

Ulovlige byggetilladelser – en analyse

af ANDERS GRØNBECH JØRGENSEN

I analysen af ulovlige byggetilladelser redegøres først for almindelige forvaltningsretlige begreber som tilbagekaldelse, ændring og annulation samt retskraft. Forvaltningsakter – og byggetilladelser – opnår en vis form for retskraft ved udløbet af klage- og især søgsmålsfristerne, men domstolene vil i ekstraordinære tilfælde se bort fra en fristoverskridelse.

Afhandlingen giver endvidere et overblik over byggelovens historiske udvikling samt byggesagens gang. Naturklagenævnets kompetence gennemgås og der bliver argumenteret imod Peter Pags kritik af nævnets egen opfattelse af dets kompetence. Endvidere bliver Søren Stenderup Jensen og Anders Strange Shäfers konstruktion om ”de facto annulation” og deres antagelse om, at sondringen mellem anfægtelighed og nullitet kan bruges til at afgøre modstrid mellem byggeloven og anden lovgivning behandlet og afvist.

Endelig bliver spørgsmålet om, hvorvidt byggetilladelser indtager en særstilling i det forvaltningsretlige system stillet og besvaret negativt. Det er således afhandlingens konklusion, at byggetilladelser ikke har en videre retskraft, men må behandles efter samme retningslinjer som andre forvaltningsakter. Der vil dog ofte skulle ske retlig lovliggørelse af byggetilladelser, da adressatens berettede forventninger, indrettelseshensyn og værdispildsbetragtninger ofte vil tale for et sådant resultat.

Indholdsfortegnelse

A. Indledning og emneafgrænsning.....	2
B. Forvaltningsakters bindende virkning.....	3
1. Omgørelse af forvaltningsakter og herunder de modstående hensyn.....	4
2. Retskraft i forvaltningen – betydningen af klage- og søgsmålsfrister.....	6
3. Sammenfatning.....	11
C. Særligt om byggetilladelser.....	11
1. Indledende om byggetilladelser.....	11
1.1. Historisk rids.....	11
1.2. Byggesagens gang.....	13
2. Lovliggørelse – retlig eller fysisk.....	15
3. Naturklagenævnets kompetence samt spørgsmålet om ”de facto annulation”.....	16
3.1. Naturklagenævnet.....	17
3.2. ”De facto annulation”.....	20
4. Ugyldighed – sondringen mellem anfægtelighed og nullitet.....	22
5. Nærmere om godtroskravet i U 2007.456 H.....	26
6. Byggetilladelsers retskraft – indtager byggetilladelser en særstilling?.....	27
6.1. Diskussionen mellem Søren H. Mørup og Peter Pagh.....	29
6.2 Forarbejderne til den seneste ændring af byggeloven.....	34
7. Konklusion.....	35
Litteraturliste.....	37

A. Indledning og emneafgrænsning

Denne kandidatafhandlings titel er: **Ulovlige byggetilladelser – en analyse.**

Byggetilladelser er på mange måder en helt særlig kategori af forvaltningsakter. Det på baggrund af byggetilladelsen opførte byggeri skal stå i mange år, og danner ofte rammen om adressatens bolig og/eller erhverv.

Indadtil i det forvaltningsretlige system spiller byggetilladelsen en vigtig rolle i forvaltningens forudgående styring af overholdelsen af de forskellige regelsæt, den er sat til at overvåge. Det er således anført, at byggelovens krav om byggetilladelser og anmeldelser udgør et administrativt knudepunkt i myndighedskontrollen med overholdelsen af blandt andet miljølovgivningen.¹

Formålet med nærværende afhandling er at analysere udvalgte problemstillinger vedrørende ulovlige byggetilladelser.

Afhandlingen falder i to dele, hvoraf første del behandler generelle forvaltningsretlige spørgsmål, mens anden del fokuserer på byggetilladelser.

En byggetilladelse er en forvaltningsretlig afgørelse, der stifter en ret for adressaten i overensstemmelse med dens indhold. En byggetilladelse er således en begunstigende forvaltningsakt, hvorfor den ikke frit kan omgøres.

I byggetilladelsens egenskab af begunstigende forvaltningsakt minder den om andre begunstigende forvaltningsakter.

Afhandlingen vil derfor i første del behandle de forvaltningsretlige begreber; tilbagekaldelse, ændring og annullation. Gennemgangen af disse begreber vil indeholde en redegørelse for, hvornår der kan ske omgørelse af forvaltningsakter og de modstående hensyn, der kan begrænse eller helt udelukke omgørelse – de tertiære momenter, navnlig berettigede forventninger og indrettelseshensyn.

Inden for forvaltningsretten dækker begrebet retskraft over det forhold, at forvaltningens afgørelse ikke kan omgøres af ordinær vej, og at afgørelsen skal lægges uprøvet til grund i andre sager. Mens retskraftsbegrebet er velbeskrevet inden for civilretten, hersker der større usikkerhed omkring rækkevidden af forvaltningsaktens retskraft.

Afhandlingens første del vil derfor også indeholde en gennemgang af retskraftsbegrebet inden for forvaltningsretten, hvor der især vil blive redegjort for virkningen af overskridelse af klage- og søgsmålsfrister.

Byggetilladelser adskiller sig dog fra andre forvaltningsakter, da byggetilladelser ofte er den sidste afgørelse i en lang række tilladelser og dispensationer, og da det på baggrund af byggetilladelsen opførte byggeri har en meget lang afskrivningsperiode.

På grund af byggetilladelsens særlige karakter indeholder byggeloven en pligt for kommunalbestyrelsen til at afklare eventuel modstrid med anden lovgivning, inden der udstedes byggetilladelse. På grund af miljørettens kompleksitet overses nogle gange forhold, der skulle have været taget stilling til inden udstedelse af byggetilladelsen. Byggetilladelsen kan således vise sig at være ulovlig på grund af forhold, som kommunalbestyrelsen havde pligt til at afklare forinden udstedelsen.

Afhandlingens anden del vil analysere disse særlige forhold, der gælder for byggetilladelser.

¹ Karsten Revsbech og Alex Puggaard: "Lærebog i Miljøret", s. 463.

Analysen af byggetilladelser vil starte med et historisk rids over udviklingen af reglerne omkring byggetilladelser og dernæst give et overblik over byggesagens gang.

Viser det sig, at en byggetilladelse er i strid med lovgivningen, skal der ske lovliggørelse af forholdet. Dette kan ske enten ved fysisk lovliggørelse, hvor byggeriet fysisk bringes i overensstemmelse med lovgivningens krav, eller ved retlig lovliggørelse gennem efterfølgende dispensation, tilladelse, eller tilvejebringelse af en lovliggørende lokalplan. Mulighederne for lovliggørelse og afvejningen i valget mellem fysisk eller retlig lovliggørelse vil blive gennemgået.

Byggetilladelser udstedes af kommunalbestyrelsen, men det forudsættes at forholdene til anden lovgivning er afklaret forinden udstedelsen. Denne anden lovgivning administreres af en række forskellige myndigheder og nævn, hvoraf Naturklagenævnets kompetence vil blive gennemgået.

Hvis en byggetilladelse er udstedt i strid med naturbeskyttelsesloven kan der efterfølgende ske retlig lovliggørelse såfremt Naturklagenævnet dispenserer fra naturbeskyttelsesloven. Under afsnittet om Naturklagenævnets kompetence, vil spørgsmålet om, hvorvidt Naturklagenævnets afslag på at yde en sådan dispensation reelt er en annullation af byggetilladelsen, blive behandlet.

Søren Stenderup Jensen og Anders Strange Schäfer har i deres artikel "Forvaltningsretlig retskraft: Fiktion eller realitet" i Ugeskrift for Retsvæsen afdeling B, s. 279 ff. argumenteret for, at sondringen mellem anfægtelighed og nullitet kan bruges til at forklare, hvorledes konflikter mellem bygge-loven og anden lovgivning bør løses og rent faktisk løses i retspraksis.

Afhandlingen vil gennemgå denne argumentation, som blandt andet inddrager Højesterets afgørelse i U 2007.456 H.

Søren H. Mørup og Peter Pagh har på baggrund af nævnte artikel ført en diskussion om ulovlige byggetilladelsers retlige status og eventuelle beskyttelse. Afhandlingen vil under inddragelse af denne diskussion stille og søge at besvare spørgsmålet om, hvorvidt byggetilladelser indtager en særstilling i det forvaltningsretlige system, og har en videre retskraft, end hvad der ellers følger af det generelle retskraftsbegreb.

B. Forvaltningsakters bindende virkning

Afhandlingens første del behandler to udvalgte problemstillinger vedrørende forvaltningsakters bindende virkning, altså spørgsmålet om hvorvidt forvaltningsakten får virkning efter sit indhold.

Jeg skal i det følgende først gøre rede for begreberne tilbagekaldelse og ændring, samt de modstående interesser, navnlig adressatens berettigede forventninger og indrettelseshensyn.

Anvendelsen af begrebet om retskraft er mest udbredt inden for civilretten, men finder også anvendelse inden for forvaltningsretten, hvor overskridelse af klage- og søgsmålsfrist til en vis grænse udstyrer forvaltningsafgørelser med retskraft.

Under overskriften "Retskraft i forvaltningen – betydningen af klage- og søgsmålsfrister" vil jeg beskrive retskraftsbegrebet inden for forvaltningsretten, og de hensyn der gør sig gældende herunder.

1. Omgørelse af forvaltningsakter og herunder de modstående hensyn

Afgørelsesmyndigheden har en vis kompetence til at omgøre egne forvaltningsakter. Formelt set sker dette på afgørelsesmyndighedens eget initiativ, men i praksis sker det ofte på foranledning af en hvis interesse berøres af afgørelsen.

Hvis forvaltningen ønsker at omgøre en forvaltningsakt, kan dette ske ved tilbagekaldelse eller ændring. Det er altid en konkret vurdering, hvorvidt en afgørelse kan omgøres, og der skal i denne forbindelse tages højde for de – navnlig offentlige – interesser, der på den ene side taler for omgørelse og for de, navnlig private interesser, der på den anden side taler i mod omgørelsen.

Selv hvor forvaltningen med fornøden hjemmel har udstedt en gyldig begunstigende afgørelse, betyder det ikke, at denne afgørelse skal stå ved magt til evig tid. Under visse betingelser kan en myndighed på eget initiativ ophæve sin egen gyldige afgørelse. Man taler i denne forbindelse normalt om, at myndigheden *tilbagekalder* sin gyldige afgørelse, hvorefter denne er ophævet i sin helhed.²

Er forvaltningsafgørelsen derimod ugyldig, skal denne annulleres. Man taler således ikke om tilbagekaldelse i forbindelse med ugyldige forvaltningsakter.

Formelt set beror tilbagekaldelse på, at afgørelsesmyndigheden selv foretager en efterprøvelse og selv ophæver den oprindelige afgørelse, men det faktiske initiativ hertil kan komme udefra i form af en henvendelse fra en borger eller en anden myndighed.

Der kan kun blive tale om tilbagekaldelse i de tilfælde, hvor en afgørelse har fået retsvirkninger udadtil, hvilket normalt kræver, at den er behørigt bekendtgjort for adressaten.

Myndigheden har mulighed for, som det mindre i det mere, at ændre sin afgørelse i stedet for at tilbagekalde. Dette kaldes *ændring* og dækker det forhold, at afgørelsen fortsat består, men med visse tilføjelser eller tilretninger af dele af afgørelsen.

Problemstillingen og løsningerne er stort set de samme for tilbagekaldelse og ændring. Det er dog generelt nemmere at foretage en ændring frem for en tilbagekaldelse, da en ændring alt andet lige typisk vil være mindre indgribende end en fuld tilbagekaldelse.

Proportionalitetsprincippet indebærer, at forvaltningen inden der foretages indgreb skal overveje, om indgrebet er nødvendigt, eller om mindre indgribende midler end (fuldstændig) tilbagekaldelse er tilstrækkelige til at tilgodese de hensyn, som taler for omgørelse.

Proportionalitetsprincippet tilsiger således en større tilbageholdenhed med hensyn til tilbagekaldelse til ugunst for adressaten end med hensyn til ændring til ugunst for adressaten, da en ændring alt andet lige vil være mindre et mindre intensivt indgreb.³

Uanset om myndigheden ønsker at ændre eller tilbagekalde sin afgørelse, skal det ske ved ny forvaltningsakt. Det medfører, at de almindelige forvaltningsretlige regler om sagsbehandling, skønsudøvelse osv. også er gældende for tilbagekaldelse og ændring.

² Om tilbagekaldelse og ændring se Karsten Revsbech i Jens Garde m.fl.: "Forvaltningsret Almindelige emner" 4. udg. 2004, Kapitel 8.

³ Karsten Revsbech i Jens Garde m.fl.: "Forvaltningsret Almindelige emner" 4. udg. 2004, s. 545.

Hvor der ikke er hjemmel i lov til at tilbagekalde eller ændre, findes hjemlen i en almindelig uskrevet retsgrundsætning med støtte i retspraksis og ombudsmandspraksis. Man kan også anskue det således, at hjemlen er forudsat i det forhold, at visse grunde kan være så tungtvejende, at selv forvaltningens ellers gyldige begunstigende afgørelse, kan eller skal tilbagekaldes. Dette kan benævnes forudsat hjemmel, og overvejelserne svarer i det store hele til hvad der gælder i ugyldighedslæren.

Det beror altid på en konkret vurdering, om tilbagekaldelse kan ske, uanset hvilke interesser – navnlig offentlige interesser – der er berørt.

De interesser, der kan begrunde tilbagekaldelse opdeles gerne i 3 kategorier; de tungtvejende interesser – også kaldet de stærke tilbagekaldelsesgrunde, og de ikke tilstrækkeligt tungtvejende interesser – også kaldet de svage tilbagekaldelsesgrunde, samt en mellemkategori af interesser.⁴

De stærke tilbagekaldelsesgrunde fører ofte til tilbagekaldelse, mens de svage tilbagekaldelsesgrunde normalt ikke er tilstrækkelige til at bære en tilbagekaldelse.⁵ Mellemkategorien af tilbagekaldelsesgrunde vil i nogle tilfælde, dog sjældnere end de tungtvejende interesser, kunne begrunde en tilbagekaldelse.

Overfor disse interesser står hensynet til adressaten, herunder indrettelseshensyn og berettigede forventninger. Begrebet 'berettigede forventninger' dækker over den forestilling om sin retsstilling, som (her) byggetilladelsen med rette har udstyret adressaten med. Hvis adressaten har indrettet sig i tillid til sine berettigede forventninger skal der tages hensyn til indrettelsen. Som det fremgår, er der sammenhæng mellem berettigede forventninger og indrettelseshensyn. Berettigede forventninger er således en forudsætning for, at der skal tages hensyn til adressatens indrettelse.

Både ved tilbagekaldelse og ændring skal der tages højde for indgrebets intensitet, altså hvor indgribende det er for adressaten.

Ved indgreb i udøvelsen af erhverv skærpes kravene til vægten af tilbagekaldelsesgrunden, ligesom kun meget tungtvejende grunde kan begrunde tilbagekaldelse af en allerede udnyttet tilladelse. De ovenfor nævnte stærke tilbagekaldelsesgrunde kan efter omstændighederne begrunde tilbagekaldelse, mens det er tvivlsomt om mellemkategorien af interesser kan bære en tilbagekaldelse.

Normalt kan kun skønsmæssige afgørelser tilbagekaldes. Ved lovbundne afgørelser har borgeren et retskrav, hvor der sædvanligvis ikke er plads til tilbagekaldelse. I det omfang, der ikke er hjemmel for tilbagekaldelse må spørgsmålet om tilbagekaldelse af en lovbunden, begunstigende forvaltningssakt som altovervejende hovedregel afgøres ud fra reglerne om gyldighed.⁶

I visse tilfælde kan der opstå en pligt for myndigheden til at tilbagekalde en afgørelse. En myndighed, der har kompetence til at tilbagekalde, skal kunne anføre en saglig begrundelse for at udnytte denne kompetence. Hvis situationen tilsiger udnyttelse af kompetence til at tilbagekalde, skal myndigheden også kunne anføre en saglig begrundelse for ikke at udnytte den.

⁴ Se nærmere om de forskellige kategorier Karsten Revsbech i Jens Garde m.fl.: "Forvaltningsret Almindelige emner" 4. udg. 2004, s. 527 ff.

⁵ Da de svage tilbagekaldelsesgrunde sjældent er tilstrækkeligt tungtvejende, kunne man måske overveje at forlade begrebet. Når det alligevel anvendes er det af hensyn til den, ganske vist lille, mulighed for at en svag tilbagekaldsgrund fører til tilbagekaldelse.

⁶ Karsten Revsbech i Jens Garde m.fl.: "Forvaltningsret Almindelige emner" 4. udg. 2004, s. 539, der dog taler om omgørelse.

Der gælder ikke en absolut tidsfrist forvaltningens adgang til at tilbagekalde eller ændre forvaltningsakter, men hensynet til adressatens vil typisk veje tungere efter længere forløbet tid.

Forvaltningen har således ikke pligt til at søge en forvaltningsakt omgjort inden for klage- eller søgsmålsfristerne. Disse frister har betydning for forvaltningen i andre henseender, og jeg skal i det følgende redegøre for betydningen af overskridelse af klage- og søgsmålsfrist.

2. Retskraft i forvaltningen – betydningen af klage- og søgsmålsfrister

Retskraft dækker over det forhold, at en afgørelse får virkning efter sit indhold, og at afgørelsen skal lægges uprøvet til grund i andre situationer. Retskraft inden for forvaltningsretten er således en betegnelse for forvaltningsafgørelsens bindende virkning.

Der er stor forskel på retskraft i civilprocessen og retskraft i forvaltningen. I civilprocessen taler man om den retskraft en dom har, mens man i forvaltningsretten taler om mulighederne for at få ændret forvaltningens afgørelser.

Dommes præklusiv virkning retfærdiggøres af de særlige garantier, der er knyttet til de judicielle afgørelser; dommernes uafhængighed og domstolens organisation, procesformerne, den lovbestemte adgang til appel osv.⁷

Risikoen for urigtige afgørelser inden for forvaltningen er større end inden for retsplejen, da forvaltningsakter ikke er beskyttet af de samme garantier. Alligevel tillægges forvaltningsakter en vis forbindende kraft.

Der sondres mellem formel og materiel retskraft. Der foreligger materiel retskraft hvor en forvaltningsafgørelse skal lægges uprøvet til grund i nye sager, mens der indtræder formel retskraft ved overskridelse af en eventuel søgsmålsfrist. Endvidere kan man kalde den retskraft, der indtræder ved overskridelse af klagefristen for *formel administrativ retskraft*, hvorefter klagemyndigheden ikke længere ordinært kan ændre de påklagede afgørelser.⁸ Som hovedregel forudsætter denne virkning, at der er vejledt om klagefristen.

Poul Andersen mener, at en vis retskraft kan blive en følge af lovbestemmelser om klagefrister. Han går dog ikke videre ind i spørgsmålet, men henviser til, at spørgsmålet kun kan besvares ud fra en fortolkning af de enkelte klagebestemmelser.⁹ Fristreglerne bestemmer som regel alene, at sagen skal indbringes for domstolene eller anden klageinstans inden en nærmere fastsat frist, uden at behandle virkningerne af undladelse heraf.

Som udgangspunkt medfører overskridelse af søgsmålsfristen sagens afvisning fra domstolene, og dermed formel retskraft, men dette udgangspunkt modificeres i teori og praksis på forskellig måde.

Normalt er der ikke krav om udnyttelse af en bestående rekursadgang, før der kan rejses sag ved domstolene. Dette gælder som hovedregel, uanset om rekursen er uhjemlet eller lovbestemt, og uanset om der er tale om rekurs til et ministerium eller til et nævn.¹⁰ Der findes dog en del undtagelser

⁷ Poul Andersen; "Dansk Forvaltningsret" 5. udg., side 485.

⁸ Søren Stenderup Jensen og Anders Strange Schäfer: UfR 2007B.279 "Forvaltningsretlig retskraft: Fiktion eller realitet?" s. 282, punkt 4, 7. afsnit.

⁹ Poul Andersen; "Dansk Forvaltningsret" 5. udg., side 393 f.

¹⁰ Jørgen Mathiassen i Jens Garde m.fl.: "Forvaltningsret Almindelige emner" 4. udg. 2004, side 351 med henvisninger i note 58.

hertil, hvor der i loven er stillet krav om, at rekursadgang skal være udnyttet, før der kan rejses sag ved domstolene.

Et sådant eksempel findes i skatteforvaltningslovens § 48, stk. 1, 1. pkt. hvorefter en afgørelse truffet af en skattemyndighed først kan indbringes for domstolene, når afgørelsen er blevet prøvet eller afvist af den øverste administrative klageinstans på området.

Hvor loven bestemmer, at rekursadgangen skal udnyttes før domstolsprøvelse og denne adgang ikke er udnyttet, vil søgsmålet som regel blive afvist. Det kan ske *ex officio*, men oftest er afvisningen foranlediget af en påstand herom.¹¹

Der synes at være almindelig enighed om, at domstolene for det første vil admittere sagsanlæg, såfremt *særlige* – ofte undskyldelige – *omstændigheder* foreligger.¹²

U 1950.498 H er stadig en meget illustrativ afgørelse. Dommen tillod realitetsbehandling af en sag på trods af, at den i dagældende Københavns byggelovs § 9, stk. 5, indeholdte 6 ugers frist for sagsanlæg var overskredet (med ca. 3 uger). Højesteret lagde vægt på en række forhold, herunder den ringe fristoverskridelse, der måtte antages, at skuldes sagsøgers ophold i udlandet, den manglende vejledning fra magistraten om bl.a. søgsmålsfristen, samt at der var tale om ”et spørgsmål, der efter sin karakter naturligt henhører under domstolenes afgørelse”. Det er usikkert hvilken indbyrdes vægt de forskellige momenter har haft.

Udgangspunktet modificeres endvidere af *arten og/eller graden af de påberåbte fejl*.¹³

Thomas Philbert Nielsen bemærker, at den nærmere formulering af indholdet og rækkevidden af denne modifikation er vanskelig at fastlægge, men at det lader til, at domstolene lader sig lede af synspunkter, der er beslægtede med dem, som efter Poul Andersens opfattelse var afgørende ved afgrænsningen mellem anfægtelige afgørelser og nulliteter.

Kort fortalt er en forvaltningsakt en nullitet, hvis den lider af en væsentlig og åbenbar retlig mangel. Jeg kommer nærmere ind på denne afgrænsning under gennemgangen af sondringen mellem anfægtelighed og nullitet.

Sondringen mellem anfægtelighed og nullitet har betydning ved klage- og søgsmålsfrister, idet sådanne frister i almindelighed ikke finder anvendelse ved nulliteter.¹⁴ Der kan ganske ses bort fra en forvaltningsakt, der må anses for at være en nullitet. En sådan forvaltningsakt er ikke-eksisterende, og der er således i princippet ingen grund til at klage over afgørelsen eller søge afgørelsen omgjort ved domstolene.

Skulle det sjældne tilfælde, at en forvaltningsakt må anses for at være en nullitet, opstå, må det formodes, at ugyldigheden ville blive prøvet enten ved administrativ rekurs eller domstolsprøvelse. I et sådant tilfælde ville enhver fristoverskridelse være uden betydning.

Forvaltningsafgørelser, der er udstedt med hjemmel i en lov, der indeholder en endelighedsbestemmelse, udgør en særlig kategori af forvaltningsafgørelser.

¹¹ Jørgen Mathiassen i Jens Garde m.fl.: ”Forvaltningsret Almindelige emner” 4. udg. 2004, side 352 f.

¹² Thomas Philbert Nielsen: UfR 1981B.313 ”Søgsmålsfrister ved prøvelse af forvaltningsafgørelser. Nogle bemærkninger om søgsmålsfristens betydning for forvaltningsafgørelserets retskraft”, s. 315.

¹³ Thomas Philbert Nielsen: UfR 1981B.313 ”Søgsmålsfrister ved prøvelse af forvaltningsafgørelser. Nogle bemærkninger om søgsmålsfristens betydning for forvaltningsafgørelserets retskraft”, s. 315.

¹⁴ Poul Andersen: ”Dansk Forvaltningsret” 5. udg., side 273.

En endelighedsbestemmelse er en regel i lov eller anordning, der bestemmer, at nærmere bestemte forvaltningsakter ikke kan indbringes for domstolene, og angår både domstolenes umiddelbare prøvelse af en forvaltningsakt samt tilfælde, hvor forvaltningsakten foreligger præjudicielt til prøvelse.¹⁵

Ved fortolkningen af endelighedsbestemmelser er udgangspunktet, at der skal være klar lovhjemmel til at indskrænke den almindelige adgang til domstolsprøvelse i medfør af grundlovens § 63.¹⁶

Der foretages en indskrænkende fortolkning af endelighedsbestemmelserne, og domstolene anser sig for at være kompetente til at prøve en række nærmere bestemte indsigelser; *at* forvaltningens afgørelse lider af formelle mangler, *at* der foreligger magtfordrejning, *at* grundsætningen om skøn under regel er tilsidesat, *at* afgørelsen strider mod proportionalitetsprincippet, *at* der foreligger en faktisk eller retlig vildfarelse¹⁷, *at* en part har krav på en anden retsstilling end den, der ville følge af de retsregler, hvortil endelighedsbestemmelsen er knyttet, *at* det pågældende fortolkningsspørgsmål er atypisk og ligger uden for den kreds af afgørelser, som lovgivningsmagten kan antages at have haft for øje, da den fastsatte endelighedsbestemmelsen eller, *at* der er tale om et særligt grundlæggende fortolkningsspørgsmål.¹⁸

I den udstrækning endelighedsbestemmelserne accepteres af domstolene medfører de således en videre retskraft for de pågældende forvaltningsafgørelser, idet retskraften indtræder allerede ved afgørelsens bekendtgørelse og uafhængigt af overskridelse af klage- eller søgsmålsfrist.

Til eksempel kan nævnes Udlændingelovens § 56, stk. 8, der bestemmer, at Flygtningenævnets afgørelser er endelige.

Flygtningenævnets afgørelser kan ikke indbringes for anden administrativ myndighed, men Ombudsmanden er i medfør af udlændingelovens § 58 a, jfr. ombudsmandslovens § 17 berettiget til at tage sager vedrørende Flygtningenævnet op af egen drift. Disse egen drift-undersøgelser kan dreje sig om såvel konkrete afgørelser som om Flygtningenævnets generelle behandling af sager.

Med et flertal på 4 dommere fastslog Højesteret i U 1997.1197 H, at domstolene er afskåret fra at prøve Flygtningenævnets afgørelser. Flertallet lagde vægt på, at det ikke var gjort gældende, at der forelå sagsbehandlingsfejl eller andre særlige omstændigheder, der talte for domstolsprøvelse. Mindretallet mente ikke, at bestemmelsen indeholdte den fornødne klarhed til at afskære domstolsprøvelsen.

Kim U. Kjær kritiserer afgørelsen,¹⁹ idet det navnlig anføres, at hverken ordlyden eller forarbejderne støtter resultatet. Han forudser dog, at afgørelsen – uanset at den er truffet med 4 stemmer mod 3 – vil medføre afvisning af lignende fremtidige sagsanlæg, medmindre der foreligger særlige omstændigheder som processuelle mangler sammen med bl.a. magtfordrejning.

Endelighedsbestemmelsen i udlændingelovens § 56, stk. 8 har givet anledning til mange senere afgørelser, hvori Højesteret har slået fast, at domstolsprøvelsen af Flygtningenævnets afgørelser er

¹⁵ Jørgen Mathiassen i Jens Garde m.fl.: "Forvaltningsret Almindelige emner" 4. udg. 2004, side 444.

¹⁶ Jørgen Mathiassen i Jens Garde m.fl.: "Forvaltningsret Almindelige emner" 4. udg. 2004, side 445.

¹⁷ Ifølge Jørgen Mathiassen i Jens Garde m.fl.: "Forvaltningsret Almindelige emner" 4. udg. 2004, side 450 f. må det antages, at domstolene vil være indstillede på at gå videre og prøve, om forvaltningen har truffet en materielt urigtig afgørelse, hvis der foreligger en bestemmende vildfarelse.

¹⁸ Jørgen Mathiassen i Jens Garde m.fl.: "Forvaltningsret Almindelige emner" 4. udg. 2004, side 448 ff.

¹⁹ Kjær, Kim U.: JUR 1998.45: "En grov tilsidesættelse af grundlovens klare ord" - om en endelighedsklausul, dens rækkevidde og konsekvenser.

begrænset til en prøvelse af retsspørgsmål, herunder mangler ved afgørelsesgrundlaget, sagsbehandlingsfejl og ulovlig skønsudøvelse. Højesteret behandler ikke spørgsmål om nævnets bevisbedømmelse.²⁰

Thomas Philbert Nielsen behandler spørgsmålet om, hvorvidt man kan opstille en formodning for, at domstolene vil se bort fra en fristoverskridelse, såfremt sagen drejer som om grundlæggende fortolkningsspørgsmål.²¹

Han erkender dog, at det er tvivlsomt, om synspunktet kan danne grundlag for en tilsvarende modifikation i relation til bestemmelser om søgsmålsfrister, men argumenterer for, at synspunktet i nogen grad kan forklare resultatet i U 1959.547 Ø, hvor landsretten ikke fandt, at fristen i den dagældende byplanslovs § 26 fandt anvendelse i en sag, der angik, hvorvidt nogle nærmere angivne bestemmelser i en byplan havde hjemmel i byplanloven.

I den noget nyere afgørelse i U 1999.1444 V fremmede Landsretten sagen til pådømmelse, uanset at søgsmålsfristen i miljøbeskyttelseslovens § 101, stk. 1, var overskredet. Kommunen påbød efter miljøbeskyttelseslovens § 72 en parcelhusejer at undersøge omfanget af en forurening stammende fra en udsivning af olie fra parcelhusejerens grund. Vestre Landsret konstaterede, at kommunen ikke havde hjemmel i miljøbeskyttelseslovens § 72 til et sådant påbud overfor en parcelhusejer.

Mogens Moe mener, at omstændighederne i sagen var så ekstraordinære, at rækkevidden af dommen må være begrænset. Han mener, at dommen måske kun vil få betydning i tilfælde, hvor myndigheden har anvendt retsmidler, som ikke står til rådighed over for adressaten.²²

Mogens Moe har i sin artikel i UfR 2002B.156 "Søgsmålsfrister i retspraksis" s. 158 f. gennemgået 3 utrykte landsretsdomme, og konkluderer, at normalt afskæres alle indsigelser ved overskridelse af søgsmålsfristen – også om klart ugyldige afgørelser.

I ØLD 18.6.2001 (20. afd. B-0132-00) konstaterer flertallet, at et oprensningspåbud var uhjemlet og ulovligt, fordi forurenere ikke havde handlet ansvarspådragende. Der var endvidere ikke givet vejledning om klagefristen. Mindretallet udtaler blot, at spørgsmålet om lovligheden af påbudet ikke kan tillægges betydning for søgsmålsfristens virkning.

Denne sidste dom bekræfter på klareste vis hovedreglen om, at overskridelse af søgsmålsfristen afskærer alle indsigelser. Ved udløbet af søgsmålsfristen indtræder der således en stærk form for formel retskraft.

Som anført af Thomas Philbert Nielsen vil domstolene dog i visse ekstraordinære tilfælde alligevel se bort fra en fristoverskridelse. Et eksempel herpå er U 1999.1444 V. Denne dom omhandlede et ekstraordinært tilfælde, da kommunen havde rettet et påbud til en privat uden at have hjemmel til det. Om domstolene ville se bort fra en fristoverskridelse i tilfælde af grundlæggende fortolkningsspørgsmål, må være et åbent spørgsmål. Det må dog forventes, at der med U 1999.1444 V er en vis sandsynlighed for det – særligt hvis afgørelsen af det grundlæggende fortolkningsspørgsmål er faldet ud til skade for en borger.

²⁰ Se således navnlig U 2008.861 H.

²¹ Thomas Philbert Nielsen: UfR 1981B.313 "Søgsmålsfrister ved prøvelse af forvaltningsafgørelser. Nogle bemærkninger om søgsmålsfristens betydning for forvaltningsafgørelserets retskraft", s. 315 f.

²² Mogens Moe: UfR 2002B.156 "Søgsmålsfrister i retspraksis" s. 159.

Mens indtræden af formel retskraft sker ved overskridelse af søgsmålsfristen, er spørgsmålet om forvaltningsafgørelseres materielle retskraft væsentligt mere kompliceret. Det er således endnu uafklaret, hvorvidt undladelse af at indbringe administrative afgørelser for domstolene inden for den fastsatte frist, tillige afskærer vedkommende fra under nye sager at fremkomme med indsigelser mod afgørelsens lovlighed og gyldighed (materiel retskraft).²³

Thomas Philbert Nielsen mener, at spørgsmålet ved en umiddelbar betragtning synes at måtte besvares bekræftende.²⁴ Han fortsætter samme sted, at spørgsmålet ved en nærmere undersøgelse fremtræder mere komplekst og involverer en række modstridende hensyn.

På den ene side står hensynet til at omgærde forvaltningsafgørelsen med størst mulig autoritet og sikkerhed. Adressaten og andre berørte bør kunne støtte ret på en forvaltningsafgørelse og indrette sig i tillid til den retsstilling, forvaltningsafgørelsen har skabt.

Heroverfor står hensynet til en så vidtgående domstolskontrol som muligt. Tillægges forvaltningsakter materiel retskraft, indskrænkes domstolens adgang til at prøve forvaltningens afgørelser tilsvarende. Fortalerne for dette synspunkt vejer således retssikkerhedshensynet tungest.

Diskussionen herom bevæger sig inden for to yderpunkter, og repræsenterer to grundlæggende forskellige synsmåder.

Det ene synspunkt støtter sig til en streng sproglig fortolkning, og hævder, at søgsmålsfristen alene har gyldighed for det af borgeren anlagte annulationssøgsmål. Dette synspunkt varetager således retssikkerhedshensynet, og fokuserer alene på forvaltningsaktens formelle retskraft.

Det andet synspunkt tager udgangspunkt i hensynene bag fristbestemmelserne: Behovet for, at tvivlsspørgsmål kan afklares inden for en vis tid, således at implicerede offentlige myndigheder og private kan indrette sig på, at den ved forvaltningsafgørelsen fastlagte retstilstand er den endelige. Dette synspunkt anser forvaltningsafgørelsen for at være endelig efter udløbet af den pågældende frist uden at være indbragt for domstolene, og tillægger således forvaltningsakter materiel retskraft.

Efter en analyse af Højesterets afgørelser i dommene U 1978.683 og U 1980.30 vurderer Thomas Philbert Nielsen, at retstilstanden nogenlunde kan beskrives ud fra følgende retningslinjer:

1) Bestemmelser om søgsmålsfrister finder alene anvendelse på de af private mod det offentlige anlagte søgsmål. For sådanne sager gælder fristregler til gengæld for et hvilket som helst retskrav, der indeholder en prøvelse af den trufne forvaltningsafgørelse, altså uden hensyn til om målet for den civile retssag er annulation, erstatning, eventuelt blot anerkendelse af ulovligheden og andre egentlige civile retskrav.

2) Søgsmålsfrister er uden betydning for sager, der anlægges af det offentlige – typisk som straffesager – med henblik på håndhævelse af den offentligretlige afgørelse. Dette gælder først og fremmest i forhold til den af anklagemyndigheden nedlagte påstand om straf, men også f.eks. pålæg om lovliggørelse under tvang af bøder og andre ”særlige følger”, jfr. retsplejelovens § 684, stk. 1, nr. 1.

Jeg er som udgangspunkt enig i Thomas Philbert Niensens konklusion. Hans synspunkt modificeres dog af, at straffelovens forældelsesfrister sætter en grænse for udstrækningen af hans synspunkt.

²³ Thomas Philbert Nielsen: UfR 1981B.313 ”Søgsmålsfrister ved prøvelse af forvaltningsafgørelser. Nogle bemærkninger om søgsmålsfristens betydning for forvaltningsafgørelseres retskraft”, s. 316.

²⁴ Thomas Philbert Nielsen: UfR 1981B.313 ”Søgsmålsfrister ved prøvelse af forvaltningsafgørelser. Nogle bemærkninger om søgsmålsfristens betydning for forvaltningsafgørelseres retskraft”, s. 316.

Straffelovens § 93, stk. 1 gælder således også for særlovsovertrædelser, jfr. straffelovens § 2, og fastsætter forældelsesfrister på 2 til 10 år afhængig af strafferammen for den enkelte overtrædelse.

Endvidere kan myndighederne risikere at fortabe muligheden for at gøre et straffeansvar gældende. En sådan situation kan opstå, såfremt myndighederne i en lang sagsbehandling giver borgeren grund til at tro, at der ikke vil blive gjort et straffeansvar gældende.

3. Sammenfatning

Forvaltningen har mulighed for at tilbagekalde eller ændre sin egen gyldige afgørelse, såfremt afvejningen af hensynene bag ønsket om at gøre dette vejer tungere end hensynene til adressaten for den pågældende afgørelse.

Hvis der er tale om en ugyldig afgørelse, har den udstedende myndighed normalt pligt til at annullere den. Hensyn til adressaten kan dog også her bevirke, at der ikke kan ske annullation.

Efter udløbet af klage- og søgsmålsfristerne opnår forvaltningsakter en vis form for retskraft, som ikke begrænser myndighedernes adgang til omgørelse af egen drift, men som på anden vis udstyrer forvaltningsakter med en vis bindende virkning. Domstolene ser sig dog kompetente til i visse ekstraordinære tilfælde se bort fra en fristoverskridelse.

C. Særligt om byggetilladelser

I afhandlingens anden del vil der blive fokuseret på byggetilladelser, idet denne tilladelse på væsentlige punkter adskiller sig fra andre forvaltningsakter.

En lang række særlove har således indflydelse på hvorvidt der kan udstedes byggetilladelse. Såfremt der opstår en konflikt mellem en i god tro opnået byggetilladelse og særlovgivningen, rejses spørgsmålet om hvorvidt byggetilladelsens retskraft strækker sig. Afhandlingens andet afsnit behandler dette spørgsmål.

1. Indledende om byggetilladelser

1.1. Historisk rids

Det teoretiske udgangspunkt er, at en grundejer kan udnytte sin faste ejendom, som han ønsker. Der har dog altid eksisteret begrænsninger i denne udnyttelsesret ud fra hensyn til naboer, til andre borgere eller til samfundet. Det har alligevel sin værdi at holde fast i det grundlæggende synspunkt om en fri og ubegrænset udnyttelse, da det herved betones, at det offentlige skal have hjemmel i lovgivningen til at gribe ind over for borgernes dispositioner²⁵. Borgeren kan således bebygge sin ejendom inden for lovens grænser.

Regler om begrænsninger i den frie råderet over fast ejendom har været indeholdt i den særlige landbrugs- og skovlovgivning helt tilbage fra 1600-tallet. Denne lovgivning indeholdt bestemmelser, der hindrede landbrugs- og skovejendomes overgang til anden anvendelse.

²⁵ Bendt Andersen: "Byggeret", side 11.

I 1850'erne opstod en decideret bygningslovgivning med rødder i navnlig brandsikkerhedsmæssigt begrundede byggeforskrifter fra 1700-tallet. Denne bygningslovgivning bestod af 3 love for henholdsvis København, Frederiksberg og købstæderne, og disse bestemmelser har siden 1876 kunnet udvides til sognekommuner. Bestemmelserne tilgodeså brandmæssige, hygiejniske og alment sikkerhedsmæssige hensyn og udgjorde et vist supplement til den privatretlige naboret²⁶.

Allerede siden bygningsloven for København af 1856 har i hvert fald samtlige bygningslove, -vedtægter og -reglementer alle foreskrevet, at intet under den pågældende lovgivning hørende arbejde må påbegyndes forinden den stedlige bygningsmyndigheds tilladelse (byggetilladelse) er erhvervet²⁷.

En byggetilladelse er en forvaltningsretlig afgørelse, der giver den berettigede en ret til at anvende ejendommen i henhold til tilladelsens indhold. Kravet om forudgående byggetilladelse er almindeligt kendt og findes i dag i byggelovens § 16, stk. 1.

Byggeloven af i dag er produktet af en lang række ændringer af den oprindelige byggelov af 1975, som samlede de tidligere byggelove, lovbekendtgørelse 1972 361 og Byggelov for Staden København L1939 148, i én fælles byggelov, gældende for hele landet. Da lovens materielle bestemmelser på mange punkter svarer til den tidligere byggelov, har tidligere praksis stadig betydning.

Søgsmålsfrist blev indført i Byggeloven for Staden København fra 1939, der i § 9 indeholdt en frist på 6 uger for søgsmål til prøvelse af de af administrationen truffne beslutninger. Reglen om søgsmålsfrist blev videreført i Byggelov for købstæderne og landet (246/1960) § 13, hvor fristen for søgsmål til prøvelse af en myndighedsafgørelse blev forlænget til 6 måneder, men suppleret af en ankefrist på 4 uger for administrativ rekurs.²⁸ Disse frister i videreført i nugældende byggelov, henholdsvis § 24, stk. 1 og § 25, stk. 1.

Da nærværende afhandling kommer til at kredse omkring byggelovens § 16, stk. 8, skal her kort gøres rede for bestemmelsens udvikling.

Den oprindelige byggelov af 1975 indeholdte i § 16, stk. 3 en regel om, at det i bygningsreglementet kan bestemmes, at kommunalbestyrelsen ikke må meddele tilladelser efter stk. 1 og 2, før den har konstateret, at det ansøgte kan godkendes i henhold til anden lovgivning, som administreres af kommunalbestyrelsen.

Denne bestemmelse blev ændret ved Lov 1984-05-09 nr. 193 om ændring af byggelov (Håndhævelse af byggelovgivning m.v.), hvorefter kommunalbestyrelsens pligt til lovgennemgang blev udvidet til også at omfatte lovgivning, som kommunalbestyrelsen ikke administrerer.

Den nugældende bestemmelse blev indsat ved Lov 2008-06-17 nr. 514 om ændring af byggeloven (Afbureaukratisering af byggesagsbehandlingen og markedskontrol med byggevarer), som ophævede den tidligere § 16, stk. 3, og indførte samme bestemmelse i lovens § 16, stk. 8.

I bemærkningerne til lovforslaget siges, at § 16, stk. 8 er en videreførelse af § 16, stk. 3, og der ændredes ikke på kommunens pligt til at kontrollere om anden relevant lovgivning er overholdt. Ændringen vedrørte de tekniske regler bygningers indretning, konstruktioner, brandforhold, indeklima,

²⁶ Bendt Andersen: "Byggeret", side 14 f.

²⁷ Viggo Vasegaard: "Dansk Bygningsret", side 127.

²⁸ Pagh: Erhvervsjuridisk Tidsskrift 2007.291 "Tilladelse, tilgivelse og ansvar", punkt "6. Et byggelovsperspektiv".

energiforbrug og installationer. Nærværende afhandling vedrører først og fremmest byggetilladelsers forhold til miljøbeskyttelseslovene. Ændringen i 2008 er således uden betydning herfor.

Praksis og teori omkring den tidligere byggelovs § 16, stk. 3 kan altså uden modifikationer overføres på den nugældende byggelovs § 16, stk. 8.

1.2. Byggesagens gang

Kommunalbestyrelsen udsteder byggetilladelse hvis det ansøgte byggeri kan rummes inden for lokalplan og opfylder betingelserne i byggeloven og bygningsreglementet. Byggelovens § 16, stk. 1 bestemmer således, at arbejder, der er omfattet af lovens § 2, ikke må påbegyndes uden byggetilladelse.

Ikke alle byggerier kræver byggetilladelse. BR 08 kap. 1.5 anviser således hvilke byggearbejder, der kan udføres efter anmeldelse til kommunalbestyrelsen, mens kap. 1.6 indeholder en række eksempler på byggearbejder, der kan ske uden byggetilladelse og anmeldelse.

Forinden der gives byggetilladelse eller ved dispensation og ved anmeldelser, kan kommunalbestyrelsen afholde forhåndsdialog med bygherren eller dennes rådgivere, jfr. BR 08, kap. 1.9.

Formålet med forhåndsdialogen er at opnå et kvalitetsløft i byggeriet, en bedre økonomi i byggeprocessens forløb, en højere grad af gensidig forståelse for de forhold, som henholdsvis kommunen og bygherren arbejder under, og en afstemning af forventningerne til tidsforløbet i byggesagen. Herudover medvirker forhåndsdialogen til at afstemme borgernes forventninger til resultatet af byggesagsbehandlingen, sikre et mere smidigt byggesagsbehandlingssystem og til at forbedre ansøgningsmaterialets kvalitet.²⁹

Kommunen må i den konkrete sag vurdere, om det er nødvendigt at tilbyde forhåndsdialog, ligesom niveauet for forhåndsdialogen naturligt vil variere efter sagens ”tyngde”. Vejledningen i styrket byggesagsbehandling fremhæver endvidere, at behovet for tidlig dialog og rådgivning kan være lige stort for en uprofessionel bygherre med et forholdsvis ukompliceret byggeprojekt som for en professionel bygherre med et stort, kompliceret byggeri³⁰.

Kommunen har en generel vejledningsforpligtelse, som er lovfæstet i forvaltningslovens § 7. Denne vejledningsforpligtelse gælder også, selv om borgeren ikke direkte eller indirekte har bedt kommunen om vejledning, og indebærer, at kommunen allerede før forhåndsdialogen bør yde vejledning om, hvad formålet med forhåndsdialogen er, hvordan bygherren kan forberede sig til mødet, og hvad han eventuelt bør medbringe af tegninger og andet materiale til selve forhåndsdialogen. Kommunen bør endvidere redegøre for gældende lovgivning og forskrifter³¹ og afhængigt af hvordan denne vejledning tilrettelægges kan adressatens forventninger om, at et byggeri opført i overensstemmelse med byggetilladelsen er lovligt styrkes eller svækkes.

Efter forhåndsdialogen indgiver bygherren ansøgning om byggetilladelse. Ansøgningen skal være skriftlig og skal indsendes til kommunalbestyrelsen, jfr. BR 08 kap. 1.3, stk. 2.

²⁹ ”Vejledning i styrket byggesagsbehandling”, december 2005, side 3.

³⁰ ”Vejledning i styrket byggesagsbehandling”, december 2005, side 3.

³¹ ”Vejledning i styrket byggesagsbehandling”, december 2005, side 5.

Ansøgningsmaterialet i en byggesag skal først og fremmest give kommunen mulighed for at vurdere, om byggelovgivningens bestemmelser er overholdt, hvorfor ansøgningen skal indeholde det materiale, der er nødvendigt for at foretage byggesagsbehandlingen.³²

Kommunen bærer ansvaret for, at der kan træffes beslutning på et tilstrækkeligt oplyst grundlag. Ansøgningsmaterialet medvirker således til at opfylde kommunens pligt til at oplyse sagen, og såfremt ansøgningen ikke indeholder al fornøden information, skal kommunen forsøge at indhente de fornødne oplysninger. Er ansøgningsmaterialet ufuldstændigt, og er det ikke muligt at indhente yderligere oplysninger, bør kommunerne afvise ansøgningen.

Kommunen skal undersøge det ansøgte byggeris forhold til kommune- og lokalplaner, eventuelle betingelser for grundens anvendelse, der er tinglyst på grunden i medfør af ældre byggelovgivning og privatretlige servitutter med planmæssigt indhold. Endvidere skal det undersøges, hvorvidt bygningsreglementets krav til udformning og indretning af bebyggelse er overholdt, og om der i givet fald skal dispenseres fra kravene.

Byggelovens § 22 giver kommunen en dispensationsmulighed. Dispensationer skal begrundes i saglige hensyn, og kommunen kan stille betingelser for at give dispensationen. Det kan f.eks. være betingelse om at anvende ejendommen på særlig måde eller alternative måder at opfylde hensynet bag bestemmelsen på.³³

Ifølge byggelovens § 16, stk. 8 kan der i bygningsreglementet fastsættes regler om, at kommunalbestyrelsen ikke må meddele tilladelser efter stk. 1, før der er meddelt nødvendig tilladelse efter anden lovgivning til det ansøgte.

Denne bemyndigelse er udnyttet i BR 08 kap 1.10, stk. 1, hvorefter kommunalbestyrelsen, inden der kan gives byggetilladelse og ved anmeldelser, skal undersøge om byggearbejdet er i strid med anden lovgivning, herunder blandt andet miljøbeskyttelsesloven og skovloven. Bygge- og Boligstyrelsens vejledning nr. 130 af 31. juli 1995 om kommunalbestyrelsens lovgennemgang i byggesager gennemgår hvilke forhold i andre love, der skal gennemgås før udstedelse af byggetilladelse.

Da byggelovens § 16, stk. 8 har karakter af en bemyndigelse, kan kommunalbestyrelsen ikke være forpligtet ud over, hvad bygningsreglementet angiver. Der kan derfor ikke stilles krav om, at kommunen som bygningsmyndighed påser, at byggeriet ikke er i modstrid med senere tilkomne love.³⁴

Meddeles byggetilladelse bortfalder denne, såfremt det af tilladelsen omfattede arbejde ikke er påbegyndt inden 1 år fra tilladelsens dato, jfr. byggelovens § 16, stk. 7.

En byggetilladelse bør udformes således, at det fremgår klart og tydeligt, hvad der gives tilladelse til. En byggetilladelse kan kendes ugyldig på grund af uklarhed, og at kommunen kan ifalde ansvar herfor. Se f.eks. U 1999.286 V hvor en kommune blev kendt erstatningsansvarlig for meddelelse af byggetilladelse, der var uklar og senere blev erklæret ugyldig. Da kommunen i forbindelse med udstedelsen af byggetilladelsen burde have søgt modstriden mellem miljøgodkendelsen og bygningsreglementet afklaret fastholdte Landsretten kommunens ansvar på trods af, at vindmøllen blev placeret i strid med bygningsreglementet.

³² "Vejledning i styrket byggesagsbehandling", december 2005, side 8.

³³ "Vejledning i styrket byggesagsbehandling", december 2005, side 20.

³⁴ Peter Pagh: Erhvervsjuridisk Tidsskrift 2007.291 "Tilladelse, tilgivelse og ansvar – om fysisk eller retlig lovliggørelse i miljøretten", s. 3, 2. kolonne, sidste afsnit.

Når byggeriet er færdiggjort skal det færdigmeldes, jfr. byggelovens § 16 A, stk. 1 og BR 08, kap. 18.8, stk. 2. Denne tilladelse kaldes en ibrugtagningstilladelse. Ibrugtagningstilladelsen efter byggelovens § 16 A, stk. 1 er en lovbunden forvaltningsakt og kan ikke være betinget på anden måde end nævnt i byggelovens § 26³⁵. Se hertil U 1951.800 V, hvor der i en bygningsattest ikke kunne optages forbehold om ansvarsfraskrivelse vedrørende senere ekspropriationserstatning.

Ibrugtagningstilladelsens retlige funktion er alene at muliggøre, at byggeriet lovligt tages i brug. Tilladelsen er ingen garanti for bygningens lovlighed, og kommunalbestyrelsen kan kun under ganske særlige omstændigheder gøres erstatningsansvarlig for fejltagtig udstedt ibrugtagningstilladelse eller for et mangelfuldt tilsyn.³⁶

2. Lovliggørelse – retlig eller fysisk

Kommunen har tilsynsmyndigheden med byggetilladelser og skal søge ulovlige forhold lovliggjort, medmindre forholdet er af underordnet betydning, jfr. planlovens § 51, stk. 1 og 5.

Kommunen søger et ulovligt forhold lovliggjort ved at påbyde lovliggørelse, som kan ske enten retligt eller fysisk. Ved retlig lovliggørelse gives efterfølgende dispensation, tilladelse, eller tilvejebringelse af en lovliggørende lokalplan.³⁷ Fysisk lovliggørelse sker ved fysisk at bringe byggeriet i overensstemmelse med gældende lovgivning.

Som ved enhver anden konstateret ulovlighed, skal kommunen også inden for byggelovens område som udgangspunkt foretage partshøring, forinden der kan meddeles påbud. Dette sker ved at tilsynsmyndigheden varslers overfor ejer³⁸, at den agter at udstede et påbud om lovliggørelse. Ejer kan herved komme med en udtalelse, og det sikres, at ejer bliver bekendt med tilsynsmyndighedens oplysninger i sagen.

Hvis der konstateres ulovlige forhold vil partshøring ofte være det første formelle (håndhævelses)skridt. I en stor del af tilfældene vil partshøringen og/eller varslingen af påbud foranledige ejer til at bringe ulovlige forhold i overensstemmelse med lovgivningen, hvorefter udstedelse af endeligt påbud ikke er nødvendigt.

Hvis lovliggørelse kan ske på mere end én måde, må ejer have valgfrihed. Varslingen bør³⁹ indeholde en beskrivelse af de alternativer, ejer kan vælge i mellem.⁴⁰ Tilsynsmyndigheden bør i den forbindelse også vejlede ejer om adgangen til – og proceduren for – at søge retlig lovliggørelse, hvilket kan gøres når der udarbejdes varslingsbrev og påbud.⁴¹

³⁵ Karnov online byggeloven, note 71 med henvisninger. Her henvises der blandt andet til U 1993.72/2 H, hvor en kommune blev gjort erstatningsansvarlig for undladt håndhævelse af en deklARATION, og U 1995.314 V, hvor en kommune blev erstatningsansvarlig på grund af udstedelse af byggetilladelse i strid med lokalplan, selvom byggeriet blev lovliggjort ved en ny lokalplan.

³⁶ Karnovs Byggeloven, note 71 med henvisninger.

³⁷ Eventuelt kan ulovligheden afhjælpes ved tilkøb af areal. Se U 1969.187/2 V om en for ringe skelafstand. Jfr. Karnov online note 82 til byggeloven.

³⁸ Eller bruger. I det følgende omtales alene ejer,

³⁹ Den refererede vejledning anfører, at der ”bør” ske en sådan vejledning. Denne formulering i en vejledning indeholder en pligt for kommunen, og hensynet til god forvaltningsskik og vejledningspligten forpligter da også kommunen til at yde denne vejledning.

⁴⁰ Vejledning 2007 9392 fra Erhvervs- og Byggestyrelsen og Skov- og Naturstyrelsen, kap. 3.3.3.

⁴¹ Vejledning 2007 9392 fra Erhvervs- og Byggestyrelsen og Skov- og Naturstyrelsen, kap. 3.3.7.

Proportionalitetsprincippet tilsiger, at mulighederne for retlig lovliggørelse skal overvejes, forinden der træffes afgørelse om fysisk lovliggørelse.

Såfremt der skal ske retlig lovliggørelse, ved f.eks. at søge dispensation, skal tilsynsmyndigheden tage stilling til ansøgningen efter de gældende regler og procedurer herom. Håndhævelsessagen udsættes, indtil tilsynsmyndigheden har vurderet, om der er grundlag for dispensation. Hvis sagen bliver påklaget, udsættes håndhævelsessagen normalt indtil der foreligger en endelig afgørelse.⁴² Dette kan blandt andet begrundes i værdispildsbetragtninger.

Hvis der ikke kan ske retlig lovliggørelse, enten for der ikke er hjemmel til at give den ansøgte tilladelse eller dispensation, eller fordi myndigheden af andre grunde giver afslag, skal tilsynsmyndigheden meddele påbud om fysisk lovliggørelse.

Der er endvidere mulighed for at udstede påbud om delvis retlig lovliggørelse. Vælges denne løsning skal der meddeles påbud om fysisk lovliggørelse af den del af det ulovlige forhold, der ikke kan retligt lovliggøres.

Byggelovens hovedregel er, at en bygning, der er lovligt opført efter de på opførelsestidspunktet gældende byggeforskrifter, ikke senere kan blive mødt med krav om at opfylde nye skærpede forskrifter, jfr. byggelovens § 2, stk. 4, der netop kræver udtrykkelig hjemmel for at loven finder anvendelse på bestående bebyggelse uanset tidspunktet for bebyggelsens opførelse.

En bestående ulovlighed må herefter bedømmes efter de på opførelsestidspunktet gældende bestemmelser. Sker lovliggørelsen ved dispensation, må der formelt dispenseres fra de ældre bestemmelser, men om dispensation kan meddeles kan også bedømmes efter nutidens regler om det pågældende forhold.⁴³

Pligten til lovliggørelse kan imidlertid bortfalde, hvis tilsynsmyndigheden inden for en (kortere) årrække udviser passivitet.⁴⁴

3. Naturklagenævnets kompetence samt spørgsmålet om ”de facto annullation”

Som tidligere nævnt skal forholdet til en lang række love afklares forinden der kan udstedes byggetilladelse. BR 08, kap. 1.10 indeholder en opgørelse over disse love, og der er til hver af dem knyttet instanser, der varetager opgaverne i henhold til loven.

Naturklagenævnet er en væsentlig klageinstans på området, og jeg vil i det følgende gennemgå nævnets kompetence.

Peter Pagh⁴⁵ har problematiseret Naturklagenævnets opfattelse af sin egen kompetence ved gennemgang af et par udvalgte sager. Der vil i det følgende blive gjort rede for Paghs kritik, og denne vil blive forsøgt kritisk vurderet.

⁴² Eksempelvis kan naturbeskyttelsesloven nævnes. Denne lovs § 87 bestemmer, at en tilladelse ikke må udnyttes før klagen er afgjort, medmindre naturklagenævnet bestemmer andet. Planlovens § 60 bestemmer dog, at andre klager end klager over landzonetilladelse eller en ekspropriationsafgørelse ikke har opsættende virkning.

⁴³ Jfr. Karnovs byggeloven note 82.

⁴⁴ Karsten Revsbech og Alex Puggaard: ”Lærebog i Miljøret”, s. 473.

⁴⁵ Peter Pagh: Erhvervsjuridisk Tidsskrift 2007.291 ff. ”Tilladelse, tilgivelse og ansvar – om fysisk eller retlig lovliggørelse i miljøretten”

Dernæst vil det blive diskuteret, hvorvidt der de facto er tale om en annullation af en byggetilladelse, når Naturklagenævnet nægter at give dispensation til efterfølgende retlig lovliggørelse, som det er blevet anført af Søren Stenderup Jensen og Anders Strange Schäfer.⁴⁶

3.1. Naturklagenævnet

Naturklagenævnet er et uafhængigt klagenævn under Miljøministeriet, og er overordnet myndighed i fredningssager, samt klageinstans for afgørelser efter en række love om regulering af fast ejendom; planloven, naturbeskyttelsesloven, råstofloven, skovloven, masteloven, sommerhusloven og kolonihaveloven, som alle har selvstændige, men dog ofte sammenfaldende, bestemmelser om klageberettigede.

Naturklagenævnet har således ingen kompetence i medfør af byggeloven, og dermed ingen direkte kompetence til at behandle klager over byggetilladelser.

Som tidligere nævnt skal kommunen i medfør af byggelovens § 16, stk. 8 og BR 08 kap 1.10, stk. 1 sikre sig, at byggetilladelsen ikke er i modstrid med anden lovgivning forinden udstedelse. Herunder skal kommunalbestyrelsen sikre sig, at byggeriet er i overensstemmelse med planloven, naturbeskyttelsesloven, skovloven og masteloven.

Da Naturklagenævnet er rekursmyndighed for disse love, har nævnet således en indirekte kompetence i forhold til byggetilladelser. Naturklagenævnet kan ikke kende en byggetilladelse ugyldig, men kan afvise at dispensere fra særlovgivningen, og dermed udelukke tilladelse til at opføre det påtænkte byggeri.

Peter Pagh har i UfR 2007B.291 "Tilladelse, tilgivelse og ansvar" gennemgået en række domme, der vidner om en vis forvirring omkring klage- og søgsmålsfrister og selv kompetence spørgsmål.

En af disse sager angik et sommerhus ved Skagen (MAD 2007.70 V). Kommunen havde i august 1999 givet byggetilladelse til opførelse af et sommerhus ved Kandestederne i Skagen uden at meddele dispensation fra lokalplan.

Først i oktober samme år klagede naboerne til Naturklagenævnet over at byggeriet var i modstrid med lokalplanens bestemmelser om bygningshøjde. Naboernes klage angik således lokalplandispensationen og ikke byggetilladelsen. Som Pagh fremhæver, synes planlovens klagefrist på 4 uger herved at være overskredet, uden at klagen af den grund blev afvist. Herudover er det Statsamtet (nu Statsforvaltningen) og ikke Naturklagenævnet, der er klagemyndighed for byggetilladelsens vilkår om bygningshøjde.

På trods af manglende hjemmel i planloven herfor, hjemviste Naturklagenævnet sagen til Skagen kommune, som meddelte ny dispensation i januar 2001. Denne dispensation blev, efter klage fra naboerne, igen blev underkendt af Naturklagenævnet i november 2002, altså længe efter byggeriet var færdigt.

Kommunens valg af lovliggørelsesmåde faldt på retlig lovliggørelse i form af ny lokalplan. Naboerne anlagde herefter sag mod kommunen med principal påstand om, at kommunen tilpligtedes fysisk lovliggørelse og subsidiær påstand om erstatning.

⁴⁶ Søren Stenderup Jensen og Anders Strange Schäfer: UfR 2007B.279 "Forvaltningsretlig retskraft: Fiktion eller realitet?"

Landsretten fandt, at kommunen havde hjemmel til retlig lovliggørelse og naboernes påstand om erstatning blev afvist på grund af manglende dokumentation for det påståede tab.

Pagh finder det betænkeligt, at landsretten vælger at realitetsbehandle naboernes principale påstand om fysisk lovliggørelse, da naboernes sag blev anlagt 5 år efter, at ejeren af det pågældende sommerhus havde fået byggetilladelse.⁴⁷ Byggelovens søgsmålsfrist i § 25 på 6 måneder var således længe overskredet. Kommunen havde dog ikke påberåbt sig søgsmålsfristen, men domstolene kan påse overholdelsen af søgsmålsfristen ex officio.

Har forvaltningen erklæret sig enig i, at sagen pådømmes uanset fristens overskridelse, vil domstolene ikke afvise sagen af egen drift.⁴⁸ Der er intet i MAD 2007.70, der indikerer, at kommunen skulle have erklæret sig enig i, at sagen blev pådømt på trods af fristens overskridelse. Landsretten burde derfor have afvist at realitetsbehandle naboernes principale påstand om fysisk lovliggørelse.

Herudover blev naboernes påstand om fysisk lovliggørelse af sommerhusejerens ejendom realitetsbehandlet, uden at ejeren var part i sagen. Da domme kun har retskraft for parterne, burde sagen have været afvist med henvisning til, at kommunen ikke var rette sagsøgte for påstanden om fysisk lovliggørelse. En dom over kommunen til fysisk lovliggørelse kunne således ikke forpligte sommerhusejeren til at rive sit hus ned.

I MAD 2007.93 V var spørgsmålet, om en kommune var erstatningsansvarlig over for bygherre for udstedelse af en byggetilladelse, der siden blev underkendt af Naturklagenævnet.

I august 1999 meddelte kommunen tilladelse til opførelse af et hus med en særlig tagkonstruktion, idet kommunen lagde til grund, at der var tale om et 1½ etages hus i overensstemmelse med den gældende lokalplan for området.

I april 2000, altså længe efter udløbet af klagefristen, klagede naboer til Naturklagenævnet, der i afgørelse af 30. maj 2000 tillagde klagen opsættende virkning. Naturklagenævnet afviste i den forbindelse bygherrens indsigelse om, at klagefristen var overskredet, da naboerne ikke tidligere havde været bekendt med kommunens indirekte beslutning efter planloven om, at byggeriet ikke var i modstrid med lokalplanen.

I februar 2001 ophævede Naturklagenævnet kommunens afgørelse som værende i strid med lokalplanen, hvorefter kommunen meddelte afslag på bygherrens ansøgning om dispensation til projektet.

Tre år efter kommunens afslag på dispensation til projektet anlagde bygherren erstatningssag mod kommunen, der påstod sagen afvist med henvisning til, at søgsmålsfristen efter planlovens § 62 var overskredet.

Både byretten og landsretten afviste, at søgsmålsfristen var relevant, da bygherrens påstand ikke forudsatte, at Naturklagenævnets afgørelse var ugyldig.

Landsretten lagde til grund, at fortolkningen af lokalplanbestemmelsen forudsatte et teknisk-juridisk skøn, som i sig selv kunne give anledning til begrundet tvivl. Da kommunen havde været opmærksom på den utraditionelle udformning af taget og i øvrigt havde foretaget en grundig sagsbehand-

⁴⁷ Peter Pagh: Erhvervsjuridisk Tidsskrift 2007.291 ff. ”Tilladelse, tilgivelse og ansvar – om fysisk eller retlig lovliggørelse i miljøretten”, punkt ”2. Sommerhus ved Skagen – MAD 2007.70 V”, 4. afsnit.

⁴⁸ Jørgen Mathiassen i ”Forvaltningsret, Almindelige emner”, 4. udgave 2004, s. 357.

ling, fandtes kommunen ikke at have begået ansvarspådragende fejl, hvorfor kommunen blev fri-fundet.

Pagh fremfører, at sagens indledende forløb illustrerer, at Naturklagenævnet udlægger samspillet mellem byggeloven og planloven som om, Naturklagenævnet kan prøve enhver byggetilladelse, selv om der ikke er truffet beslutning efter planloven, idet nævnet her blot forudsætter, at den manglende beslutning efter planloven udgør en indirekte beslutning efter denne.⁴⁹

Denne argumentation kan, efter min opfattelse, problematiseres. Når kommunen beslutter, at en byggetilladelse ligger inden for grænserne i lokalplanen, ligger der heri implicit en afgørelse efter planloven.

Jeg mener således, at der i nærværende sag, netop er truffet en sådan beslutning om, at byggetilladelsen ikke var i modstrid med lokalplanen. Pagh kritiserer, at Naturklagenævnet prøver denne indirekte afgørelse, men eftersom Naturklagenævnet er klageinstans i forhold til planloven, bliver en borger, der mener, at en fra lokalplanen dispenserende byggetilladelse er i strid med lokalplanen, nødt til at klage til Naturklagenævnet.

Pagh anfører videre, at kommunens byggetilladelse efter byggelovens § 23 kunne være påklaget til Statsamtet (nu Statsforvaltningen) for så vidt angår retlige spørgsmål. Naboernes klage skulle således være indgivet til Statsamtet senest 4 uger efter, at de fik kendskab til byggetilladelsen. Pagh mener ikke, at fristen kan forlænges, fordi naboerne først senere fik kendskab til kommunens underliggende antagelser om, at byggeriet ikke i øvrigt var i modstrid med plan- og miljølovgivningen.

Heroverfor må det dog fastholdes, at der for henholdsvis byggeloven og planloven gælder hver sin klagefrist, herunder også hver sit begyndelsestidspunkt for klagefristen. 4-ugersfristen i planlovens § 60 må i dette tilfælde regnes fra det tidspunkt, hvor klageren har fået kendskab til afgørelsen, da der er tale om en indirekte afgørelse, der således ikke meddeles eller offentliggøres, jfr. planlovens § 60, stk. 1, 3. pkt.⁵⁰

Byggelovens søgsmålsfrist vil i denne forbindelse alene afskære adressaten for byggetilladelsen fra at anlægge sag ved domstolene. Byggetilladelsens søgsmålsfrist afskærer derfor ikke naboerne fra at anlægge sag. Spørgsmålet om søgsmålsfristens virkning overfor andre end adressaten findes behandlet andre steder i litteraturen. Poul Andersen antog således, at bestemmelserne i Københavns byggelov og landsbyggeloven efter deres ordlyd kun gjaldt den, der havde fået meddelelse om tilladelsen.⁵¹

Pagh bemærker videre, at det tværtimod følger af byggelovens § 16, stk. 3 og BR 95 og BR-S 98 (nu byggelovens § 16 stk. 8 og BR 08), at kommunen først kan meddele byggetilladelse, når kommunen har sikret, at byggeriet ikke er i modstrid med plan- og miljølovene.

Hvor Pagh selvfølgelig har ret i det, mener jeg ikke, at det kan bruges som argument for, at Naturklagenævnet ikke kan prøve kommunalbestyrelsens indirekte afgørelse vedrørende lokalplanen. Formålet med klageadgangen i planloven er at sikre forurettede borgere en prøvelsesadgang udover

⁴⁹ Peter Pagh: Erhvervsjuridisk Tidsskrift 2007.291 "Tilladelse, tilgivelse og ansvar – om fysisk eller retlig lovliggørelse i miljøretten", punkt "4. Villabyggeri i Århus – MAD 2007.93 V", 3. afsnit.

⁵⁰ Se generelt om beregning af klagefrister Karsten Revsbech i Jens Garde m.fl.: "Forvaltningsret Almindelige emner" 4. udg. 2004, side 308 ff.

⁵¹ Poul Andersen: "Dansk Forvaltningsret" 5. udg., side 620, note 7. Se endvidere Bendt Andersen i "Dansk Miljøret", bind 2, og Søren H. Mørup: UfR 2008B.223 "Duplik om byggetilladelser", s. 224, punkt "2.1. Søgsmålsfristen".

domstolene, når kommunalbestyrelsen træffer afgørelse i strid med planloven. Behovet for en prøvelse opstår netop, når kommunalbestyrelsen ikke har opfyldt sine forpligtelser i medfør af byggelovens § 16, stk. 3 og bygningsreglementet.

Pagh afslutter med at bemærke, at et sagsanlæg fra naboerne derudover sikkert ville være afskåret af byggelovens søgsmålsfrist i lovens § 25.

Heroverfor kan anføres, at byggelovens søgsmålsfrist afskærer søgsmål vedrørende byggetilladelsen, men for så vidt ikke vedrører klage- eller søgsmålsfristen vedrørende afgørelsen i medfør af planloven.

Søgsmål til prøvelse af beslutninger, der er truffet i henhold til byggeloven, skal anlægges inden 6 måneder efter den dag, beslutningen er meddelt den pågældende, jfr. byggelovens § 25. Ifølge planlovens § 62 skal søgsmål til prøvelse af afgørelser om forhold, der er omfattet af denne lov, være anlagt inden 6 måneder efter, at afgørelsen er meddelt. Søgsmålsfristerne er således sammenfaldende i de to regelsæt, den eneste forskel er begyndelsestidspunktet. Tidspunktet for søgsmålsfristens begyndelse efter planloven i nærværende eksempel må således anses for at være tidspunktet, hvor naboerne fik kendskab til den underliggende afgørelse efter planloven.

Pagh konkluderer, at Naturklagenævnets kreative udlægning af søgsmålsfrist og kompetence derfor må afvises.⁵²

Jeg er ikke enig i Paghs konklusion. Efter min mening må det fastholdes, at en beslutning om ikke at dispensere fra lokalplanen, også er en afgørelse, der kan prøves i medfør af planlovens bestemmelser herom, altså ved klage til Naturklagenævnet.

3.2. "De facto annulation"

Søren Stenderup Jensen og Anders Strange Schäfer rejser i deres artikel spørgsmålet omkring kommunalbestyrelsens, statsforvaltningens og Naturklagenævnets kompetence til at behandle gyldigheden af en byggetilladelse, der er i strid med anden lovgivning, når klagefristen er overskredet.

De anfører, at den traditionelle løsningsmodel, hvor tilsynsmyndigheden, ved konstatering af en byggetilladelse i strid med den pågældende særlov, udsteder et påbud om lovliggørelse, synes at overse to forhold.⁵³

For det første vil påbudet om fysisk lovliggørelse "de facto" annullere byggetilladelsen, hvilket er et forhold, der administrativt henhører under enten kommunalbestyrelsen eller under statsforvaltningen som rekursmyndigheden, men ikke under Naturklagenævnet, da nævnet ikke har kompetence til at træffe afgørelser efter byggeloven.

For det andet vil klagefristen ved byggetilladelsen ved konstatering af uoverensstemmelsen med anden lovgivning ofte være sprunget, hvorfor heller ikke statsforvaltningen kan behandle spørgsmålet om byggetilladelsens gyldighed. Byggetilladelsen således fortsat er gældende på trods af påbudet om lovliggørelse. Ejeren står derfor med to uforenelige afgørelser: En ret til at bygge og en pligt til at rive ned.

⁵² Peter Pagh: Erhvervsjuridisk Tidsskrift 2007.291 "Tilladelse, tilgivelse og ansvar – om fysisk eller retlig lovliggørelse i miljøretten", punkt "4. Villabyggeri i Århus – MAD 2007.93 V", 3. afsnit.

⁵³ Søren Stenderup Jensen og Anders Strange Schäfer: UfR 2007B.279 "Forvaltningsretlig retskraft: Fiktion eller realitet?" s. 279.

Denne anskuelse er, efter min opfattelse, alene med til at forvirre. Der er reelt ”blot” tale om, at ejeren har fået udstedt en byggetilladelse, som viser sig at være i strid med særlovgivningen. Ejeren har derfor ikke ret til at bygge i overensstemmelse med byggetilladelsen. Hvis ulovligheden ikke kan lovliggøres retligt ved dispensation, skal der ske fysisk lovliggørelse. Der består altså kun en pligt til at rive ned.

Konstruktionen om ”de facto annulation” implicerer, at Naturklagenævnet er overordnet kommunalbestyrelsen for så vidt angår byggetilladelser, og det er efter gældende ret ikke tilfældet.

Det er en forudsætning for kommunalbestyrelsens udstedelse af byggetilladelse, at der ikke er modstrid med særlovgivningen. Kommunalbestyrelsen har pligt til at søge forholdet til anden lovgivning afklaret inden udstedelse af byggetilladelse, jfr. byggelovens § 16, stk. 8 og BR 08 kap 1.10, stk. 1. Viser det sig efterfølgende, at der er forhold, der krævede dispensation efter særlovgivningen, og denne ikke kan gives, er der reelt tale om at en forudsætning for udstedelsen ikke er til stede, hvorfor byggetilladelsen er ulovlig. Kommunalbestyrelsen har derfor pligt til at søge forholdet lovliggjort. Det er således kommunalbestyrelsen, der ”de facto annullerer” byggetilladelsen.

Mørup fremfører da også overfor synspunktet om ”de facto annulation”, at sådan opleves det måske nok af borgeren, men at det er en uheldig formulering, da den let leder på vildspor.⁵⁴ Eksempelvis indebærer en afgørelse i henhold til naturbeskyttelsesloven om at håndhæve lovens § 3 ikke en stillingtagen til byggetilladelsen. Afgørelsen af, om der skal dispenseres fra § 3, eller om reglen skal håndhæves, må afgøres uafhængigt af byggelovens regler, og et afslag på dispensation eller et påbud om lovliggørelse medfører ikke, at byggetilladelsen bliver ugyldig. Når der bevilges tilladelse efter ét regelsæt, men afslag efter et andet regelsæt, betyder dette ikke, at den første tilladelse annulleres.⁵⁵

Jeg er således enig med Mørup i, at det ikke er hensigtsmæssigt at anvende konstruktionen ”de facto annulation”.

Som kort nævnt ovenfor antyder Søren Stenderup Jensen og Anders Strange Schäfer endvidere, at når Naturklagenævnet nægter dispensation efter den pågældende særlovgivning, og derved bevirker, at byggetilladelsen ikke kan anvendes i overensstemmelse med sit indhold, overskrider nævnet sin kompetence, medmindre byggetilladelsen er en nullitet.⁵⁶

Dette er efter Mørups opfattelse ikke retvisende, og jeg kan kun være enig. Når Naturklagenævnet er tillagt kompetence til at udstede dispensation efter den pågældende særlovgivning, må nævnet nødvendigvis kunne nægte at give dispensationen, såfremt det finder, at betingelserne for at dispensere ikke er opfyldte.

Naturklagenævnet kan selvfølgelig alene udtale sig om de love, hvor nævnet har kompetence, men hvor nævnet er tillagt kompetence, kan og skal det også udøve denne kompetence.

⁵⁴ Søren H. Mørup: UfR 2008B.13 ”En kommentar til ”Forvaltningsret retskraft: Fiktion eller realitet?”, Ugeskrift for Retsvæsen 2007, afd. B, s. 279 ff.” s. 14.

⁵⁵ Søren H. Mørup: UfR 2008B.13 ”En kommentar til ”Forvaltningsret retskraft: Fiktion eller realitet?”, Ugeskrift for Retsvæsen 2007, afd. B, s. 279 ff.” s. 14.

⁵⁶ Søren Stenderup Jensen og Anders Strange Schäfer: UfR 2007B.279 ”Forvaltningsretlig retskraft: Fiktion eller realitet?” side 279 f. (sidste afsnit), s. 280 (sidste afsnit), s. 282 (5. afsnit og 2. afsnit under ”4.1. Indledning) Se også Søren H. Mørup: UfR 2008B.13 ”En kommentar til ”Forvaltningsret retskraft: Fiktion eller realitet?”, Ugeskrift for Retsvæsen 2007, afd. B, s. 279 ff.” s. 14.

Som jeg senere skal komme ind på, giver dette dog anledning til en række principielle overvejelser omkring byggetilladelsens retskraft i forhold til anden lovgivning. Jeg synes dog, at det er vigtigt at holde fast i udgangspunktet; at Naturklagenævnet har kompetence til at give eller nægte dispensation efter den særlovgivning, den er sat til at administrere. Løsningen på konflikten mellem byggetilladelse opnået i god tro og Naturklagenævnets afslag på dispensation må løses på anden vis.

4. Ugyldighed – sondringen mellem anfægtelighed og nullitet

I dette afsnit vil jeg belyse det forvaltningsretlige ugyldighedsbegreb og undersøge hvorvidt sondringen mellem anfægtelighed og nullitet kan bruges til at forklare, hvorledes konflikter mellem byggeloven og anden lovgivning bør løses og rent faktisk løses i retspraksis, som det er anført af Søren Stenderup Jensen og Anders Strange Schäfer.⁵⁷

Såfremt en forvaltningsakt er ugyldig får den ikke retsvirkning efter sit indhold, eller sagt på en anden måde; den trufne afgørelse gælder ikke.

Tilstedeværelse af en retlig mangel er en betingelse for at kunne statuere ugyldighed. Hvorvidt der foreligger en retlig mangel, beror i almindelighed på, om forvaltningen har overholdt de regler, der efter deres indhold angår udstedelse af forvaltningsakter. Er en sådan regel tilsidesat, siges der at foreligge en retlig mangel.⁵⁸

Bestemmelsen af hvorvidt der foreligger en sådan tilsidesættelse af regler om udstedelse af forvaltningsakten er objektiv. Det er således uden betydning, om forvaltningen har tilsidesat reglen med vilje, eller om det er sket uagtsomt.

De forskellige kategorier af mangler kategoriseres gerne⁵⁹ som materielle eller formelle mangler, hvor de materielle mangler er mangler ved hjemmelen, mens formelle mangler er mangler ved sagsbehandlingen. De materielle mangler opdeles endvidere i to undergrupper; fortolkningsmangler og mangler ved skønsudøvelsen.

Tilstedeværelsen af en retlig mangel er en nødvendig, men ikke tilstrækkelig betingelse for at statuere ugyldighed. Den retlige mangel må endvidere være væsentlig. Væsentlighedskravet er ikke entydigt, men afhænger af den konkrete mangel.

Selv hvor der foreligger en retlig mangel, der må karakteriseres som væsentlig, kan tertiære momenter tale imod at lade en ugyldig afgørelse stå ved magt på trods af ugyldigheden. Tertiære momenter i denne forbindelse kan blandt andet være; grovheden af fejlen, forvaltningsaktens karakter og tidsforløbet efter afgørelsen.

Ugyldigheden kan bestå i *nullitet* eller *anfægtelighed*.

Ved nullitet indtræder ugyldigheden direkte og over for enhver. Dette er den stærkeste form for ugyldighed og forvaltningsakten kan uden videre ignoreres af enhver offentlig myndighed og privat borger. Poul Andersen udtrykker det således at, hvor ugyldigheden er så *utvivlsom*, at muligheden

⁵⁷ Søren Stenderup Jensen og Anders Strange Schäfer: UfR 2007B.279 "Forvaltningsretlig retskraft: Fiktion eller realitet?"

⁵⁸ Jørgen Mathiassen i Jens Garde mfl.; "Forvaltningsret Almindelige emner" 4. udg., s. 387.

⁵⁹ Se for eksempel Jørgen Mathiassen i Jens Garde mfl.; "Forvaltningsret Almindelige emner" 4. udg., s. 387.

for fejltagelser praktisk talt er udelukket, bør såvel private borgere som offentlige myndigheder kunne behandle forvaltningsakten som i retlig henseende ikke eksisterende.⁶⁰

Der kræves to betingelser opfyldt for, at ugyldighed kan siges at være utvivlsom. For det første skal den foreliggende mangel være så væsentlig, at den *givet* medfører ugyldighed. For det andet må selve tilstedeværelsen af manglen være åbenbar; at der foreligger en retlig mangel må være utvivlsomt. Er blot en af disse betingelser ikke opfyldt, vil der højst kunne være tale om anfægtelighed.⁶¹

Endvidere må Poul Andersens definition af ugyldighed i relation til nullitet forstås således, at bedømmelsen af hvorvidt manglen er åbenbar er objektiv. Det er således ligegyldigt, om ugyldigheden er åbenbar for adressaten.⁶²

Ved en anfægtelig forvaltningsafgørelse indtræder ugyldighedsvirkningen først efter en prøvelse af en i denne forbindelse kompetent forvaltningsmyndighed eller af domstolene. Det kræves således, at afgørelsen anfægtes af den part mod hvem afgørelsen gøres gældende.

Klart ugrundede anfægtelser af forvaltningsafgørelser kan selvfølgelig ikke danne grundlag for at kende en forvaltningsakt ugyldig. For at en anfægtelse kan føre til forvaltningsaktens ugyldighed, skal afgørelsen lide af en væsentlig retlig mangel. Modsat ugyldighed i form af nullitet er det dog ikke en betingelse, at manglen er åbenbar eller grov.

Søren Stenderup Jensen og Anders Strange Schäfer argumenterer i deres artikel for, at sontringen mellem anfægtelighed og nullitet kan bruges til at forklare, hvorledes konflikter mellem byggeoven og anden lovgivning bør løses og rent faktisk løses i retspraksis.

Søren Stenderup Jensen og Anders Strange Schäfer mener, at såfremt der udstedes en byggetilladelse i strid med anden lovgivning, kan myndigheden kun kræve byggeriet nedrevet i medfør af anden lov, hvis byggetilladelsen lider af en åbenbar og væsentlig retlig mangel og dermed er en nullitet. De mener at kunne støtte dette synspunkt på Højesterets afgørelse i U 2007.456 H.

Jeg vil i det følgende analysere denne dom og forsøge at bedømme S&S's udlægning af dommen.

En borger, A, ansøgte om byggetilladelse til opførelse af en kombineret garage og redskabsskur i tilknytning til et sommerhus i fredsskov. A havde i ansøgningen gjort kommunen opmærksom på, at der var tale om ansøgning om bebyggelse i fredsskov. Ansøgningen blev godkendt og A opførte garagen med redskabsskur i overensstemmelse med byggetilladelsen. Statsskovdistriktet, S, blev først efter opførelsen opmærksom på forholdet og da S ikke fandt grundlag for dispensation fra skovlovens § 10, jfr. § 12, fik A af S påbud om fysisk lovliggørelse og fjernelse af bygningen.

A indbragte denne afgørelse for Naturklagenævnet, N, der stadfæstede S's afgørelse, hvorefter A indbragte N's afgørelse for landsretten. Under sagens behandling i landsretten blev det oplyst, at der tidligere var givet en række dispensationer til opførelse af garager i området. N ændrede herefter sin afgørelse og krævede kun redskabsskuret nedrevet.

A fastholdt søgsmålet mod N, idet han ikke mente sig forpligtet til at nedrive redskabsskuret. Han henviste i den forbindelse blandt andet til, at han havde været i god tro omkring lovligheden af til-

⁶⁰ Poul Andersen: "Om ugyldige forvaltningsakter med særligt henblik på ugyldighedsgrundene", s. 56.

⁶¹ Poul Andersen: "Om ugyldige forvaltningsakter med særligt henblik på ugyldighedsgrundene", s. 56.

⁶² Poul Andersen: "Om ugyldige forvaltningsakter med særligt henblik på ugyldighedsgrundene", side 51 ff. og Poul Andersen: "Dansk Forvaltningsret" 5. udg., side 280 f., samt Søren H. Mørup: UfR 2008B.13 "En kommentar til "Forvaltningsret retskraft: Fiktion eller realitet?", Ugeskrift for Retsvæsen 2007, afd. B, s. 279 ff." s. 15.

bygningen, da han var gået ud fra, at kommunen havde indhentet dispensation fra skovloven fra skovmyndigheden.

Landsretten fandt det ikke godtgjort, at N's afgørelse var truffet på et fejlagtigt grundlag, eller at afgørelsen var behæftet med mangler, der kunne medføre dens ugyldighed. Landsretten lagde vægt på, at A var leder af Åbent Land-afdelingen i Sønderjyllands Statsamt, og at det derfor ikke kunne lægges til grund, at han havde været i en sådan god tro med hensyn til byggeriets lovlighed, at N's afgørelse af denne grund er urigtig.

Højesteret lagde vægt på samme kriterier og anførte yderligere, at det påhviler ejeren at sikre sig, at byggeriet er lovligt i henhold til skovloven, herunder at der indhentes fornøden dispensation fra skovmyndigheden. Højesteret tilføjede, at bygningsreglementets regler om, at kommunen skal undersøge, om det anmeldte byggearbejde er i strid med anden lovgivning, herunder skovloven, ikke fritager ejeren fra denne pligt.

Søren Stenderup Jensen og Anders Strange Schäfer udlægger dommen således, at Højesteret formentlig har anset manglen ved byggetilladelsen som åbenbar, hvorfor byggetilladelsen var en nullitet.⁶³ Synspunktet er, at da der forelå en væsentlig retlig mangel på grund af modstriden med skovloven, var byggetilladelsen ugyldig. Denne mangel må have været åbenbar for A, da han som leder af Åbent Land-afdelingen i Sønderjyllands Statsamt, burde have indset at dispensation efter skovloven var påkrævet og at denne dispensation ikke var givet. Betingelserne for nullitet var dermed opfyldte, jfr. ovenfor.

Søren Stenderup Jensen og Anders Strange Schäfer fremfører endvidere, at da området for nulliteter må anses for begrænset til de særlige tilfælde, hvor afgørelsen lider af en åbenbar eller grov væsentlig retlig mangel, må udgangspunktet formentlig være, at en byggetilladelse, der mangler de fornødne dispensationer efter anden lovgivning, er ugyldig i form af anfægtelighed. Det anføres yderligere, at spørgsmålet derfor er, i hvilket omfang en sådan byggetilladelse kan annulleres og forfatterne forsøger at besvare spørgsmålet ud fra en gennemgang af retskraftsbegrebet, mulighederne for rekurs, domstolsprøvelse og genoptagelse.

Jeg skal i det følgende gå i dybden med sondringen mellem nullitet og anfægtelighed og godtroskravet i U 2007.456 H.

Mørup har i sin artikel "En kommentar til 'Forvaltningsretlig retskraft: Fiktion eller realitet?'" i UfR 2008, afd. B, side 13 ff. argumenteret imod Søren Stenderup Jensen og Anders Strange Schäfer's fortolkning af U 2007.456 H.

Mørup anfører først og fremmest, at retten tog stilling til spørgsmålet om borgerens gode eller onde tro, da god tro er et kriterium, der også indgår ved vurderingen af, om der skal ske fysisk lovliggørelse efter skovlovens regler. Når Højesteret foretog en vurdering af borgerens gode eller onde tro, var det således ikke i en sondring mellem anfægtelighed og nullitet.

Vejledningen til skovloven anfører i punkt 6.3.5, at såfremt det opdages ved tilsyn eller på anden måde, at der er etableret ulovligt byggeri mv. bør det som udgangspunkt kræves fjernet og arealet retableret, hvis man ikke efter ansøgning ville have givet tilladelsen. Der skal dog foretages en afvejning af, om det der opnås ved fjernelse/retablering står i et rimeligt forhold til det samfundsmæs-

⁶³ Søren Stenderup Jensen og Anders Strange Schäfer: UfR 2007B.279 "Forvaltningsretlig retskraft: Fiktion eller realitet?" s. 281.

sige spild fjernelsen er udtryk for, og ejerens forventning om, at byggeriet eller anlægget var lovlig eller accepteret.

Højesteret skal således helt klart foretage en vurdering af borgerens gode eller onde tro i medfør af skovloven, og det er denne vurdering, Højesteret foretager. Højesteret kommer frem til, at borgeren ikke kunne have en berettiget forventning om, at garagen var lovlig eller accepteret.

Mørup anfører endvidere, at da åbenbarhedsvurderingen i forhold til ugyldighedsvirkningerne er objektiv, og ikke et spørgsmål om hvorvidt borgeren i den konkrete sag burde have set det, taler dette imod at Højesteret gik ind i en vurdering af ugyldighedsvirkninger i forhold anfægtelighed og nullitet.

Mørups argument er således, at da vurderingen efter skovloven er subjektiv, mens sondringen mellem anfægtelighed og nullitet er objektiv, viser Højesterets fokusering på adressatens subjektive forhold, at vurderingen er sket på baggrund af skovloven, og dermed ikke i en afvejning af sondringen mellem anfægtelighed og nullitet. Højesterets inddragelse af en subjektiv vurdering af borgerens gode eller onde tro taler altså imod at anse forholdet som en vurdering af sondringen mellem anfægtelighed og nullitet.

Mørup fortsætter med, at byggetilladelsen reelt ikke forelå til prøvelse, da der isoleret set ikke var noget i vejen med den.

Dette kan kun tiltrædes. Borgeren nedlagde i dommen påstand om, at Naturklagenævnet tilpligtedes at ophæve sin afgørelse om at kræve nedrivning af redskabsskuret, samt at anerkende, at sagsøgeren i medfør af skovlovens § 38 har krav på lovliggørende dispensation vedrørende det på ejendommen opførte redskabsskur.

Det er således helt klart alene Naturklagenævnets afgørelse, der er til prøvelse. Det eneste argument for at inddrage en vurdering af byggetilladelsen er Søren Stenderup Jensen og Anders Strange Schäfer's anvendelse af begrebet "de facto annullation". Dette begreb er, som tidligere anført, misvisende og bør ikke anvendes.

Mørup konkluderer, at Højesteret ikke, som anført af Søren Stenderup Jensen og Anders Strange Schäfer, brugte sondringen mellem anfægtelighed og nullitet til at afgøre konflikten mellem bygge-loven og skovloven og fortsætter med at anføre, at denne sondring ikke har nogen brugbar anvendelse ved afgørelsen af, om en myndighed kan håndhæve den lovgivning, som den er sat til at føre tilsyn med.

Peter Pagh⁶⁴ medgiver Mørup, at sondringen mellem anfægtelighed og nullitet ikke er egnet til at beskrive problemstillingen, og at sondringen ikke har støtte i U 2007.456 H. Han mener, at dommen tværtimod understøtter Mørups udlægning af, at beskyttelsen af byggetilladelser må løses på grundlag af det almindelige forventningsprincip. Pagh uddyber ikke yderligere sin afvisning af at anvende sondringen mellem anfægtelighed og nullitet til at afgøre konflikter mellem bygge-loven og anden lovgivning.

Hvis Søren Stenderup Jensen og Anders Strange Schäfer havde ret i deres kompetence-synspunkt, ville det – som påpeget af Mørup⁶⁵ - reelt ophæve Naturklagenævnets kompetence i relation til af-

⁶⁴ Peter Pagh: UfR 2008B.90 "Replik om byggetilladelser"

⁶⁵ Se også Søren H. Mørup: UfR 2008B.13 "En kommentar til "Forvaltningsret retskraft: Fiktion eller realitet?", Ugeskrift for Retsvæsen 2007, afd. B, s. 279 ff. s. 15.

gørelser, der vedrører byggeri, der kræver byggetilladelse efter byggeloven i alle de tilfælde, hvor udnyttelse af en byggetilladelse vil stride mod f.eks. naturbeskyttelsesloven, uden at dette er åbenbart eller groft. Mørup anfører videre samme sted, at der i virkeligheden er tale om, at forfatterne vender problemstillingen på hovedet: Det er kommunen, der er inkompetent til at afgøre spørgsmålet om dispensation fra eksempelvis skovloven og en del af reglerne i naturbeskyttelsesloven. De videre perspektiver af forfatternes argumentation er, at muligheden for håndhævelse indskrænkes meget væsentligt. Dette er selvsagt i strid med den almindelige forudsætning bag tilsynspligter, hvorefter myndighederne skal reagere, når der foreligger ikke-bagatelagte lovovertrædelser.

Såfremt manglen ikke er åbenbar eller så grov, at byggetilladelsen er en nullitet, er den ugyldig i form af anfægtelighed. Søren Stenderup Jensen og Anders Strange Schäfer anfører, at en sådan forvaltningsafgørelse er endelig, når klage- og søgsmålsfristen er udløbet. Herefter opnår afgørelsen formel retskraft og kan således ikke ændres ordinært af hverken klagemyndigheden eller domstolene. Kun hvis myndigheden kan tilbagekalde eller annullere afgørelsen efter en genoptagelse, er der mulighed for at gribe ind i den ret, som adressaten har på baggrund af byggetilladelsen.

Søren Stenderup Jensen og Anders Strange Schäfer anfører endvidere, at muligheden for genoptagelse begrænses i de tilfælde, hvor afgørelsen indeholder rettigheder, der må anses som en "ejendom" i grundlovens forstand, i hvilket tilfælde der skal ydes fuldstændig erstatning.

Jeg er enig med Mørup og Pagh i, at sondringen mellem anfægtelighed og nullitet ikke bør anvendes, og at Højesteret næppe har anvendt sondringen til at afgøre konflikten mellem byggeloven og skovloven i U 2007.456 H.

5. Nærmere om godtroskravet i U 2007.456 H

Peter Pagh retter en principiel kritik mod håndteringen af godtroskbetingsloven i U 2007.456 H, idet han fremfører, at udgangspunktet ganske vist er, at uvidenhed om loven ikke fritager for ansvar, men på grund af kompleksiteten i plan- og miljølovgivningen er fejl nærliggende. Dette er især gældende for den ukyndige borger.

Pagh er kritisk overfor denne retsstilling og mener, at Højesteret med afgørelsen i U 2007.456 H har lagt en meget lav tærskel for hvor lidt der skal til for, at en bygherre er i ond tro. Han mener, at der er tale om en lav tærskel, da bygherren i ansøgningen havde oplyst, at redskabsskur og carport skulle opføres i fredskov, og at dispensationer var almindelige, samt at Naturklagenævnet ophævede dets tidligere påbud om fysisk lovliggørelse, netop fordi der var givet tilsvarende dispensationer i området.

Søren Stenderup Jensen og Anders Strange Schäfer argumenterer i deres artikel for, at borgeren har været i "klart" ond tro, da han som leder af Åbent Land-afdelingen i Sønderjyllands Statsamt må have været klar over, at der krævedes dispensation efter skovloven, og at det burde være åbenbart for ham, at denne dispensation ikke var givet.

Der er således en grundlæggende uenighed mellem Søren Stenderup Jensen og Anders Strange Schäfer og Pagh omkring bedømmelsen af Højesterets godtrosvurdering.

I den konkrete sag, mener jeg, at borgeren som leder af Åbent Land-afdelingen i Sønderjyllands Statsamt burde have indset, at der krævedes dispensation efter skovloven, og han burde endvidere have indset, at denne dispensation ikke var givet. Åbent Land-afdelingen hørte under miljøområdet og arbejdsområderne var blandt andet råstofloven og planloven. Han har således nok ikke arbejdet

direkte med skovloven, men det må forventes, at han har været bekendt med skovlovens krav om dispensation.

Efter min opfattelse kan borgeren ikke have opfyldt godtroskravet alene ved at have oplyst, at der skulle bygges i fredskov. I kraft af sit hverv burde han have indset, at der ikke var givet dispensation ved byggetilladelsen.

Det er således efter min opfattelse ikke givet, at Højesteret med afgørelsen lægger en meget lav tærskel for bygherrens gode tro i andre sager. I den konkrete sag kom Højesteret til, at der ikke forelå god tro, men det må forventes, at godtrosvurderingen kan falde anderledes ud i andre sager.

Hvis borgeren ikke i kraft af sit daglige arbejde, eller på anden vis, måtte kunne forventes at vide, at der krævedes dispensation efter skovloven og hvor denne heller ikke kunne forventes at indse, at denne dispensation ikke var givet, mener jeg, at godtrosvurderingen kunne falde ud til anden side. Der er i hvert fald, efter min mening, ikke i den omhandlede dom støtte for at antage, at det ikke skulle kunne lade sig gøre.

Som eksempel på en afgørelse, hvor hensynet til borgerens gode tro resulterede i opretholdelse af en byggetilladelse på trods af konflikt med anden lovgivning kan nævnes KFE 2003.349.

Her ændrede Naturklagenævnet enstemmigt (8 medlemmer) statskovdistriktets afslag til udvidelse af et fritidshus på et fredskovspligtigt areal, beliggende i fredet område, til en tilladelse. Fredningsnævnet havde dispenseret fra fredningen og havde i den forbindelse orienteret Skov- og Naturstyrelsen om ansøgning og dispensation, uden at styrelsen havde reageret. Kommunen formodede herefter, at der ikke var indvendinger mod det ansøgte og gav mundtligt ansøger tilladelse til at iværksætte arbejdet, der nu var udført. Nævnet udtalte i afgørelsen, at det var en fejl, at kommunen havde anset den manglende reaktion fra skovmyndigheden som en accept. Tilladelse meddelt under hensyn til ansøgers berettigede forventning, og idet der ikke bortset fra hensynet til administrativ praksis (lighedshensyn) konkret var anført væsentlige forstmæssige hensyn imod udvidelsen.

Sagen er godt nok alene en afgørelse fra Naturklagenævnet, og ældre end afgørelsen i U 2007.456 H. Alligevel mener jeg, at den kan bruges som eksempel på et anderledes resultat af godtrosvurderingen. Godtrosvurderinger altid er helt konkrete og KFE 2003.349 er derfor stadig et præceptivt eksempel på godtrosvurdering til fordel for adressaten.

6. Byggetilladelsers retskraft – indtager byggetilladelser en særstilling?

Som hovedregel indtræder der formel retskraft ved overskridelse af søgsmålsfristen, mens indtræden af materiel retskraft er mere omstridt. Herudover kan man tale om indtræden af formel administrativ retskraft ved udløbet af klagefristen, jfr. ovenfor under afsnittet om retskraft i forvaltningen.

Byggetilladelser opnår således formel administrativ retskraft ved udløbet af den 4 ugers klagefrist i byggelovens § 24, stk. 1, og ”sædvanlig” formel retskraft såfremt den ikke er indbragt for domstolene inden 6 måneder efter den dag, den er meddelt den pågældende, jfr. byggelovens § 25, stk. 1.

Som andre forvaltningsretlige afgørelser opnår en byggetilladelse materiel retskraft, når afgørelsen skal lægges oprøvet til grund i nye sager. Sigtet med nærværende afsnit er at undersøge udstrækningen af denne materielle retskraft.

Under visse omstændigheder kan en helt igennem korrekt udstedt byggetilladelse efterfølgende omgøres efter reglerne herom. Det helt klare udgangspunkt er dog, at en sådan byggetilladelse skal lægges uprøvet til grund i sager, der ikke omhandler byggetilladelsen.

I helt særlige tilfælde kan mangelfulde byggetilladelser alligevel opnå materiel retskraft på trods af manglen. Dette kan ske hvis hensynet til borgerens berettigede forventninger vejer tungere end hensynet til lovliggørelsen.

Eksempelvis vil en byggetilladelse udstedt i strid med naturbeskyttelseslovens § 15 om strandbeskyttelseslinjer lide af en mangel, da kommunalbestyrelsen ikke har kompetence til at dispensere fra bestemmelsen.

En sådan mangelfuld byggetilladelse vil efter omstændighederne alligevel kunne opnå materiel retskraft, da det skal indgå i miljøcentrenes og Naturklagenævnets afgørelse efter naturbeskyttelseslovens § 15, om den pågældende adressat må antages at have haft en berettiget forventning om, at der forelå en lovlig dispensation, om han har indrettet sig i tillid til en sådan forventning, og om hensynet til ham derfor må føre til, at der skal meddeles dispensation.⁶⁶ De såkaldt tertiære momenter kan således bevirke materiel retskraft.

Spørgsmålet kompliceres hvis byggetilladelsen er udstedt i modstrid med lovgivning, hvor kommunalbestyrelsen ikke har kompetence, og hensyn til adressaten ikke umiddelbart kan føre til opretholdelse af den mangelfulde afgørelse.

Som udgangspunkt må beskyttelsen af adressaten for offentligretlige tilladelser bedømmes efter den almindelige forvaltningsrets lære om tilbagekaldelse – for så vidt angår gyldige forvaltningsakter – og tertiære forhold.

For så vidt angår beskyttelse af adressaten for byggetilladelser kompliceres forholdet af, at byggetilladelser ofte er den sidste i en lang række tilladelser og dispensationer. Dertil kommer, at en byggetilladelse ofte repræsenterer en stor værdi for adressaten, at det på baggrund af byggetilladelsen opførte byggeri skal stå i mange år fremover, og har en meget lang afskrivningsperiode, samt at byggeriet eventuelt danner baggrund for adressatens erhverv og/eller bolig. Investering i byggeri forudsætter derfor, at bygherren kan have tillid til byggetilladelsen.

Spørgsmålet i nærværende afsnit er derfor, om byggetilladelser på grund af deres karakter indtager en særstilling i det forvaltningsretlige system. Da dette spørgsmål ikke findes at være behandlet i litteraturen, kan det efter min mening bedst belyses med en analyse af en diskussion mellem Mørup og Pagh omkring byggetilladelsers retskraft.⁶⁷

Diskussionen er interessant da den, udover at være yderst aktuel og relevant, bevæger sig mellem to yderpunkter, repræsenterende hver sin principielt forskellige betragtningsmåde.

⁶⁶ Søren H. Mørup: UfR 2008B.13 ”En kommentar til ”Forvaltningsret retskraft: Fiktion eller realitet?”, Ugeskrift for Retsvæsen 2007, afd. B, s. 279 ff.” s. 15, punkt 3, 5. afsnit.

⁶⁷ Diskussionen blev ansporet af artiklen i UfR 2007B.279 ”Forvaltningsretlig retskraft: Fiktion eller realitet?” af Søren Stenderup Jensen og Anders Strange Schäfer. Søren H. Mørup kom med sit første indlæg i UfR 2008B.13, der blev efterfulgt af artiklen i UfR 2008B.90 af Peter Pagh, hvorefter Mørup svarede i UfR 2008B.223. Pagh fulgte op i UfR 2008B.311.

6.1. Diskussionen mellem Søren H. Mørup og Peter Pagh

Mørups synspunkt er karakteriseret ved en streng ordlydsfortolkning af reglerne i byggelovgivningen, mens Pagh på baggrund af en motivfortolkning vil begrunde byggetilladelsers særstilling med sammenhængen i byggelovgivningen.

Mørup tager udgangspunkt i, at byggetilladelsers retskraft ikke rækker længere, end hvad den tager stilling til.⁶⁸ Byggetilladelsens retskraft kan således ikke strække sig udover dens sproglige indhold, og kan ikke få retsvirkning efter love, som kommunalbestyrelsen ikke har kompetence til at træffe afgørelse efter.

En byggetilladelse kan efter omstændighederne få formel retskraft overfor et regelsæt, hvor kommunalbestyrelsen har kompetence. Dette kræver dog, at byggetilladelsen indeholder momenter, der taler for en sådan fortolkning.

Som eksempel kan nævnes naturbeskyttelseslovens § 65, stk. 3, der giver kommunalbestyrelsen mulighed for at dispensere fra lovens § 3, stk. 1-3. En byggetilladelse, der udtaler sig om områdets karakter af mose, kan derfor anses som en samtidig dispensation fra naturbeskyttelseslovens § 3.⁶⁹ En byggetilladelse kan derved få formel retskraft i forhold til naturbeskyttelsesloven.

Efter Mørups synspunkt har byggetilladelsen ikke nogen særstilling, såfremt der ikke er sådanne tertiære momenter, der taler for en udvidet fortolkning af byggetilladelsens retskraft. Byggetilladelsen har således ikke en særstilling, og hvis der ikke kan ske retlig lovliggørelse af byggeriet ved efterfølgende udstedelse af dispensation, skal byggeriet lovliggøres fysisk.

Såfremt kommunalbestyrelsen er ansvarlig for fejlen, må bygherren søge sit tab dækket af kommunalbestyrelsen. Ligeledes kan der efter omstændighederne være mulighed for at placere et rådgiveransvar som følge af utilstrækkelig rådgivning hos en entreprenør eller advokat.

Erstatningen udregnes efter dansk rets almindelige regler om erstatning uden for kontrakt. Bygherren vil herefter alene få dækket sine direkte omkostninger ved opførelsen og nedrivningen samt genetableringen af området. En eventuel forskel mellem værdien af ejendommen med og uden byggetilladelsen vil således ikke blive dækket.

Pagh tager sit afsæt i, at byggetilladelsen er en meget vigtig tilladelse. Bygherren skal kunne have tillid til, at der lovligt kan opføres bygning i overensstemmelse med byggetilladelsen, og at der ikke senere opstår tvivl om tilladelsens lovlighed.

Pagh mener, at kunne begrunde en antagelse om, at det har været lovgivers hensigt at udstyre byggetilladelser med en særlig beskyttelse over for håndhævelse af anden lovgivning.⁷⁰ Han mener ikke, at forventningsprincippet alene kan beskrive byggetilladelsers særlige beskyttelse, men begrundes den i en indgående fortolkning af motiverne til byggeloven og byggetilladelsens stilling som den sidste tilladelse af en lang række tilladelser.

Hvor Mørup kun vil erstatte de direkte udgifter, mener Pagh, at der skal ydes kompensation til bygherrer, der på grund af hensynet til natur og miljø er blevet pålagt fysisk lovliggørelse, medmindre

⁶⁸ Søren H. Mørup: UfR 2008B.13 "En kommentar til "Forvaltningsret retskraft: Fiktion eller realitet?", Ugeskrift for Retsvæsen 2007, afd. B, s. 279 ff." s. 15, punkt 3, 1. afsnit.

⁶⁹ Søren H. Mørup: UfR 2008B.13 "En kommentar til "Forvaltningsret retskraft: Fiktion eller realitet?", Ugeskrift for Retsvæsen 2007, afd. B, s. 279 ff." s. 15, punkt 3, 3. afsnit.

⁷⁰ Peter Pagh: UfR 2008B.311 "Mere om byggetilladelser og retskraft – en kommentar til Søren H. Mørups indlæg i UfR 2008B.233" s. 313, punkt 5, 1. afsnit.

byggetilladelsen er opnået ved vildledende oplysninger eller anden svigagtig adfærd.⁷¹ Det må forudsættes, at Pagh hermed mener, at der skal ydes fuldstændig erstatning til bygherren, der må nedrive sit byggeri, såfremt kommunen er ansvarlig.

Diskussionen inddrager en række overvejelser omkring motiverne til byggeloven, betydningen af søgsmålsfristen, adgangen til tilbagekaldelse, forventningsprincippet, pligten til lovgennemgang, god og ond tro, værdispildsbetragtninger, VVM-direktivet, håndhævelsesinteressen og ekspropriationsretlige overvejelser.

I det følgende skal diskussionen forsøges anskueliggjort ved en gennemgang af de, efter min opfattelse, vigtigste argumenter for hvert sit synspunkt. Argumenterne vil efterfølgende blive vurderet.

6.1.1. Nærmere om søgsmålsfristens betydning

Søren Mørup og Peter Pagh diskuterer betydningen af byggelovens søgsmålsfrist. Pagh mener således, at den almindelige forvaltningsrets lære om tilbagekaldelse og berettigede forventninger ikke er fuldt dækkende for retsbeskyttelsen i relation til byggetilladelser. På grund af dette forhold blev der allerede i Københavns byggelov af 1939 blev indført søgsmålsfrist for byggetilladelser. Meningen med søgsmålsfristen, der siden er videreført som byggelovens § 25 er at undgå længere tids tvivl om en byggetilladelses gyldighed, som dette fremgår af forarbejderne til loven.⁷²

I forhold til søgsmålsfristen medgiver Mørup, at en sådan frist kan give en videre beskyttelse end hvad der følger af forventningsprincippet.⁷³ Det anføres dog samme sted, at spørgsmålet imidlertid er, om søgsmålsfristen har betydning for adgangen til at håndhæve anden lovgivning. I den forbindelse påpeges det, at søgsmålsfristen ikke afskærer myndigheden fra at genoptage sin egen afgørelse, den udelukker kun sagsanlæg ved domstolene. Det kan dog ikke uden videre antages, at en søgsmålsfrist i en lov afskærer forvaltningen fra at håndhæve anden lovgivning.

Spørgsmålet bliver, ifølge Mørup, herefter, om man kan fortolke byggelovens søgsmålsfrist udvidende.

Mørup besvarer det spørgsmål benægtende og mener således ikke, at det kan udledes af forarbejderne til Københavns byggelov af 1939, at myndighederne ikke kan håndhæve anden lovgivning efter udløbet af søgsmålsfristen. Tværtimod fremgår det udtrykkeligt, at fristen kun angik de i loven omhandlede forhold, ligesom forarbejderne synes at sigte til en hurtig afgørelse af spørgsmål, der rent faktisk er opstået under sagens behandling.

Pagh mener ikke, at Mørups fortolkning, hvorefter søgsmålsfristen alene angår spørgsmål, der er opstået under sagens behandling, har nogen støtte i praksis. Pagh anfører, at hvor søgsmålsfristen er påberåbt ses ikke ét eksempel på, at søgsmålsfristen er tilsidesat, fordi der under efterfølgende sag er rejst spørgsmål, som ikke var fremme i den afgørelse, som anfægtes. Tværtimod er det normalt,

⁷¹ Peter Pagh: UfR 2008B.90 "Replik om byggetilladelser" s. 92, punkt 3.4, 3. afsnit.

⁷² Peter Pagh: UfR 2008B.90 "Replik om byggetilladelser" s. 91, punkt 3.1, 1. og 2. afsnit, samt henvisningen til FT 1938-39, A, sp. 3094, der igen henviser til forarbejderne til byplanloven fra 1938, FT 1937-38, A, sp. 3856.

Pagh fremfører samme sted, at muligheden for at tilbagekalde byggetilladelser er begrænset til midlertidige byggetilladelser efter byggelovens § 26. Mørup afviser dette i sin artikel i UfR 2008B.223 "Duplik om byggetilladelser" s. 224, punkt 2.2. Pagh berører ikke spørgsmålet senere, og jeg må da også give Mørup ret i, at der ikke kan findes støtte for, at muligheden for tilbagekaldelse af byggetilladelser er begrænset til midlertidige byggetilladelser efter byggelovens § 26.

⁷³ Søren H. Mørup: UfR 2008B.223 "Duplik om byggetilladelser", s. 224, punkt "2.1. Søgsmålsfristen"

at der under sager om gyldighed af forvaltningsafgørelser rejses indsigelser, som ikke tidligere var fremme.

Dette er jeg for så vidt enig med Pagh i. Det angriber dog ikke Mørups overordnede argument om, at udløb af søgsmålsfristen ikke afskærer håndhævelse af anden lovgivning.

Mørup bemærker yderligere, at Poul Andersen antog, at bestemmelserne i Københavns byggelov og landsbyggeloven efter deres ordlyd kun gjaldt den, der havde fået meddelelse om tilladelsen, og hvis denne antagelse er rigtig, var fristerne ikke indsat for at beskytte tilladelsens adressat. Poul Andersen antog desuden, at byggetilladelser efter omstændighederne kunne genoptages, hvilket heller ikke harmonerer med Paghs synspunkt. Hvis fristen i Københavns byggelov ikke kunne afskære tilbagekaldelse, så måtte den så meget desto mindre kunne afskære håndhævelse af anden lovgivning.

Pagh udbygger sine synspunkter i sin sidste artikel om spørgsmålet.⁷⁴ Han anfører, at motivudtalelserne kan udlægges på principielt to forskellige måder; som en kompetencenorm eller som en organisatorisk forskrift, og efter Paghs opfattelse er der ikke sikkert holdepunkt for at afvise en af de to muligheder. På den ene side betones kommunens pligt til at holde byggetilladelse tilbage, men samtidig understreges, at dette ikke fritager ejer for selv at indhente de fornødne tilladelser.

Pagh anvender blandt andet sondringen mellem kompetencenorm og organisatorisk forskrift til at konkludere, at en byggetilladelse kun kan ændres eller tilbagekaldes, hvis den er i strid med loven. Spørgsmålet er herefter, hvad der menes med "loven". Enten omfatter "loven" kun byggeloven, hvorefter byggetilladelsen ikke kan tilbagekaldes, når byggelovens betingelser er opfyldt. Eller også omfatter "loven" også de tilladelser efter anden lov, der forudsættes i byggelovens § 16, stk. 8, hvilket bevirker, at byggetilladelsen alligevel kan tilbagekaldes.⁷⁵

Pagh anfører yderligere, at lægges til den sidste udlægning til grund, får det konsekvenser for klage- og søgsmålsfrist, hvis man følger Mørups begrundelse for, at byggelovens søgsmålsfrist ikke afskærer håndhævelse efter anden lovgivning. Hvis "loven" i forhold til tilbagekaldelse omfatter krav om tilladelser efter andre love, må det samme logisk gælde for byggelovens søgsmålsfrist, der således også må være afskærende for sagsanlæg efter andre love. Pagh afviser i forlængelse heraf, at søgsmålsfristen ikke kan påberåbes af afgørelsens adressat, idet der ikke ses grundlag for at sondre mellem søgsmålsfrister efter de forskellige love.

6.1.2 Nærmere om pligten til lovgennemgang

Pagh fremhæver byggelovens § 16, stk. 8 (tidligere § 16, stk. 3), som en understregning af byggetilladelsers særstilling. Denne bestemmelse fastslår, som tidligere nævnt, at byggetilladelse først kan meddeles, når de nødvendige tilladelser efter miljø- og planlovgivningen er indhentet.

Mørup mener ikke, at reglen efter sin ordlyd giver adressaten for en byggetilladelse en tilladelse efter anden lovgivning. Den pålægger alene myndigheden en pligt. Han fremhæver, at det udtrykkeligt fremgår af forarbejderne⁷⁶, at reglen ikke tilsigter ændringer i de gældende regler om, hvem der

⁷⁴ Peter Pagh: UfR 2008B.311 "Mere om byggetilladelser og retskraft – en kommentar til Søren H. Mørups indlæg i UfR 2008B.233".

⁷⁵ Peter Pagh: UfR 2008B.311 "Mere om byggetilladelser og retskraft – en kommentar til Søren H. Mørups indlæg i UfR 2008B.233" s. 312, punkt "2. Tilbagekaldelse og søgsmålsfrist".

⁷⁶ Folketingstidende 1974-75, 2. saml. A, sp. 2852-2853.

har ansvaret for, at et byggeri er lovligt. Denne pligt skal som hidtil påhvile til enhver tid værende ejer.⁷⁷

Udvidelsen af reglerne i 1984 af pligten til også at omfatte anden lovgivning, som ikke sorterer under byggemyndigheden, ændrer ikke herpå. Tværtimod fremgår af motiverne til ændringsloven, at det som udgangspunkt er den bygges ansvar, at lovgivningen som helhed overholdes. Formålet med lovændringen i 1984 var – hovedsageligt ud fra offentlige interesser – at sikre, at der ikke udstedes byggetilladelse, hvor byggeriet ikke er lovligt efter anden lovgivning.

Pagh diskuterer også i forhold til pligten til lovgennemgang virkningerne af at udlægge motiverne som en kompetencenorm eller som en organisatorisk forskrift.

Udlægges udtalelserne i motiverne således som en kompetencenorm, hverken kan eller må en byggetilladelse meddeles, før de fornødne tilladelser foreligger efter anden lovgivning, medmindre en sådan fravigelse udtrykkeligt er hjemlet i anden lov. Der indføres dermed en tidsmæssig prioritet mellem tilladelser, som ikke kendes andre steder. Da tilladelser efter anden lov kan føre til krav om ændringer, skal byggetilladelsen meddeles til sidst.

Pagh anfører yderligere, at anskues motiverne på denne måde kan fremhævelsen af ejerens ansvar for byggeriets lovlighed udlægges således, at kommunen uanset lovens ordlyd og hovedregel kan gøre en byggetilladelse betinget af, at ejer indhenter tilladelser efter anden lov.

Læses motiverne som en organisatorisk forskrift, har reglens forpligtelse, ifølge Pagh ikke selvstændige retsvirkninger, men kan påtales af kommunaltilsynet, hvis den tilsidesættes. Pagh vil ikke afvise denne udlægning, men mener, at den modsiges af flere forhold.⁷⁸

Denne udlægning modsiges, efter Pagh's opfattelse, af at der forud for håndhævelseslovens udvidelse af kommunens pligtige lovgennemgang var specialregler i flere miljølove om, at byggetilladelsen skulle tilbageholdes, indtil fornøden tilladelse forelå efter den pågældende lov. Særreglerne blev i 1984 ophævet med den ændrede § 16, stk. 3 (nu § 16, stk. 8). Denne udlægning kan ikke begrunde, at byggetilladelser har bonusvirkning for tilladelser efter anden lov, men det kan begrunde, at ordningen normalt vil føre til lovliggørelse, hvis en tilladelse efter anden lov mangler, således som det også anføres i motiverne til håndhævelsesloven.

Pagh konkluderer, at uanset hvilken udlægning der vælges, bliver det vanskeligt at komme uden om byggetilladelsens gyldighed ved håndhævelse af de forskellige miljøloves krav om tilladelse. Om dette betegnes som en særlig beskyttelse af byggetilladelser eller blot anses som en normal følge af almindelige forvaltningsretlige principper, er ligegyldigt. Resultatet bliver, ifølge Pagh, det samme.

6.1.3 Nærmere om værdispildsbetragtninger, ekspropriationserstatning og håndhævelsesinteresse

Pagh mener ikke, at reglerne om håndhævelse af plan- og miljølovgivningen uden modifikationer skal anvendes på borgere, der har indrettet sig i tillid til kommunens byggetilladelse, når forsømmelsen består i uvidenhed om en næsten utilgængelig lovgivnings myriader af krav om tilladelser. Ifølge Pagh må det have formodningen imod sig, at almindelige borgere skulle have kendskab til plan- og miljølovgivningen, hvorfor de må kunne fæste lid til kommunens byggetilladelse. Kun

⁷⁷ Søren H. Mørup: UfR 2008B.223 ”Duplik om byggetilladelser”, s. 225, punkt ”2.3. Pligten til lovgennemgang”.

⁷⁸ Peter Pagh: UfR 2008B.311 ”Mere om byggetilladelser og retskraft – en kommentar til Søren H. Mørups indlæg i UfR 2008B.233”s. 312, punkt ”1. Lovgennemgangens retsvirkning”.

hvor der er tale om professionelle bygherrer, vil der være grundlag for at forvente større indsigt i regelgrundlaget, men her begrundes værdispildshensyn ofte, at der ikke sker fysisk lovliggørelse.⁷⁹

Som nævnt ovenfor mener Pagh, at der skal ydes fuld kompensation til den ejer, der må rive sin bygning ned pga. en fejl fra kommunens side. Han vil støtte dette på ekspropriationsretlige betragtninger, mens Mørup anfører, at det ganske enkelt ikke har karakter af ekspropriation, at en borger må finde sig i, at hans ulovlige byggeri skal nedrives.

6.1.4 Vurdering af diskussionen

Pagh anfører, at der ikke er grundlag for at sondre mellem søgsmålsfrister efter de forskellige love. Det er et synspunkt, jeg ikke kan være enig i. Jeg mener, at der netop er grundlag for at sondre mellem søgsmålsfrister efter de forskellige love.

Som anført ovenfor under gennemgangen af MAD 2007.93 V må det fastholdes, at der til hver sin lov, gælder hver sin søgsmålsfrist. Selvom længden af disse ofte er sammenfaldende, er begyndelsestidspunktet ikke det samme.

Jeg er af den klare opfattelse, at en udvidende fortolkning af byggelovens søgsmålsfrist, således at den også afskærer håndhævelse af anden lovgivning må kræve et endog meget klart grundlag, og jeg synes ikke, at Pags argumentation indeholder et sådant.

Hvor det måske kan medgives Pagh, at motiverne kan udlægges enten som en kompetencenorm eller som en organisatorisk forskrift, mener jeg ikke, at disse udlægninger er de eneste relevante, og de bringer heller ikke nødvendigvis nogen klarhed over problemstillingen.

Man kunne således også vælge at læse motivudtalelserne som en modifikation til udgangspunktet om at byggeriets lovlighed er ejerens eget ansvar. Modifikationen består dog alene i, at kommunen forpligtes til at stille sin ekspertise til rådighed.

Motiverne betoner kommunens pligt til at holde byggetilladelsen tilbage indtil der foreligger fornøden tilladelse efter anden lovgivning, men samtidig fastholdes ejerens ansvar for byggeriets lovlighed. Disse to modsatrettede udtalelser synes umiddelbart selvmodsigende, men de er ikke, efter min opfattelse, eksklusive. Det ene udsagn udelukker ikke nødvendigvis det andet. Kommunen kan således sagtens pålægges denne pligt uden at bygherrens eget ansvar ophæves.

Den af Mørup anførte retsstilling er, efter min opfattelse, udtryk for gældende ret i dag. Dette bestrækkes også af U 2007.456 H, og synes generelt at være bedst i overensstemmelse med det forvaltningsretlige system. Det er således også den opfattelse, der deles af Karsten Revsbech, der anfører, at hvis kommunalbestyrelsen tilsidesætter sin pligt efter reglementerne, kan der blive tale om et strafansvar for kommunalbestyrelsens medlemmer efter kommunestyrelseslovens § 61, mens forførelser som udgangspunkt ikke fritager bygherren fra at skulle overholde lovkravene.⁸⁰

Der kan ikke være tvivl om, at der er tilsigtet en god beskyttelse af adressaten for byggetilladelser. Jeg mener dog ikke, at Pags argumenter kan føre til, at denne beskyttelse skal udstrækkes til at afskære håndhævelse af anden lovgivning. Jeg er derimod enig med Mørup i, at det må løses på baggrund af det almindelige forventningsprincip, i hvilken forbindelse man må have forarbejderne

⁷⁹ Peter Pagh: UfR 2008B.90 "Replik om byggetilladelser", s. 92, punkt "3.4. Håndhævelsesinteressen".

⁸⁰ Karsten Revsbech og Alex Puggaard: "Lærebog i Miljøret" s. 463.

til håndhævelsesloven af 1984 for øje. Forarbejderne forudsætter således, at der i vid udstrækning skal ske retlig lovliggørelse.⁸¹

Jeg mener dog ikke, at der er grundlag for at slutte herfra til, at såfremt der alligevel er så tungtvæjende grunde, at der må kræves fysisk lovliggørelse, at der skal ydes erstatning på ekspropriationslignende vilkår. Erstatningsansvaret må fortsat afgøres ud fra en culpabedømmelse, og erstatningskravet må opgøres til de positive udgifter til opførelse, nedrivning og eventuel genetablering af området.

Den almindelige retsfølelse måske nok kan føle sig en smule knægtet, når en borger pålægges at nedrive en bygning, denne har opført i overensstemmelse med en byggetilladelse opnået i god tro. Alligevel mener jeg ikke, at der er grundlag for at opstille en regel om, at skatteyderne skal betale en eventuel prisstigning som følge af byggetilladelsen.

Som udgangspunkt kan der, efter min opfattelse, således ikke ydes kompensation for prisforskellen på grunden med og uden byggetilladelsen. Betænkning nr. 981 af 1983 anfører, at retsstillingen med hensyn til myndighedens fejlagtige afgørelser i hvert fald er baseret på en culpabedømmelse, men at der formentlig også kan pålægges ansvar i et videre omfang, der dog ikke kan fastlægges præcist.⁸²

Der må herved være åbnet op for, at domstolene i helt særlige tilfælde kan tildele erstatning udover de direkte omkostninger.

Efter diskussionen mellem Pagh og Mørup er byggeloven blevet ændret gennem Lov 2008-06-17 nr. 514 om ændring af byggeloven (Afbureaukratisering af byggesagsbehandlingen og markedskontrol med byggevarer). Under forhandlingerne om denne lov, blev spørgsmålet om ansvarsfordelingen mellem kommune og bygherre drøftet.

Det følgende afsnit vil behandle forarbejderne til denne lov med henblik på at fastlægge lovgivers opfattelse af spørgsmålet.

6.2 Forarbejderne til den seneste ændring af byggeloven

Formålet med Lov 2008-06-17 nr. 514 om ændring af byggeloven er, at forenkle byggeprocessen for en række mindre komplicerede byggerier. Der ændres således i kravene til hvilke byggerier, der kræver byggetilladelse og hvilke, der blot kræver anmeldelse.

Lovændringen berører således ikke direkte spørgsmålet om byggetilladelsers forhold til anden lovgivning. Under lovforslagets første behandling berørte folketingets talere dog alligevel spørgsmålet.⁸³

Louise Schack Elholm (V) fremfører således, at bygherren formoder, at kommunen har et ansvar for byggeriets lovlighed, når kommunen skal godkende byggeriet. Hun slår derefter fast, at kommunen ikke bærer dette ansvar i henhold til gældende lovgivning. Hun mener, at lovændringen vil synliggøre ansvarsfordelingen for så vidt angår de tekniske forhold.

Også Bjarne Laustsen (S) opfatter gældende ret således, at det er den enkelte bygherre, der har ansvaret.

⁸¹ Se f.eks. Betænkning 1983 nr. 981 om Håndhævelse af bygge- og miljølovgivningen, kap. 6.3.4.1.

⁸² Se f.eks. Betænkning 1983 nr. 981 om Håndhævelse af bygge- og miljølovgivningen, kap. 13.3.1.

⁸³ Folketingstidende 2007-08, FF 3491

Bente Dahl (RV) går så langt som til at sige, at der ikke hersker tvivl om, at det er bygherrens ansvar, at byggeriet overholder lovgivningens krav.

Bendt Bendtsen (KF, daværende Økonomi- og Erhvervsminister) slår fast, at lovforslaget ikke ændrer ved, at det altid er bygherren, der er ansvarlig for, at et byggeri overholder lovgivningens krav.

Der er herefter ingen tvivl om, at lovgiver er af samme opfattelse som Søren H. Mørup, jfr. det ovenstående.

Det må herefter kunne konkluderes, at byggetilladelser ikke indtager en særstilling i forhold til andre forvaltningsakter. Byggetilladelsers beskyttelse skal således bedømmes efter de samme regler og overvejelser som andre forvaltningsakter, og har ikke en videre retskraft end andre forvaltningsakter. Berettigede forventninger, indrettelseshensyn og værdispildsbetragtninger kan således bevirke, at der må foretages retlig lovliggørelse.

7. Konklusion

I afhandlingens første del er redegjort for de almindelige forvaltningsretlige regler vedrørende omgørelse af forvaltningsafgørelser samt de hensyn, der taler imod omgørelse. Byggetilladelser kan således tilbagekaldes, ændres eller annulleres, men ofte vil tertiære momenter tale imod en omgørelse.

Afhandlingens første del redegjorde endvidere for retskraftsbegrebet, og hvordan særlige hensyn gør sig gældende indenfor forvaltningsretten. Forvaltningens afgørelser, herunder byggetilladelser, opnår en vis form for retskraft ved udløbet af klage- og især søgsmålsfrist. Domstolene anser sig dog alligevel for kompetente til i ekstraordinære tilfælde at se bort fra fristoverskridelser.

Afhandlingens anden del har fokuseret på byggetilladelser og de særlige forhold, der gælder for denne kategori af forvaltningsafgørelser.

Som det er fremgået, adskiller byggetilladelser sig fra de typiske forvaltningsakter. Byggetilladelsen spiller således en særdeles vigtig rolle både for adressaten og for forvaltningen. Internt i forvaltningen er byggetilladelsen en hjørnesten i myndighedernes forudgående styring af de forskellige regelsæt på plan- og miljøområdet, mens det på baggrund af byggetilladelsen opførte byggeri har en meget lang afskrivningsperiode, og ofte danner rammen om adressatens bolig og/eller erhverv.

Kommunalbestyrelsen udsteder byggetilladelsen, og har, i medfør af byggelovens § 16, stk. 8, pligt til forinden udstedelsen at afklare forholdet til anden lovgivning. Overser kommunalbestyrelsen forhold, der således skulle være afklaret, og dermed udsteder byggetilladelsen i strid med anden lovgivning, lider denne af en retlig mangel.

Som det fremgår af ridset over den historiske udvikling på det byggeretlige område, stammer den nuværende byggelovs § 16, stk. 8 fra den oprindelige byggelovs § 16, stk. 3, og tidligere praksis finder fuldt ud anvendelse i dag.

Kommunen administrerer byggesagens gang, og har mulighed for at afholde en forhåndsdialog med bygherren. Formålet med denne er at tilrettelægge processen og afstemme bygherrens forventninger. Efter byggeriets opførelse udstedes ibrugtagningstilladelse. Denne tilladelse er dog ikke en garanti for bygningens lovlighed.

Konstateres en byggetilladelse at være i strid med lovgivningen skal der ske lovliggørelse. Dette kan ske enten retligt eller fysisk, og i dette valg skal der ske en afvejning mellem hensynet til retshåndhævelsen på den ene side, og adressatens berettigede forventninger og indrettelseshensyn samt værdispildsbetragtninger på den anden side.

Afhandlingen har endvidere behandlet Naturklagenævnets kompetence, og som det er fremgået, har Peter Pagh kritiseret Naturklagenævnets egen opfattelse af sin kompetence. Jeg er dog ikke enig i denne kritik. Det må derimod fastholdes, at en beslutning om ikke at dispensere fra lokalplanen, også er en afgørelse, som i medfør af planloven kan prøves af Naturklagenævnet.

Naturklagenævnet har ikke kompetence efter byggeloven, men da forholdet til blandt andet planloven og naturbeskyttelsesloven skal afgøres inden udstedelse af byggetilladelse, har Naturklagenævnet så at sige indirekte kompetence i forhold til byggetilladelsen.

Hvis der i forsøget på retlig lovliggørelse af en ulovlig byggetilladelse skal indhentes dispensation efter naturbeskyttelsesloven, er det således Naturklagenævnet, der skal rettes henvendelse til. Naturklagenævnet kan på denne måde muliggøre eller afskære mulighed for retlig lovliggørelse.

Naturklagenævnets rolle har derfor givet Søren Stenderup Jensen og Anders Strange Schäfer anledning til at anskue Naturklagenævnets manglende udstedelse af dispensation som en de facto annullation af byggetilladelsen. Som anført er denne konstruktion bedre egnet til at skabe forvirring end klarhed. En afgørelse efter naturbeskyttelsesloven indebærer således ikke en stillingtagen til byggetilladelsen. Naturklagenævnet skal selvfølgelig have adgang til at udtale sig om de love, hvor nævnet er tillagt kompetence.

Søren Stenderup Jensen og Anders Strange Schäfer har ligeledes anført, at sondringen mellem anfægtelighed og nullitet kan bruges til at forklare hvorledes konflikter mellem byggeloven og anden lovgivning bør løses og rent faktisk løses i praksis. Efter en gennemgang af Højesterets begrundelse i U 2007.456 H samt Søren H. Mørup og Peter Pagh's indlæg om spørgsmålet konkluderes det, at sondringen ikke bør anvendes, og næppe blev anvendt i den nævnte Højesteretsafgørelse.

I spørgsmålet om hvorvidt der skal ske retlig eller fysisk lovliggørelse skal der blandt andet lægges vægt på adressatens gode tro, men Peter Pagh retter en kritik mod Højesterets håndtering af godtroshedsbetingelsen i U 2007.456 H. Henset til, at adressaten arbejdede som leder af Åbent Landafdelingen, mener jeg ikke, at han kunne være i god tro. Det argumenteres derimod for, at godtrosvurderingen i andre sager kan falde anderledes ud, hvilket da også var tilfældet i KFE 2003.349.

Afhandlingen har endelig, under inddragelse af diskussionen mellem Søren H. Mørup og Peter Pagh, behandlet spørgsmålet om, hvorvidt byggetilladelser indtager en særstilling i det forvaltningsretlige system.

Som det fremgår besvares dette spørgsmål negativt. Byggetilladelser indtager således ikke umiddelbart en særlig stilling, og har heller ikke en videre retskraft end andre forvaltningsafgørelser. En ulovlig byggetilladelse kan endvidere ikke begrunde fuld erstatning på baggrund af ekspropriationsretlige overvejelser.

Det må dog holdes for øje, at byggetilladelsens særlige karakter, betænkning 1983 nr. 981 og byggelovens § 16, stk. 8 bestyrker adressatens berettigede forventninger om byggetilladelsens lovlighed.

Alligevel er det helt klare udgangspunkt, at bygherren bærer det endelige ansvar for byggeriets lovlighed, hvilket da også fremgår af forhandlingerne i folketingssalen vedrørende Lov 2008-06-17 nr. 514 om ændring af byggeloven.

Det kan således, efter min opfattelse, konkluderes, at der ikke i denne relation gælder noget særligt for byggetilladelser. Beskyttelsen af adressaten for en ulovlig byggetilladelse må afgøres efter forvaltningsrettens almindelige regler.

Litteraturliste

Artikler

Jensen, Søren Stenderup og Schäfer, Anders Strange: UfR 2007B.279 "Forvaltningsretlig retskraft: Fiktion eller realitet?"

Kjær, Kim U.: JUR 1998.45: "En grov tilsidesættelse af grundlovens klare ord" - om en endelighedsklausul, dens rækkevidde og konsekvenser.

Moe, Mogens: UfR 2002B.156 "Søgsmålsfrister i retspraksis"

Mørup, Søren H.: UfR 2008B.223 "Duplik om byggetilladelser"

Mørup, Søren H.: UfR 2008B.13 "En kommentar til "Forvaltningsret retskraft: Fiktion eller realitet?", Ugeskrift for Retsvæsen 2007, afd. B, s. 279 ff."

Nielsen, Thomas Philbert: UfR 1981B.313 "Søgsmålsfrister ved prøvelse af forvaltningsafgørelser. Nogle bemærkninger om søgsmålsfristens betydning for forvaltningsafgørelseres retskraft"

Pagh, Peter: Erhvervsjuridisk Tidsskrift 2007.291 ff. "Tilladelse, tilgivelse og ansvar – om fysisk eller retlig lovliggørelse i miljøretten"

Pagh, Peter: UfR 2008B.311 "Mere om byggetilladelser og retskraft – en kommentar til Søren H. Mørups indlæg i UfR 2008B.233"

Pagh, Peter: UfR 2008B.90 "Replik om byggetilladelser"

Betænkning

Betænkning 1983 nr. 981 om Håndhævelse af bygge- og miljølovgivningen

Databaser

www.ordbogen.com

www.thomson.dk

Domsregister

MAD 2007.70 V	U 1978.683 H
	U 1980.30 H
MAD 2007.93 V	U 1993.72/2 H
	U 1995.314 V
KFE 2003.349	U 1997.1197 H
	U 1999.44 V
U 1950.498 H	U 1999.286 V
U 1951.800 V	U 2007.456 H
U 1959.547 Ø	U 2008.861 H
U 1966.187/2 H	

Folketingstidende

Folketingstidende 1974-75, 2. saml. A, sp. 2852-2853.

Folketingstidende 1983-84, Tillæg A, sp. 1494.

Folketingstidende 2007-08, FF 3491

Litteratur

Andersen, Bendt: "Byggeret" 2. udg. 1966, Munksgaard

Andersen, Poul: "Dansk Forvaltningsret" 5. udg. 1965, Gyldendalske Boghandel, Nordisk Forlag A/S

Andersen, Poul: "Om ugyldige forvaltningsakter med særligt henblik på ugyldighedsgrundene". København 1924, Arnold Busck

Basse, Ellen Margrethe (red.): "Miljøretten. Bind 1 – Almindelige emner" 2. udg. 2006, Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Basse, Ellen Margrethe (red.): "Miljøretten. Bind 2 – Arealanvendelse, natur- og kulturbeskyttelse", 2. Udg. 2006, Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Boeck, Anne Birte: "Lov om planlægning" 2. reviderede udg. 2002, Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Garde, Jens m.fl.: "Forvaltningsret – Almindelige emner" 4. udg. 2004, Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Garde, Jens m.fl.: "Forvaltningsret – Sagsbehandling" 5. udg. 2001, Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Pagh, Peter: "Lærebog i miljørettens almindelige del", 1. udg. 2006, Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Revsbech, Karsten: "Aktuel dansk forvaltningsret – karakteristiske træk og udviklingstendenser" 1. udg. 2008, Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Revsbech, Karsten, Alex Puggaard: "Lærebog i miljøret" 4. udg. 2008, Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Skovgaard, Henning: "Offentlige myndigheders erstatningsansvar", 1983, G.E.C. Gads Forlag

Thomsen, B. Hans m.fl.: "Lov om kommunernes styrelse med kommentarer – Normalforretningsorden med kommentarer" 2004, Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Vasegaard, Viggo: "Dansk Bygningsret", 1945, G.E.C. Gads Forlag København

Vejledninger

Vejledning fra Økonomi- og Erhvervsministeriet nr. 130 af 31. juli 1995, "Bygge- og Boligstyrelsens vejledning om kommunalbestyrelsens lovgennemgang i byggesager"

Vejledning fra Erhvervs- og byggestyrelsen nr. 9349 af 19. juni 2006, "Vejledning i styrket byggesagsbehandling"

Vejledning fra Erhvervs- og Byggestyrelsen og Skov- og Naturstyrelsen nr. 9392 af 1. maj 2007, "Håndhævelse af naturbeskyttelsesloven, planloven og byggeloven"