

29. april 2019
Sagsnr.: 18/06244
Klagenr.: 1001076
MAS

AFGØRELSE
i klagesag om Dragør Kommunes lovliggørende dispensation fra by-
planvedtægten til et byggeri i 2 etager på Øresunds Allé, Dragør

Dragør Kommune har den 6. marts 2018 givet en lovliggørende dispensation fra byplanvedtægt nr. 3, Dragørs nordlige bydel, til et enfamiliehus i 2 etager på ejendommen Øresunds Allé 67, 2791 Dragør.

Planklagenævnet har modtaget en klage over afgørelsen.

Planklagenævnet ophæver afgørelsen af 6. marts 2018. Det betyder, at kommunens afgørelse ikke længere gælder, og at kommunens afgørelse af 27. juni 2017 fortsat står ved magt.

Planklagenævnet
NÆVNESES HUS
Toldboden 2
8800 Viborg

Tlf. 72 40 56 00
CVR-nr. 37 79 55 26
www.naevneshus.dk

1. Klagen til Planklagenævnet

En gruppe af naboer klagede den 3. april 2018 til Planklagenævnet over kommunens afgørelse.

Planklagenævnet modtog klagen den 9. august 2018 fra Dragør Kommune

Der er navnlig klaget over, at der ikke er grundlag for at genoptage Dragør Kommunes afgørelse af 27. juni 2017, hvor kommunen gav afslag på dispensation til det pågældende byggeri. Klagerne har desuden gjort gældende, at kommunens afgørelse af 6. marts 2018 hviler på et ulovligt hensyn til kommunens og kommunalbestyrelsesmedlemmernes eventuelle erstatningsansvar.

2. Sagens oplysninger

2.1. Ejendommen og byplanvedtægten for området

Klagen vedrører en ejendom, som ligger på Øresunds Allé 67, 2791 Dragør.

Ejendommen er omfattet af byplanvedtægt nr. 3, Dragørs nordlige bydel, som blev vedtaget i 1965.

Af byplanvedtægten fremgår bl.a. følgende:

Bebyggelsen

§ 4

Stk. 1. På hver ejendom må kun opføres én beboelsesbygning med højest 2 lejligheder, og bygningerne må kun opføres i én etage, evt. med udnyttet tagetage.

Højde fra terræn til rygning må ikke overstige 8,5 m, og tagene må ikke udføres som manzardtage.

[...].

På ejendommen er der opført et enfamiliehus med 2 fremskudte partier på hver side af huset. Der er desuden etableret 2 kviste på hver side af bygningen, som er ført ud over de fremskudte partier. Kvistene er på begge sider af bygningen forbundet af en tagterrasse. Kvistene har vinduer både i gavl og i siderne.

Klagerne bor henholdsvis på Øresunds Allé 56, Øresunds Allé 65 og Strandstien 84.

Planklagenævnet har på luftfoto opmålt den korteste afstand fra hjørnet af den nordøstligste kvist til skel ind mod naboen mod nordøst (Strandstien 84) til ca. 4 m. Nævnet har opmålt den korteste afstand fra de to sydligste kviste

til skel ind mod naboen mod syd (Øresunds Allé 65) til ca. 5 m. Naboernes huse lå henholdsvis ca. fra 1 til 7 m og ca. 4 m fra skel.

2.2. Godkendelse af byggeriet

Dragør Kommune traf den 18. januar 2016 afgørelse om, at et projekt vedrørende til opførelse af et enfamiliehus på Øresunds Allé 67 var umiddelbart tilladt i henhold til byplanvedtægten.

En nabo klagede den 12. februar 2016 over afgørelsen til det daværende Natur- og Miljøklagenævn. Ejeren blev orienteret om klagesagen den 4. marts 2016.

Kommunen udstedte byggetilladelse til projektet den 14. april 2016.

Ejeren af ejendommen indsendte den 26. september 2016 en ny, lettere revideret ansøgning til byggeriet på ejendommen, som indeholder større vinduespartier i kvistene.

Kommunen udstedte herefter den 31. oktober 2016 en ny byggetilladelse til det reviderede projekt. Det fremgår af den nye tilladelse, at den tidligere meddelte byggetilladelse af 14. april 2016 annulleres.

Det fremgår desuden af byggetilladelsen fra 31. oktober 2016, at byplanvedtægten skal overholdes.

Planklagenævnet ophævede den 2. maj 2017 kommunens afgørelse af 18. januar 2016, da nævnet fandt, at byggeriet må anses for at være i 2 etager. Nævnet hjemviste herefter sagen til fornyet behandling med henblik på, at kommunen skulle tage stilling til, hvorvidt kommunen ville give dispensation fra byplanvedtægten.

2.3. Kommunens afgørelse om afslag på dispensation

Kommunen traf den 27. juni 2017 afgørelse om ikke at meddele dispensation fra byplanvedtægten til det pågældende byggeri. Afgørelsen blev meddelt ejeren og klagerne den 29. juni 2017.

Ejeren oplyste i brev af 10. august 2017 til kommunen, at hun ikke var indstillet på at foretage nogen former for fysiske bygningsændringer på ejendommen, da huset er opført i overensstemmelse med byggetilladelsen.

Kommunen fik herefter udarbejdet et juridisk notat af en advokat. Af notatet fremgik det, at hvis kommunen gik videre med en fysisk lovliggørelse, skulle der redegøres for, hvilke hensyn der vejede tungere end de værditab, som måtte ske for ejer. Det fremgik ligeledes af notatet, at kommunen kun burde fastholde kravet om fysisk lovliggørelse af ejendommen, hvis omkostningerne herved ikke stod i misforhold til overtrædelsen af byplanvedtægten,

herunder hensynet til naboerne.

Det var advokatens vurdering, at der var en ikke uvæsentlig risiko for, at kommunen i tilfælde af en retssag vil blive anset for at være erstatningsansvarlig over for ejeren af Øresunds Alle 67.

2.4. Forløbet efter afslaget på dispensation

Ejeren færdiggjorde opførelsen af huset i sommeren 2017 i overensstemmelse med byggetilladelsen, herunder med de 4 fremskudte partier, 4 kviste og 2 terrasser i 1. sals højde.

2.5. Kommunens afgørelse om dispensation

Kommunalbestyrelsen i Dragør Kommune besluttede den 22. februar 2018 at godkende forvaltningens indstilling om at give lovliggørende dispensation fra § 4 i byplanvedtægten til byggeri i 2 etager på den pågældende ejendom.

Af protokollen fra mødet fremgår bl.a. følgende:

[...]

Indstilling:

Det indstilles, at udvalget beslutter

1. **at** kommunen skal gå videre med krav om en fysisk lovliggørelse af Øresunds Alle 67 (dvs. at huset skal ombygges) og at udvalget, med henblik på en forvaltningsretlig afgørelse og efterfølgende påbud, formulerer hvilke hensyn der vejer tungere, end de værditab som måtte ske for ejer, under hensyn til proportionalitetsprincippet

ELLER

2. **at** der meddeles dispensation fra byplanvedtægt nr. 3, § 4, til det realiserede enfamiliehus, Øresunds Allé 67, i henhold til planlovens § 19, dvs at huset lovliggøres som det fremstår.

[...]

Kommunalbestyrelsen besluttede den 27. juni 2017 at undlade at give dispensation og forudsatte dermed en fysisk lovliggørelse af byggeriet.

Ejer har efterfølgende flere gange meddelt, at hun ikke ønsker at bidrage til lovliggørelsen, og henviser til at hun har været i god tro ved opførelsen. Byggeriet er realiseret i sin helhed med afslutning i sommeren 2017, i overensstemmelse med byggetilladelsen fra 2016.

Juridisk vurdering

Dragør Kommune har bedt om en juridisk vurdering af kommunens handlemuligheder i sagen, med besvarelse af disse fire spørgsmål:

a) Hvilke muligheder har kommunen for at sikre at ejer bidrager til at få udarbejdet nye tegninger til byggetilladelse og derefter gennemfører 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, hhv. enkelte kommunalbestyrelsesmedlemmer ved 1) krav om en fysisk lovliggørelse, og 2) evt. beslutning om en dispensation.

Notatet fra advokatfirmaet Horten er vedlagt som bilag. [...]

Redegørelsen om de prioriterede hensyn og dermed kommunens begrundelse set i forhold til proportionalitetsprincippet vil være det som bliver prøvet ved en evt. retssag anlagt af ejer.

Det er forvaltningens anbefaling, at der meddeles dispensation fra byplanvedtægt nr. 3, § 4, til det realiserede enfamiliehus, Øresunds Allé 67, i henhold til planlovens § 19. En dispensation skaber ikke præcedens for kommende byggerier og det er forvaltningens opfattelse at ejer har været i god tro og opført byggeriet i overensstemmelse med den tilladelse som By-, Erhvervs og Planudvalget har godkendt. Forvaltningen har på linje med Horten vurderet at der ikke vil være proportionalitet mellem omkostningerne ved en fysisk lovliggørelse og graden af, hvordan huset fremtræder markant anderledes end andre boliger i kvarteret.

Forvaltningen har til kommunalbestyrelsens behandling i juni 2017 udarbejdet et notat om de formodede konsekvenser af et evt. juridisk efterspil, herunder det personlige ansvar for medlemmer af kommunalbestyrelsen. Notatet er også vedhæftet.

[...]

Afgørelsen blev meddelt ejeren og klagerne den 6. marts 2018. Meddelelsen til klagerne havde følgende ordlyd:

Til indsigere: til ansøgning om dispensation til et enfamiliehus, 22.6.2017.

Vedr. Ejendommen Øresunds Allé 67

Dispensation fra Byplanvedtægt nr. 3, § 4, stk.1

Det skal i henhold til planlovens § 20 stk. 3, oplyses, at Dragør Kommunalbestyrelse på mødet den 22. februar 2018 besluttede at meddele dispensation i henhold til planlovens § 19, til at godkende den eksisterende 1½ etage boligbebyggelse på ejendommen Øresunds Alle 67, i henhold til den gældende Byplanvedtægt nr. 3, § 4,1.

Der vedhæftes klagevejledning i henhold til planlovens § 58.

2.5. Klagen og bemærkninger til klagen

2.5.1. Korrespondance under klagesagen

I sagen indgår klagen af 3. april 2018. Klageren har uddybet sin klage i breve af 13. april 2018 og 15. marts 2019. Kommunen er kommet med bemærkninger til klagen i brev af 23. april 2018.

Klagen og bemærkningerne er i hovedtræk gengivet nedenfor.

2.5.2. Klagen og klagerens øvrige bemærkninger

Klagerne anfører, at byggeriet giver anledning til væsentlige indbliksgener for beboerne af Strandstien 84 (nabo mod nordøst) og Øresunds Allé 65 (nabo mod syd)

Klagerne gør gældende, at der ikke er grundlag for at genoptage Dragør Kommunes afgørelse af 27. juni 2017, hvor kommunen gav afslag på dispensation til det pågældende byggeri.

Klagerne henviser til, at der ikke foreligger væsentlige, nye, faktiske omstændigheder, der kunne have ført til en ændret afgørelse, hvis kommunen havde haft kendskab til dem på afgørelsestidspunktet.

Klagerne peger desuden på, at klage- og søgsmålsfristen for afgørelsen af 27. juni 2017 var udløbet, inden kommunen traf en ny afgørelse i sagen den 22. februar 2018.

Klagerne gør desuden gældende, at kommunens afgørelse af 6. marts 2018 er ugyldig, da den hviler på et ulovligt hensyn til kommunens og kommunalbestyrelsesmedlemmernes eventuelle erstatningsansvar.

Klagerne henviser til, at det fremgår af sagsfremstillingen til kommunalbestyrelsens møde den 22. februar 2017, at hensynet til kommunens eventuelle erstatningsansvar indgik som det altafgørende hensyn bag beslutningen om at meddele dispensation.

Endelig gør klagerne gældende, at kommunens afgørelse om dispensation

ikke er tilstrækkeligt begrundet.

2.5.3. Kommunens bemærkninger til klagen

Kommunen har på baggrund af klagen oplyst, at beslutningen om at give dispensation er truffet på baggrund af advokatens notat, som blev fremlagt til politisk behandling i februar 2018.

Ifølge kommunen bidrager notatet særligt med nye oplysninger om vurderingen af proportionalitetsprincippet, som ikke tidligere indgik i sagen.

I forhold til det af klager anførte om utilstrækkelig begrundelse har kommunen anført, at kommunalbestyrelsens beslutning er truffet på baggrund af de konkrete faglige vurderinger, som fremgår af den samlede sagsfremstilling og som refereres i Planklagenævnets afgørelse, og at begrundelsen således fremgår af sagen.

3. Planklagenævnets bemærkninger og afgørelse

3.1. Planklagenævnets kompetence

Planklagenævnet kan tage stilling til retlige spørgsmål i forbindelse med en kommunes afgørelse efter planloven, jf. lovens § 58, stk. 1, nr. 3.¹

Det er et retligt spørgsmål, om kommunen har overholdt almindelige forvaltningsretlige principper om genoptagelse og tilbagekaldelse af afgørelser.

3.2. Genoptagelse og tilbagekaldelse af begunstigende forvaltningsakter

3.2.1. Generelt om forløbet

En kommune kan dispensere fra en byplanvedtægt, hvis dispensationen ikke er i strid med vedtægtens principper, eller hvis dispensationen tidsbegrænses, jf. planlovens § 19, stk. 1. Videregående afvigelser end dem, der er nævnt i stk. 1, kræver vedtagelse af en ny lokalplan, jf. planlovens § 19, stk. 2.

Tårnby Kommune har den 27. juni 2017 truffet en afgørelse om afslag på at give dispensation. Kommunen har herefter den 6. marts 2018 truffet en ny afgørelse om alligevel at give dispensation. Der er ikke ansøgt om et nyt projekt (bortset fra ansøgningen om større vinduer), og de to afgørelser vedrører således samme forhold

Planklagenævnet finder, at klagerne må betragtes som væsentligt og individuelt berørte af det ansøgte, og at de derfor er parter i sagen om dispensation. Nævnet har herved lagt vægt på afstandsforholdene og de betydelige muligheder for indblik som følge af højden på byggeriet og

¹ Lovbekendtgørelse nr. 287 af 16. april 2018 om planlægning med senere ændringer.

placeringen og omfanget af vinduer og terrasser i 1. sals højde.

Forløbet må på baggrund af ovennævnte betragtes på den måde, at kommunen den 6. marts 2018 har genoptaget afgørelsen af 27. juni 2017 og herefter truffet en afgørelse om at tilbagekalde en – i forhold til naboerne – begunstigende forvaltningsakt.

Dette er kun muligt, hvis betingelserne for genoptagelse er opfyldt, og hvis betingelserne for tilbagekaldelse af en begunstigende forvaltningsakt er opfyldt.

3.2.2. Genoptagelse

En myndighed er forpligtet til at genoptage en sag, hvis der i forbindelse med anmodningen om genoptagelse fremkommer nye faktiske oplysninger af så væsentlig betydning, at der er en vis sandsynlighed for, at sagen havde fået et andet udfald, hvis oplysningerne havde foreligget i forbindelse med den oprindelige behandling af sagen. Myndighederne er også forpligtet til at genoptage en sag, hvis der er fremkommet væsentlige, nye retlige forhold, det vil sige en væsentlig ændring af retsgrundlaget med tilbagevirkende kraft, eller hvis der er begået ikke uvæsentlige sagsbehandlingsfejl.

I en situation, hvor der er parter med modsatrettede interesser, vil det forhold, at en myndighed kunne have anlagt en anden vurdering af sagen, hverken medføre en ret eller pligt til at genoptage sagen.

Planklagenævnet finder ikke i den konkrete sag, at der er fremkommet nye faktiske oplysninger eller nye retlige forhold. Spørgsmålet er således, om kommunen i forbindelse med behandlingen af sagen har begået ikke uvæsentlige sagsbehandlingsfejl, som medfører en ret og pligt til at genoptage sagen.

Ikke uvæsentlige sagsbehandlingsfejl kan f.eks. bestå i manglende oplysning af sagen eller manglende konkret vurdering af de foreliggende oplysninger, f.eks. i form af skøn under regel. Det må forudsættes, at der tale om sagsbehandlingsfejl, som ville have kunnet føre til et andet resultat.

Planklagenævnet forstår sagen på den måde, at kommunen i den nye behandling af sagen har foretaget følgende vurderinger, som ikke indgik i den første behandling af sagen:

- 1) Risikoen for at ifalde et erstatningsansvar
- 2) Proportionalitet

Det førstnævnte er ikke et sagligt forhold, som kan inddrages i en sag om dispensation fra en lokalplan.

Med hensyn til proportionalitet bemærker Planklagenævnet følgende:

Det påhviler den til enhver tid værende ejer af en ejendom at berigtige et ulovligt forhold, jf. planlovens § 63, stk. 1. Lovliggørelse kan ske enten fysisk, f.eks. ved nedrivning af en ulovligt opført bygning, eller retligt, f.eks. ved efterfølgende lovliggørende dispensation.

Det følger af proportionalitetsprincippet, at kommunen har pligt til at *vurdere muligheden for retlig lovliggørelse*, før den evt. træffer afgørelse om fysisk lovliggørelse. Efter nævnets praksis vil proportionalitetsprincippet imidlertid ikke nødvendigvis medføre, at der er et krav på lovliggørende dispensation. Hvis der f.eks. opføres byggeri i strid med en byggetilladelse, vil selv et meget betydeligt tab i forbindelse med en fysisk lovliggørelse ikke kunne begrunde en lovliggørende dispensation².

Ejeren har siden 4. marts 2016 været bekendt med, at der var klaget over kommunens afgørelse om, at huset skulle betragtes som et hus i 1½ etage. Det fremgår desuden af byggetilladelsen fra 31. oktober 2016, at byplanvedtægten skal overholdes, og det må derfor have stået ejeren klart, at der ikke var givet dispensation fra byplanvedtægten. Ejeren har siden Planklagenævnets afgørelse af 2. maj 2017 desuden været bekendt med, at forholdet ikke var i overensstemmelse med lokalplanen, men krævede dispensation, og kommunen har herefter givet afslag på dispensation. Ejeren valgte på trods af disse omstændigheder at fortsætte og færdiggøre byggeriet i overensstemmelse med byggetilladelsen.

I en sådan situation finder Planklagenævnet ikke, at det var en væsentlig sagsbehandlingsfejl, at kommunen ikke i forbindelse med afgørelsen af 27. juni 2017 vurderede, om proportionalitetsbetragtninger kunne have medført, at der kunne eller skulle gives en dispensation.

Planklagenævnet er derfor af den opfattelse, at kommunen hverken var forpligtet eller berettiget til at genoptage afgørelsen af 27. juni 2017.

3.2.3. Tilbagekaldelse af begunstigende forvaltningsakt

Ved tilbagekaldelse af en afgørelse forstås det forhold, at den udstedende myndighed af egen drift ændrer sin egen gyldige afgørelse. En gyldig forvaltningsretlig afgørelse er bindende og kan derfor ikke frit tilbagekaldes.

Hvis der er tale om en afgørelse, som efter forvaltningsrettens almindelige regler herom må anses for ugyldig, vil den udstedende myndighed derimod normalt have pligt til at tilbagekalde afgørelsen.

Planloven indeholder ingen særlig hjemmel til, at en kommune kan til-

² Se eks. Planklagenævnets afgørelse af 12. oktober 2017 (NMK-33-03503).

bagekalde en meddelt afgørelse om dispensation eller afslag på dispensation. Det er således de almindelige forvaltningsretlige principper, som finder anvendelse ved afvejningen af, om tilbagekaldelsen er lovlig.

I denne afvejning må der lægges vægt på en række saglige forhold, herunder blandt andet den konkrete tilbagekaldelsesårsag, tilbagekaldelsens virkning for sagens parter samt karakteren af den oprindelige afgørelse.

Som hovedregel kan der ske tilbagekaldelse, når dette er til gunst for afgørelsens adressat. I sager, hvor der er væsentlige modstående interesser, vil dette dog efter omstændighederne skulle indgå i vurderingen. Det vil således tale imod tilbagekaldelse, hvis tilbagekaldelsen vil have væsentlige negative følgevirkninger for andre parter i sagen, f.eks. en nabo.

Det fremgår af forvaltningens indstilling, som blev godkendt på mødet i kommunalbestyrelsen den 22. februar 2018, at kommunen i afgørelsen har lagt vægt på, at dispensationen ikke vil skabe præcedens, at ejeren i forbindelse med opførelsen af byggeriet har været i god tro, og at der ikke er proportionalitet mellem omkostningerne til fysisk lovliggørelse og graden af, hvordan huset fremtræder markant anderledes end andre boliger i kvarteret.

I den konkrete sag har kommunen således tilsyneladende lagt til grund, at kommunen har begået en væsentlig sagsbehandlingsfejl i forbindelse med afgørelsen af 27. juni 2017 ved ikke at foretage en vurdering i forhold til spørgsmålet om proportionalitet.

Som beskrevet i afsnit 3.2.2 finder Planklagenævnet imidlertid ikke, at dette er tilfældet. Nævnet finder heller ikke, at der foreligger andre omstændigheder, som medfører, at kommunens afgørelse af 27. juni 2017 om afslag på dispensation må anses for at være ugyldig.

Planklagenævnet finder ikke, at kommunen kunne tilbagekalde afgørelsen af 27. juni 2017. Nævnet lægger herved vægt på, at der ikke foreligger nye faktiske eller retlige forhold i sagen i forbindelse med kommunens afgørelse af 6. marts 2018, men at der alene er tale om en ændring af kommunens skønsmæssige vurdering. Nævnet lægger desuden vægt på, at der foreligger væsentlige modstående interesser i sagen, at hensynet til naboerne således taler imod en tilbagekaldelse, og at kommunen ikke har vurderet dette spørgsmål i forbindelse med afgørelsen.

3.2.4. Konklusion

På baggrund af ovennævnte er det nævnets opfattelse, at kommunen på det foreliggende grundlag hverken var berettiget eller forpligtet til at genoptage sagen eller i øvrigt til at tilbagekalde afgørelsen af 27. juni

2018. Kommunens afgørelse af 6. marts 2018 om dispensation lider dermed af væsentlige retlige mangler og derfor er ugyldig.

Planklagenævnet har ikke med denne afgørelse taget stilling til, om kommunen vil kunne give dispensation på baggrund af en ansøgning om ændrede fysiske forhold.

3.3. Planklagenævnets afgørelse

Planklagenævnet ophæver Dragør Kommune afgørelse af 6. marts 2018 om lovliggørende dispensation fra § 4, stk. 1 i byplanvedtægt nr. 3, Dragørs nordlige bydel til et enfamiliehus i 2 etager på ejendommen Øresunds Allé 67, 2791 Dragør. Kommunens afgørelse af 27. juni 2018 står dermed ved magt.

Planklagenævnets afgørelse er endelig og kan ikke indbringes for anden administrativ myndighed, jf. § 3, stk. 3, i lov om Planklagenævnet.³ Eventuel retssag til prøvelse af afgørelsen skal være anlagt inden 6 måneder, jf. § 3, stk. 4, i lov om Planklagenævnet.

Afgørelsen er truffet af formanden på nævnets vegne, jf. § 4, stk. 1, i lov om Planklagenævnet.

4. Gebyr

Det indbetalte klagegebyr tilbagebetales.

5. Meddelelse og offentliggørelse af afgørelsen

Denne afgørelse gøres tilgængelig for Dragør Kommune (sagsnr. 17/1391) samt for klagerne og dennes repræsentant (sagsnr. 1043 MCH) via klageportalen og e-Boks. Afgørelsen sendes desuden til eventuelle andre parter i klagesagen via e-Boks.

Afgørelsen vil blive offentliggjort på <https://pkn.naevneneshus.dk/>. Personoplysninger vil blive anonymiseret.



Anja Bergman Thuesen
Stedfortrædende formand

³ Lov nr. 1658 af 20. december 2016 om Planklagenævnet.