

# Bæredygtigt fiskeri: EU's enekompetence – fra fri bemægtigelse til *res communes*

## Refleksioner over dommen i sag C-683/16

*Af Peter Pagh*

Inspireret af EU-Domstolens dom i sag C-683/16 er emnet for dette bidrag den retlige status af fisk og fiskeri, der historisk har udviklet sig fra fri bemægtigelse af det, som ingen ejer (*res nullius*), til, at fiskebestanden er et fælles gode (*res communes*),<sup>1</sup> hvis regulering inden for EU ikke er omfattet af medlemsstaternes højhedsret, men undergivet EU's enekompetence.

Mens medier og politikere i Danmark efter Rigsrevisionens beretning fra august 2017 om kvotekonzentrationen i dansk fiskeri diskuterede kvotekonger, har der i ubemærket for den danske offentlighed verseret en tysk præjudiciel forelæggelse ved EU-Domstolen om rækkevidden af EU's enekompetence på fiskeriområdet i forhold til EU's regler om beskyttelse af marine arter og marin natur, nemlig sag C-683/16 *Deutscher Naturschutzring*.

1. Begreberne '*res communes*' og '*res nullius*' stammer fra Justinian Institutiones retlige klassificering af ting efter tilhørsforhold, der tillige omfatter privat ejendom, statens ejendom og lokale fællesskabers ejendom. *Res communes* omfatter bl.a. luften og tilhører ikke staten, men skal forvaltes som et fælles gode. For en uddybende gennemgang af Justinians Institutiones i en miljøretilig kontekst, se *Pagh: Miljøansvar – en ret for hvem 1998*, s.135 ff., hvor jeg er *Henrik Stevnsborg* stor tak skyldig for hjælp med forståelse af Romerretten.

I juni 2018 kom EU-domstolens afgørelse, der bl.a. fastslog, at en medlemsstat ikke på grundlag af pligten til at hindre skadelig påvirkning af marine Natura 2000-områder efter habitatdirektivets art. 6 kan forbyde eller begrænse bundgarnsfiskeri fra fiskefartøjer fra andre medlemsstater, selv om fiskeriet kan skade Natura 2000-området. Dommen i sag C-683/16 fastslog endvidere, at der i forhold til en medlemsstats egne fiskefartøjer er begrænsede muligheder for at fastsætte bevaringsforanstaltninger for fiskeri af hensyn til miljøet. Da dette nok vil komme bag på mange, er det fundet nødvendigt med en forholdsvis fyldig omtale af dommen, inden jeg vender tilbage til nogle af de principielle juridiske spørgsmål, som dommen rejser mht. EU's enekompetence og beskyttelse af arter.

## 1. Grundlaget for EU's enekompetence

Det fremgår entydigt af TEUF art. 3, stk. 1, at EU har enekompetence mht. "*bevarelse af havets biologiske ressourcer inden for rammerne af den fælles fiskeripolitik*". Så tydelig var traktaten ikke før Lissabon-Traktaten.

Det traktatmæssige hjemmelsgrundlag for EU's enekompetence på fiskeriområdet var udtrykket 'fiskeriprodukter' i Traktatens hjemmel for EU's landbrugsregulering, nu TEUF art. 38, stk. 2, hvorefter landbrugsvarer også omfatter fiskeriprodukter. Ved Danmarks og Storbritanniens indtræden i EU i 1973 indeholdt tiltrædelsestraktaten imidlertid bestemmelser om fiskeriodningen. Heraf fremgik bl.a., at Danmarks højhedsområde for fiskeri udvides fra 6 til 12 sømil og kan opretholdes frem til udgangen af 1982, og at EU skal fastsætte vilkår for udøvelse af fiskeri for at "*sikre beskyttelse af fiskebankerne og bevaring af havets biologiske ressourcer*" (art. 102).

Da overfiskning i midten af 1970'erne truede særligt silde- og sperlingbestanden i Nordsøen, vedtog EU i 1977 forordning 350/77 om visse midlertidige foranstaltninger til bevarelse og regulering af fiskeressourcer, hvori gennemførtes et forbud mod sildefiskeri i Nordsøen, et midlertidigt forbud mod sildefiskeri i det det Keltiske Hav og mod sperlingfiskeri i dele af Nordsøen. Som hjemmel var anført den danske tiltrædelsestraktat art. 102 og den daværende Romtraktats art. 103, stk. 4, om midlertidige forsyningsvanskeligheder.

Uklarheden om hjemmelsgrundlaget blev imidlertid afklaret i sag 804/79 *Kommissionen mod U.K.*, hvor den britiske regering bestred EU's

enekompetence på fiskeriområdet. EU-Domstolen afviste indsigelsen og udtalte i (præmis 17 og 20):

”beføjelsen til at træffe foranstaltninger inden for den fælles fiskeripolitik med hensyn til bevarelse af havets ressourcer – efter udløbet den 1. januar 1979 af den overgangsperiode, der er fastsat i tiltrædelsesaktens artikel 102 – fuldstændigt og endeligt tilkommer Fællesskabet. [...] da beføjelser på dette område er fuldstændig og endelig« kan [Rådets] undladelse [af at vedtage nærmere regler] ikke i noget tilfælde genoplive medlemsstaternes kompetence og frihed til at optræde ensidigt på dette område.”

I de forenede sager C-3, 4 og 6/76 *Kramer* blev det endvidere fastslået, at EU's enekompetence også gælder i relation til tredjeland. Det er derfor alene EU, der har kompetence til at indgå aftaler med tredjeland om regulering af fiskeri og fiskebestande, medmindre EU ved forordning eller beslutning har overladt dette til en medlemsstat. Men der er i så fald tale om en delegation af beføjelse, som EU kan tilbagekalde.

Da fiskebestanden både udgør en uadskillelig del af havets biologiske ressourcer og samtidig er afhængig af havets biologiske ressourcer, kan det give anledning til tvivl, i hvilket omfang EU's miljøregler kan anvendes i forhold til fiskeri, som det fremgår af sag C-683/16.

## 2. Baggrunden for sag C-683/16 *Deutscher Naturschutzring*

Baggrunden for den tyske sag var, at den tyske miljøorganisation, *Deutscher Naturschutzring* (DN) fandt, at bundgarnsfiskeri i to marine naturområder i Østersøen (Pommersche Bucht og Pommersche Bucht mit Oderbank) og et marint naturområde i Nordsøen (*Sylter Außenriff*) alle beliggende inden for den tyske eksklusive økonomiske zone, var skadeligt for den beskyttede natur.

Ved en justering af de tidligere udpeget Natura 2000-områder havde Kommissionen i 2007 på grundlag af habitatdirektivets art. 4 udlagt det ene område i Østersøen og det andet område i Nordsøen som Natura

2000-områder, hvor der var drevet erhvervsfiskeri med bundgarnsfiskeri.<sup>2</sup>

Kommissionens beslutning om, hvilke bestemte geografiske områder og disses nærmere afgrænsning der er udlagt som Natura 2000-områder, er ligeledes udtryk for EU's enekompetence. Det er nemlig alene Kommissionen, der efter habitatdirektivets art. 4 og art. 9 har kompetencen til at udlægge, afklassificere eller ændre afgrænsningen af en lokalitet som omfattet af EU's Natura 2000-netværk og den beskyttelse, der følger af habitatdirektivets art. 6, jf. sag C-117/03 *Draggagi*, sag C-301/12 *Cascina* og sag C-281/16 *Vereniging Hoekschewaards Landschap*.<sup>3</sup>

Det er derfor misvisende, når miljømålslovens § 36 giver indtryk af, at det er miljø- og fødevarerministeren, der i Danmark udpeger Natura 2000-områder. For de særlige fuglebeskyttelsesområder omfattet af fuglebeskyttelsesdirektivets art. 4 er kompetencen til at udlægge lokaliteter dog overladt til de nationale myndigheder på grundlag af fuglebeskyttelsesdirektivets kriterier. Disse kriterier hjemler kun mulighed for at tage hensyn til ornitologiske kriteier, mens der ikke kan tages samfundsøkonomiske hensyn, jf. sag C-44/95 *Royal Society of Wild Birds*. Nye lokaliteter skal udpeges, når fuglene foretrækker nye områder, jf. sag C-209/04 *Kommissionen mod Østrig* og sag C-418/04 *Kommissionen mod Irland*.<sup>4</sup>

Efter at Kommissionen i 2007 havde udlagt de to marine områder som Natura 2000-områder, fortsatte det erhvervsmæssige bundgarnsfiskeri. I juli 2014 anmodede DN de tyske miljømyndigheder om at forbyde havfiskeri med bundberørende fangstmetoder i de to områder. DN henviste til, at bundgarnsfiskeriet forringede rev og sandbanker og medførte bifangst af marsvin og fugle, hvilket DN mente var i modstrid med habitatdirektivets art. 6, stk. 2, hvorefter

2. Det tredje marine naturområde i sag C-386/16 var, så vidt jeg forstår, ikke Natura 2000-område, men er ikke nærmere behandlet af EU-Domstolen, formentlig fordi bevaringsforanstaltninger i relation til fiskeri i alle tilfælde er udelukket.
3. Se uddybende *Pagh*: Tfm 2014.84 og *Pagh*: MAD 2017.402.
4. Se hertil uddybende *Pagh*: Fast Ejendom – regulering og køb, 2017, s. 442 ff.

*»Medlemsstaterne træffer passende foranstaltninger for at undgå forringelse af naturtyperne og levestederne for arterne i de særlige bevaringsområder samt forstyrrelser af de arter, for hvilke områderne er udpeget, for så vidt disse forstyrrelser har betydelige konsekvenser for dette direktivs målsætninger.«*

Det fremgår ikke af EU-Domstolens dom eller generaladvokatens forslag til afgørelse, hvilke arter og naturtyper der er anført i udpegningsgrundlaget for de to marine Natura 2000-områder, men efter oplysningerne om sagens omstændigheder var de tyske miljømyndigheder ikke uenige i, at bundgarnsfiskeriet havde skadelig virkning på de to Natura 2000-områders udpegningsgrundlag.

Det tyske miljøministerium afviste imidlertid, at de tyske myndigheder havde mulighed for at gribe ind over for erhvervsfiskeriet i de to Natura 2000-områder, med den begrundelse, at de tyske myndigheder ikke havde kompetence og derfor ikke kunne vedtage de af DN ønskede foranstaltninger, da regulering af fiskeri henhører under EU's enekompetence, jf. TEUF art. 3, stk. 1 (d).

DN anlagde herefter sag mod ministeriet med påstand om, at afslaget var ugyldigt, da det betød en tilsidesættelse af de tyske myndigheders pligt til at undgå skadelige virkninger på Natura 2000-områder efter habitatdirektivets art. 6, stk. 2. Endvidere gjorde DN gældende, at de tyske myndigheders passivitet tillige var en overtrædelse af miljøansvarsdirektivet (2004/35), da fiskeriet medførte miljøskaade på beskyttet natur, hvor genopretning skal betales af forureneren, jf. miljøansvarsdirektivets art. 1.

Det tyske miljøministerium fastholdt den manglende kompetence og henviste under retssagen supplerende til forordning 1380/2013 om den fælles fiskeripolitik (også betegnet grundforordningen), artikel 11, stk. 1 og 2, hvorefter

*1. Medlemsstaterne er beføjede til at vedtage bevarelsesforanstaltninger, der ikke berører andre medlemsstaters fiskerifartøjer, som finder anvendelse på farvande, der hører under deres højhedsområde eller jurisdiktion og er nødvendige for at leve op til deres forpligtelser i henhold til artikel 13, stk. 4, i direktiv 2008/56/EF, artikel 4 i direktiv 2009/147/EF eller artikel 6 i direktiv 92/43/EØF, under forudsætning af, at disse foranstaltninger er forenelige med målsætningerne i artikel 2, opfylder målsætningerne for den relevante EU-lovgivning, som de har til formål at gennemføre, og ikke er mindst lige så stringente som foranstaltninger efter EU-retten.*

2. Hvis en medlemsstat (»den medlemsstat, der tager initiativet«) finder, at der er behov for at vedtage foranstaltninger med henblik på at overholde de i stk. 1 omhandlede forpligtelser, og andre medlemsstater har en direkte forvaltningsmæssig interesse i det fiskeri, der vil blive berørt af disse foranstaltninger, skal Kommissionen have beføjelse til efter anmodning at vedtage sådanne foranstaltninger, ved delegerede retsakter i henhold til artikel 46. Med henblik herpå finder artikel 18, stk. 1-4 og [..]. 6, tilsvarende anvendelse. (min understregning).

De tyske myndigheder gjorde gældende, at selv om en medlemsstat efter grundforordningens art. 11 har mulighed for at iværksætte 'bevarelsesforanstaltninger' for at opfylde forpligtelsen efter habitatdirektivets art. 6, fuglebeskyttelsesdirektivets art. 4 og havstrategidirektivets art. 13, stk. 4, er det efter art. 11, stk. 1, udelukket at udstrække sådanne bevarelsesforanstaltninger til at omfatte andre medlemsstaters fartøjer.

Dette førte til en præjudiciel forelæggelse, hvor EU-Domstolen måtte tage stilling til om forbuddet mod bundgarnsfiskeri for at beskytte Natura 2000-områder kan anses for 'bevaringsforanstaltninger' omfattet af grundforordningens art. 11, stk. 1, og om forordningens art. 11 er til hinder for, at et sådant forbud omfatter fiskeri fra fartøjer fra andre medlemsstater.

Endelig blev EU-Domstolen bedt om at tage stilling til, om oprensningen af miljødirektiver i grundforordningens art. 11, stk. 1, skulle anses for udtømmende, hvorefter medlemsstaterne alene har mulighed for at vedtage bevaringsforanstaltninger vedrørende fiskeri af hensyn til habitatdirektivets art. 6, fuglebeskyttelsesdirektivets art. 4 og havstrategidirektivets art. 13, stk. 4. Spørgsmålet var med andre ord, om medlemsstaterne i forhold til fiskeri har kompetence til at fastsætte bevaringsforanstaltninger, der alene berører medlemsstatens egne fiskefartøjer, hvis sådanne foranstaltninger sker for at opfylde andre miljødirektiver end de tre anførte.

Ved EU-Domstolen blev DN støttet af den portugisiske regering, der henviste til, at selv om EU efter TEUF art. 3, stk. 1(d), har enekompetence mht. "bevarelse af havets biologiske ressourcer inden for rammerne af den fælles fiskeripolitik", falder de andre aspekter af den fælles fiskeripolitik og miljøet inden for de områder, hvor der er delt kompetence mellem EU og medlemsstaterne efter TEUF art. 4, stk. 2(d) og (e). Den portugisiske regering og DN mente på denne baggrund, at eftersom forordning 1380/2013 om den fælles fiskeripolitik var vedtaget med hjemmel i TEUF

art. 43, stk. 2, kunne forordningens bevaringsforanstaltninger kun omfatte fiskeriforanstaltninger, men ikke foranstaltninger vedtaget med henblik på at beskytte miljøet.

### 3. Dommen i sag C-683/16

EU-Domstolen lagde indledningsvis til grund, at forordningen om den fælles fiskeripolitik art. 11 ikke er til hinder for, at en medlemsstat vedtager restriktioner for erhvervsfiskeri i marine Natura 2000-områder for medlemsstatens egne fiskefartøjer under forudsætning af, at foranstaltningerne er forenelige med målsætningerne i forordningen om den fælles fiskeripolitik art. 2 og opfylder målet med habitatdirektivet.

Herefter fastslog dommen, at begrebet '*bevaringsforanstaltninger*' i fiskeriforordningens art. 11, stk. 1, omfatter forbud mod fiskeri med bundberørende fiskeredskaber og bundsat garn i bestemte geografiske områder, uanset om disse er Natura 2000-områder. Som begrundelse anførte EU-domstolen i præmis 43-45:

”Deutscher Naturschutzring og den portugisiske regering har ganske vist gjort gældende, at begrebet »bevarelsesforanstaltninger« kun omfatter de foranstaltninger, som forfølger et formål, der har forbindelse med den fælles fiskeripolitik, mens de nævnte bevarelsesforanstaltninger har en meget bredere rækkevidde, fordi de er vedtaget med henblik på miljøbeskyttelse.

Som generaladvokaten har anført i punkt 23 i forslaget til afgørelse, er den omstændighed, at de foranstaltninger, der forbyder anvendelsen af visse fangstmetoder og redskaber, også har indvirkning på andre arter end dem, der er genstand for fiskeri, dog ikke tilstrækkeligt til, at disse foranstaltninger falder uden for anvendelsesområdet for den nævnte politik. Den modsatrettede argumentation bekræftes således ikke af en nærmere undersøgelse af ordlyden og opbygningen af artikel 7 og 11 i forordning nr. 1380/2013, hvis gyldighed er ubestridt. Disse artikler omfatter således ingen udelukkelse hvad angår vedtagelsen af foranstaltninger, der begrænser de fangstmetoder, der er tilladte med henblik på miljøbeskyttelse. Denne forordnings artikel 7, stk. 1, litra d), og artikel 7, stk. 2, litra e), tilsigter derimod udtrykkeligt vedtagelsen af bevarelsesforanstaltninger, der har til formål at fremme fiskeri med be-

grænset indvirkning på det marine økosystem, og i bredere forstand vedtagelsen af specifikke foranstaltninger til at mindske fiskeriets negative indvirkning på den marine biodiversitet og de marine økosystemer.”

Herefter lagde EU-Domstolen til grund, at begrebet 'fiskefartøjer fra andre medlemsstater' i art. 11 skal fortolkes i overensstemmelse med Havretskonventionens art. 91 og 94 som omfattende fiskefartøjer, der fører en anden medlemsstats fag end den medlemsstat, der udøver højhedsret i det område, hvor der fiskes. Art. 11 i forordningen om den fælles fiskeripolitik er derfor til hinder for, at en medlemsstat for at opfylde habitatdirektivets art. 6 vedtager foranstaltninger for farvande, der hører under dennes højhedsområde og jurisdiktion, hvormed der indføres et omfattende forbud mod erhvervsfiskeri i Natura 2000-områderne med bundbærende fiskeredskaber og bundsat garn, eftersom sådanne foranstaltninger har indvirkning på de fiskerifartøjer, som fører andre medlemsstaters flag (præmis 56).

I forlængelse heraf fastslog EU-Domstolen, at hjemlen i fiskeriforordningens art. 11, stk. 1, til, at en medlemsstat kan vedtage bevaringsforanstaltninger for medlemsstatens fiskefartøjer kun gælder, når dette er nødvendigt for at opfylde habitatdirektivets art. 6, fuglebeskyttelsesdirektivets art. 4 og havstrategidirektivets art. 13, stk. 4, er udtømmende og begrænset til de foranstaltninger, der er nødvendige for, at medlemsstaterne kan opfylde de tre nævnte bestemmelser i EU's miljølovgivning. EU-domstolen henviste til, at da bemyndigelsen i artikel 11, stk. 1,

”indfører en undtagelse til den i artikel 6 i forordning nr. 1380/2013 fastsatte generelle regel, hvorefter EU har kompetence til at vedtage bevarelsesforanstaltninger, skal bestemmelserne [...] fortolkes strengt”.

En medlemsstat kan derfor ikke vedtage bevaringsforanstaltninger for egne fiskefartøjer for at opfylde forpligtelserne efter miljøansvarsdirektivet eller andre af EU's miljøregler om bevarelse af havets biologiske ressourcer som fx habitatdirektivets og fuglebeskyttelsesdirektivets generelle beskyttelse af arter.



#### 4. Konsekvenser for naturbeskyttelse i den eksklusive zone

Det må understreges, at dommen i sag C-683/16 alene har betydning for regulering af fiskeri i den eksklusive økonomiske zone, mens dommen ikke angår medlemsstaternes regulering af fiskeri inden for 12-sømilezonen. Efter forordningen om den fælles fiskeripolitik art. 20 er medlemsstaterne således inden for 12-sømilezonen tillagt kompetence til at vedtage ikke diskriminerende foranstaltninger til bevarelse og forbedring af fiskeressourcerne og marine økosystemer, der også gælder for fiskefartøjer fra andre medlemsstaterne, men medlemsstaten skal underrette Kommissionen og afvente Kommissionens stilling, jf. art. 20, stk. 2.

Men med denne modifikation er dommen udtryk for en begrænsning af medlemsstaternes mulighed for i forhold til fiskeriet at opfylde de forpligtelser til beskyttelse af havets biologiske ressourcer, der følger af EU's forskellige miljødirektiver om det marine miljø, hvis sådanne forpligtelser ikke direkte er fastsat i EU's regulering af den fælles fiskeripolitik.

Efter dommen må der sondres mellem de miljøregler, der udtrykkeligt er nævnt i art. 11, stk. 1, i forordningen om den fælles fiskeripolitik og de mange andre forpligtelser til at beskytte det marine miljø, der følger af EU's mange andre miljøregler, som fx artsbeskyttelsen efter habitatdirektivets art. 12-16.

##### 4.1. Habitatdirektivets art. 6

Det følger af forordningen om den fælles fiskeripolitik art. 11, stk. 1, og dommen i sag C-683/16, at en medlemsstat kan fastsætte restriktioner for egne fiskefartøjers fiskeri i medlemsstatens eksklusive økonomiske zone for at opfylde forpligtelserne efter habitatdirektivets art. 6, fuglebeskyttelsesdirektivets art. 4 og havstrategidirektivets art. 13, stk. 4. Derimod kan sådanne restriktioner ikke pålægges fiskefartøjer fra andre medlemsstater, hvilket først og fremmest kan give problemer med beskyttelse af Natura 2000-områder og fuglebeskyttelsesområder, som det belyses i det følgende.<sup>5</sup>

5. Det er uklart, hvorfor fiskeriforordningen nævner fuglebeskyttelsesdirektivets art. 4, da beskyttelsen af fuglebeskyttelsesområder mod skadelig virkning siden 1994 har været reguleret i habitatdirektivets art. 6, stk. 2-4, jf. habitatdirektivets art. 7. Fuglebeskyttelsesdirektivets art. 4, stk. 4, har kun betydning for de områder, som medlemsstaterne skulle have udpeget, men ikke har udpeget, jf. sag C-141/14 *Kommissionen mod Bulgarien* og sag C-374/98 *Kommissionen mod Frankrig*.

Dommen i sag C-683/16 må sammenholdes med sag C-127/02 *Waddenzee*, der vedrørte fiskeri i marint fuglebeskyttelsesområde og var en af de første skelsættende domme om fortolkning habitatdirektivets art. 6's beskyttelse af Natura 2000-områder og fuglebeskyttelsesområder. Dommen vedrørte de hollandske myndigheders årlige fornyelse af fiskeritilladelse til en hollandsk muslingefisker i et fuglebeskyttelsesområde i Vadehavet, hvilket blev anfægtet af hollandske miljøorganisationer. Med dommen blev det fastslået, at fornyelse af tilladelse til muslingefiskeri skal anses for et *projekt*, der derfor efter habitatdirektivets art. 6, stk. 3, kræver konsekvensvurdering af, hvordan muslingefiskeriet vil påvirke fuglebeskyttelsesområdets bevaringsstatus. Dommen i sag C-127/02 fastslog videre, at tilladelsen til muslingefiskeri kun kan meddeles, hvis de nationale myndigheder på grundlag af konsekvensvurderingen har videnskabelig vished for, at muslingefiskeriet ikke vil have skadelig virkning på fuglebeskyttelsesområdet, og at habitatdirektivets art. 6, stk. 3, har direkte effekt og dermed gælder uanset manglende national implementering.<sup>6</sup>

Denne vidtgående retsvirkning af habitatdirektivets art. 6 er yderligere udbygget i EU-Domstolens senere domme. I sag C-6/04 *Kommissionen mod U.K.* blev det fastslået at disse regler gælder og forpligter medlemsstaterne inden for medlemsstaternes eksklusive økonomiske zone, og at reglerne også gælder mod skadelige aktiviteter uden for de udlagte Natura 2000-områder og fuglebeskyttelsesområder. I sag C-142/16 *Kommissionen mod Tyskland* fandt EU-Domstolen, at indvinding af kølevand fra Elben krævede konsekvensvurdering af projektets påvirkning af migrerende fisk til Natura 2000-områder beliggende 600 km opstrøms projektet, da begrænsninger i migration kunne påvirke de migrerende arters reproduktionsevne i de opstrøms beliggende Natura 2000-områder.<sup>7</sup>

Det fremgår endvidere af sag C-117/00 *Kommissionen mod Irland*, at forbuddet mod skadelige aktiviteter i habitatdirektivets art. 6, stk. 2 også omfatter hidtidigt lovlige aktiviteter. I sag C-241/08 *Kommissionen mod Frankrig* er det yderligere fastslået, at beskyttelsesniveauet efter habitatdirektivets art. 6, stk. 2 for hidtidigt lovlige aktiviteter er det samme som efter art. 6, stk. 3 for nye projekter og nye planer. I konsekvens heraf fastslog EU-domstolen i sag C-399/14 *Grüne Liga Sachsen*, at hvis det er sandsynligt, at en hidtidigt lovlig aktivitet har skadelig virkning på et Natura

6. Se *Pagh*: UfR 2005B.25 og *Pagh*: Fast Ejendom – regulering og køb, 2017, s. 454 ff.

7. Om dommens konsekvenser for hidtidig dansk praksis, se *Pagh*: TfM 2017, s. 295.

2000-område, har de nationale myndigheder pligt til at gennemføre en konsekvensvurdering af den lovlige aktivitets påvirkning af Natura 2000-området. Hvis vurderingen viser, at aktiviteten kan have væsentlig skadelig virkning på Natura 2000-området, skal aktiviteten standses, medmindre der er grundlag for at anvende undtagelsen for bydende nødvendige samfundshensyn i habitatdirektivets art. 6, stk. 4.<sup>8</sup>

Set i lyset af ovenstående udvalg af EU-Domstolens knap 100 domme om fortolkning af habitatdirektivets art. 6 er det forståeligt, at en tysk miljøorganisation mente, at de tyske myndigheder havde pligt til at forhindre bundgarnsfiskeri, der har skadelig virkning på to marine Natura 2000-områder, uanset om fiskeriet drives af fiskefartøjer fra andre medlemsstater.

Efter dommen i sag C-683/16 er det derimod sikkert, at Danmark (og andre medlemsstater) ikke ensidigt kan beslutte begrænsninger for andre medlemsstaters fiskefartøjers fiskeri eller fangstmetoder i bestemte geografiske dele af medlemsstatens eksklusive økonomiske zone, uanset om fiskeriet fra andre landes fiskefartøjer har skadelig virkning på et marint Natura 2000-områdes udpegningsgrundlag. Det gør i den sammenhæng ingen forskel, om fiskene landes i dansk havn. Denne territoriale begrænsning og rækkevidde af EU's enekompetence på fiskeripolitikens område efter TEUF art. 3, stk. 1(d), er der ikke taget højde for i fiskerilovens §§ 10 d-10 i, der er tænkt som en implementering af habitatdirektivets art. 6 i fiskeriloven, men ikke sonder mellem fiskeri fra danske og andre medlemsstaters fiskefartøjer i den eksklusive økonomiske zone.

Dommens fortolkning af art. 11 i forordningen om den fælles fiskeripolitik hindrer ikke i sig selv, at Fiskeriministeriet pålægger danske fiskefartøjer begrænsninger i marine Natura 2000-områder, og efter habitatdirektivets art. 6 er ministeriet forpligtet hertil, hvis danske fiskefartøjers fiskeri eller fangstmetoder kan have skadelig virkning på et marint Natura 2000-områdes udpegningsgrundlag. Helt så enkelt er det imidlertid ikke, da det ikke giver mening at begrænse danske fiskefartøjers fiskeri i et område, hvis fiskeriet i området efterfølgende overtages af fiskefartøjer fra andre medlemsstater. Dette må efter min opfattelse føre til, at det normalt ikke er muligt for Danmark at indføre ensidige begrænsninger for erhvervsfiskeri og fangstmetoder i Natura 2000-områder i den danske eksklusive økonomiske zone, da sådanne restriktioner for danske fiskefartø-

8. Se *Pagh*: TfM 2016, s. 125 og *Pagh*: Fast Ejendom – regulering og køb, 2017, s. 442 ff.

jer ofte vil være i strid med det EU-retlige proportionalitetsprincip og dermed ugyldige.<sup>9</sup> Problemet er, at det er noget vanskeligt at hævde, at et forbud mod fiskeri fra danske fiskefartøjer i et Natura 2000-område er et egnet middel til at undgå skadelig påvirkning af et Natura 2000-område, når Danmark ikke kan hindre det samme fiskeri fra fiskefartøjer fra andre medlemsstater. Dette er der som nævnt ikke taget højde for i fiskerilovens §§ 10 d- 10 i eller forarbejderne hertil.

Sammenfattende betyder dommen i sag C-683/16, at Danmark ikke har kompetence til forhindre, at der i et marint Natura 2000-område inden for Danmarks eksklusive økonomiske zone drives bundgarnsfiskeri af fiskefartøjer fra andre medlemsstater, selv om dette fiskeri har skadelig virkning på udpegningsgrundlaget, og Danmark efter habitatdirektivets art. 6 er forpligtet til at hindre sådanne skadevirkninger.

Den danske regering har naturligvis mulighed for at anmode Kommissionen om at vedtage restriktioner for fiskeri inden for lokaliteten, jf. forordningens art. 11, stk. 2, men Danmark har ikke selv kompetencen. Det er foreløbigt uklart, om den danske regering på grundlag af habitatdirektivets art. 6, stk. 2, og forordningens art. 11, stk. 2, er *retligt forpligtet* til at fremsende en sådan anmodning til Kommissionen, og om en sådan retlig forpligtelse for den danske regering i så fald kan håndhæves af berørte danske fiskere og miljøorganisationer. EU-Domstolens domme i sag C-301/12 Cascina, sag C-281/16 *Vereniging Hoekscheewaards Landschap Protect Natur-, Arten- und Landschaftsschutz Umweltorganisation* kan dog begrunde, at medlemsstaterne er undergivet en sådan retlig forpligtelse, og at denne kan håndhæves af berørte erhvervsfiskere og miljøorganisationer.

#### 4.2. Havstrategi-direktivets art 13, stk. 4

De ovennævnte kompetenceproblemer med at beskytte Natura 2000-områder gælder ligeledes den danske gennemførelse af havstrategidirektivet (2008/56) i havstrategiloven. Det følger direkte af dommen i sag C-683/16, at det i relation til den danske gennemførelse af havstrategidirektivet i forhold til fiskeri ikke er muligt at regulere fiskeri fra andre medlemsstaters fiskefartøjer i den danske eksklusive økonomiske zone. Dette ses ikke overvejet ved den danske vedtagelse af havstrategiloven, og det er uklart, om det samme gælder EU's beslutningstagere. Hverken hav-

9. Se *Fenger*: UfR 2014B.227 om det EU-retlige proportionalitetsprincip.

strategidirektivets præambel eller tekst adresserer således det principielle kompetencespørgsmål om samspillet mellem EU's miljøregler og EU's enekompetence på fiskeriområdet

I forhold til danske fiskefartøjer er det alene reglen i havstrategidirektivets art. 13, stk. 4, som Folketing og regering kan anvende. Havstrategidirektivets art. 13, stk. 1, forpligter medlemsstaterne til at fastlægge "de foranstaltninger, der skal træffes for at opnå eller opretholde en god miljøtilstand", hvilket efter art. 13, stk. 2, skal samles i indsatsprogrammer, der efter art. 13, stk. 3, skal tage "behørigt hensyn til princippet om bæredygtig udvikling og navnlig til de sociale og økonomiske konsekvenser af de påtænkte foranstaltninger". Det fremgår yderligere af art. 13, stk. 4, at

*"Indsatsprogrammerne i medfør af nærværende artikel skal omfatte geografiske beskyttelsesforanstaltninger, der bidrager til sammenhængende og repræsentative net af beskyttede havområder og i tilstrækkelig grad dækker diversiteten i de enkelte økosystemer, såsom særlige bevaringsområder i henhold til habitatdirektivet og anvendelse af særligt beskyttede områder i henhold til fugledirektivet samt beskyttede havområder som fastlagt af Fællesskabet eller de berørte medlemsstater inden for rammerne af internationale eller regionale aftaler, som de er part i."*

Dommen i sag C-683/16 betyder således, at Danmark (og andre medlemsstater) ikke har mulighed for at regulere fiskeri i den eksklusive zone efter havstrategidirektivet på grundlag af andre regler end art. 13, stk. 4. Selv om Danmark på grundlag af havstrategidirektivet har mulighed for at indgå aftaler med en anden medlemsstat, som fx Sverige om regulering af fiskeri, og sådanne mellemstatslige aftaler netop er forudsat i havstrategidirektivet, kan en sådan aftaler under havstrategidirektivet ikke forpligte fiskefartøjer fra andre medlemsstater end Danmark og Sverige og vil tillige kræve, at Kommissionen er underrettet om aftalen.

#### **4.3. Anden miljøregulering af fiskeri for at beskytte det marine miljø**

Som nævnt udelukker dommen i sag C-683/16, at en medlemsstat kan regulere eller forbyde bundgarnsfiskeri af hensyn til medlemsstatens forpligtelse til at opfylde andre EU-regler end de tre, der er nævnt i art. 11, stk. 1, i forordningen om den fælles fiskeripolitik. Dette gælder også, hvis reglerne kun retter sig mod medlemsstatens egne fiskefartøjer.

EU's enekompetence efter TEUF art. 3, stk. 1 (d) har dermed den meget vidtgående virkning, at Danmark ikke kan forbyde eller begrænse er-

hvervsfiskeri i den eksklusive økonomiske zone for at hindre skade på de marine arter og naturtyper, som medlemsstaterne ellers er forpligtet til at beskytte efter habitatdirektivets art. 12-16, medmindre en sådan forpligtelse følger af EU's fiskeriregulering. Det gør i den sammenhæng ingen forskel, at medlemsstaterne ønsker at gå videre end EU's habitatdirektiv kræver, da det alene er EU, der har kompetencen til at regulere fiskeri, som påvirker havets biologiske ressourcer.

Dette må sammenholdes med fiskerilovens § 10 j, der netop tilsigter at implementere den generelle beskyttede af bestemte naturtyper og bestemte arter og deres levesteder efter habitatdirektivets art. 12-16. Reglen i § 10 j må derfor efter dommen i sag C-683/16 anses for ugyldig uden for 12 sømilezonen, hvor det i stedet er EU's specielle regler om fiskeri og fangstmetoder, der gælder. Flere rapporter fra Miljøministeriet og ministeriets faglige rådgiver, DCE i Aarhus om det marine miljø tyder på, at disse myndigheder ikke er opmærksom på betydningen af EU's enekompetence på fiskeriområdet,<sup>10</sup> mens det er uklart, om den danske fiskeriinspektion og anklagemyndigheden har været opmærksom på denne territoriale begrænsning af anvendelsen af fiskerilovens § 10 j.

Problemstillingen var indirekte fremme UfR 2016.2397 H, hvor danske fiskere blev fundet skyldig i ulovligt fiskeri i svensk farvand i et område, hvor Sverige havde indført forbud mod fiskeri, men hvor sagen primært drejede sig om strafferetlig jurisdiktion.<sup>11</sup> Højesteret domfældte med den begrundelse, at der mellem Sverige og Danmark var indgået en aftale om jurisdiktion, og at Kommissionen var underrettet, hvorfor domfældelsen af de tre fiskere ikke var i modstrid med EU's fiskerilovgivning, idet Højesteret samtidig afviste, at det var nødvendigt at spørge EU-Domstolen om fortolkning af "jurisdiktionsbegrebet i Grundforordningen [2371/2002] artikel 10". Begrundelsen må undre, da forordning 2371/2002 blev ophævet 1. januar 2014 og afløst af forordning 1380/2013, art. 11, hvis ordlyd

10. Se fx <http://mst.dk/media/131382/annex-1-og-2-til-danmarks-indsatsprogram.pdf>.

11 De tiltalte fiskere anførte bl.a., at ekstraterritorial strafferetlig jurisdiktion af fiskeri var i modstrid med dommen i sag C-265/01 *Pansard*, hvor EU-Domstolen afviste, at fiskefartøjers lovlige fiskeri i en anden medlemsstat kan gøres strafbart i fiskefartøjet medlemsstat, hvor fangsten blev landet. Indsigelsen blev afvist af Højesteret med henvisning til den konkrete jurisdiktionsaftale mellem Danmark og Sverige.

ikke er identisk med den tidligere regel, men om det kunne have betydning for dommens udfald, er uklart.

Det følger tillige af dommen i sag C-683/16, at miljøansvarsdirektivets regler om forebyggelse og genopretning af miljøskader ikke gælder for erhvervsfiskeri i den eksklusive økonomiske zone, men om det også betyder, at en erhvervsfisker helt er undtaget fra direktivets ansvarsregler, hvis erhvervsfiskeren uagtsomt forvolder miljøskade på EU-beskyttede arter i den eksklusive økonomiske zone, er uklart. Det er ligeledes uklart, hvilke andre af EU's miljøregler dommen har betydning for.

I forhold til direktiv 2014/89 om rammerne for maritim planlægning kan konstateres, at dette direktiv ikke alene har hjemmel i TEUF art. 192 (hjemmel for miljøbeskyttelse), men tillige i TEUF art. 43, stk. 2, der udgør den traktatmæssige hjemmel for EU's regulering af fiskeriet. De nærmere konsekvenser af den dobbelte hjemmelshenvisning i forhold til enekompetencen kan give anledning til tvivl. EU-domstolen har således tidligere i sag C-405/92 *Mondiet* afvist, at regulering af fiskeri for at bevare havets biologiske ressourcer kan vedtages med hjemmel i traktatens miljøregler, og det er denne formulering, der nu er kodificeret i TEUF art. 3, stk. 1 (d). Dette er ligeledes anført i generaladvokatens forslag til afgørelse i sag C-683/16 som begrundelse for, at de tyske myndigheder ikke havde kompetence.

Det er derfor mest nærliggende at forstå havplanlægningsdirektivets dobbelte hjemmelsgrundlag på den måde, at henvisningen til TEUF art. 192 vedrører alle medlemsstaternes forpligtelser og beføjelser, der ikke er omfattet af den fælles fiskeripolitik, mens henvisningen til TEUF art. 43, stk. 2 betyder, at på fiskeriområdet har EU givet medlemsstaterne kompetence (og pligt) til at gennemføre den havplanlægning, der følger af havplanlægningsdirektivet, uden at der herved er overladt yderligere kompetence på fiskeriområdet til medlemsstaterne.

#### **4.4. Afvejningsreglen for beskyttelse af havets biologiske ressourcer**

Som anført kan der argumenteres for, at Danmark og andre medlemsstater på grundlag af forordningens art. 11, stk. 2, og habitatdirektivets art. 6, stk. 2, er retligt forpligtet til at anmode Kommissionen om at vedtage foranstaltninger, hvis erhvervsfiskeri medfører skadevirkninger på Natura 2000-områders udpegningsgrundlag.

Det betyder imidlertid ikke, at Kommissionen er undergivet samme pligt som medlemsstaterne til at gribe ind for at undgå skadevirkning på

Natura 2000-områder. Tværtimod fremgår af formålsreglen i forordning 1380/2013 art. 2, at Kommissionens beslutning skal træffes på grundlag af en bredere afvejning, hvis centrale kriterier fremgår af art. 2, stk. 1-3, der lyder:

”Den fælles fiskeripolitik skal sikre, at fiskeri- og akvakulturaktiviteterne er miljømæssigt bæredygtige på lang sigt og forvaltes på en måde, der er i overensstemmelse med målene om at opnå økonomiske, sociale og beskæftigelsesmæssige fordele, og som bidrager til fødevarerforsyningssikkerheden.

2. Den fælles fiskeripolitik skal i den fælles fiskeripolitik forvaltes efter en forsigtighedstilgang, og målet er at sikre, at udnyttelsen af havets levende biologiske ressourcer genopretter og opretholder populationer af de befiskede arter på niveauer, der kan give maksimalt bæredygtigt udbytte. For at nå målsætningen om, at populationer af fiskebestande gradvist skal genoprettes til og opretholdes på et biomasseniveau, der kan give maksimalt bæredygtigt udbytte, skal udnyttelsesgraden for det maksimale bæredygtige udbytte, hvor det er muligt, nås inden udgangen af 2015 og på et gradvist stigende grundlag senest inden udgangen af 2020 for alle bestande.

3. Der skal i den fælles fiskeripolitik anlægges en økosystembaseret tilgang til fiskeriforvaltning med henblik på at sikre, at fiskeriets negative indvirkning på det marine økosystem minimeres, og at det tilstræbes at sikre, at akvakultur og fiskeri ikke nedbryder havmiljøet.”

Selv om afvejningsreglen lægger vægt på marine økosystemer, skal dette hensyn i relation til den fælles fiskeripolitik afvejes over for fødevarerforsyningssikkerhed, økonomi og sociale hensyn, således at det først og fremmest er opbygning af en maksimal bæredygtig fiskebestand, der er i centrum. Og ved udøvelse af denne brede afvejning er Kommissionen ikke undergivet specielle betingelser eller proceskrav, som det er tilfældet, hvis en medlemsstat undtagelsesvis skal acceptere skadelig virkning på Natura 2000-områder efter habitatdirektivets art. 6, stk. 4.

Det er dermed på forhånd givet, at Kommissionen under den fælles fiskeripolitik i den eksklusive økonomiske zone kan undlade at begrænse fiskeri, der har skadelig virkning på et Natura 2000-områdes udpegningsgrundlag, hvis disse virkninger ikke reducerer fiskebestanden i om-



rådet og fx sociale eller strukturelle hensyn kan begrunde fortsat fiskeri. Men omvendt bevirker afvejningsreglen i forordningens art. 2, at hensyn til bevaring af havets biologiske ressourcer er et obligatorisk hensyn, fordi "alle dyrearter – herunder de dyrearter i havet, der er genstand for fiskeri – kun kan leve, formere sig og trives, hvis deres økosystem på tilstrækkelig vis bevares. Enhver væsentlig ændring i levende og/eller ikke-levende elementer i et marint økosystem kan have en indvirkning på fiskebestanden i disse områder", som anført i generaladvokatens forslag til afgørelse i sag C-683/15 (præmis 23).

## 5. Læren for den retlige forvaltning af de fælles goder

Efter min opfattelse er udviklingen af EU's fiskeripolitik og den seneste dom en illustration på de retlige udfordringer, som vi står over for i relation til andre globale miljøspørgsmål, som fx klima og fødevarer- og energiforsyning og befolkningsvækst.

Den første lære er banal. Så længe der var rigeligt med fisk, tilhørte fisk den, der fangede den (*res nullius*). Selv om fisk udgjorde en vigtig del af fødevarerforsyningen, og staterne havde højhedsret over fiskeriet inden for de mere beskedne fiskerizoner, der frem til 1939 var på 3 sømil,<sup>12</sup> var det ikke nødvendigt at fordele fangstmulighederne uden for fiskerizonerne.

Efter 2. Verdenskrig betød nye og bedre fiskefartøjer imidlertid et voksende pres på fiskeri i det åbne hav. Dette gav anledning til forskellige regionale aftaler mellem stater om bevaringsforanstaltninger, men medførte samtidig et pres for at udvide de enkelte staters fiskerizoner til 200 sømil.<sup>13</sup> Grundlæggende var tanken, at de enkelte stater inden for deres højhedsområde kunne og ville sikre mod overfiskning.

For de mange stater i Europa var dette ingen løsning, da fisk er migrerende mellem de forskellige staters eksklusive økonomiske zone. Dette var grundlaget for EU's første fiskeriregulering, der over meget få år udviklede sig til en enekompetence over bevarelse af havets biologiske ressourcer.

På dette grundlag har EU gradvist udviklet en fælles fiskeripolitik med årlige fiskekvoter for forskellige fiskearter i forskellige farvande og fordelt

12. Se *Kaare Bangert: 200 Sømil's fiskeriterritorium*, 1999, s. 40.

13. Se *Kaare Bangert: 200 Sømil's fiskeriterritorium*, 1999, s. 49 ff.

disse kvoter mellem medlemsstaterne suppleret af meget omfattende regler om fangstmetoder, kontrolforanstaltninger m.v., ligesom EU har indgået en række folkeretlige aftaler om regulering af fiskeriet.

Vurderet i bakspejlet er EU's fælles fiskeriregulering vellykket, da det generelt er lykkedes at genoprette fiskebestande, selv om den ikke er – og næppe bliver afsluttet. Det grundlæggende problem er nemlig, 'the tragedy of the commons' om forholdet mellem prioritet mellem udnyttelse af et fælles gode. Det konkrete eksempel er, at 100 kvægavlere med hver tre kvæg deler et areal, hvis antallet af kvæg ikke medfører overgræsning. Hvis hver kvægavler frit kan udvide, vil der gradvist ske en overgræsning, fordi gevinsten for den enkelte er større end det forholdsmæssige tab ved overgræsning. Til sidst er der intet græs og intet kvæg, så derfor tragedien. For landbruget har løsningen på dette problem været, at hver landmand ejer sin jord og derfor har en interesse i at undgå overgræsning.<sup>14</sup> Men for fiskeriet kan en territorial opdeling ikke anvendes, så medmindre der etableres ordning med omsættelige fiskekvoter, er det vanskeligt at se en løsning.

EU's enekompetence på fiskeriområdet skal grundlæggende sikre, at de enkelte medlemsstater ikke kan opnå en fordel ved overfiskning, og at fiskeriet tager hensyn til, at fisk både er en del af havets biologiske ressourcer og afhængig af havets biologiske ressourcer. I konsekvens heraf er det efter min opfattelse velbegrundet, at fiskeriets påvirkning af de biologiske ressourcer er undergivet en bredere afvejning end beskyttelse af marine naturområder efter habitatdirektivet eller andre miljøreger.

De samme overvejelser gælder de enkelte medlemsstaters fordeling af de årlige fiskekvoter, men her opstod så for bl.a. Danmark et andet problem. Hvis fiskekvoterne håndteres efter først i tid, bedst i ret, vil de årlige danske fiskekvoter blive opbrugt længe inden årets udgang og på et tidspunkt, der er umuligt at forudsige for den enkelte fisker, og den koncentrerede fangst vil ofte være skadelig for det marine miljø. Den praktiske virkning af først i tid, bedst i ret, var derfor, at fiskerierhvervet skrankede, at det marine miljø led unødigt skade, og at der skete betydelig overfiskning, så der var problemer med genopbygning af fiskebestande.

Dette var baggrunden for, at Folketinget i 2002 indførte omsættelige fiskekvoter med tildeling baseret på tidligere fangst. Formålet var således

14. Se uddybende *Pagh: Miljøansvar – en ret for hvem*, 1998, s. 218, *Pagh: Amerikansk miljøret*, 1994, s. 413 og *Jonas Ebbesson: Compatibility of International and National Environmental Law*, 1995, s. 233.

at sikre fiskeriet bedre indtjeningsmuligheder, at give større fleksibilitet for den enkelte fisker og at modernisere fiskeflåden, så den passede til fangstmulighederne. Folketinget ønskede dog samtidig, at de omsættelige kvoter ikke måtte føre til, at kvoterne endte på for få hænder og på den måde blev koncentreret hos for få fiskere, uden at Folketinget gav anvisninger på, hvornår koncentrationen var for stor.

Hvis målet med de omsættelige kvoter alene var bæredygtigt fiskeri, må reformen grundlæggende anses som en succes. Fiskebestanden voksede, fiskerierhvervet blev moderniseret med mere miljøvenlige fiskefartøjer, og de mindre effektive erhvervsfiskere fik mulighed for at forlade erhvervet. Når man skal betale for en fiskekvote, har man nemlig en interesse i, at andre ikke fisker ud over de tilladte kvoter.

Men prisen for bedre fiskebestande og mere effektivt fiskeri var, at der skete en koncentration af fiskekvoter, der blev samlet hos de mest effektive erhvervsfiskere. Dette mente Rigsrevisionen var i modstrid med Folketingets intentioner, som det fremgår af en rapport fra august 2017, hvor det bl.a. konkluderes, at de skiftende ministres "forvaltning af kvoteejerskab har været meget kritisabel og ikke har understøttet Folketingets intention om, at kvoterne ikke måtte koncentreres på for få hænder". Rigsrevisionen erkendte ganske vist, at formålet med reformen var at sikre fiskeriet bedre indtjeningsmuligheder, at give den enkelte fisker større fleksibilitet og at modernisere fiskeflåden, så den passede til fangstmulighederne, og at denne del var lykkedes. Så selv om koncentrationen af fiskekvoter hverken er ulovlig eller truer fiskebestanden eller miljøet, udelukker det naturligvis ikke, at kvotekongerne kan være genstand for forargelse. Det er jo forskelligt, hvad vi opfatter som væsentligt.