

## NOTAT

Til Rasmus Fristed, Svendborg Kommune  
Fra Focus Advokater P/S  
Vedrørende Ryttermarken og ulovlige boliger  
Sagsnr. 37412-0011  
Dato 23.1.2020

### 1. Opdrag

- 1.1. Svendborg Kommune ønsker en juridisk belysning af mulighederne for lovliggørelse af potentielt ulovlige boliger i erhvervsområde Vest i Svendborg, herunder risikoen for at Svendborg Kommune pådrager sig et erstatningsansvar over for ejere/beboere og/eller erhvervsvirksomheder i området.

Det ønskes samtidig belyst, hvilken praksis der gælder for myndighedspassivitet over for ulovlige forhold.

### 2. Konklusion

- 2.1. Svendborg Kommune har en tilsynspligt samt en pligt til at lovliggøre ulovlige forhold i lokalplansområdet, jf. planlovens § 51.
- 2.2. Svendborg Kommune er efter de foreløbige undersøgelser af den opfattelse, at mindst seks boliger i Erhvervsområde Vest kan være ulovlige. Da ulovligheden af disse knytter sig til anvendelsen af boligerne, kan der ikke gyldigt meddeles dispensation til privat beboelse i strid med lokalplanernes anvendelsesbestemmelser, jf. planlovens § 19.
- 2.3. I stedet kan lovliggørelsen ske fysisk gennem et lovliggørelsespåbud eller retligt gennem en ny, lovliggørende lokalplan. Det er vigtigt at de forvaltningsretlige principper bliver fulgt under behandlingen.

- 2.4. Det er ikke på det foreliggende grundlag muligt at vurdere, om Svendborg Kommune har fortabt retten til at gøre indsigelse mod de potentielt ulovlige forhold grundet myndighedspassivitet. Vurderingen heraf indeholder mange forhold, herunder god/ond tro hos borgeren, kommunens reaktionshastighed samt den forløbne tid.
- 2.5. Det kan ikke udelukkes, at et erstatningskrav kan blive rettet mod Svendborg Kommune. Dette vil kræve, at kommunen har handlet ansvarspådragende. Det vurderes dog at risikoen herfor er mindre aktuell, idet korrekt lovliggørelse af de potentielle ulovlige boliger ikke ud fra de foreliggende oplysninger vil påvirke de faktiske forhold i området, og dermed ikke pådrage andre et tab.

### 3. Ulovlige forhold iht. lokalplan

- 3.1. I lokalplan 147 og 306 er lokalplansområderne udlagt til erhverv. Der kan etableres butikker, lettere industri og serviceerhverv mv., jf. begge lokalplaners § 3.

I tillæg til det ovenfor anførte er der gennem en kompetencenorm med tilladelse fra byrådet, givet mulighed for, at der på hver enkelt ejendom kan opføres én bolig i forbindelse med erhvervsvirksomheden, jf. begge lokalplaners § 3, stk. 3.

Vilkåret er delvist en opførelsesbestemmelse (der må "opføres" hhv. "indrettes") men også delvis en anvendelsesbestemmelse, idet vilkåret i begge lokalplaner overordnet henhører under § 3 "Områdets anvendelse". Derfor skal bestemmelsen sammenholdes med områdets generelle anvendelse, og her tillades beboelse ikke.

Det må derfor indfortolkes som en forudsætning for opretholdelsen af en lovlig bolig, at denne fortsat anvendes i overensstemmelse med begge lokalplaners § 3, stk. 3 og således bebos af en bestyrer, portner eller anden person med lignende tilknytning til virksomheden (for lokalplan 147's vedkommende tillige virksomhedens indehaver). Det kan således afvises, at årsagen til etableringen af boligen alene er afgørende for dennes fortsatte lovlighed, men at også den fremtidige anvendelse af boligen har betydning.

Det fremgår af begge lokalplaner, at byrådet kan tillade, at der på hver ejendom kan etableres en bolig. Det er således en forudsætning for etablering af en lovlig bolig, at der er givet en tilladelse, uanset hvordan denne tilladelse i øvrig er afgivet. Normalvis kræver en tilladelse til et forhold, der som udgangspunkt strider mod indholdet af en lokalplan, at der gives en dispensation i medfør af planlovens § 19.

Det er oplyst, at Svendborg Kommune tidligere har haft praksis for at meddele tilladelser, uden at give denne gennem en dispensation. Det er endvidere oplyst, at denne praksis på et ukendt tidspunkt er fraveget, således at alle nye tilladelser skal meddeles gennem en dispensation.

Der er efter det oplyste endnu ikke givet en officiel dispensation til etablering af bolig i nogen af de to lokalplansområder.

### 3.2. Tilsynsøligt

Ifølge planlovens § 51 er kommunalbestyrelsen pålagt en række pligter i forbindelse med tilsynet af overholdelsen af planloven.

Efter § 51, stk. 1 skal kommunalbestyrelsen påse overholdelsen af planloven og de regler, der er fastsat med hjemmel i loven, samt af bestemmelserne i lokalplaner mv.

Efter § 51, stk. 2 skal kommunalbestyrelsen påse, at påbud og forbud efter loven efterkommes, og at vilkår fastsat i tilladelser, dispensationer mv. overholdes.

Efter § 51 Stk. 3 skal kommunalbestyrelsen foranledige et ulovligt forhold lovliggjort, medmindre forholdet har underordnet betydning.

Samlet set foreligger der en pligt for kommunalbestyrelsen til at holde tilsyn med overholdelsen af lokalplaner.

Loven indeholder ikke regler om, at kommunen skal føre et systematisk opsøgende tilsyn, jf. Karnovs note 677 til Planlovens § 51 samt *Planloven med Kommentarer*, 2013, side 769. Kommunen har dog pligt til at reagere, når den bliver opmærksom på et ulovligt forhold, medmindre forholdet er af underordnet betydning, jf. § 51, stk. 3. Der er heller ikke i loven fastsat en tidsfrist for, hvornår et ulovligt forhold skal lovliggøres.

### 3.3. Foreligger der et ulovligt forhold?

Det er i pkt. 3.1. konstateret, at det afgørende for lovligheden af boligen inden for begge lokalplansområde er, at der 1) ved opførelsen eller indretningen af den private bolig forelå en gyldig tilladelse, og 2) at vilkårene for denne tilladelse fortsat opfyldes.

Det er oplyst, at Svendborg Kommune ved en foreløbig gennemgang af områdets boliger er af den opfattelse, at mindst seks boliger kan karakteriseres som ulovlige: Ryttervej 8 med to boliger, Ryttermarken 3, Rytterskoven 1 samt Rytterhaven 5 og 12.

Ulovligheden grunder efter det oplyste for én bolig i en manglende tilladelse/dispensation, og for fem boliger at vilkåret ikke længere opfyldes.

Det er vores vurdering, at årsagen til det ulovlige forhold ikke har betydning for den vurdering, Svendborg Kommune skal foretage af de enkelte boliger. Det afgørende er, om der på nuværende tidspunkt foreligger et vilkår i strid med de gældende lokalplaner. Dette kan være tilfældet, uagtet om ulovligheden skyldes en manglende, oprindelig tilladelse (dispensation) eller om vilkårene for tilladelsen ikke længere opfyldes.



Årsagen til ulovligheden kan dog få betydning for den passivitetsvurdering, som kommunen skal foretage af de enkelte tilfælde. Der henvises i øvrigt til notatets afsnit 3.6 nedenfor.

Spørgsmålet er herefter, om ulovligheden kan karakteriseres som værende af underordnet betydning, jf. planlovens § 51, stk. 3. Denne vurdering beror på en konkret vurdering. I Erhvervs- og Byggestyrelsens og Skov og Naturstyrelsens *"Vejledning om håndhævelse af Naturbeskyttelsesloven, Planloven og Byggeloven"* (Håndhævelsesvejledningen) fra maj 2007, afsnit 2.1., er det dog anført, at grænsen for, hvad der er af underordnet betydning, skal trækkes snævert.

I nærværende sag er lovligheden ved boligerne tilknyttet boligernes anvendelse. Anvendelsesbestemmelser i lokalplaner anses som et principielt forhold, hvortil der ikke under normale omstændigheder kan gives dispensationer i medfør af planlovens § 19, stk. 1. Dette taler under alle omstændigheder for, at lovligheden ved boligerne ikke er af underordnet betydning.

Dette medfører efter vores vurdering, at Svendborg Kommune har en pligt til at følge op, i det tilfælde at de konkret konstateres, at der eksisterer ulovlige boliger i området.

Der er to boliger i området inden for lokalplan nr. 306's område, der var eksisterende inden lokalplanen blev vedtaget. Den ene, Rytterskoven 8 (tidligere landbrugsejendom), har i hele perioden været anvendt som bolig og er derfor lovlig og vil også være lovlig ved eventuelt ejerskifte.

Den anden bolig er Rytterhaven 12, der også hele tiden har været anvendt til bolig, men hvor der også i perioder har været erhverv. Det kan ikke på det foreliggende grundlag afklares, om denne bolig fortsat er lovlig.

#### 3.4. Tilsynsmyndighedens pligt til lovliggørelse

Det er i afsnit 3.2. anført, at kommunalbestyrelsen i medfør af planlovens § 51, stk. 3 har en pligt til at lovliggøre ulovlige forhold. Pligten til at reagere gælder uanset hvordan kommunen får kendskab til et ulovligt forhold. Der er således pligt til at reagere, når myndigheden ved henvendelser, klager eller på anden måde bliver opmærksom på, at der kan foreligge et ulovligt forhold, med mindre henvendelsen er åbenbart grundløs. Også når kommunen bliver opmærksom på et ulovligt forhold ved tilsyn i anden anledning, skal kommunen reagere på samme måde, som hvis forholdet fx var blevet anmeldt.

Lovliggørelse kan ske enten fysisk eller retligt.

Kommunen har en række reaktionsmuligheder eller håndhævelsesmidler, men disse er ikke nærmere fastlagt i planloven. Håndhævelsesvejledningen afsnit 3 anfører, at den primære reaktion på et ulovligt forhold vil være et påbud om lovliggørelse af forholdet. Påbuddet beskriver omfanget af ejer/brugers pligt, ved at meddele hvordan lovliggørelse skal ske. Ejer/bruger kan endvidere straffes og idømmes tvangsbøder, hvis påbud ikke efterkommes. Påbud betragtes derfor som afgørelser i forvaltningslovens forstand, og skal således leve op til forvaltningslovens krav til proces og indhold, dvs. krav om forudgående partshøring, begrundelse og klagevejledning mv.



Alternativet til et påbud om lovliggørelse vil som hovedregel være, at kommunen udarbejder en ny lokalplan, hvori forholdet lovliggøres, eller at kommunen meddeler en konkret dispensation til det enkelte forhold.

Ifølge *Planloven med Kommentarer*, side 774f. er udgangspunktet for lovliggørelse af ulovlige forhold, at dette, af hensyn til proportionalitetsprincippet, skal sikres gennem retlig lovliggørelse. Dette forudsætter dog ifølge *Planloven med Kommentarer*, at den pågældende anmoder eller ansøger om retlig lovliggørelse. Retlig lovliggørelse forudsætter endvidere, at denne mulighed ikke strider mod øvrig lovgivning og principper.

En dispensation til lovliggørelse kan som udgangspunkt kun meddeles, såfremt dispensationen lovligt kunne være meddelt ved rettidig ansøgning.

En dispensation til bibeholdelsen af en bolig, der ikke i medfør af lokalplanernes § 3, stk. 3 er opført eller indrettet – og fortsat anvendes – i forbindelse med en erhvervsvirksomhed, vil betyde, at der etableres en almindelig bolig i et område, der er udlagt til erhverv.

En sådan dispensation vil derfor stride mod lokalplanens anvendelsesbestemmelse. Det er jf. pkt. 3.3. et fast udgangspunkt inden for planretten, at der ikke kan gives dispensationer, der strider mod lokalplanens principper, jf. planlovens § 19. Anvendelsesbestemmelser anses som værende principielle bestemmelse i lokalplaner.

I en sag for Højesteret, U.2007.2404 H, blev det statueret, at en kommune gyldigt kunne nedlægge påbud om lovliggørelse for et forhold, der stred mod lokalplanens anvendelsesbestemmelse. Det fremgår ikke direkte af præmisserne, at det ikke var muligt at meddele en dispensation, men dette må indfortolkes som en naturlig konsekvens af planlovens § 19.

Det er således vores vurdering, at Svendborg Kommune, jf. pkt. 3.3. ikke gyldigt kan meddele dispensation til bibeholdelse af en privat bolig uden tilknytning til en erhvervsvirksomhed, men i stedet er nødsaget til at nedlægge lovliggørelsespåbud eller vedtage en ny, lovliggørende lokalplan.

En lovliggørende lokalplan kan vedtages af kommunalbestyrelsen inden for et bredt skøn, så længe planen er planlægningsmæssigt begrundet, jf. planlovens § 15. Idet en ny lokalplan forventelig ville skulle ændre på området's anvendelsesbestemmelse, er det vores vurdering, at betingelsen om en planlægningsmæssig begrundelse er opfyldt. Dette afhænger dog af en konkret bedømmelse af indholdet af eventuel ny lokalplan.

### 3.5. Ejeren/brugerens pligt til lovliggørelse

Det følger af planlovens § 63, stk. 1, at den til enhver tid værende ejer af en ejendom er forpligtet til berigtige et ulovligt forhold. Består forholdet af en ulovlig brug af ejendommen, påhvile denne pligt tillige brugeren.

Bestemmelsen udpenkler, at ejeren af en ejendom – udover pligten til at følge et forvaltningsretligt påbud om lovliggørelse – har en egen pligt til at lovliggøre ejendommen.

Ifølge *Planloven med Kommentarer*, side 872 vil det oftest være ejeren af ejendommen, der har råderetten til at foretage ændringer på ejendommen, hvorfor et påbud om lovliggørelse bør rettes til ejeren og ikke en eventuel bruger.

Idet ejerens pligt ikke for nuværende har betydning for denne sag, gennemgås pligten ikke yderligere.

### 3.6. Myndighedspassivitet

Kommunen kan ved passivitet miste retten til at påtale et ulovligt forhold og kræve dette håndhævet. Det er navnlig et berettiget indrettelseshensyn hos borgeren, der begrundet passivitetsreglerne.

Passivitetsvurderingen tager udgangspunkt i forløbet af den tidsperiode, hvor både myndigheden og borgeren er blevet bekendt med, at et givent forhold er ulovligt.

Den forløbne tid er dog sjældent nok til at vurdere, hvorvidt der er indtrådt retsfortabende passivitet for myndighederne. Der indgår også andre momenter i en afvejning af om passivitet, herunder særligt hvorvidt kommunen havde eller burde have haft kendskab til forholdet, god/ond tro hos borgeren samt en vurdering af, om borgeren har været berettiget til at indrette sig på, at forholdet ikke vil blive påtalt af kommunen. Det er således en meget konkret vurdering, som skal foretages fra sag til sag, og spørgsmålet om, hvornår myndighedspassivitet indtræder, kan næppe besvares generelt med angivelse af et bestemt antal år.

I afgørelsen trykt i MAD 2014.404 bemærkede Natur- og Miljøklagenævnet følgende omkring myndighedspassivitet, hvilket beskriver, at der er tale om en meget konkret vurdering af de enkelte forhold:

*”Det forhold, at der er gået lang tid, uden at myndighederne er skredet ind over for et ulovligt byggeri, vil efter omstændighederne kunne medføre, at myndigheden mister muligheden for håndhævelse på grund af passivitet. Passivitetstilfældene er karakteriseret ved, at ejeren ved, at myndigheden er bekendt med ulovligheden og med rimelig grund har indrettet sig i tillid til, at den manglende reaktion indebærer en form for godkendelse. Også uden (kritisabel) passivitet fra myndighedernes side vil meget lang tids ikke-håndhævelse af et ulovligt forhold efter omstændighederne kunne føre til, at der ud fra et indrettelseshensyn bør gives lovliggørende dispensation.”*

I afgørelsen MAD 2007.995, som angik en jordvold anlagt inden for strandbeskyttelseslinjen, fandt Naturklagenævnet, at også karakteren af den ulovlige indretning og ikke mindst den samfundsmæssige interesse i fysisk lovliggørelse indgik i vurderingen af, om der var indtrådt myndighedspassivitet.

Nævnet henviste til en tidligere afgørelse og anførte, at det i deres praksis er antaget " ... at kommunalbestyrelsens ret til at forlange fysisk lovliggørelse kan fortabes, når der er gået en vis længere tid. Der kan ikke fastsættes en generel tidsgrænse for, hvornår retten til at forlange fysisk lovliggørelse ophører. Dette afhænger af en konkret vurdering. I vurderingen indgår bl.a. karakteren af den ulovlige indretning samt en afvejning af den almene interesse i lovliggørelse overfor hensynet til ejeren/brugeren af den ulovlige indretning.

*Det må således som udgangspunkt antages, at jo stærkere en beskyttelsesinteresse desto flere år skal der gå før retten til fysisk lovliggørelse fortabes."*

I den konkrete sag var der forløbet 15-17 år.

I afgørelsen MAD.2018.208 var der forløbet otte år, i MAD.2007.2212 kun ét år – her tillagdes borgerens berettigede forventning en stor vægt.

Det er ikke muligt på baggrund af de os foreliggende oplysninger at vurdere, hvorvidt de enkelte boliger, som Svendborg Kommune har identificeret som ulovlige, kan blive ramt af myndighedspassivitet. Det afgørende for vurderingen vil dog i første omgang være, hvornår Svendborg Kommune har eller burde have fået kendskab til de ulovlige forhold, og om borgeren har haft kendskab til kommunens kendskab eller mangel på samme. Det bemærkes at såfremt myndigheden én gang har fortabt retten til at gøre indsigelse over det konkrete ulovlige forhold, er denne ret også tabt over for senere erhververe af ejendommen.

Der kan opsummeres følgende om de momenter, der indgår i den konkrete vurdering af, om retten til indsigelse er fortabt grundet myndighedspassivitet:

- den forløbne tid,
- hvorvidt kommunen havde eller burde have haft kendskab til forholdet,
- god/ond tro hos borgeren,
- hvorvidt der er udstedt byggetilladelse (evt. vilkår i denne) eller øvrig myndighedstilladelse i forbindelse med byggeriets opførelse,
- om borgeren har været berettiget til at indrette sig på, at forholdet ikke vil blive påtalt af kommunen,
- karakteren af den ulovlige indretning, og
- den samfundsmæssige interesse i fysisk lovliggørelse.

### 3.7. Erstatningskrav

En myndighed kan pådrage sig et erstatningskrav ved lovliggørelse af ulovlige forhold. En betingelse herfor er, at de almindelige erstatningsbetingelser er opfyldt. Dermed skal der foreligge et bevist tab hos skadelidte, et ansvarsgrundlag hos skadevolder samt en kausal årsagsforbindelse mellem ansvarsgrundlaget og tabet.

I en sag trykt i U.1995.314 havde Støvring Kommune ved en fejl meddelt byggetilladelse til en forhøjet taghøjde på en ejendom i strid med lokalplanen for området. Kommunen gennemførte efterfølgende en ny lokalplan, hvorved det ulovlige forhold blev retlig lovliggjort. Naboejendommen led beviseligt af en værdiforringelse grundet den forhøjede taghøjde, og retten fandt herefter, at der var årsagssammenhæng mellem kommunens fejl og værditabet. Det blev antaget, at den nye lokalplan alene var blevet vedtaget for at lovliggøre det ulovlige forhold. Støvring Kommune blev herefter kendt erstatningsansvarlig for værditabet på en naboejendommen.

Sagen viser, at et erstatningsansvar ikke kan udelukkes.

Det er vores vurdering, at en ejer af en ulovlig bolig ikke vil kunne rette et erstatningskrav mod kommunen, med mindre kommunen har foretaget en fejl i lovliggørelsen af boligen – eksempelvis hvis boligen kræves nedlagt ved påkrav, men hvor kommunen har fortabt retten til at gøre indsigelse gennem passivitet.

En ejer kan heller ikke rette et erstatningskrav, såfremt denne med vidende har beboet/udlejet en ulovlig bolig, der nu kræves nedlagt. Vurderingen har således nær tilknytning til den vurdering, kommunen skal foretage i forbindelse med bedømmelsen af, hvorvidt der er indtrådt myndigheds-passivitet, herunder om borgeren med rette har kunne indrettet sig på, at kommunen ikke ville reagere.

Det kan tillige tænkes, at en erhvervsvirksomhed kan rette et krav mod Svendborg Kommune.

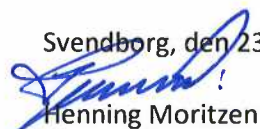
Det er svært at vurdere, om en virksomhed beliggende i nærheden af en ulovlig bolig vil kunne rette et erstatningskrav mod kommunen, såfremt en ulovlig bolig grundet myndighedspassivitet ikke kan kræves nedlagt.

Der må foretages en nærmere vurdering af, hvorvidt det forhold, at der allerede eksisterer privat beboelse i området – nogle lovlige og nogle ulovlige – og et eventuelt forsøg på at lovliggøre de enkelte ulovlige boliger ikke ændrer på de faktiske krav, som virksomheden skal efterleve, navnlig kravene til udsendt støj.

Det er dog vigtigt at påpege, at denne vurdering konkret skal foretages ved de enkelte ulovlige boliger og sammenholdes med den generelle bebyggelse i området. Som de lovlige boliger er placeret, er det dog vores vurdering, at risikoen for, at Svendborg Kommune vil blive mødt af et erstatningskrav, er relativt lav.

\*\*\*

Svendborg, den 23.1.2020

  
Henning Moritzen  
Advokat