

Fortroligt

Notatet vil kunne undtages fra aktindsigt efter offentlighedslovens § 27, stk. 4. Kommunen skal altid foretage en konkret vurdering ved aktindsigtsanmodninger.

NOTAT

VURDERING AF DRAGØR KOMMUNES HANDLEMULIGHEDER I BYGGESAG, ØRESUNDS ALLÉ 67, 2791 DRAGØR

1. INDLEDNING OG BAGGRUND

Dragør Kommune (herefter Kommunen) har bedt Horten vurdere Kommunens handlemuligheder og eventuelle erstatningsansvar i en byggesag om et hus på Øresunds Allé 67, 2791 Dragør.

Dragør Kommune har konkret anmodet om en vurdering af følgende spørgsmål:

- a) Hvilke muligheder har Kommunen for at sikre, at ejer bidrager til at få udarbejdet nye tegninger til byggetilladelse og derefter gennemføre ændringer i byggeriet, så det kan godkendes som et 1½-planshus?
- b) Hvilke muligheder har Kommunen for at skabe fremdrift i sagen, hvis ejer ikke ønsker at bidrage, og når byggelovgivningen siger, at ejer skal levere tegninger?
- c) Hvad er den juridiske vurdering af Kommunens anvendelse af de enkelte muligheder, som måtte blive beskrevet i pkt. a og b, set i forhold til proportionalitetsprincippet?
- d) Hvad er den juridiske vurdering af et muligt erstatningsansvar for Kommunen, henholdsvis enkelte kommunalbestyrelsesmedlemmer ved 1) krav om en fysisk lovliggørelse, og 2) eventuel beslutning om en dispensation.

Afsnit 2 indeholder vores opsamling og overordnede besvarelse af de stillede spørgsmål. I afsnit 3 er de faktiske forhold, der ligger til grund for notatet, beskrevet, og afsnit 4 indeholder en kort beskrivelse af Kommunens håndhævelsesmuligheder. I afsnit 5 har vi beskrevet de generelle rammer for kommuners

erstatningsansvar samt vores vurdering af Kommunens eventuelle erstatningsansvar.

Vi har i notatet lagt de oplysninger til grund, som vi har modtaget fra Kommunen. Kommer der nye oplysninger frem i sagen, kan dette påvirke vores vurdering.

2. SAMMENFATNING

Hvis Kommunen vil fastholde kravet om fysisk lovliggørelse, anbefaler vi, at Kommunen følger op på tidligere tilkendegivelser til ejer af ejendommen Øresunds Allé 67 ved en forvaltningsretlig afgørelse, hvorved Kommunen fastholder afslag på ejers ansøgning om dispensation samt meddeler påbud om fysisk lovliggørelse. Afgørelsen herom skal blandt andet indeholde fornøden begrundelse og afvejning af hensyn, herunder inddragelse af proportionalitetsprincippet. I begrundelsen skal Kommunen således redegøre for, hvilke andre hensyn, der efter Kommunens opfattelse vejer tungere end det værditab, som kravet om fysisk lovliggørelse vil påføre ejer, og hvorfor Kommunen derfor mener, at afgørelsen er proportional, uagtet værditabet.

Afgørelsen om afslag på dispensation og lovliggørelsespåbud skal varsles med en rimelig frist over for ejeren, der skal have mulighed for at komme med høringssvar. Derefter kan Kommunen udstede lovliggørelsespåbuddet med en frist for eksempelvis fremsendelse af tegninger til brug for ny byggetilladelse.

Efterkommes lovliggørelsespåbuddet ikke, kan Kommunen indskærpe påbuddet og – hvis det stadig ikke efterkommes - politianmelde forholdet med henblik på at gennemtvinge lovliggørelsen ved strafferetlig forfølgelse (tvangsbøder).

I yderste konsekvens kan gennemtvingelse ved selvhjælpshandlinger være en mulighed. Dette forudsætter, at der foreligger dom om fysisk lovliggørelse, og at ejeren forinden er pålagt tvangsbøder, jf. planlovens § 63, stk. 3.

Anlægger ejer af ejendommen Øresunds Allé 67 en retssag mod Kommunen, vil Kommunens proportionalitetsvurdering og dermed lovligheden af beslutningen om fysisk lovliggørelse kunne prøves ved domstolene. Hvis en retssag herom anlægges, vil vi umiddelbart anbefale, at Kommunen sætter de ovenfor beskrevne håndhævelsesskridt i bero på afventning af retssagens udfald (tabsbegrænsning).

Det er vores vurdering, at der er ikke uvæsentlig risiko for, at Kommunen i tilfælde af en retssag vil blive anset for at være erstatningsansvarlig over for ejeren af Øresunds Allé 67, 2791 Dragør i tilfælde af, at påbuddet om fysisk lovliggørelse af ejendommen fastholdes. Ansvarsgrundlaget vil i givet fald være, at Kommunen har truffet en ugyldig afgørelse ved meddelelse af byggetilladelsen, og at ejeren påføres et tab som følge heraf, kombineret med kravet om fysisk lovliggørelse.

Vi finder det mindre sandsynligt - men ikke umuligt - at Kommunen med henvisning til principperne i dommen MAD2007.93V vil kunne slippe for erstatningsansvar, da vurderingen vedrørende 1 ½ eller 2 etager indeholder elementer af skøn, og da Kommunen efter det for os foreliggende foretog en grundig sagsbehandling forud for meddelelse af byggetilladelsen. Til støtte for eventuel ansvarsfrihed vil også kunne anføres, at ejer selv har påtaget sig et ansvar ved at opføre huset, før klagesagen var afgjort.

Risikoen for et erstatningsansvar for Kommunen vil også være til stede, hvis Kommunen ændrer sin beslutning og i stedet meddeler dispensation til ejeren af Øresunds Allé 67. Et erstatningskrav kan i den situation komme fra naboerne, som mener, at byggeriet i den nuværende form volder dem gener, ud over hvad de kan forpligtes at tåle. Vi vurderer, at risikoen her for alt andet lige er mindre, idet der efter praksis skal ganske meget til, før kommuner bliver ansvarlige over for naboer i sådanne sager. Et eventuelt erstatningsansvar afhænger dels af genernes omfang, dels af Kommunens sagsbehandling i forhold til inddragelse af hensyn til naboerne.

3. DE FAKTUELLE FORHOLD

Kommunen har 12. januar 2016 udstedt en byggetilladelse til et enfamilieshus beliggende Øresunds Allé 67, 2791 Dragør. Byggeriet er omfattet af Byplanvedtægt nr. 3, der bestemmer, at bygninger kan opføres i 1 etage med udnyttet tagetage.

Det fremgår af By-, Erhvervs- og Planudvalgets beslutning fra 12. januar 2016, at Kommunen med henvisning til Naturklagenævnets orienteringsskrivelse nr. 233, september 2001 vurderede, at det beskrevne enfamiliehus fremstår og opleves som en bygning i 1 ½ etage med en udformning, der i øvrigt er lig anden bebyggelse i området, hvorfor projektet ikke krævede en dispensation.

En nabo klager efterfølgende til Planklagenævnet (tidligere Natur- og Miljøklagenævnet) i februar 2016.

Planklagenævnet oplyser i august 2016 til ejeren af ejendommen Øresunds Allé 67, at der vil være en sagsbehandlingstid på 12 måneder. Den 16. januar 2017 påbegyndes byggeriet af ejendommen Øresunds Allé 67, uanset at Planklagenævnets afgørelse endnu ikke foreligger.

Planklagenævnet afgør sagen 2. maj 2017, hvor nævnet vurderer, at der var tale om et 2 etagers hus i strid med Byplanvedtægtens § 4. Nævnet ophæver derfor afgørelsen og hjemviser sagen.

Huset færdigbygges i løbet af foråret 2017. Ejeren af ejendommen anmoder 3. maj 2017 Kommunen om en dispensation fra Byplanvedtægtens § 4 med henblik på retlig lovliggørelse af huset.

Ved et ekstraordinært møde i kommunalbestyrelsen 27. juni 2017 bliver et forslag til dispensation (retlig lovliggørelse) fra Byplanvedtægtens § 4 stemt ned.

Kommunens beslutning om afslag på dispensation er meddelt ejer ved e-mail af 29. juni 2017, hvorved ejer samtidig er opfordret til at indsende byggetegninger med henblik på fysisk lovliggørelse. Dette har ejer foreløbigt afvist.

4. ADMINISTRATIV HÅNDHÆVELSE

4.1 Generelt

Den til enhver tid værende ejer har pligt til at lovliggøre et ulovligt forhold, jf. planlovens § 63, stk. 1, og byggelovens § 17, stk. 1.

Kommunen er tilsynsmyndighed for overholdelse af planlovens bestemmelser, jf. planlovens § 51, stk. 1. Det er således Kommunen, der påser, at påbud og forbud efter denne lov efterkommes, og at vilkår fastsat i tilladelser, dispensationer mv. overholdes, jf. § 51, stk. 4. Kommunen har pligt til at reagere, når den bliver opmærksom på et ulovligt forhold, medmindre forholdet er af underordnet betydning. Kommunen skal foranledige et ulovligt forhold lovliggjort, medmindre forholdet har underordnet betydning, jf. § 51, stk. 6. Lovliggørelse kan ske ved enten *retlig* eller *fysisk* lovliggørelse.

De almindelige forvaltningsretlige principper gælder i forbindelse med en kommunes vurdering af, om der skal ske fysisk eller retlig lovliggørelse. Kommunen skal således iagttage både proportionalitetsprincippet, indrettelseshensynet, lighedsprincippet, værdispildsbetragtninger og retshåndhævelseshensynet.

Særligt proportionalitetsprincippet ses i retspraksis at have betydning i sager om afslag på dispensation, hvor overtrædelsen af forskrifter er af mindre omfang og en fysisk lovliggørelse vil stå i misforhold hertil, se fx Naturklagenævnets afgørelse (Trykt i MAD 2008.1143NKN), hvor et afslag på dispensation til bibeholdelse af et tagudhæng, der overskred lokalplanens krav med 11-15 cm, fandtes i strid med proportionalitetsprincippet. Lovliggørelsesomkostningerne i den konkrete sag løb op i ca. 500.000 kr.

Kommuner har en række administrative håndhævelsesmidler, når Kommunen skal gennemtvinge lovliggørelse af et ulovligt forhold.

En kommune kan udstede et lovliggørelsespåbud. Det medfører, at ejeren kan straffes og idømmes tvangsbøder, hvis påbuddet ikke efterkommes.

I visse særlige tilfælde kan kommuner også udføre en "selvhjælpshandling". Det medfører, at Kommunen selv udfører – eller lader udføre – det arbejde, som ejeren er forpligtet til at udføre for at lovliggøre det ulovlige forhold. Ejerens pligt til at lovliggøre forholdet bliver derved omdannet til en pligt til at refundere Kommunens udgifter ved selvhjælpshandlingen.

En kommune kan som udgangspunkt kun udføre selvhjælpshandlinger, hvis en ejer har fået påbud ved dom om at lovliggøre et ulovligt forhold.

4.2 Vurdering af lovliggørende foranstaltninger

Som grundlag for Kommunens eventuelle håndhævelse af kravet om fysisk lovliggørelse bør der foreligge en afgørelse, hvor Kommunen følger op på tidligere tilkendegivelser til ejer af ejendommen Øresunds Allé 67 og fastholder afslaget på ejers ansøgning om dispensation samt meddeler påbud om fysisk lovliggørelse. Afgørelsen herom skal blandt andet indeholde fornøden begrundelse og afvejning af hensyn, herunder inddragelse af proportionalitetsprincippet. I begrundelsen skal Kommunen således redegøre for, hvilke andre hensyn, der efter Kommunens opfattelse vejer tungere end det værditab, som kravet om fysisk lovliggørelse vil påføre ejer, og hvorfor Kommunen mener, at afgørelsen er proportional uagtet værditabet.

Afgørelsen om afslag på dispensation og lovliggørelsespåbud skal varsles med en rimelig frist over for ejeren, der skal have mulighed for at komme med et høringssvar. Derefter kan Kommunen udstede lovliggørelsespåbuddet med en frist for eksempelvis fremsendelse af tegninger til brug for ny byggetilladelse.

Kommunens sagsbehandling i forbindelse med beslutning om eventuel fastholdelse af afslaget på dispensation og påbud om fysisk lovliggørelse skal i sagens natur være reel og inddrage de oplysninger, der i den mellemliggende tid er fremkommet fra ejer og eventuelt andre. Hvis der mangler oplysninger i sagen for at kunne foretage eksempelvis proportionalitetsafvejningen, bør yderligere oplysninger fremskaffes, jf. officialprincippet.

Kommunen bør kun fastholde kravet om fysisk lovliggørelse af ejendommen, hvis omkostningerne herved ikke står i misforhold til den overtrædelse af Byplanvedtægtens § 4, som er blevet konstateret, herunder de hensyn til bl.a. naboer, som skal værnes med bestemmelsen i § 4. Størrelsen af det værditab, som kravet om fysisk lovliggørelse vil påføre (i første omgang) ejendommens ejer, skal således afvejes over for de hensyn, der tilgodeses ved fysisk lovliggørelse. Vægten af disse hensyn afhænger af omstændighederne. Fx vil et hensyn til at bevare området karakter veje mindre tungt, hvis der i nabolaget allerede er andre huse af samme type og højde. Ligebehandlingsprincippet kan i den forbindelse også tillægges betydning.

Anlægger ejer af ejendommen Øresunds Allé 67 en retssag mod Kommunen, vil Kommunens beslutning om proportionalitet og dermed lovligheden af beslutningen om fysisk lovliggørelse kunne prøves af domstolene. Hvis en retssag herom anlægges, vil vi umiddelbart anbefale, at Kommunen sætter det beskrevne håndhævelsesskrift (afsnit 4.1) i bero på afventning af retssagens udfald.

5. KOMMUNERS ERSTATNINGSANSVAR

5.1 Generelt erstatningsansvar

Kommuner bliver erstatningsansvarlige, når de almindelige betingelser for erstatningsansvar er til stede. Hovedbetingelserne for kommuners erstatningsansvar er således, at der er lidt et tab, at kommunen har begået en ansvarspådragende fejl (handlet culpøst), at der er årsagssammenhæng mellem fejlen og tabet, og at tabet er påregneligt.

Ved ugyldige forvaltningsafgørelser gælder som udgangspunkt en "formodning for culpa"¹. Det betyder, at myndigheden som udgangspunkt anses for at have begået en ansvarspådragende fejl og derved kan være erstatningsansvarlig.

Konkrete omstændigheder kan dog medføre, at formodningen for culpa må vige, selv om der er tale om en ugyldig afgørelse. Vestre Landsret frifandt Kommunen i en dom af 12. marts 2007 (Trykt i MAD2007.93), der har mange lighedspunkter med sagen i Dragør.

Århus Kommune havde i den pågældende sag vurderet, at en ansøgning om et byggeprojekt vedrørte et 1 ½ etagers hus og derfor ikke var i strid med lokalplanen. Naturklagenævnet vurderede efterfølgende på baggrund af samme projektmateriale, at der var tale om et 2 etagers hus. Sagen blev derfor hjemvist til fornyet behandling, hvor Kommunen gav afslag på en ansøgning om dispensation fra lokalplanen. Landsretten fandt i en efterfølgende erstatningssag, at Kommunen var ansvarsfri, idet Kommunen havde udført en grundig sagsbehandling forud for byggetilladelsen. Det fremgår af landsrettens begrundelse, at:

"Medarbejderne i Kommunen undersøgte spørgsmålet nærmere, herunder den eksisterende praksis som den var belyst i forskelligt vejledende materiale. Efter et samlet skøn over det indsendte projekt [...] fandt Kommunen, at der var tale om et projekt i 1 ½ etage."

Landsretten lagde særligt vægt på, at det ansøgte byggeri havde en utraditionel tagkonstruktion, der gav anledning til begrundet tvivl.

Det har muligvis haft betydning for ansvarsvurderingen (culpanormen), at der ikke var lidt et større tab i sagen, da byggeriet var blevet standset. Ifølge teori og praksis vil det kræve mere at tilsidesætte formodningen om culpa ved ugyldige afgørelser, hvis der er lidt et større tab som følge af den ugyldige retsakt.

Erstatningen kan nedsættes eller bortfalde, hvis der er udvist egen skyld. Dette var tilfældet i Højesterets dom af 7. oktober 1991 (Trykt i UfR 1991.907/2), hvor en bygherre valgte at iværksætte et byggeri, selv om byggetilladelsen var påklaget, og selv om et arkitektfirma havde advaret om, at byggeriet var i strid med byplanvedtægten. Højesteret fandt, at bygherren i den situation selv måtte

¹ Se hertil Garde, m.fl. "Forvaltningsret – almindelige emner" (2009) 5.udgave, s. 570f.

bære risikoen for at have iværksat byggeriet, selv om kommunen havde begået en klar fejl ved at meddele byggetilladelsen.

5.1.1 *Kommunalbestyrelsesmedlemmers personlige ansvar*

Ankestyrelsen kan i medfør af kommunestyrelseslovens² § 50c anlægge en erstatningssag mod et kommunalbestyrelsesmedlem, som er ansvarlig for, at Kommunen er påført et tab. Vurderingen af ansvarsgrundlaget sker på baggrund af dansk rets almindelige erstatningsregler. Dette medfører, at der skal foreligge en uforsvarlig adfærd (beslutning eller undladelse), som kan tilregnes det pågældende medlem som forsætlig eller uagtsom, og at der som en forudselig følge er opstået et tab for Kommunen.

Det er en skærpende omstændighed for kommunalbestyrelsesmedlemmers eventuelle personlige ansvar, hvis de før eller under en sags behandling er blevet gjort opmærksom på af forvaltningen eller ekstern rådgiver, at en given beslutning er eller kan være ulovlig.

5.2 **Vurdering af Kommunens eventuelle erstatningsansvar**

5.2.1 *Vurdering af Kommunens erstatningsansvar ved fysisk lovliggørelse*

Vi lægger i det følgende til grund, at ejeren af ejendommen beliggende Øresunds Allé 67 har eller vil komme til at lide et påviseligt tab, hvis Kommunen fastholder og håndhæver krav om fysisk lovliggørelse af byggeriet.

Kommunen har oplyst, at byggesagen er behandlet på baggrund af principperne i Naturklagenævnets orienteringsskrivelse nr. 233 (NKO 233), hvori etagebegrebet beskrives. Kommunen har på denne baggrund foretaget et konkret skøn, hvor byggeriets ydre fremtræden og øvrig bebyggelse i området er indgået i vurderingen. Efter det oplyste, har Kommunen således foretaget en grundig sagsbehandling forud for meddelelse af byggetilladelsen.

Det er derfor muligt, at en domstol på baggrund af principperne i MAD 2007.93 vil nå frem til, at Kommunen ganske vist har begået en fejl, men i denne konkrete sag er ansvarsfri. Dommen i MAD 2007.93 er dog formentlig udtryk for et særligt tilfælde, og sagen adskiller sig konkret ved, at den ugyldige byggetilladelse ikke førte til et større tab, da byggeriet blev standset.

Til forskel herfra er huset på Øresundsvej 67 fuldt opført, hvorfor fysisk lovliggørelse i form af delvis nedrivning/ombygning må forventes at medføre ikke ubetydelige omkostninger, hvilket kan skærpe ansvarsvurderingen.

Kommunens eventuelle erstatningsansvar kan efter omstændighederne ned sættes eller bortfalde, hvis det kan lægges til grund, at der er egen skyld eller accept af risiko hos ejeren, fordi denne havde igangsat, inden Planklagenævnet, havde afgjort klagesagen, jf. U.1991.907/2. Da sagen ved Planklagenævnet ikke

² Lov nr. 223 af 31. maj 1968 om kommunernes styrelse med senere ændringer.

var tillagt opsættende virkning, var ejer formelt i sin gode ret til at opføre huset i overensstemmelse med byggetilladelsen. Det vil bero på en konkret vurdering, herunder af eventuel kommunikation mellem ejer og Kommunen, om ejer desuagtet har påtaget sig en egen risiko, som kan udelukke erstatningskrav mod Kommunen.

Det er vores samlede vurdering, at der er en vis risiko for, at Kommunen i tilfælde af en retssag kan blive pålagt et erstatningsansvar for det tab, som ejeren af ejendommen Øresunds Allé 67 måtte blive påført, hvis Kommunen kræver fysisk lovliggørelse.

5.2.2 *Vurdering af Kommunens ansvar ved meddelelse af dispensation*

Meddeler Kommunen retlig lovliggørelse i form af dispensation til ejeren af ejendommen Øresunds Allé 67, kan huset som altovervejende udgangspunkt blive stående i sin nuværende udformning.

Spørgsmål om et eventuelt erstatningsansvar for Kommunen kan i den situation komme på tale, såfremt de omkringliggende naboer anlægger sag herom mod Kommunen. Naboerne kan have lidt et tab i form af værdiforringelse som følge af bl.a. mistet udsigt eller øgede indbliksgener.

Der er i retspraksis eksempler på, at kommuner er ifaldet erstatningsansvar over for naboer til ulovligt byggeri i forbindelse med en retslig lovliggørelse. Ansvarer beror i så fald på, at Kommunen ved meddelelse af byggetilladelse og efterfølgende retslig lovliggørelse ikke i tilstrækkeligt omfang har taget hensyn til naboerne, herunder ved nabohøring. Det er en forudsætning, at det lovliggjorte byggeri ligger ud over, hvad der må anses for tåleligt i området og i forhold til den naboretlige tålegrænse. I et særligt tilfælde, refereret i MAD.2010.995 ØLD (Blok 5-sagen fra Fredensborg), blev Kommunen ved dom pålagt at udstede påbud om fysisk lovliggørelse.

I praksis skal der dog ganske meget til, før en kommune pålægges erstatningsansvar over for naboer som følge af mistet udsigt eller (påståede) indbliksgener. Det gælder navnlig, hvis naboerne har været hørt i forbindelse med byggetilladelsen, og Kommunen ved afgørelsen har inddraget hensyn til naboerne.

Risikoen for erstatningsansvar over for naboerne beror på de konkrete omstændigheder i sagen, herunder genernes karakter og intensitet samt i hvilket omfang, Kommunen har været opmærksom på og overvejet hensyn til naboerne i forbindelse med afgørelsen.

5.2.3 *Vurdering af kommunalbestyrelsesmedlemmernes erstatningsansvar*

Ankestyrelsen rejser kun en efterfølgende erstatningssag mod kommunalbestyrelsesmedlemmer i de tilfælde, hvor det må antages, at Kommunens tab er opstået som følge af, at kommunalbestyrelsesmedlemmerne har udvist en uforvarselig adfærd, der kan tilregnes dem som forsætlig eller uagtsom.

I denne sag vil et eventuelt erstatningsansvar for Kommunen i første række være forårsaget af, at Kommunen har udstedt en byggetilladelse, der var i strid med Byplanvedtægtens § 4. Der er ikke i det for os oplyste noget, der tyder på, at By-, Erhvervs- og Planudvalget burde have været opmærksomme på, at beslutningen af 12. januar 2016 var ugyldig, jf. også afsnit 5.2.1 om Kommunens sagsbehandling i forbindelse med byggesagen.

Risikoen for et erstatningsansvar for kommunalbestyrelsens medlemmer kan imidlertid også komme på tale i forbindelse med den efterfølgende sagsbehandling vedrørende fysisk lovliggørelse, herunder hvis der i valget mellem retlig og fysisk lovliggørelse er eller bliver begået fejl; fx ved manglende iagttagelse af proportionalitetsprincippet, jf. afsnit 4.2 ovenfor.

Hellerup, den 21. december 2017

Horten



Anne Sophie Kierkegaard Vilsbøll