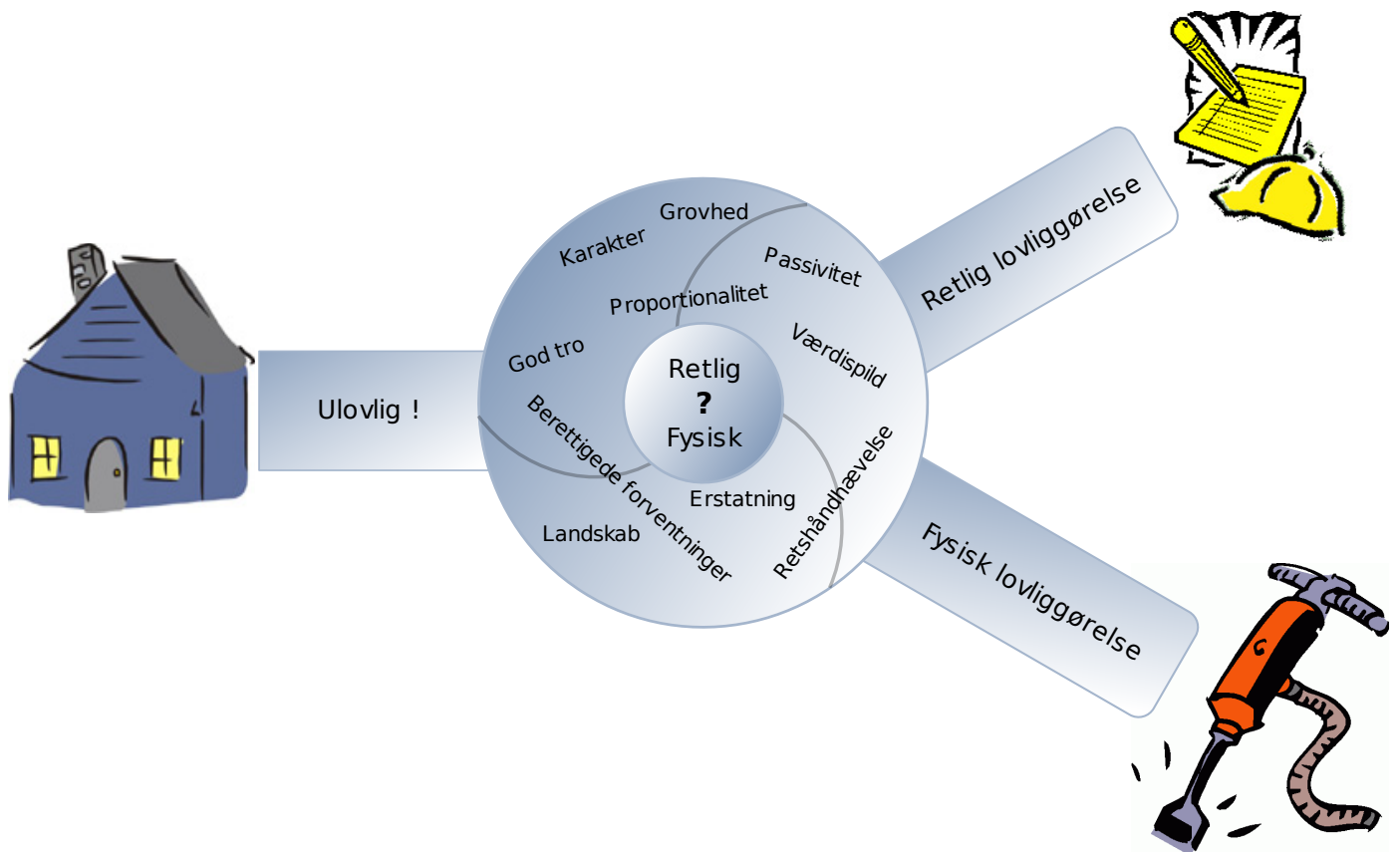


Johannes Hessellund Hansen

Bachelorprojekt

Forvaltningsret

Retlig eller fysisk lovliggørelse?



17. september 2007

Indhold

1	Indledning og problemafgrænsning	1
2	Ugyldighed	2
2.1	Ugyldighedsbetingelser	2
2.2	Ugyldighedsvirkninger	2
3	Lovliggørelse	3
3.1	Retlig lovgivning	3
3.2	Fysisk lovgivning	4
4	Valget mellem retlig og fysisk lovgivning	4
4.1	Inddragelse af nova	4
4.2	Udgangspunkt i fysisk lovgivning	5
4.3	De saglige hensyn og deres afvejning	6
4.3.1	Berettigede forventninger	6
4.3.2	God tro	7
4.3.3	Tidsforløbet	9
4.3.4	Økonomiske konsekvenser	9
4.3.4.1	Erstatningsbetragtninger	10
4.3.4.2	Proportionalitetsprincippet	11
4.3.5	Karakter og grovhed	12
4.3.6	Retshåndhævelse	13
4.3.7	Landskabelige hensyn	14
5	Konklusion	15
6	Litteratur	16
7	Anvendt praksis	16
8	English abstract	17

1 Indledning og problemafgrænsning

Når en borger ønsker at bebygge en grund, vil dette ofte kræve en forudgående tilladelse fra forvaltningsmyndigheden. Der kan være tale om dispensation fra byggelinjer, fredningsbestemmelser og lignende. Undertiden bliver de fornødne tilladelser og dispensationer ikke indhentet, eller de udstedes på et mangelfuldt grundlag der medfører deres ugyldighed. Er situationen imidlertid den at byggeriet allerede er afsluttet, har myndigheden pligt, efter plan- og byggelov m.v., til at søge forholdet lovliggjort.

Denne opgavebesvarelse vil beskæftige sig med »forvaltningsmyndighedens stillingtagen til fysisk eller retlig lovliggørelse af ulovlige bygningsforhold og lignende«. Forvaltningsmyndighedens stillingtagen beror på en afvejning af saglige hensyn der kan og skal inddrages. Disse hensyn vil opgavebesvarelsen have fokus på. Således vil de vigtigste momenter i afvejningen blive gennemgået, herunder borgerens berettigede forventninger, god tro, passivitet, værdispildsbetragtninger, retshåndhævelse og overtrædelsens karakter og grovhed. Der vil søges at give et indblik i hensynenes indbyrdes forhold, deres indflydelse på hinanden og vægten i den samlede vurdering. Besvarelsens udfoldelsesmuligheder er begrænsede, og gennemgangen vil således ikke kunne medtage alle detaljer, dog vil søges at give et overblik over væsentlige momenter og detaljer.

Besvarelsen tager udgangspunkt i to situationer allerede skitseret ovenfor. Den første situation omhandler borgeren, der ikke har indhentet de fornødne tilladelser/dispensationer. Det kan være opførelsen af en ny carport for tæt på skellet eller ombygning af en fredet bygning osv. Den anden situation omhandler borgeren, der har indhentet tilladelse fra myndigheden, men hvor tilladelsen er ulovlig og erklæres ugyldig. Ulovligheden kan bestå i myndighedens manglende iagttagelse af de forvaltningsretlige grundsætninger og regler. Det kan f.eks. være at myndigheden ikke har foretaget nabohøring, overskredet sin dispensationskompetence¹, at byggeriet har udløst lokalplanpligt eller at tilladelsen/dispensationen skulle gives af en anden myndighed.

For begge situationer tages udgangspunkt i, at byggeriet er endeligt afsluttet, enten da ulovligheden først er konstateret efterfølgende, eller et evt. standsningspåbud er tilsidesat.

Som primær baggrund for besvarelsen benyttes betænkning nr. 981 fra 1983. Desuden vil besvarelsen inddrage relevant praksis fra forvaltningen samt domstolenes stillingtagen til spørgsmålet.

¹ I Bilka-Horsens sagen, U 2004.1849 H, havde kommunen overskredet sin dispensationskompetence efter PL § 19. Naturklagenævnets afgørelsen blev erklæret ugyldig.

2 Ugyldighed

Ved behandling af ugyldighedsbegrebet må der med fordel sondres mellem ugyldighedsbetingelser og ugyldighedsvirkninger. Der skal her kun kort og overordnet foretages en gennemgang af ugyldighedslæren.

2.1 Ugyldighedsbetingelser

At en forvaltningsakt er ulovlig medfører ikke nødvendigvis, at den er ugyldig og ikke får retsvirkninger. For at domstolene erklærer en forvaltningsakt ugyldig, skal de tre ugyldighedsbetingelser være opfyldt. Forvaltningsakten skal lide af en retlig mangel, denne mangel skal være væsentlig, og tertiære momenter må ikke tale imod ugyldighed.

Retlig mangel dækker over både de materielle og de formelle mangler. Forvaltningsakten må således ikke være i strid med de forvaltningsretlige retsgrundsætninger, som f.eks. skøn under regel, lighedsprincippet, magtfordrejning osv. Men også tilblivelsesmangler, som f.eks. høringsmangler, er en retlig mangel.

Væsentlighedskravet er ikke entydigt og vil skulle vurderes individuelt for den konkrete mangel i den konkrete sag. Visse mangelstyper vil typisk kunne undergå en generel væsentlighedsvurdering, således at tilsidesættelse af garantiforskrifter altid medfører ugyldighed, desuden er fortolkningsmangler i almindelighed væsentlige.

Er der konstateret en væsentlig retlig mangel, skal de tertiære momenter inddrages. Tertiære momenter drejer sig bl.a. om manglens karakter og grovhed, om forvaltningsakten er begunstigende eller bebyrdende, ligesom god tro, indrettelseshensyn og tidsforløbet spiller en væsentlig rolle i vurderingen. Endelig kan også samfundsinteresser som værdispild spille en rolle i ugyldighedsvurderingen. Der vil altid skulle foretages en samlet vurdering i den konkrete sag.

2.2 Ugyldighedsvirkninger

At en forvaltningsakt erklæres ugyldig medfører, at forvaltningsakten ikke får retsvirkninger efter sit indhold. Definitionen angiver ikke nærmere hvilke retsvirkninger ugyldigheden medfører.

De vigtigste følger af ugyldighed er annullation, rettelse og hjemvisning. Annullation medfører, at forvaltningsakten i sin helhed ophæves, uden at en anden afgørelse sættes i stedet. Rettelse er omvendt den situation, hvor domstolene sætter sin egen afgørelse i stedet for forvaltningens. Ved hjemvisning skal sagen gennemgå fornyet behandling ved forvaltningen.²

² Almindelige emner, kap. 6, afsnit XI.

I forbindelse med byggeforhold og lignende er særligt annullationen interessant. Hvor en forvaltningsakt, i form af en tilladelse/dispensation, annulleres, beror det på en selvstændig afgørelse, hvorvidt der skal ske retlig eller fysisk lovliggørelse. Vælger domstolene at rette afgørelsen for at komme i nærmere overensstemmelse med borgerens faktiske adfærd, vil der være tale om (delvis) retlig lovliggørelse.

Statueres der ulovlighed, uden at afgørelsen erklæres ugyldig, får den virkning efter sit indhold. Konsekvenserne heraf svarer til retlig lovliggørelse.

Hvor der ikke er nedlagt påstand om en bestemt retsvirkning, kan der ikke forventes, at domstolen tager stilling hertil. Det var eksempelvis situationen i Bilka-Horsens-sagen³. Der var i sagen alene nedlagt påstand om, at Naturklagenævnets afgørelse erklæredes ugyldig. Sagsøger fik medhold i påstanden. Bundet af påstanden tog domstolen ikke stilling til ugyldighedens retsvirkning. Valget af retsvirkning skulle således udspille sig efterfølgende. Forvaltningsmyndighederne stod herefter med valget om at tilvejebringe det retsgrundlag, der krævedes for at tilladelse kunne gives (retlig lovliggørelse) eller søge byggeriet fysisk lovliggjort.

3 Lovliggørelse

I det følgende vil begreberne retlig og fysisk lovliggørelse blive beskrevet nærmere.

3.1 Retlig lovliggørelse

Ved retlig lovliggørelse bringes den ulovlige tilstand til ophør ved efterfølgende godkendelse. Ved ændring i retsgrundlaget er tilstanden ikke længere ulovlig, og der skal således ikke ske ændringer i det fysisk etablerede forhold.⁴ Ændringen i retsgrundlaget kan f.eks. ske ved efterfølgende udstedelse af den fornødne dispensation fra lokalplanen. Såfremt der ikke er dispensationsadgang, skal myndigheden tilvejebringe en ny lokalplan.

Forudsætningen for at der kan ske retlig lovliggørelse er, at forholdet, efter gældende regler, kunne være tilladt ved forudgående ansøgning.⁵ Der skal være tale om en skønsmæssig afgørelse. Er der tale om tilsidesættelse af indispensable lovbestemmelser, er retlig lovliggørelse udelukket, og alene fysisk lovliggørelse kommer således på tale. Er der modsat tale om, at borgeren opfylder nogle i loven fastsatte kriterier, hvorunder der altid gives tilladelse, bortfalder skønnet og der skal ske retlig lovliggørelse.

Foretages der retlig lovliggørelse bliver tilstanden lovlig fra det tidspunkt, hvor den retlige lovliggørelse træder i kraft. For tidsrummet indtil den retlige lovliggørelse vil borgeren også

³ U 2004.1849 H

⁴ Retlig lovliggørelse kan dog ledsages af strafferetlig tiltalerejsning, jf. Bet. 981/1983 s. 82. Ligeledes kan der blive tale om et erstatningsansvar for det forløbne tidsrum. Se U 1995.314 V.

⁵ Bet. 981/1983 s. 80.

efterfølgende kunne gøres ansvarlig, både strafferetligt og erstatningsmæssigt.

3.2 Fysisk lovliggørelse

Ved fysisk lovliggørelse skal den ulovlige tilstand bringes til ophør ved, at byggeriet bringes i overensstemmelse med lovgivningen. Fysisk lovliggørelse medfører typisk retablering, dvs. at tilstanden bringes tilbage til den oprindelige. Således kan dette indebære at byggeriet skal rives ned, ombygges eller eventuelt tages i brug for andet formål. I visse situationer er fysisk lovliggørelse umuligt, det være sig f.eks. hvor en fredet ejendom er revet ned, og det ikke er muligt at genopbygge. Hvor retlig lovliggørelse er udelukket og fysisk lovliggørelse umulig, bliver kun straf- og erstatningsansvaret tilbage at fastlægge.

Som eksempel på fysisk lovliggørelse kan nævnes gyllebeholdersagen⁶. Amtet fandt ikke, at der forelå sådanne forhold der kunne begrunde, at gyllebeholderen lå løsrevet fra produktionsstedet. Amtet krævede fysisk lovliggørelse, hvilket indebærer at gyllebeholderen skulle nedrives og genopføres inden for rammerne af lokalplanen, dvs. i tilknytning til produktionsstedet.

4 Valget mellem retlig og fysisk lovliggørelse

Forvaltningsmyndighederne har som tilsynsmyndighed pligt til at søge ulovlige forhold lovliggjort. Således fremgår det af PL § 51, stk. 5, at »tilsynsmyndigheden skal [fremhævning, red.] foranledige et ulovligt forhold lovliggjort, medmindre forholdet har underordnet betydning.«⁷

Nærværende afsnit vil beskæftige sig med grundlaget for myndighedens valg af lovliggørelsestype.

4.1 Inddragelse af nova

Udgangspunktet er, at der helt skal ses bort fra den etablerede tilstand. Myndigheden skal vurdere sagen, som skulle der tages stilling ved en forudgående ansøgning. Dvs. at der i første omgang skal ses bort fra de faktiske omstændigheder.⁸ Med hensyn til det retlige grundlag, skal gældende ret anvendes.

Kommer myndigheden frem til, at en ansøgning ville være imødekommet, hvis ansøgt forud for etableringen af den ulovlige tilstand, da skal der ske retlig lovliggørelse.⁹

Ville der omvendt være blevet givet afslag på en forudgående ansøgning, kan der ikke uden videre slutes, at der skal ske fysisk lovliggørelse og at retlig lovliggørelse er udelukket. Det

⁶ U 2000.2412 H

⁷ Lignende bestemmelse findes i MBL § 68, NBL § 73, stk. 5, BL § 16a, stk. 3.

⁸ Se f.eks. NKO nr. 380.

⁹ Bet. 981/1983, s. 81.

faktum at tilstanden *er* etableret medfører, at der nu skal tages stilling ud fra de nuværende faktiske omstændigheder.¹⁰ Der skal inddrages yderligere hensyn, der ligner de tertiære momenter fra ugyldighedslæren. Disse hensyn bliver behandlet nærmere i det følgende.

4.2 Udgangspunkt i fysisk lovliggørelse

Ved valget mellem retlig og fysisk lovliggørelse, er sidstnævnte udgangspunktet. Dette udgangspunktet er bl.a. fastslået ved Højesteret i gyllebeholdersagen i U 2000.2412 H¹¹:

»Det er under sagen uomtvistet, at en sådan ansøgning ikke ville være blevet imødekommet. Højesteret finder, at udgangspunktet herefter er, at der skal ske fysisk lovliggørelse, medmindre der som følge af gylletankens faktiske etablering er tilstrækkeligt tungtvejende grunde til retlig lovliggørelse.«

Ikke alene anfører Højesteret her, at fysisk lovliggørelse er udgangspunktet, der skal endda være tilstrækkeligt tungtvejende grunde for et andet resultat.

Udgangspunktet hænger sammen med retshåndhævelsesbetragtninger. Skulle der opnås en bedre retstilling ved at opføre et byggeri uden forudgående ansøgning, ville det forekomme stødende.

Imidlertid kan det anføres, at borgeren der skal lovliggøre, har krav på at myndigheden tager stilling til, om der kan ske retlig lovliggørelse. Dette udtrykkes ligeledes i ovennævnte domscitat, jf. »medmindre«. Højesteret udtrykker derved, at myndigheden skal tage stilling ud fra de saglige og relevante hensyn, der måtte være i sagen. Det er dermed ikke nok alene ud fra retshåndhævelsesbetragtninger at afvise retlig lovliggørelse.

I den lidt ældre sag U 1969.979 V understøttes, at der skal tages endelig stilling til retlig lovliggørelse før påbud om fysisk lovliggørelse. Sagen handlede om et sommerhus, der var opført i skovområde, uden den nødvendige tilladelse efter naturfredningsloven. Der var i sagen nedlagt påstand om fysisk lovliggørelse. Landsretten udtalte:

»Under hensyn til, at de af tiltalte indgivne andragender til bygnings- og fredningsmyndighederne endnu ikke er endeligt afgjort, findes der ikke tilstrækkelig anledning til under denne sag at pålægge ham at fjerne huset...«

Af nyere praksis kan nævnes U 2002.1854 V, hvor Hammel kommune krævede et ulovligt byggeri fysisk lovliggjort. Domstolene fandt ikke afslaget sagligt begrundet og hjemviste spørgsmålet om dispensation til fornyet behandling. I den nye behandling skulle der tages sagligt stilling til, hvorvidt der kunne ske retlig lovliggørelse. Fysisk lovliggørelse kunne således ikke gennemføres, før der var truffet en lovlig afgørelse.

¹⁰ Se bl.a. U 2000.2412 H, citeret straks nedenfor, jf. »som følge af gylletankens faktiske etablering«.

¹¹ Ligeledes U 2003.1628 Ø.

Sagerne er således eksempler på, at der forud for krav om fysisk lovliggørelse, skal være truffet endelig afgørelse vedrørende retlig lovliggørelse.

Det er i teorien¹² almindeligt antaget, at proportionalitetsbetragtninger medfører at borgeren har krav på at der tages stilling til om retlig lovliggørelse kan finde sted. Det forvaltningsretlige proportionalitetsprincip medfører, at det mindst indgribende middel for opnåelse af formålet skal vælges frem for det mere indgribende. I forhold til borgeren der skal lovliggøre, vil retlig lovliggørelse altid være mindre indgribende end fysisk lovliggørelse, hvorfor vedkommende har krav på stillingtagen til dette spørgsmål.

De gener omgivelserne må lide i tidsrummet indtil afgørelsen vil sjældent være proportionale med de betydelige omkostninger, der kan være ved at fysisk lovliggøre. Dette hænger sammen med, at der ved opførelse af bygninger etableres en ikke udviklende tilstand. Skaden er således sket, og der vil som oftest ikke ske yderligere skade, uanset om tilstanden opretholdes indtil endelig stillingtagen.

Det kan i særlige tilfælde tænkes, at den etablerede tilstand er til en sådan gene/skade for omgivelserne, at fysisk lovliggørelse kan forlanges umiddelbart.¹³

4.3 De saglige hensyn og deres afvejning

Er myndigheden kommet frem til, at der ved forudgående ansøgning ville være meddelt afslag, skal der inddrages yderligere hensyn baseret på de nuværende faktiske omstændigheder. Det beror på en konkret vurdering i det enkelte tilfælde. I denne vurdering indgår en række hensyn, som bl.a. anført i Holte Midtpunkt sagen¹⁴:

»Afgørelsen af, om pligten til lovliggørelse bør fraviges i det foreliggende tilfælde, må som anført af parterne bero på en afvejning, hvori - foruden det hensyn til retshåndhævelsen, ... må indgå omfanget af de ulemper, som er påført sagsøgerne, de sagsøgtes subjektive forhold og konsekvenserne af en lovliggørelse.«

Der er en tæt indre sammenhæng mellem de forskellige hensyn, det er således ikke muligt at sondre skarpt imellem de enkelte.

4.3.1 Berettigede forventninger

Borgerens berettigede forventninger og indrettelseshensyn spiller en stor rolle ved afgørelse af lovliggørelsestype. Borgeren, og evt. andre, kan have indrettet sig på den etablerede tilstand. Fysisk lovliggørelse vil derfor ofte være et betydeligt indgreb overfor borgeren, og hensynet har dermed betydelig vægt.

¹² Se bl.a. Administrativ håndhævelse, afsnit 10.2. Mogens Moe i Miljøret, afsnit 15.4.2.

¹³ I U 1969.979 V, citeret ovenfor, åbner landsretten for, at særlige hensyn kan medføre et andet resultat, jf. »ikke tilstrækkelig anledning under denne sag«. I hvert fald hvor der er tale om miljømæssig skade, vil dette være tænkeligt. Se Administrativ håndhævelse afsnit 10.2.

¹⁴ U 1986.143 H

Hvorvidt borgeren kan siges at have berettigede forventninger til, at der ikke skal ske fysisk lovliggørelse beror på en vurdering af flere forskellige momenter. Således er berettigede forventninger nært knyttet til, hvorvidt borgeren kan siges at være i god tro¹⁵. Borgeren kan have handlet i tillid til myndigheden vejledning eller endda dennes tilladelse.

Også lighedsbetragtninger kan give berettigede forventninger. Har myndigheden i nært beslægtede situationer givet tilladelse eller retligt lovliggjort, kan borgeren evt. forvente samme udfald i egen sag.

Yderligere kan der være tale om, at myndigheden har ladet et vist tidsrum forløbe, og måske endda udvist passivitet¹⁶.

4.3.2 God tro

Uvidenhed diskulperer ikke. Dette er det helt klare udgangspunkt, idet borgeren har pligt til at gøre sig bekendt med de gældende regler. Borgeren vil således ofte være i ond tro i den situation, hvor han har bygget uden at indhente den fornødne tilladelse/dispensation, som han burde vide var påkrævet.¹⁷

Det anføres dog i håndhævelsesbetænkningen¹⁸, at der i en vis udstrækning skal tages hensyn til borgerens gode tro. Endvidere anføres, at en sådan god tro undertiden kan være forstærket af myndighedens ufuldstændige eller forkerte vejledning. Situationen kunne være den, at borgeren henvender sig til myndigheden for at søge tilladelse til et byggeri, hvorefter myndigheden fejlagtigt meddeler, at en tilladelse ikke behøves. Borgeren, der netop har henvendt sig til myndigheden for at sikre sig ikke at foretage noget ulovligt, må kunne handle i tillid til myndighedens vejledning. Er borgeren i god tro vil dette sagligt og væsentlig tale for retlig lovliggørelse. I ældre praksis krævedes i disse situationer, at man havde handlet forsætligt eller groft uagtsomt for at kunne mødes med krav om fysisk lovliggørelse.¹⁹

I sagen om Motel Krik Vig²⁰ var bygherren i god tro, hvorfor påstand om fysisk lovliggørelse blev tilbagevist. Her var situationen den, at kommunen havde givet en tilladelse som det tilkom amtet at give efter landzoneloven.

»Kommunen har ved sin ulovlige handlemåde givet bygherren føje til at antage, at byggeriet lovligt kunne gennemføres. Dette medfører, at der ikke kan rejses straffesag mod bygherren med påstand om straf og om lovliggørelse af byggeriet.«

God tro vil som udgangspunkt tale for borgerens berettigede forventninger og således for retlig lovliggørelse. Hvor myndigheden fejlagtigt har meddelt tilladelse/dispensation, peger

¹⁵ Behandles straks nedenfor.

¹⁶ Behandlet i afsnit 4.3.3.

¹⁷ I NKO nr. 380, havde borgeren ansvaret for at sætte sig ind i reglerne, uanset kommunens medvirken.

¹⁸ Bet. 981/1983, s. 81.

¹⁹ Mogens Moe, Miljøret, afsnit 15.4.6.

²⁰ U 1981.569 V

nyere praksis i retning af at der, trods borgerens gode tro, kræves fysisk lovliggørelse. Dette støttes på erstatningsbetragtninger, hvor borgeren vil kunne søge regres hos den fejlende myndighed. Hvor borgeren holdes skadesløs af myndigheden, er der således ikke noget hensyn at tage til de privatøkonomiske værdispild. Særligt fremtrædende eksempler er de to gyllebeholdersager U 2000.2412 H og U 2003.1628 Ø.²¹

Omvendt medfører ond tro forstærket vægt i forhold til fysisk lovliggørelse. Dette gjorde sig bl.a. gældende i ridehal-sagen²², hvor det moment, at borgeren vidste at tilladelse skulle indhentes, og dermed havde handlet forsætligt, særligt tillagdes vægt.

»...idet det også efter bevisførelsen for landsretten anses godtgjort, at tiltalte har *vidst* [fremhævet, red.], at der til byggeriet krævedes tilladelse fra fredningsnævnet, tiltrædes det, at tiltalte må anses skyldig...«

Er borgeren i ond tro, medfører dette en styrkelse af vægten for retshåndhævelsessensyn, og samtidig en mindskelse af vægten af de øvrige hensyn. Således kan borgeren der bygger, på trods af at have viden om at tilladelse er påkrævet, siges at acceptere risikoen for at skulle reetablere forholdene. Accept af risiko får dermed betydning for vægten af det privatøkonomiske hensyn.

Dette fremstår af U 1989.956 Ø, der omhandler nedtagning af bevaringsværdige skorstenene på en bygning. Efter en brandskade, om vinteren, blev der udarbejdet en bygningshistorisk undersøgelse af ejendommen, hvoraf fremgik at to skorstenene var bevaringsværdige. Den efterfølgende sommer lod bygherren begge skorstenene nedtage og lagde desuden undertag af plast, uden at indhente den fornødne tilladelse fra Fredningsstyrelsen. Byretten henviste til at værdispildet oversteg hensynet til bevarelse af skorstenene og kom frem til, at der ikke skulle ske fysisk lovliggørelse. Af anden mening var Landsretten, der henviste til at bygherren vidste, at der skulle indhentes tilladelse fra Fredningsstyrelsen, og »det må under disse omstændigheder have stået bygherren klart, at byggeriet kunne medføre nedrivning af bevaringsværdige indretninger eller anvendelse af materialer, der ikke kunne godkendes«. Det pålagdes bygherren, under tvangsbøder, at lovliggøre ved reetablering af skorstenene. Dommen kan således tages til indtægt for, at ond tro, i hvert fald i et vist omfang, tilsidesætter hensynene til værdispild.²³

Kammeradvokaten går endnu videre, idet han anfører »at ond tro hos ejeren af en ulovligt opført bygning med hensyn til byggeriets lovlighed i praksis *udelukker* [fremhævet, red.] retlig lovliggørelse«. ²⁴ Dette synspunkt mener Kammeradvokaten bekræftet af U 2005.3188 H, der bl.a. udtaler:

²¹ Dommene gennemgås under afsnit 4.3.4.1.

²² U 1984.983 H

²³ Ligeledes FOB 1974.179, hvor bygherren handlede groft uagtsomt.

²⁴ Udtalelse af 10. okt. 2005 til Skov- og Naturstyrelsen vedrørende Føtex i Ribe.

»Under de foreliggende omstændigheder, hvor der ikke er handlet i god tro, har det konkrete hensyn til sagsøgers økonomiske interesser i at bibeholde bygningen ingen vægt af nævneværdig betydning.«

Kammeradvokatens meget vidtrækkende synspunkt kan i hvert fald synes rigtigt hvad angår fredningssager, hvor der næppe kan være tvivl om at dispensation skal indhentes.²⁵

4.3.3 Tidsforløbet

Tiden der er forløbet fra etableringen af den ulovlige tilstand, indtil påtale fra myndigheden, spiller en vis rolle i afvejningen. Tidsforløbet medfører, at omgivelserne kan have indrettet sig på forholdets eksistens. Således kan man sige, at borgeren, der har etableret den ulovlige tilstand, øger sine berettigede forventninger til, at tilstanden ikke skal berigtiges ved fysisk lovliggørelse. Myndighedernes passivitet overfor konstaterede ulovlige forhold kan medføre, at myndigheden mister sine håndhævelsesbeføjelser.²⁶ Den længerevarende passivitet kan ses som myndighedens stiltiende accept af forholdet. I takt med passiviteten, øges borgerens berettigede forventninger. De berettigede forventninger vejer i denne sammenhæng tungere end hensynet til retshåndhævelse.²⁷

Situationen kan også være, at der er gået lang tid fra etableringen af den ulovlige tilstand, indtil myndigheden konstaterer ulovligheden. I forbindelse med den tidsmæssige vurdering af en sag om håndhævelse tillægges det betydning, om der er tale om delvist skjulte indretninger, der ikke umiddelbart kan konstateres af myndighederne fra vejen eller fra arealet nær selve beboelseshuset. Hvor myndigheden dermed er »undskyldt«, bortfalder muligheden for fysisk lovliggørelse ikke nødvendigvis som følge af passivitet. Tidsfaktoren må her opvejes overfor de samfundsmæssige interesser, der skal varetages efter lokalplanen.²⁸

4.3.4 Økonomiske konsekvenser

Når en ulovligt opført bygning eller lignende søges fysisk lovliggjort, er dette ofte forbundet med betydelige økonomiske konsekvenser. Der kan både være tale om privatøkonomiske og samfundsøkonomiske konsekvenser. Borgeren har investeret økonomiske ressourcer i at etablere tilstanden, bygge huset. Nedrives bygningen, vil disse ressourcer være spildt, og der vil desuden være tilknyttet omkostninger til nedrivningen. Kræver fysisk lovliggørelse blot en ændring, vil det stadig være forbundet med udgifter hertil. Der er således et hensyn at tage til det privatøkonomiske værditab borgeren må lide. Samfundsprægede interesser spiller også ind, og destruktion af værdier skal søges undgået, medmindre der er tale om

²⁵ Se også NKO nr. 366 og 380.

²⁶ Betænkningen anfører, at det normalt også gælder selvom passiviteten er udvist af en anden myndighed end den der skulle give tilladelsen.

²⁷ Eksempelvis MAD 1999.274 NKN, hvor amtet havde fortabt sin mulighed for at søge bygninger lovliggjort.

²⁸ Dette ses bl.a. i MAD 2004.807 NKN hvor tidsforløbet blev tillagt særlig vægt.

faresituationer.²⁹ F.eks. materialespild kan betragtes som samfundsværdispild, jf. nedenfor. Pålægges myndigheden at erstatte borgerens tab, er der ligeledes tale om samfundsmæssigt værdispild.

Både privatøkonomisk og samfundsmæssigt værdispild blev blandt andet tillagt betydning i U 1965.815 Ø, hvor der anførtes:

»under hensyn til det store tab, det ville tilføje sagsøgeren (ejer, red.), og det materialespild, der ville opstå ... efterkom man sagsøgerens ansøgning om den dispensation, som han ellers ikke ville have kunnet opnå«

Vægten af hensynet til værdispild hænger sammen med størrelsen af værdien. Således er det oplagt, at hensynet til et stort byggeri, som f.eks. Bilka i Horsens, er større end hensynet til borgeren, der bygger sin carport for tæt på skellet.

4.3.4.1 Erstatningsbetragtninger

Udgangspunktet for værdispildsbetragtningerne er de privatøkonomiske hensyn, der skal tages overfor borgeren, der har foretaget et ulovligt byggeri. Har kommunen eller anden myndighed handlet ansvarspådragende, skal de svare erstatning for det tab, borgeren lider ved fysisk lovliggørelse. Herefter er der ikke noget økonomisk hensyn at tage til borgeren.

Ved den første gyllebeholder-sag³⁰ fra 2000 blev det af Højesteret fastslået, at det er lovligt at inddrage ansøgerens erstatningsmuligheder i afvejningen af, om der skal ske retlig eller fysisk lovliggørelse. I sagen krævede amtet gyllebeholderen fysisk lovliggjort og underkendte dermed den tilladelse, som kommunen ulovligt havde givet. Afgørelsen blev påklaget til Naturklagenævnet, der i sin behandling af sagen lagde vægt på, at ansøgeren formodentligt ville blive holdt skadesløs, idet kommunen havde handlet ansvarspådragende. Således var der ikke nævneværdige privatøkonomiske hensyn at tage til ansøgeren. Landsretten fastslog, i overensstemmelse med påstanden, at Naturklagenævnet ikke lovligt kunne lægge vægt på de erstatningsmæssige betragtninger. Højesteret kom til det modsatte resultat, idet de anførte at Naturklagenævnet har måttet lade det indgå i bedømmelsesgrundlaget, hvem der måtte antages endeligt at skulle bære tabet ved fysisk lovliggørelse.³¹

I den anden gyllebeholdersag U 2003.1628 Ø, har landsretten rettet ind og udtaler:

»Hensynet til Enok Vestergård er ikke væsentligt, da han må antages at have ret til skadesløsholdelse af amtet, og tabet ved gyllebeholderens fjernelse og genopførelse og det samfundsmæssige værdispild herved findes ikke at være tilstrækkeligt tungtvejende.«

²⁹ Bet. 981/1983, s. 81.

³⁰ U 2000.2412 H

³¹ Højesteret overlod en margin i vurderingen af erstatningsansvaret, jf.: »uanset at nævnets bedømmelse af et sådant erstatningsspørgsmål er forbundet med en principiel usikkerhed som følge af bedømmelsens præjudicielle karakter«.

Da myndigheden har handlet ansvarspådragende og skal bære tabet, svinger hensynet nu over til denne og dermed samfundet. Der er således et hensyn at tage til samfundsmæssigt værdispild. Det er oplagt, at hensynet til værdispild er forholdsvis mindre ved samfundsmæssigt værdispild i forhold til det privatøkonomiske værdispild. I første gyllebeholdersag, var tabet anslået til ca. 415.000 kr, hvilket var betydeligt overfor ejeren. I forhold til myndigheden var tabet mindre bebyrdende.

Det er ikke umiddelbart muligt at fastslå hvilken vægt værdispildshensynet har. Dette skyldes, at retspraksis på området er konkret begrundet og i øvrigt baserer sig på en samlet vurdering af de relevante hensyn. Værdispild vil dog altid tale for retlig lovliggørelse. Vægten af momentet afhænger af værdien set i forhold til hvem der skal bære tabet.

Værdispildsbetragtninger stammer fra de domstolsskabte naboretlige regler, der omhandler hvornår en nabo skal afholde sig fra ulempeforvoldende handlinger, og hvornår disse kan gennemføres mod betaling af erstatning til naboen.³²

Således Holte Midtpunkt-sagen³³, hvor der på den ene side var kommunen og en byherre i god tro og på den anden side naboen, der havde lidt et værditab som følge af opførelsen af bygningen. Højesteret kom frem til, at allerede efter naboretlige regler var bygningen ulovligt tilladt. Højesteret valgte dog ikke løsningen med fysisk lovliggørelse, men tilkendte naboen erstatning. Således blev der foretaget en afvejning af nabovens værdiforringelse på ca. 30.000 kr overfor et værdispild på ca. 1,7 mio. kr ved fysisk lovliggørelse.

Har naboen mulighed for at få sine interesser dækket ved at modtage en erstatning for sine ulemper, vil dette typisk være mindre indgribende end fysisk lovliggørelse, hvorfor dette vil tale for at byggeriet retlig lovliggøres.

4.3.4.2 Proportionalitetsprincippet

Det følger af proportionalitetsprincippet, at forvaltningen, hvor den har valget mellem flere indgrebstyper, skal vælge den mindst indgribende, som er tilstrækkelig og egnet for opnåelse af formålet.³⁴

Som allerede nævnt er der ved ulovlige bygningsforhold tale om etablering af en tilstand, hvor der ikke er tale om udviklende skade. Den skade, der vil ske ved forholdet, er allerede sket.

Proportionalitetsbetragtninger medfører, at de ulemper der vil være ved at fysisk lovliggøre, ikke må stå i urimeligt forhold til varetagelsen af de hensyn, der er tilsidesat ved etablering af tilstanden.

I U 1989.956 Ø, omhandlende de fredede skorstene, var byretten kommet frem til, at værdispildet, og dermed ulempen for bygherren, oversteg hensynet til bevarelse af skorste-

³² Bet. 981/1983, s. 96.

³³ U 1986.143 H

³⁴ Almindelige emner, s. 262.

nene. Det var uproportionelt at kræve skorstenene fjernet. Byretten havde således afvejet de modstående hensyn. Landsretten kom dog frem til, at ond tro medførte at proportionalitetsbetragtninger ikke kunne begrunde retlig lovliggørelse.

Også i Holte Midtpunkt-sagen³⁵ blev foretaget en afvejning af ulemperne. I sagen var nabovens værdiforringelse ved syn og skøn anslået til 30.000 kr, her overfor stod kravet om fysisk lovliggørelse, anslået til udgifter på ca. 1,7 mio. kr. Domstolene valgte en erstatningsløsning.

Begge sager viser, at proportionalitetsbetragtninger har betydning i afvejningen af hensyn. Der skal foretages en konkret vurdering i det enkelte tilfælde med opvejning af de konkrete interesser i sagen.

4.3.5 Karakter og grovhed

Der er klart, at jo tættere ansøgeren var på at få tilladelse, desto mindre skal der til før hensynet til ansøgeren medfører retlig lovliggørelse. Dette finder også udtryk i lovgivningen, hvor bagatelagtige forhold ikke skal lovliggøres.³⁶

Selvom der er væsentlige momenter, der taler for at foretage retlig lovliggørelse, kan myndigheden afslå at give efterfølgende tilladelse/dispensation, på baggrund af overtrædelsens grovhed og karakter.³⁷ Betænkningen anfører således, at grovhed og karakter i sidste ende kan have afgørende vægt i afvejningen af de relevante hensyn.

I sagen om de fredede skorstene, U 1989.956 Ø, blev der særligt lagt vægt på forholdets grovhed og karakter. Fra der var foretaget en bygningshistorisk undersøgelse, med det resultat at skorstenene var bevaringsværdige, til borgeren lod skorstenene nedtage, var der gået mindre end 6 måneder. Borgeren var således klar over overtrædelsen.

Karakter og grovhed har en vis indre sammenhæng med god tro. Er der tale om en åbenbar overtrædelse, kan der således ikke lægges afgørende vægt på borgerens gode tro eller den forløbne tid, jf. Fedevare-sagen³⁸. I sagen var der tale om en ulovligt opført virksomhed. Landsretten bemærker, at da tilladelsen er åbenbart ulovlig, kan ejerens gode tro og det forhold at virksomheden har eksisteret længe, ikke tillægges afgørende betydning.

Der blev i sagen desuden lagt vægt på, at virksomheden uden vanskeligheder kunne etableres andetsteds. Et element i karakterbedømmelsen er således også, hvorvidt det konkrete bygningsforhold er nødvendigt for borgeren. Er det mindre væsentligt for borgeren, om en bygning opføres det ene eller andet sted, vil dette tale for fysisk lovliggørelse.

Forholdets karakter påvirker således vægten af hensynet til borgerens gode tro og værdispildshensynet, og kan i sidste ende få afgørende betydning.

³⁵ U 1986.143 H

³⁶ Se PL § 51, stk. 5, MBL § 68, NBL § 73, stk. 5, BL § 16a, stk. 3.

³⁷ Bet. 981/1983, s. 82.

³⁸ U 1975.454 V

I overvejelserne om at retlig lovliggøre et bygningsforhold må myndigheden desuden tage konsekvensen for fremtidige afgørelser med i betragtning. I denne sammenhæng ikke med hensyn til lighedsbetragtninger³⁹, men med hensyn til ændringer i de faktiske omstændigheder. Ændringer i de fysiske forhold vil danne grundlag for fremtidige vurderinger og kan have en betydning for områdets udvikling.⁴⁰

4.3.6 Retshåndhævelse

Retshåndhævelsesprincippet drejer sig om den samfundsmæssige interesse i, at lovene skal overholdes. Forvaltningen har en pligt til at virkeliggøre Folketingets intentioner. Dette kræver, at lovene kan håndhæves, og her er det naturlige udgangspunkt fysisk lovliggørelse. Det fremgår af betænkningen, at der må tages hensyn til den almindelige retsbevidsthed. Desuden må det modvirkes, at der danner sig en almindelig opfattelse af, at det kan betale sig ikke at overholde lovgivningen.⁴¹

I tråd hermed formulerede Naturklagenævnet i KFE 1993.217:

»Det indtryk må ikke fæstne sig, at der lettere kan opnås dispensation til bibeholdelse af et ulovligt udført anlægsarbejde, end hvis der på forhånd var ansøgt om dispensation.«

Retshåndhævelse har en vis kobling til borgerens gode tro, som også omtalt under afsnit 4.3.2. Når borgeren i god tro har modtaget vejledning fra myndigheden, kan han have opnået en berettiget forventning om, at tilstanden ikke kan søges fysisk lovliggjort. Borgerens gode tro medfører således, at retshåndhævelsessensynet væsentlig mindskes, da fejlen ligger hos myndigheden.⁴² Omvendt medfører ond tro hos borgeren, at retshåndhævelsessensynet vægter væsentlig tungere, hvilket hænger sammen med ovennævnte betragtninger om loves overholdelse.

Har borgeren bygget uden at indhente den fornødne tilladelse/dispensation, er domstolene tilbøjelige til at vægte retshåndhævelsessensynet højere end hensynet til værdispild.⁴³

Har myndigheden tidligere givet tilladelse/dispensation i en lignende situation, kan retshåndhævelse ikke inddrages med væsentlig styrke. Den forvaltningsretlige lighedsgrundsætning medfører, at væsentligt lige forhold skal behandles lige.⁴⁴ Således kan myndigheden i en sådan situation ikke påberåbe sig retshåndhævelse som afgørende moment i et afslag til retlig lovliggørelse. Dette underbygges i U 2002.1854 V, hvor landsretten udtaler:

»Det må således lægges til grund, at retshåndhævelsessynspunkter har været afgørende for [kommunens] afgørelse. ... [N]år henses til, at kommunen i en sag om et tilsvaren-

³⁹ Lighedsgrundsætningen behandles kort under afsnit 4.3.6.

⁴⁰ Bet. 981/1983, s. 82.

⁴¹ Bet. 981/1983, s. 82.

⁴² En anden problemstilling er, hvor det offentlige er bygherre. Dette behandles ikke nærmere.

⁴³ Almindelige emner, s. 613 note 31, med de der anførte domme.

⁴⁴ Almindelige emner, s. 253. Se desuden NKO nr. 331 B, hvor lighed medførte dispensation.

de spørgsmål har meddelt en, omend begrænset, dispensation ... kan det ikke antages, at [kommunens] afslag på dispensationsansøgningen er sket ud fra sagligt begrundede kriterier.«

Lighedsgrundsætningen medfører omvendt, at myndigheden må tage afgørelsens konsekvenser for fremtidige afgørelser med i betragtning. Der må således lægges vægt på sagens præcedensvirkning.⁴⁵

Hvor en overtrædelse af lovgivningen allerede er strafsanktioneret, vil det medføre, at hensynet til retshåndhævelse mindskes. Retshåndhævelsessensynet er i de tilfælde allerede varetaget ved strafbestemmelserne. Dette fremgik ligeledes i U 2002.1854 V hvor landsretten udtalte:

»På baggrund af de i sagen foreliggende omstændigheder, og da påbegyndelse af et byggearbejde uden fornøden tilladelse samt undladelse af at efterkomme et påbud om standsning af et byggeri vil kunne sanktioneres med straf, finder landsretten ikke, at de af appellantens anførte retshåndhævelsessensyn i sig selv sagligt kunne begrunde et afslag på ansøgningen om dispensation fra skovbyggelinjen.«

Dommen viser således, at retshåndhævelsessensyn bliver mindre, når der allerede er tale om strafsanktonerede overtrædelser.

Generelt kan sammenfattes, at retshåndhævelse indgår i afvejningen med betydelig vægt. I mange situationer vil hensynet til borgeren mindskes. Hensynet skal dog igen afvejes konkret overfor borgerens berettigede forventningen som følge af myndighedens adfærd.

4.3.7 Landskabelige hensyn

Det fremgår ofte af lovens formål hvilke øvrige hensyn, der kan og skal inddrages i afvejningen. Myndigheden skal således inddrage de hensyn som loven tilsiger.

Et sådant hensyn er f.eks. de landskabelige hensyn. Landskabelige hensyn bliver ofte i forbindelse med planlovgivningen tillagt vægt.⁴⁶ Myndighederne vil typisk skulle foretage en konkret vurdering af, om der går landskabelige værdier tabt i kraft af det etablerede bygningsforhold.

I U 1969.979 V tog landsretten på besigtigelse, hvorved de så, at sommerhuset ikke skæmmede landskabet, hvorfor der ikke ved bygningen gik væsentlige landskabelige værdier tabt. Således er dommen eksempel på, at landskabelige værdier er et lovligt og sagligt moment.

I den senere sag NKO nr. 258 henviser Naturklagenævnet til, at den opførte maskinhal har betydelige størrelse og fremtræder dominerende i landskabet.

De lovmæssige hensyn der skal varetages ved de relevante planvedtægter, må indgå med en vis vægt. Der vil dog altid være tale om en konkret afvejning overfor de øvrige hensyn.

⁴⁵ Se bl.a. NKO nr. 227, 331 A og 380 hvor præcedensvirkningen blev tillagt betydning.

⁴⁶ PL § 1.

5 Konklusion

Ved forvaltningsmyndighedens stillingtagen til fysisk eller retlig lovliggørelse skal der tages udgangspunkt i, at der skal ske fysisk lovliggørelse. Retlig lovliggørelse skal ske hvis den samlede vurdering af de saglige momenter taler herfor. Myndigheden skal lægge de nuværende retlige og faktiske omstændigheder til grund.

I sidste ende beror myndighedens stillingtagen på en samlet konkret vurdering i den enkelte sag. For retlig lovliggørelse taler generelt borgerens gode tro, myndighedens passivitet og det økonomiske værdispild fysisk lovliggørelse vil medføre. Omvendt taler retshåndhævelsessensyn, ond tro, karakter og grovhed samt de landskabelige hensyn almindeligvis imod retlig lovliggørelse.

I afvejningen må retshåndhævelsessensynet tillægges betydelig vægt. Heroverfor står de økonomiske konsekvenser, der ligeledes kan indgå med afgørende vægt - særligt hvor der er tale om betydelige værdier. Nyere praksis viser, at erstatningsbetragtninger tillægges betydning. Hvor borgeren kan holdes skadesløs af det offentlige, er der en tendens til at retshåndhævelse vejer tungere end hensynet til at undgå værdispild.

Borgerens gode tro skal tillægges en vis betydning, men ikke afgørende. Har borgeren handlet i ond tro, kan han siges at acceptere risikoen for, at der skal ske fysisk lovliggørelse. Der er i den sammenhæng ikke nogle nævneværdige hensyn at tage til borgeren, og ond tro øger således vægten af hensynet til retshåndhævelse.

6 Litteratur

- [1] Betænkning nr. 981/1983.
- [2] Christensen, Bent: Forvaltningsret, prøvelse, 1994, DJØFs-forlag.
- [3] Garde, Jens m.fl.: Forvaltningsret, Almindelige emner, 4. udg. 2004, DJØFs-forlag.
- [4] Moe, Mogens m.fl.: Miljøret, 5. udg. 2004, Forlaget Thomson, Gad Jura.
- [5] Møller-Sørensen, Annette: Administrativ håndhævelse, 2003, DJØFs-forlag.
- [6] Revsbech, Karsten: Lærebog i miljøret, 3. udg. 2002, DJØFs-forlag.
- [7] Kammeradvokatens udtalelse til Skov- og Naturstyrelsen af 10. okt. 2005, vedrørende Føtex i Ribe.
<http://www.mim.dk/NR/rdonlyres/C0BAAB9B-4819-40C9-848C-0AB012A40DED/0/20051019KammeradvFøtex.pdf>

7 Anvendt praksis

Liste over de refererede sager fra praksis:

FOB 1974.179	U 1965.815 Ø
	U 1969.979 V
KFE 1993.217	U 1975.454 V
	U 1981.569 V
MAD 1999.274 NKN	U 1984.983 H
MAD 2004.807 NKN	U 1986.143 H
	U 1989.956 Ø
NKO nr. 227	U 1995.314 V
NKO nr. 258	U 2000.2412 H
NKO nr. 331 A	U 2002.1854 V
NKO nr. 331 B	U 2003.1628 Ø
NKO nr. 366	U 2004.1849 H
NKO nr. 380	U 2005.3188 H

8 English abstract

When a citizen establishes a building or similar, without the proper and required authorisation, the administration has to enforce legalisation of the building. The administration has the choice of demanding physical legalisation or to provide the necessary legal foundation. The scope of this paper is to clarify the considerations the administration has to take into account, when choosing type of legalisation.

Deciding the legalisation type, the administration has to weigh out all the considerations in the specific case. Generally the good faith of the citizen, the inaction of the administration and the economic consequences of legalisation, supports the decision of providing the legal foundation. On the other hand bad faith, law enforcement considerations and the character of the violation typically supports physical legalisation.

Law enforcement considerations carries significant weight in most matters. Also economic consequences carry considerable weight - especially regarding great economic losses. In situations where the citizens can be held indemnified by the administration, law enforcement considerations gain importance over economic losses.

Good faith of the citizen must be given some, but not crucial weight. Bad faith of the citizen can be regarded as an acceptance of the risk of physical legalisation, and his interests may be considered void.