Byggetilladelser og lokalplaner mv.
kompetence, lovliggørelse, ansvar og støj

Dansk Selskab for byggeret 8/2 2022

Professor dr. jur. Peter Pagh

1. **Aktuelle sager om lovliggørelse af planlovstridigt byggeri**

   Skanlux sommerhusene: MRF 2021.22 Pkn og MRF 2021.308 B

   Vindmøller Tåsinge: MAD 2017.454 Pkn og MRF 2021.220 Mfk

   Vindmøllepark Thorup sletten: MRF 2021.65 Pkn og MRF 2021.121 Mfk

   Baltic Pipe-projektet: MRF 2021.184 Mfk

   Amager Fælled: MTF 2021.172 Pkn, MRF 2021.195 Mfk og MRF 2021.___B (opsættende) og MRF 2021.342 Mfk (stadfæstet VVM-tilladelse)

2. **Planlovskompetence på søterritoriet – nye afgørelser**

3. **Planlovens § 15 a om støjfølsomt byggeri – nye afgørelser**

4. **Planlovens § 43 om planlovshåndhævelse af servitutter**

Miljøretligt Forskningsportal (MRF): https://jura.ku.dk/miljoeretlig-forskningsportal

Projekt Jurabog: https://jura.ku.dk/jurabog/

<u>Håndhævelsespligt efter planlovens § 51, stk. 3</u>
"Kommunalbestyrelsen skal foranledige et ulovligt forhold lovliggjort, medmindre forholdet har underordnet betydning."

<u>Håndhævelsespligt efter byggelovens § 16C, stk. 3</u>
"Bliver kommunalbestyrelsen opmærksom på et ulovligt forhold, skal den søge forholdet lovliggjort, medmindre det er af ganske underordnet betydning".

Kommunen har pligt til at lovliggøre et ulovligt forhold efter planloven og byggeloven ved enten fysisk eller retlig lovliggørelse.

Hvad er et ulovligt forhold efter planloven?

Hvis en byggetilladelse er meddelt i modstrid med lokalplan, er byggeloven ikke overtrådt (men bygningsreglementets lov-gennemgang er tilsidesat). Derimod er kommunens byggetilladelse en retlig disposition i modstrid med planlovens § 18 – hvorfor forholdet skal lovliggøres.

Byggetilladelse til planlovstridigt byggeri kan påklages som en <u>indirekte afgørelse efter planloven</u>

Hvis klagen ikke tillægges opsættende virkning og byggetilladelse er udnyttet inden klagenævnets afgørelse, skal kommunen tage stilling til, om der skal ske fysisk eller retlig lovliggørelse – men Planklagenævnets afgørelse ophæver ikke byggetilladelsens gyldighed, hvorfor forholdet ikke er ulovligt efter byggeloven, medmindre kommunen tilbagekalder byggetilladelsen efter byggeloven

Aktuelle sager om lovliggørelse af byggeri, hvor klagenævn har afgjort, at byggetilladelse til byggeri er i modstrid med regler efter planloven eller andre love.

Skanlux sommerhusene i Guldborgsund Kommune

MRF 2021.22 Pkn: Opførelse af 10 Skanlux sommerhuse var i modstrid med lokalplan, da sommerhusene langt oversteg det forventelige i et feriecenter og ikke fremstod som sammenhængende med den eksisterende bebyggelse, hvorfor kommunens indirekte afgørelse om, at byggetilladelse til opførelse af 10 sommerhuse var i overensstemmelse med lokalplan, blev ophævet.

MRF 2021.308 B**:** Ikke grundlag for at tilsidesætte Guldborgsund Kommunes beslutning om at søge en retlig lovliggørelse af 10 sommerhuse ved udarbejdelse af ny lokalplan. Kommunen ikke erstatningsansvarlig, da det endnu var uafklaret, om sagen endeligt ville ende med retlig eller fysisk lovliggørelse.

Vindmøller Tåsinge:

MAD 2017.454 Pkn: Ophævet og hjemvist screeningsafgørelse om ikke-miljøvurderingspligt af forslag til kommuneplantillæg og lokalplan, der muliggjorde opstilling af to vindmøller på Tåsinge, da en væsentlig påvirkning af et nærliggende Natura 2000-område ikke kunne udelukkes, hvorfor der var krav om både konsekvensvurdering af habitatreglerne og miljøvurdering efter miljøvurderingsloven. ***MFK 2017.508 Mfk***: Ophævet VVM-tilladelse med samme begrundelse.

En time efter kommunen havde modtaget de to afgørelser, meddelte kommunen ibrugtagningstilladelse efter byggeloven.

MAD 2018.371 B: Nabos annmodning om midlertidigt forbud mod vindmølleejers drift af to vindmøller opført i strid med habitat- og VVM-reglerne nægtet fremme, da nabos anmodning om forbud var indgivet 3½ måned efter vindmøllerne var sat i gang, hvorfor betingelsen i retsplejelovens § 413, nr. 3, ikke var opfyldt.

MRF 2021.220 Mfk: Lovliggørende VVM-tilladelse til opsætning af to vindmøller nær Natura 2000-område stadfæstet, bl.a. fordi konsekvensvurderingen fandtes tilstrækkelig, da risikoen for drab af flagermus kunne reduceres ved at indsætte vilkår om driftstop.

MRF 2021.239 Pkn: Ikke medhold i klage over lovliggørende lokalplan for to vindmøller nær Natura 2000-område, da konsekvensvurderingen fandtes tilstrækkelig, fordi risikoen for drab af flagermus var reduceret ved de i VVM-tilladelsen fastsatte vilkår. Støjberegninger foretaget i strid med vindmøllebekendtgørelsen udgjorde ikke en mangel ved miljørapporten, da der efterfølgende var foretaget korrekte beregninger.

Hvad er retsvirkningen, hvis Planklagenævnet efter klage afgør, at en byggetilladelse er meddelt i modstrid med lokalplan eller er lokalplanpligtig og ophæver kommunens indirekte afgørelse om, at det ansøgte byggeri er i overensstemmelse med planloven?

- **Byggeklageenheden har ikke kompetence efter planloven og kan derfor ikke afgøre om byggetilladelsen er i modstrid med planloven**

- **Planklagenævnet har ikke kompetence efter byggeloven og kan derfor ikke ophæve eller tilbagekalde byggetilladelsen, der derfor fortsat er gyldig, men i dette tilfælde er i modstrid med planlovens § 18, jf. *MRF 2021.22 Pkn* Skanlux sommerhuse**

- **Planklagenævnets afgørelse må (formentlig) betyde, at der ikke efter Planklagenævnets afgørelse kan meddeles ibrugtagningstilladelse efter byggeloven, men se *MAD 2018.371 B* om to vindmøller på Tåsinge**

- **Planklagenævnets afgørelse betyder, at kommunen har pligt til at sikre lovliggørelse, jf. planlovens § 51, stk. 5, hvilket enten kan ske som retlig lovliggørelse eller fysisk lovliggørelse, jf. *MRF 2021.308 B* om Skanlux sommerhuse**

- **Ved denne afvejning skal inddrages værdispildshensyn, men ulovligt at inddrage kommunaløkonomiske hensyn, jf. U 2010.2311 Ø, hvor lovliggørende lokalplan fundet ugyldig**

- **Fysisk lovliggørelse: kommunen erstatningsansvarlig over for bygherre, hvis denne var i god tro, jf. U 2000.2024 H**

- **Retlig lovliggørelse: kommunen erstatningsansvarlig over for naboer, hvis disse har lidt et erstatningsretligt værnet tab, jf. U 1989.420 V og U 2010.2142 H**

Hvad er retsvirkningen, når Planklagenævnet efter klage afgør, at en ny lokalplan for større byggeri er vedtaget i modstrid med planhabitatbekendtgørelsens regler om beskyttelse Natura 2000-områder eller af bilag IV-arters levesteder ?

MRF 2021.65 Pkn: Ophævet kommuneplantillæg og lokalplan for Danmarks største landbaserede vindmøllepark på Thorup-Sletten i Nordjylland, da påvirkningen af nærliggende Natura 2000-område ikke var tilstrækkeligt belyst i habitatvurderingen og bl.a. ikke omfattede barriereeffekt for fugle til nærliggende fuglebeskyttelsesområder.

MRF 2021.121 Mfk: Ophævet og hjemvist VVM-tilladelser til opstilling af Danmarks største landbaserede vindmøllepark på Thorup-sletten i Nordjylland, da den gennemførte vurdering af vindmølleparkens påvirkning af nærliggende Natura 2000-områder ikke opfyldte de krav, som stilles ifølge EU-Domstolens dom i sag C-461/17.

Vindmølleparken er etableret, og de to klagenævnsafgørelser forudsætter en retlig eller fysisk lovliggørelse, men en ny lovliggørende lokalplan og VVM-tilladelse vil kræve en ny lokalplan procedure og en ny VVM-procedure med en miljøvurdering, der også omfatter virkninger efter opstilling

<u>Baltic Pipe gasledning</u>

MRF 2021.184 Mfk: Ophævet og hjemvist VVM-tilladelse til Baltic Pipe-projektet, der skal forsyne Polen med naturgas fra Norge, da de i VVM-tilladelsen fastsatte afværgeforanstaltninger af hensyn til levesteder for bilag IV-arterne birkemus, hasselmus og flagermus ikke fandtes tilstrækkelige.

Hvad er retsvirkningen, hvis Planklagenævnet tillægger klage over ny lokalplan for større byggeri opsættende virkning med henvisning til risiko for modstrid med planhabitatbekendtgørelsens regler om beskyttelse af bilag IV-arters levesteder?

<u>Kampen om Amager Fælled:</u>

MRF 2021.172 Pkn: Klage over Københavns Kommune kommuneplantillæg og lokalplan for byudviklingsprojekt på Amager Fælled tillagt opsættende virkning, da planerne med en vis sandsynlighed ville kunne medføre uoprettelig skade for rasteområder for bilag IV-arten stor vandsalamander i modstrid med planhabitatbekendtgørelsen.

MRF 2021.195 Mfk: Opsættende virkning af klage over Københavns Kommunes VVM- tilladelse til byudviklingsprojekt på Amager Fælled, da projektet med de anførte afværgeforanstaltninger ikke gav sikkerhed for, at der ikke skete uoprettelig skade på rasteområder for bilag IV-arten stor vandsalamander i modstrid med habitatdirektivet.

MRF 2021.308 B: Amager Fælleds venner fik i forbudssag mod bygherren medhold i, at bygherren som følge af den opsættende virkning af klage var forpligtet til at standse alle anlægsaktiviteter, indtil de to klagenævn havde afgjort sagen med krav om, at Amager Fælleds venner skulle stille sikkerhed på 2 mio. kr. Kære af afgørelsen er efterfølgende hæves, og der er anlagt justifikationssag

MRF 2021.342 Mfk: VVM-tilladelse til etablering af et byudviklingsprojekt på Amager Fælled stadfæstet, da det på baggrund af supplerende undersøgelser og vurderinger indhentet og fremsendt af bygherre, mens klagesagen verserede, fandtes godtgjort, at projektet ikke ville have en væsentlig påvirkning på nærliggende Natura 2000-område eller beskadige områdets økologiske funktionalitet som levested for bilag IV-arten stor vandsalamander. Dissens.

Kommentar: Afgørelsen, der er indbragt for domstolene af den ene af klagerne, giver anledning til flere principielle kommentarer.

1. **Inddragelse af nye undersøgelser og vurderinger (NOVA**) under en klage over en VVM-tilladelse. Mens det er korrekt, at nye faktiske oplysninger under klagesagen både kan og skal inddrages efter dansk forvaltningsret for at opnå den materielt rigtige afgørelse, er det tvivlsomt, om dette også fuldtud gælder miljøvurderinger og habitatvurderinger krævet efter VVM-direktivet og habitatdirektivet. Problemet er, at formålet med disse regler netop er at myndighederne kun kan meddele tilladelse, når reglernes fremgangsmåde er fulgt, og denne fremgangsmåde kræver offentlig høring af en miljøvurdering, der opfylder de to direktivers krav, som det bl.a. fremgår af EU-Domstolens dom i sag C-538/18 (**MRF 2020.5 EUD**) og sag C-411/19 (**MRF 2020.12 EUD**). Samme forståelse er tillige lagt til grund af Miljø- og Fødevareklagenævnet som begrundelse for ophævelse og hjemvisning af tilladelser i ganske mange sager, hvor som de seneste kan nævnes **MRF 2021.349 Mfk** og **MRF 2021.326 Mfk**. Hertil kommer det selvstændige aspekt, at EU-Domstolen i sag C-461/17 fastslog, at det alene er den kompetente myndighed, som kan foretage en habitatvurderingen, som det uddybes nedenfor. Det kan ikke udelukkes, at EU-Domstolen vil have forståelse for, at mellemkommende miljøvurderinger af påvirkning af EU-beskyttet natur under en klagesag kan reparere på mangler i en miljøvurdering, men i lyset af hidtidig praksis, må det nok forudsætte en præjudiciel forelæggelse for EU-Domstolen.
2. **Alternative placeringer og myndighedens kompetenc**e. I denne sag afviste klagenævnet, at den manglende undersøgelse af alternative placeringer var en mangel med henvisning til, at placeringen af projektet var fastsat ved lov (lov 2019/275), og at Københavns Kommune derfor ikke har kompetence til at undersøge alternative placeringer. Denne forståelse må anses i overensstemmelse med VVM-direktivet, der alene kræver, at de overvejede alternativer skal være undersøgt. Det har så den supplerende virkning, at hvis en privat bygherre søger om VVM-tilladelse, kan bygherren ikke pålægges at undersøge placeringer, som bygherren ikke har rådighed over.
3. **Ændring af Cityringsloven omfattet af SMV-direktivets krav om miljøvur**dering, og en sådan blev ikke gennemført, forud for lovens vedtagelse. Men dette spørgsmål kunne Miljø- og Fødevareklagenævnet ikke tage stilling til efter nævnets hidtidige forståelse af sin kompetence i relation til den manglende miljøvurdering af den tidligere vindmøllebekendtgørelse, jf. MAD 2017.486 Mfk.
4. **Lovgrundlag for vurderingen af projektets påvirkning af stor vandsalamander og Natura 2000-områder** var ikke habitatbekendtgørelse:
   a. Screeningen af Natura 2000-påvirkning – **direkte effekt af habitatdirektivets** art. 6, og hvor kun Kbh. Kommune som kompetent myndighed har kompetencen, jf C-461/17, hvilket næppe omfatter nævnet
   b. Vurdering af stor vandsalamanders levested e**fter naturbeskyttelseslovens § 29 a og § 65, stk. 3 – men mangler dispensation fra § 29 a**

Problemstilling:

Byggeri kræver tilladelse efter byggelovens § 16, hvilket bl.a. efter planlovens § 18 forudsætter, at byggeriet ikke er i modstrid med lokalplan, og at byggeriet ikke er lokalplanpligtigt efter planlovens § 13, stk. 2. Byggeriet vil ofte tillige kræve, at tilladelser eller dispensation efter anden lovgivning end byggeloven som f.eks. naturbeskyttelsesloven og vil ofte tillige være omfattet af de særlige procedureregler i miljøvurderingsloven (MVL).

Byggeloven og de andre reguleringslove regulerer forskellige hensyn og kan have *forskellige kompetente myndigheder*, og har i alle tilfælde *forskellige rekursmyndigheder*.

Byggesagsenheden i Nævnenes hus: Byggeloven

Planklagenævnet: Planlov, sommerhuslov m.fl. og MVL for kommune- og lokalplaner, men ikke landsplandirektiver

Miljø- og Fødevareklagenævnet: Naturbeskyttelseslov, MVL m.fl.

Hvis en byggetilladelse påklages som en planlovsovertrædelse, kan kommunens ***indirekte afgørelse*** om, at byggeriet ikke er i modstrid med ***planloven*** påklages til Planklagenævnet, og ***den indirekte afgørelse*** om, at byggeriet ikke kræver VVM-screening efter ***MVL*** kan påklages til Miljø- og Fødevareklagenævnet.

<u>Territorial begrænsning – normalt ikke søterritoriet</u>

Planlovskompetence på søterritoriet kræver særlig hjemmel –

Planloven § 11 b (1)(13):

"Rammer for indholdet af lokalplaner fastsættes for de enkelte dele af kommunen med hensyn til [..] anvendelsen af vandområder og udformning af anlæg på vandområder i et byomdannelsesområde inden for eller i tilknytning til en havns dækkende værker"

<u>PP:</u> *Hvis kommuneplanrammer og lokalplan ikke er omfattet af § 11 b(1)(13) er der ikke planlovskompetence:*

MAD 2019.143 Pkn: Lokalplanregel om husbåd ikke gyldig – ændret MAD 2016.345 Nmk

MAD 2021.47/KFE 2020.1065 (PKN 3/7): Kolding havde ikke planlovskompetence til at fastsætte Kommuneplanrammer på søterritoriet for udvidelse af lystbådshavn – men undladt at tillægge ugyldighedsvirkning.

MRF 2021.63 Pkn: Halsnæs Kommune havde ikke kommune- og lokalplankompetence til fastsætte regler om bølgebrydere på søterrioriet

***MAD 2020.216 Pkn**:* Kommunen havde ikke planlovskompetence til at regulere adgang til bådebroer i Københavns havn

***MAD 2020.163 Pkn**:* Staten havde ikke på grundlag af call in kompetence til i kommuneplantillæg for landanlæg til vindmøllepark Vesterhav Syd at regulere vindmøller på søterritoriet

MRF 2021.59 Mfk: Ophævet og hjemvist Kystdirektoratets screeningsafgørelse om ikke-VVM-pligt ved etablering af 25 pælebårne huse på søterritoriet som led i projekt på Møn, da der ikke var gennemført en VVM-proces for det samlede projekt, hvor de landbaserede dele i november 2015 var tilladt af staten efter den særlige forsøgsordning i planlovens § 5.

MRF 2021.151 Pkn: Ophævet kommuneplantillæg og lokalplan for jollehavn og strand i Aabenraa, da det ikke var godtgjort, at der forelå den fornødne planlægningsmæssige og turistpolitiske begrundelse for jollehavnens placering jf. planlovens § 5 b stk. 1, nr. 1, 2 og 4. Dissens.

<u>Regler om nabohensyn i planlovens § 15 a og § 15 b (ny):</u>

Støj og lugtkrav - §§ 15 a og 15 b om lokalplanlægning for boligbyggeri og anden støj- og lugtfølsom anvendelse, hvor vejledende grænseværdier ikke må overskrides – bygherre betaler - ***Beskytter ikke naboer, men beskytter bestående virksomheder mod, at der vedtages lokalplaner for forureningsfølsom anvendelse nær virksomheden, uden at de nye naboer før ibrugtagning har løst forureningsproblemerne.***

§ 15 a: *En lokalplan må kun udlægge støjbelastede arealer til støjfølsom anvendelse, hvis planen med bestemmelser om etablering af afskærmningsforanstaltninger mv., jf. § 15, stk. 2, nr. 13, 22 og 25, kan sikre den fremtidige anvendelse mod støjgener.*

I *byudviklingsområder* en frist på 8 år (§ 15a, stk. 2) og i 2017 indført særlige regler for såkaldte *transformationsområder* (§ 15a, stk. 3 og 4) med bl.a. regler om, at på ejendomme beliggende på arealer der i lokalplan er udlagt til boligejendomme skal kommunen *"lade tinglyse at grænseværdier for støj kan være overskredet med op til 5 dB, jf. stk. 3, nr. 2."*

***MAD 2011.1969 Nmk**:* Rammer for støj fra AMU-center kan ikke fastsættes i kommuneplan, men skal fastsættes efter miljøbeskyttelseslov, jf. specialitetsprincipper

MRF 2021.68 Pkn: Vallensbæk kommunes lokalplan for nyt boligområde på et areal belastet af støj fra motorvej ophævet, da der alene var henvist til de lempede støjgrænser i en situation, der ikke var omfattet af planlovens § 15, stk. 2, nr. 26.

Planloven § 15 a – regulerer kun støjfølsom anvendelse – og forskellige grænseværdier for nye boligområder, hvor ikke muligt at tage hensyn til lydisolering af bygning**,**

§ 15 b: *En lokalplan må kun udlægge arealer, der er belastet af lugt, støv eller anden luftforurening til boliger, institutioner, kontorer, rekreative formål m.v., hvis lokalplanen med bestemmelser om bebyggelsens højde og placering kan sikre den fremtidige anvendelse mod en sådan forurening.*

PKN 28/9: Ophævet lokalplan for Djurs Sommerland, da lokalplanen i strid med planlovens § 15 b ikke indeholdt bestemmelser, der sikrede fremtidig anvendelse mod lugtforureningen fra miljøgodkendt svinebrug beliggende 400 meter fra lokalplanområdet. Planlovens § 15 b omfatter ikke ansøgte udvidelser, hvor der ikke er meddelt godkendelse eller ændringer af geneafstand efter lokalplanen er vedtaget. Vejledende lugtgrænser er dem, der er gældende, når lokalplanen vedtages. Mens der ved godkendelse af husdyrbrug skal tages hensyn til ændringer af lugtgrænser i vejledning, mens klagesagen verserer, gælder dette ikke for vurdering af om § 15 b er opfyldt.

<u>Servituthåndhævelse efter planlov § 43</u>

Kommunen kan efter planloven håndhæve privatretlige servitutbestemmelser, der kunne reguleres ved lokalplan

<u>§ 43</u>. *Kommunalbestyrelsen kan ved påbud eller forbud sikre overholdelsen af servitutbestemmelser om forhold, hvorom der kan optages bestemmelser i en lokalplan.*

Anvendelsesområde for § 43:

- **omfatter ikke offentligretlige servitutter (§ 44)**
- **afgrænsende:** lokalplankataloget i planloven § 15, stk. 2
- **normalt begrænset til tilstandsservitutter – men dele af rådighedsservitutter kan i nogle tilfælde håndhæves**

- **Påbud efter § 43 kan alene omfatte krav om overholdelse af servitutbestemmelser, der kunne reguleres ved lokalplan**

- **Påbud efter § 43 kan ikke indeholde vilkår, jf. MRF 2021.166 Pkn**

- **Bygherre er ikke ved ansøgning om servitutstridigt byggeri forpligtet til at oplyse om servitut, jf. MAD 2015.352 Nmk**

- **Kommunens beslutning om ikke at meddele påbud efter § 43 er ikke en afgørelse, der kan påklages på linje med forbud efter planlovens § 14, jf. MAD 2015.398 Nmk**

Betingelser for at meddele § 43 påbud:

I. Servitutten skal være gyldig og må ikke være bortfaldet pga. konfusion eller frihedshævd eller interessebortfald, jf. MAD 1997.510 Nmk om forbud mod facadeændring (interessebortfald) og servitutten må ikke være ophævet ved lokalplan, jf. MRF 2021.250 Pkn

II. Servitutten skal være tinglyst, jf. MAD 2014.32 Nmk

III. Håndhævelse af servitutten efter planlovens § 43 er en offentligretlig afgørelse, hvorfor de forvaltningsretlige procesregler om partshøring, varsel, begrundelse og hjemmel skal overholdes jf. MRF 2021.164 Pkn, hvor påbud ophævet grundet manglende varsling og partshøring

IV. Håndhævelse af servitut efter planlovens § 43 skal overholde de forvaltningsretlige principper om hjemmel, lighed, proportionalitet og berettigede forventninger. Dette indebærer:

1. **Servitutbestemmelsen kan reguleres ved lokalplan**
2. **Håndhævelsen skal være planlægningsmæssigt begrundet, jf. MAD 2014.123 Nmk om rockerborg i Vanløse**
3. **Der kan ikke påbydes overholdelse af servitutregler, der indeholder en vedligeholdelsespligt, jf. MAD 1999.839 Nmk, da der ikke ved lokalplan kan pålægges handlepligt**
4. **Adgang til påbud kan bortfalde som følge af ejeren af den tjenende ejendoms berettigede forventninger eller rets-fortabende passivitet fra myndigheden, jf. U 2011.2028 H**

<u>Påbud efter § 43 er konstitutive</u> – dvs. at en overtrædelse af en privatretlig servitut omfattet af § 43 er ikke i sig selv en overtrædelse af planloven. Overtrædelse af planloven indtræder først, når kommunen har meddelt påbud efter § 43, og dette påbud ikke er efterkommet inden for den fastsatte frist.