattelse, at der ikke er sket en forurening af søerne som en konsekvens af de foretagne deponeringer. Der var ifølge klageren dermed heller ikke risiko for forurening af grundvandet, fordi der var en indadgående gradient fra omgivelserne mod søerne.

Hertil bemærkede nævnet, at

"de udtagne prøver ved søbredden af 3 søer er et helt utilstrækkeligt grundlag for klagerens konklusioner om forureningstilstanden i søerne, ligesom prøverne er et helt utilstrækkeligt grundlag for klagerens vurdering af risikoen for forurening af grundvandet på det i sagen omhandlede areal."

Farum Sten og Grus A/S har herudover indført et kvalitetsstyringssystem med henblik på at undgå, at forurenet jord alligevel tilføres grusgravene. Natur- og Miljøklagenævnet fandt imidlertid ikke, at dette kvalitetsstyringssystem ville kunne udelukke risiko for forurening af grundvandet, hvorfor det ikke kunne føre til, at dispensation fra lovens forbudsregel burde være givet.

Amtets afslag på dispensation blev derfor stadfæstet af nævnet.

Farum Sten og Grus A/S bad efterfølgende om genoptagelse af klagesagen. Farum Sten og Grus A/S henviste til, at nævnet med urette ikke havde inddraget i den første afgørelse, om der som følge af jordtilførslen til grusgravene under den administrative behandling af klagesagerne skulle meddeles en lovliggørende dispensation.

Ved nævnets afgørelse af 31. maj 2012 (NMKN j.nr. 11-00101) afslog nævnet anmodningen om at genoptage klagesagen. Nævnet bemærkede, at nævnet som rekursinstans i forhold til klagen over Frederiksborg Amts afgørelse om afslag på dispensation skulle tage stilling til, hvorvidt betingelserne for at meddele dispensation i jordforureningslovens § 52, stk. 2, var opfyldt, herunder om tilførsel af uforurenet jord til Farum Sten og Grus A/S' råstofgrave kunne foregå uden risiko for grundvandet, jf. stk. 2, nr. 3. Nævnet henviser herom til afgørelsen af 27. marts 2012.

Herudover fremgår følgende af nævnets afgørelse:

"FSG's forventninger synes at være knyttet til Frederiksborg Amts og Region Hovedstadens undladelser som tilsynsmyndigheder samt regionens retsvildfarelse om, at en klage - i strid med lovens klare angivelse af det modsatte - havde opsættende virkning. Nævnet må derfor fastholde, at en given forventning om, at den tilførte jord kunne blive liggende, alene kan være relevant i forhold til tilsynsmyndighedernes håndhævelse af forbuddet mod at tilføre jord til virksomhedens råstofgrave, som efter de meddelte afslag på dispensation stod ved magt."

Jeg bemærker for en god ordens skyld, at min udtalelse af 29. juni 2012 blev afgivet, inden regionen havde sendt Natur- og Miljøklagenævnets afgørelse om genoptagelsesspørgsmålet af 31. maj 2012 til mig. Denne afgørelse er derfor ikke inddraget i min oprindelige udtalelse af 29. juni 2012.

Som nævnt i indledningen har Niras A/S sammen med Region Hovedstaden gennemført en miljømæssig undersøgelse af den tilførte jord til den i sagen omhandlede grusgrav (projekt nr. 207488). Den gennemførte undersøgelse bygger på en række jord-, porelufts- og grundvandsprøver fra 21 borerer fordelt på de godt 200.000 m², hvor der er tilført jord. Arealet er i undersøgelsen opdelt i fem geografiske delområder, benævnt A-E, og i alle områderne er der udtaget jordprøver, der ikke overholder Miljøstyrelsens jordkvalitetskriterier. Visse af prøverne indeholder endvidere stoffer, der overstiger de øvre grænseværdier for lettere forurenede jord.

Af sammenfatningen af rapporten fremgår bl.a. følgende (rapporten, side 1 ff.):

"Modelberegninger viser samlet, at konstateret forurening i grundvand og porevand samt i udvaskningstest ikke giver anledning til, at der ud fra den deponerede jord i grusgravområdet strømmer forurening, som medfører overskridelser af grundvandskvalitetskriterierne i grundvandet syd for Slingerupvej.

Ved analyse af grundvandsprøver og udvaskningstest af jordprøver er der ikke fundet indikatorer for, at den deponerede jord forårsager en betydende påvirkning af grundvandskvaliteten under delområde A, B, C D eller E. I delområde D er der fundet en mindre påvirkning af grundvandet med oliekomponenter i vandprøven fra en af borerne, og der er i porevand fundet forurening, som vurderes at stamme fra kilder opstrøms delområdet, hvor bl.a. Lynge Losseplads og FSG Fyldplads ligger.

Analyse af porevandsprøver fra delområderne B og D viser, at der forekommer udvaskning af vandopløselige stoffer fra fyldjorden, hvilket potentielt kan true grundvandet. Porevandsforureningen omfatter stofgrupperne phenoler og polære opløsningsmidler, som regnes for at være nedbrydelige under både iltrige og iltfattige forhold. Kilder til forurening af porevandet vurderes at være lokale, men er ikke nærmere afgrænset med denne undersøgelse. Disse forureninger kan, jf. den konceptuelle model, antages at være forbundet med relativt små jordpartier. Da der er tale om relativt høje stofkoncentrationer (over 100 x grundvandskvalitetskriteriet), kan det berettige udførelse af supplerende undersøgelser, således at forureningernes karakter, udbredelse og grundvandsrisiko kan belyses nærmere."

Niras A/S har - som jeg forstår det - baseret sig på en grundvandsmodel, der tilsyneladende bl.a. simulerer potentialet, dvs. sandsynligheden, for forurening af det primære grundvandsmagasin i kalken under grusgraven under forskellige betingelser.

På baggrund af denne simulation - der, som jeg forstår det, bl.a. forudsætter, at der, som det fremgår af den konceptuelle model, findes mindre kilder til forurening i den tilførte jord - konkluderer Niras A/S, jf. rapporten side 39, at det ikke kan forventes, at de ved undersøgelsen fundne forureninger i grundvand, porevand og fyldlagene vil medføre overskridelse af grundvandskvalitetskriterierne i grundvandet syd for Slangstrupvej (som afgrænser grusgravens område mod syd; i grundvandets strømningsretning).

2. RETSGRUNDLAGET

2.1 Jordforureningslovens § 52

Efter jordforureningslovens § 52, stk. 1, er tilførsel af såvel forurennet som uforurennet jord til råstofgrave og tidligere råstofgrave forbudt.

Forbuddet blev indført ved lov nr. 426 af 10. juni 1997 (dengang som miljøbeskyttelseslovens § 20 a), efter at konkrete undersøgelser i en række råstofgrave havde påvist forurening i en del af disse. Da deponering af jord i råstofgrave - som følge af råstofgravningen - sker tæt på grundvandsspejlet, vil forureningen kunne påvirke grundvandet, og der er risiko for, at forureningen på længere sigt vil påvirke vandforsyningerne i det berørte område omkring råstofgravene.

Ifølge forarbejderne til loven består denne risiko teoretisk set selv ved deponering af uforurennet jord, dels på grund af humusstoffer, og dels fordi der ofte er tale om placeringer af store mængder jord, jf. de alm. bem. til forslag (L 129 af 18. december 1996) til lov om ændring af lov om miljøbeskyttelse og lov om råstoffer. På denne baggrund indførtes med lovændringen et totalt forbud mod tilførsel ud fra et forsigtighedsprincip.

Miljøbeskyttelseslovens § 20 a blev senere ophævet og overført uden realitetsændringer til jordforureningslovens § 52 ved lov nr. 370 af 2. juni 1999 om forurennet jord.

Bestemmelserne indeholder tre muligheder for at dispensere. Regionsrådet kan således bl.a. efter jordforureningslovens § 52, stk. 2, nr. 3, meddele en dispensation fra forbuddet, hvis *"der ikke er risiko for forurening af vandindvindingsanlæg eller af grundvand, der forventes at indgå i den fremtidige drikkevandsforsyning, og andre tilsvarende miljømæssige hensyn ikke taler imod."*

Dispensationsbestemmelsen var ikke med i det oprindelige lovforslag (L 129 af 18. december 1996), men blev indsat under Folketingets behandling af lovforslaget, jf. betænkning afgivet af Miljø- og Planlægningsudvalget den 14. maj 1997 (L 129 - bilag 23). Udvidelsen af dispensationsadgangen var en konsekvens af, at selve forbudsbestemmelsen under Folketingets behandling blev gjort generel i stedet for, som i det oprindelige fremsatte lovforslag, kun at omfatte tilførsel af jord i de områder, der i regionplanen var udpeget som OSD.

Af bemærkningerne til ændringen fremgår kun, at det ved amtsrådets vurdering af, i hvilke tilfælde der kan meddeles dispensation, skal sikres, at *"der ikke er risiko for forurening af grundvand, der indvindes til drikkevand, eller som forventes at indgå i den fremtidige drikkevandsforsyning."*

Den foreliggende administrative praksis og retspraksis om bestemmelsen må nok betegnes som præget af de konkrete omstændigheder i sagerne, men viser, at bestemmelsen praktiseres restriktivt.

Østre Landsret har pådømt en sag, jf. rettens tilkendegivelse af 18. januar 2002 i 21. afd.'s, sag nr. B-1921-00, optrykt i MAD 2002, side 562 ff., der vedrørte en grusgrav, som i perioden indtil 1998 fik tilført ca. 248.000 m³ fyldjord. Amtet meddelte herefter afslag på dispensation fra forbuddet mod tilførsel af jord i råstofgrave, begrundet i at grusgraven lå i et område med risiko for, at grundvandet kunne forurenes i et meget stort geografisk område samt at grusgraven lå i kildefeltet til et vandværk i et OSD.

Landsretten udtalte, at selv om forbuddet mod deponering af fyldjord i tidligere råstofgrave også gjaldt uforurenet jord, fordi deponering heraf udgjorde i hvert fald en teoretisk grundvandsrisiko, var det efter bevisførelsen ikke sandsynliggjort, at sagsøgeren havde forurenet, eller at en fortsat tilsvarende udnyttelse af grusgraven vil indebære en nærliggende risiko for en sådan forurening af grundvandet.

I dommen optrykt i MAD 2005, side 136, fandt Østre Landsret ikke grundlag for at tilsidesætte Miljøstyrelsens afslag på dispensation efter jordforureningslovens § 52, stk. 2, nr. 3. Forudsætningen for Miljøstyrelsens skøn, hvorefter jordtilførsel til grusgraven kunne være forbundet med risiko for vandforsyningen, fandtes ikke at kunne tilsidesættes som *"åbenbart urigtigt"*. Herefter, og da Miljøstyrelsens afgørelse fandtes at bero på en vurdering af de konkrete miljømæssige forhold i og omkring grusgraven, fandt landsretten ikke grundlag for at tilsidesætte Miljøstyrelsens afgørelse som ugyldig.

I sagen om Ågesholm Grusgrav - optrykt i MAD 2007, side 142 f. - udtalte landsretten, at grundvandsmagasinet under denne grusgrav var sårbart på grund af et tyndt lag moræneler, og at området var udlagt som et område med særlige drikkevandsinteresser. Efter oplysningerne om Københavns Amts stikprøvekontroller sammenholdt med en vidneforklaring måtte det endvidere lægges til grund, at det ikke vil kunne undgås, at der i forbindelse med tilførsel af jord udefra i nogen grad vil blive tilført forurenede jord til grusgraven, og at dette vil kunne udgøre en forureningsrisiko i forhold til grundvandet.

På denne baggrund fandt landsretten ikke grundlag for at tilsidesætte Miljøstyrelsens afslag på dispensation efter den dagældende bestemmelse i miljøbeskyttelseslovens § 20 a, stk. 2, nr. 3, nu jordforureningslovens § 52, stk. 2, nr. 3.

Der kan endvidere henvises til landsrettens dom i UfR 2009, side 1883 H (Kallerup Grusgrav), samt Peter Pagh, Jordforureningsloven med kommentarer (2011), side 700 ff., og Mogens Moe, Miljøret (2011), side 180 f.

2.2 Jordforureningslovens øvrige håndhævelsesregler

Jordforureningslovens § 66, jf. lovbekendtgørelse nr. 1427 af 4. december 2009, bestemmer, at regionsrådet fører tilsyn med deponeringer i råstofgrave og tidligere råstofgrave samt med arealer omfattet af lovens § 8, stk. 6.

Jordforureningslovens § 67, stk. 1 og 2, har følgende ordlyd:

"§ 67. Tilsynsmyndigheden, jf. §§ 65, 66 og 66 a, skal foranledige et ulovligt forhold lovliggjort, medmindre det har underordnet betydning.

Stk. 2. Tilsynsmyndigheden kan undlade at behandle forhold, som den anser for at være af underordnet betydning for miljøbeskyttelsen."

Ifølge forarbejderne viderefører bestemmelsen miljøbeskyttelseslovens § 68 og § 69 om, at tilsynsmyndigheden skal bringe ulovlige forhold til ophør, jf. bem. til § 67 i forslag (L 183) af 10. februar 1999 til lov om forurenede jord.

Af forarbejderne fremgår følgende:

"Bestemmelsen viderefører bestemmelserne i miljøbeskyttelseslovens § 68 og § 69 om, at tilsynsmyndigheden skal bringe ulovlige forhold til ophør. Bestemmelsen giver dog ikke, som miljøbeskyttelseslovens § 69, hjemmel til at meddele påbud om at genoprette tilstanden efter forurening. Disse regler fremgår af kapitel 5 om påbud. Bestemmelsen finder anvendelse ved håndhævelse af reglerne i denne lov, dvs. ved manglende efterkommelse af påbud eller fastsatte vilkår."

Jordforureningslovens håndhævelsesregler svarer således til miljøbeskyttelseslovens §§ 68 og 69. Disse svarer til den tidligere gældende miljøbeskyttelseslovs § 50 a, der oprindeligt

blev indsat ved lov nr. 250 af 23. maj 1984 om ændring af forskellige miljø- og planlægningslove (håndhævelse).

Af forarbejderne (F.T. 1983-1984, 2. saml., sp. 1566 ff.) til miljøbeskyttelseslovens § 50 a fremgår, at bestemmelsen bygger på og gennemfører forslagene i betænkning nr. 981/1983 om håndhævelse af bygge- og miljølovgivningen (håndhævelsesbetænkningen). Jordforureningslovens håndhævelsesregler bygger derfor direkte på og viderefører miljøbeskyttelseslovens regler, hvorfor håndhævelse efter jordforureningslovens § 67 skal følge de samme principper, som gælder efter miljøbeskyttelsesloven, jf. herved bl.a. også P. Pagh, Jordforureningsloven med kommentarer (2011), side 785 ff.

Af disse almindelige principper for lovliggørelse af et ulovligt forhold følger, at en myndighed altid vil være forpligtet til at overveje, om et ulovligt forhold kan lovliggøres retligt, inden myndigheden kan påbyde et ulovligt forhold fysisk lovliggjort. Retlig lovliggørelse betyder, at der under hensyn til sagens omstændigheder meddeles en dispensation eller gives tilladelse til det ulovlige forhold, der herefter bliver lovligt, jf. betænkningen, side 79, samt cirkulære nr. 47 af 10. maj 1985, afsnit 2.4, vejledning om håndhævelse af naturbeskyttelsesloven, planloven og byggeloven (2007), afsnit 3.3.7, samt bl.a. Annette Møller-Sørensen, Administrativ Håndhævelse, side 157.

Forudsætningen for, at der skal træffes en sådan afgørelse om retlig lovliggørelse, er imidlertid for det første, at der er hjemmel i lov eller bekendtgørelse hertil i form af en dispensations- eller tilladelsesadgang, som kan anvendes i forhold til det relevante forbud e.l.

En retlig lovliggørelse er imidlertid efter håndhævelsesbetænkningen og de almindelige håndhævelsesprincipper omvendt ikke udelukket, selv om den foreliggende dispensationsadgang ikke efter sin karakter og ordlyd normalt ville være anvendelig, hvis der var søgt om dispensation på forhånd.

I håndhævelsesbetænkningen, side 81, anføres bl.a. følgende om valget mellem fysisk og retlig lovliggørelse:

"Hvis en forudgående ansøgning ... ville være afslået, er det ikke dermed givet, at retlig lovliggørelse afvises. Der er nemlig nu som følge af forholdets faktiske etablering yderligere momenter, som tillægges betydning for afgørelsen. ...

[V]ed spørgsmålet om retlig lovliggørelse [vil der] i en vis udstrækning blive taget hensyn til, om den pågældende har handlet i undskyldelig uvidenhed om sin pligt til på forhånd at indhente tilladelse. En sådan god tro kan undertiden være forstærket som følge af ufuldstændig eller forkert vejledning, som den pågældende har fået fra en offentlig myndighed. ... Den tid, der er forløbet mellem etableringen af forholdet og dets konstatering, vil ... indgå som et moment i afgørelsen af, om der skal ske retlig lovliggørelse....".

Ud over den berørte virksomheds eventuelle gode tro og myndighedernes adfærd under sagen kan de økonomiske konsekvenser - som et krav om fysisk lovliggørelse vil få for

adressaten - tillægges betydning ved vurderingen af, om der bør ske retlig eller fysisk lovliggørelse. Økonomiske forhold er imidlertid ikke i sig selv afgørende.

Vurderingen af, om der skal ske fysisk eller retlig lovliggørelse, beror herefter på en afvejning af på den ene side de ovenfor nævnte hensyn (god tro, myndighedernes adfærd og omkostningerne) over for på den anden side hensynet til retshåndhævelsen og styrken af de samfundsmæssige hensyn, der varetages af den overtrådte regel.

Valget mellem fysisk og retlig lovliggørelse har givet anledning til flere domme. Fra retspraksis kan nævnes Højesterets dom i UfR 2000, side 2412 ff., som angik en ulovligt opført gyllebeholder. Forud for opførelsen havde ejendommens ejer anmeldt byggeriet til kommunen, som havde meddelt, at byggeriet kunne iværksættes, uden at gøre ejeren opmærksom på, at byggeriet på grund af sin placering krævede landzonetilladelse fra amtet. Efter klage fra en nabo traf amtet afgørelse om fysisk lovliggørelse, dvs. fjernelse af gyllebeholderen. Nævnet stadfæstede senere afgørelsen.

Højesteret lagde til grund, at der ikke ville være blevet givet tilladelse til opførelse af gyllebeholderen, hvis der inden opførelsen var ansøgt om zonetilladelse, og anførte, at det på den baggrund var udgangspunktet, at der skulle ske fysisk lovliggørelse, medmindre der som følge af gylletankens faktiske etablering var tilstrækkeligt tungtvejende grunde til en retlig lovliggørelse. Under henvisning til betænkning nr. 981/1983, side 81 f., om håndhævelse måtte Naturklagenævnet afveje hensyn til de landskabelige værdier m.v. og håndhævelses-hensyn, over for hensynet til ejeren og tabet ved tankens fjernelse og genopførelse andetsteds samt det samfundsmæssige værdispild. Højesteret fandt ikke grundlag for at tilside-sætte nævnets afvejning.

Ved Højesterets dom gengivet i UfR 2011, side 1712 ff., nægtede retten at underkende et lovliggørende regionplantillæg for en Bilka i Horsens, uanset at grundlaget for byggetilla-delsen til varehuset tidligere var blevet underkendt (se UfR 2004, side 1849 H), og uanset at regionplantillægget næppe ville være godkendt af de overordnede planmyndigheder, hvis det var forsøgt forud for varehusets opførelse. Højesteret anførte i den forbindelse bl.a., at

".. Vejle Amt ved sin stillingtagen til, om amtet burde medvirke til en retlig lovliggørelse af byggeriet, ligesom Miljøministeriet i afgørelsen af 30. maj 2005, har lagt vægt på, at Dansk Supermarked må anses for at have været i god tro ved byggeriets opførelse og på det samfundsmæssige værdispild ved en eventuel nedrivning af de opførte bygninger. Højesteret finder, at amtet har været berettiget hertil."

Se endvidere Højesterets dom i UfR 2005, side 3188 ff., der fandt, at Naturklagenævnets afslag på lovliggørende dispensation fra fredningsbestemmelse til et hus, der var en helårs-bolig på 160 m² i 1½ plan til ca. 4,2 mio. kr., var lovlig (hvor ejeren dog næppe var i god tro).

Den administrative praksis om valget mellem fysisk og retlig lovliggørelse er righoldig og restriktiv. Fra praksis kan jeg bl.a. nævne følgende afgørelser fra Naturklagenævnet: MAD 2001, side 1078, MAD 2001, side 1558 og MAD 2003, side 1007.

2.3 Forhold der ikke kan lovliggøres

Ud over valget mellem fysisk og retlig lovliggørelse anerkendes det især i administrativ praksis, at visse forhold ikke kan håndhæves - selv om der ikke kan ske retlig lovliggørelse. Det mest prægnante eksempel vedrører passivitet.

Udgangspunktet er, at lang tids forløb, passivitet mv. ikke fritager eller afskærer myndighederne for deres pligt til at håndhæve ulovlige forhold. Dette udtrykkes generelt ved, at der ikke kan vindes hævde på at opretholde et ulovligt forhold, jf. håndhævelsesbetænkningen, side 81, samt f.eks. Østre Landsrets dom i MAD 2011, side 2232.

Alligevel anerkendes det, at især i administrativ praksis fra Natur- og Miljøklagenævnet, at myndighederne kan være afskåret fra at håndhæve et forhold. I vejledningen om håndhævelse af naturbeskyttelsesloven, planloven og byggeloven (fra 2007), afsnit 2.1, henvises til eks. til to afgørelser fra Naturklagenævnet, hvori nævnet udtalte, at kommunen på grund af udvist passivitet var afskåret fra at håndhæve et forhold. Vejledningen konkluderer på den baggrund, at myndighederne efter omstændighederne kan være afskåret fra at håndhæve et ulovligt forhold grundet passivitet.

På jordforureningslovens område findes der i jordforureningslovens § 41, stk. 4, en særlig forældelsesregel, der bestemmer, at et påbud efter stk. 1 ikke kan meddeles, hvis der er gået 30 år eller mere efter ophøret af den produktionsmetode eller anvendelsen af det anlæg, der forårsagede eller kunne forårsage forureningen.

Af bemærkningerne til jordforureningslovens § 41, stk. 4, (o.a.st.) fremgår bl.a. følgende:

"Derimod gælder almindelige forvaltningsretlige regler, hvorefter miljømyndighederne efter passivitetsbetragtninger og indrettelsessynspunkter kan være afskåret fra at meddele påbud. Miljømyndighederne skal således reagere inden for en rimelig tid, når de får kendskab til en forurening, der kunne påbydes opryddet. Der vil være tale om en konkret vurdering af sagens samlede omstændigheder. Afgørende for vurderingen er således ikke alene, hvornår forureningen konstateres. Miljømyndighederne skal således have mulighed for, hvor dette ikke umiddelbart er klart, at undersøge, hvorfra kilden stammer, dvs. hvem der er forurener, og om der er behov for nærmere undersøgelser eller opryddninger. Sådanne undersøgelser og vurderinger må indpasses i myndighedernes øvrige ressourceanvendelse. Er der omvendt tale om en forurening, hvor både behovet for foranstaltninger er klarlagt, og en mulig påbudsadressat har været inddraget i sagen, tilsiger hensynet til påbudsadressaten, at sagen inden for et forholdsvist kortere tidsrum skal følges op af et påbud."

Forarbejderne synes således at antage, at der gælder en almindelig passivitetsregel for påbud efter jordforureningsloven, der supplerer særreglen i § 41, stk. 4, der kun gælder for påbud til forurenere.

Trykt praksis om passivitet og indretning i jordforureningssager er generelt sparsom.

I MAD 2006, side 299 ff., er optrykt en afgørelse fra Miljøstyrelsen, hvor styrelsen fandt, at passivitet i 21 måneder afskar en kommune fra at udstede undersøgelsespåbud, jf. jordforureningslovens § 40. I MAD 2009, side 1930 ff., er optrykt en afgørelse fra Miljøklagenævnet, hvori nævnet fandt, at da en forurening og forureningskilden var konstateret ved amtets kortlægningsundersøgelse, som kommunen modtog meddelelse om i januar 2002, var der i oktober 2008 gået så lang tid uden aktivitet i sagen, at det efter nævnets opfattelse ikke længere var muligt at gøre påbudsansvar gældende. Det meddelte påbud blev derfor ophævet.

I Jordforureningsloven med kommentarer (2011) anfører Pagh (side 788) følgende om jordforureningslovens håndhævelsesregel i § 67:

"Uanset miljøtilsynets lovliggørelsespligt efter jfl § 67 samtidig hjemler håndhævelsesmidler, må tilsynets håndhævelse anses for undergivet almindelige forvaltningsretlige principper om proportionalitet, berettiget forventning og passivitet. Dette betyder bl.a., at den i § 67 fastsatte forpligtelse for tilsynet i nogle tilfælde vil være afskåret, fx fordi tilsynets passivitet og hensynet til den forpligtedes berettigede forventninger fører til, at en fysisk lovliggørelse må ske på tilsynets regning, som fx i UfR 2000, side 2412."

Der kan herudover henvises til Søren H. Mørup i Juristen 2012, nr. 3, side 152 ff., med en redegørelse for passivitets- og indretningshensynet i administrativ praksis, hvor der bl.a. argumenteres for at anse passivitetssynspunkter som et udslag af et almindeligt forventningsprincip. Forfatteren argumenterer endvidere for, at håndhævelsesbetænkningens betingelse, hvorefter det forudsætter en dispensation at afskære fysisk lovliggørelse, er urigtig. Efter forfatterens opfattelse vil det almindelige forventningsprincip føre til, at et forhold ikke kan håndhæves - uanset om der er adgang til at dispensere (se a.st., side 154).

Hertil bemærkes, at de håndhævelsesprincipper fra betænkningen, som er gennemført i miljøbeskyttelsesloven og senere videreført i jordforureningsloven, netop udtrykker håndhævelsen af et ulovligt forhold som værende et valg mellem fysisk lovliggørelse eller retlig lovliggørelse, hvilket efter min mening er begrundet i tungtvejende hensyn til legalitetsprincippet, herunder kravet om lovliggørelse.

Uden for de særlige tilfælde af passivitet e.l. finder jeg det derfor betænkeligt at tilslutte mig, at der findes en bredere gruppe af forhold, som ikke kan lovliggøres - hverken fysisk eller retligt. Dette må generelt have formodning mod sig, hvilket efter min mening også understøttes af de ovenfor nævnte domme i gylletanks- og Bilka Horsens-sagen. Højesteretsdommene inddrages slet ikke i Søren H. Mørups artikel i Juristen, hvilket gør det vanskeligt at bedømme hans konklusioner endeligt.

3. MIN VURDERING

På baggrund af Natur- og Miljøklagenævnets afgørelse af 27. marts 2012 om afslag på dispensation må det lægges til grund, at den tilførte jord til råstofgraven hos Farum Sten og Grus A/S er sket ulovligt og klart i strid med jordforureningslovens § 52.

Den foretagne jordopfyldning i grusgraven i perioden efter Frederiksborg Amt traf afgørelse i 1998 udgør derfor, hvad der må betegnes som en grov overtrædelse af forbuddet i jordforureningslovens § 52. Det ligger uden for mit opdrag at overveje, om der kan være grundlag for et strafferetligt ansvar i anledning af overtrædelsen, jf. jordforureningslovens § 88, stk. 1, nr. 8, idet dette spørgsmål i sidste ende henhører under anklagemyndigheden og domstolene. Jeg finder dog anledning til at bemærke, at det anførte nedenfor om en eventuel retlig lovliggørelse ikke i sig selv udelukker, at et sådant ansvar kan komme på tale.

Efter min opfattelse indebærer jordforureningslovens § 67, at Region Hovedstaden er forpligtet til at lovliggøre det ulovlige forhold ved i første række at overveje, om den jord, der er tilført i strid med forbuddet, skal kræves fjernet (fysisk lovliggørelse), eller om der skal gives en bagudrettet lovliggørende dispensation (retlig lovliggørelse). En lovlig løsning kan også bestå i en kombination af fysisk og retlig lovliggørelse.

Som det fremgår af afsnit 1.2 ovenfor skal en myndighed ved overvejelse af spørgsmålet om retlig eller fysisk lovliggørelse først overveje, om der lovligt ville være givet en dispensation efter de normale regler herom ved en forudgående ansøgning. Dette spørgsmål må anses for endeligt afklaret ved Natur- og Miljøklagenævnets afgørelse af 27. marts 2012, hvorefter amtets oprindelige afslag på dispensation skulle stå ved magt, samt ved nævnets afslag på genoptagelse.

Regionen har herefter pligt til at overveje, om det ulovlige forhold alligevel skal lovliggøres retligt som følge af forholdets faktiske etablering og sagens omstændigheder, eller om jorden kan kræves fjernet. Om det er tilfældet beror herefter på et konkret skøn, hvori indgår de miljømæssige risici ved at lade jorden forblive på ejendommen og hensynet til retshåndhævelsen set over for omkostningerne ved at kræve jorden fjernet samt myndighedernes adfærd og Farum Sten og Grus A/S' indrettelse herefter.

Med hensyn til de miljømæssige risici har jeg ikke mulighed for at bedømme validiteten af Niras A/S' undersøgelse, og jeg har derfor lagt undersøgelsens konklusioner til grund. Ud fra disse må jeg derfor lægge til grund, at den tilførte jord i grusgraven hovedsageligt er uforurenet eller lettere forurenet, men at der navnlig i det, som i rapporten betegnes som delområde B og D, er konkrete indikationer for, at der findes (mindre) kerner af forurenet jord, som kan give anledning til udvaskning af mobile komponenter fra jorden til grundvandet i høje koncentrationer. Rapporten anfører, at dette kan berettigge yderligere undersøgelser af område B og D.

For så vidt angår delområde A, C, og E forstår jeg Niras A/S' konklusion således, at undersøgelserne indikerer, at jorden altovervejende er uforurenet eller lettere forurenet, at der derfor ikke kan påvises en aktuel eller potentiel risiko for grundvandet uden for grusgravens område fra jordprøver, udvaskningstest og grundvandsprøverne og at der heller ikke vil være risiko for, at grundvandet uden for grusgravens område, hvis der alligevel måtte findes mindre kerner af forurenet jord, jf. den konceptuelle model.

Dette betyder ikke, at der ingen risiko er for miljøet. Risikoen for grundvandet fra en jordforurening skal umiddelbart bedømmes i det sekundære eller primære grundvandsmagasin under den pågældende jordforurenings kerne. Hvis der skal foreligge høj grad af sikkerhed for, at der slet ingen risiko er for grundvandet, må det derfor kunne godtgøres, at grundvandet umiddelbart under forureningskilden slet ikke vil kunne overskride Miljøstyrelsens grundvandskvalitetskriterier. Der er derfor ikke holdepunkter for at hævde, at den tilførte jord med - høj grad af sikkerhed - slet ikke vil kunne medføre, at grundvandet forurenes, men kun at eventuelle forureninger i jordpuljen ikke vil kunne udgøre en risiko for grundvandsressourcerne i området uden for grusgraven.

Over for disse miljømæssige risici står, at Region Hovedstaden i notat af 12. juli 2012 har anslået, at en fjernelse af den tilførte jord, herunder i delområde A, C og E, vil koste et eksorbitant millionbeløb. Myndighederne adfærd må endvidere indgå i vurderingen. Dærende Frederiksborg Amt - og senere Region Hovedstaden - har været i den retsvildfarelse, at klage over amtets afslag på dispensation havde opsættende virkning. Frederiksborg Amt undlod endvidere at videresende Farum Sten og Grus A/S' klage over afslaget på dispensation, ligesom amtet ikke gjorde virksomheden opmærksom på, at klagen ikke havde opsættende virkning. Amtet har endvidere over de følgende 8 år gennemført en række tilsynsbesøg i området - uden det på noget tidspunkt er påtalt over for Farum Sten og Grus A/S, at der blev tilført jord til grusgraven.

Navnlig under hensyn til den miljømæssige undersøgelse og de betragtelige omkostninger forbundet med en fjernelse af jorden er det herefter min opfattelse, at Region Hovedstaden under de givne omstændigheder vil være afskåret fra at kræve, at Farum Sten og Grus A/S fjerner den tilførte jord (dvs. fysisk lovliggørelse) i delområde A, C og E.

Region Hovedstaden er derfor i denne situation forpligtet til at lovliggøre forholdet retligt, og det sker gennem en lovliggørende dispensation efter jordforureningslovens § 52, stk. 2, nr. 3. Det vil i den forbindelse efter min mening være lovligt at stille krav om, at grundvandet under de lovliggjorte jordområder skal overvåges en periode, og at det tilførte byggeaffald skal fjernes, sådan som regionen lægger op til.

Med hensyn til delområde B og D er det min opfattelse, at de miljømæssige risici ikke er tilstrækkeligt belyst til, at der kan foretages en endelig vurdering. Jeg anbefaler derfor, at disse arealer undersøges nærmere. Regionen kunne overveje at påbyde Farum Sten og Grus

A/S at stå for undersøgelsen af forureningen, jf. jordforureningslovens § 40, men jeg har forstået, at regionen selv ønsker at stå for undersøgelsen.

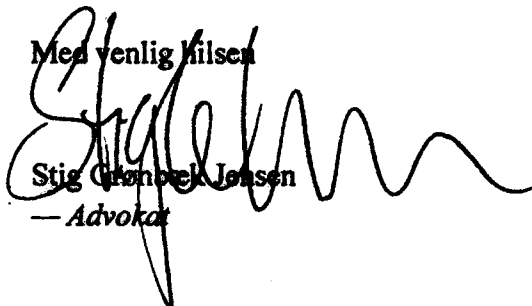
Afhængig af resultaterne af de fornyede undersøgelser foretaget af Farum Sten og Grus A/S, jf. ovenfor, vil også områder B og D kunne lovliggøres retligt. På baggrund af undersøgelserne kan det imidlertid også blive resultatet, at Farum Sten og Grus A/S pålægges at fjerne hele eller dele af den tilførte jord til delområde B og D for at afværge de miljømæssige risici. Dette kan der imidlertid først tages stilling til i forbindelse med den nye undersøgelses afrapportering.

Regionen Hovedstaden kan lovligt afvente undersøgelsesresultat og træffe en samlet afgørelse om den ulovligt tilførte jord. Regionen bør dog underrette Farum Sten og Grus A/S om, hvorpå sagen beror, herunder at de forureningsmæssige undersøgelser ikke bekostes af regionen ud fra en antagelse om erstatningsansvar for regionen.

For en god ordens skyld bemærkes, at hverken Frederiksborg Amt eller Region Hovedstaden efter min mening har udvist passivitet i et omfang, der bevirker, at regionen nu skulle være afskåret fra at håndhæve forbuddet i jordforureningslovens § 52. Det har således været kendeligt for Farum Sten og Grus A/S, at regionen ikke anså jordtilførslen som værende ulovlig helt frem til Natur- og Miljøklagenævnets afgørelse den 27. marts 2012. Den subjektive betingelse for passivitet er således ikke til stede.

Hvis Niras A/S' undersøgelse lægges til grund, kan en retligt lovliggørende dispensation af delområde A, C og E heller ikke siges at ligge uden for ordgrænsen af dispensationsbestemmelsen i jordforureningslovens § 52, stk. 2, nr. 3. Jeg ser det derfor ikke som en lovlig mulighed, at sagen slutter med, at Region Hovedstaden blot konstaterer, at det ulovlige forhold ikke kan håndhæves.

Med venlig hilsen



Stig Grønbech Jensen
— Advokat