



Vimmelskftet 47
DK-1161 København K

Telefon: 33 15 20 10
Telefax: 33 15 61 15

mail@kammeradv.dk
www.kammeradv.dk

Dato: 10. oktober 2005
J.nr.: 40-1983 HS/BG/PUG/al

Sendt pr. e-mail: boc@sns.dk

Skov- og Naturstyrelsen

Att: Bo Christiansen

Haraldsgade 53
2100 København Ø

Føtex i Ribe - Ribe Amts forslag til tillæg nr. 44 til regionplan 2012

Til brug for vurderingen af sagen vedrørende Føtex i Ribe har Skov- og Naturstyrelsen anmodet mig om at udarbejde en udtalelse om de retlige synspunkter, der kan gøres gældende for og imod en indsigelse efter planlovens § 29, stk. 1, mod det af Ribe Amt vedtagne forslag til tillæg nr. 44 til regionplan 2012.

Idet jeg henviser til mit brev af 5. oktober 2005 til styrelsen, vil følgende spørgsmål blive behandlet i min udtalelse:

- Betydningen af ministeriets praksis vedrørende planforslag, hvorefter der planlægges for butikker større end henholdsvis 1.000 m² (udvalgswarebutikker) og 3.000 m² (dagligvarebutikker).
- Praksis med hensyn til valget mellem retlig og fysisk lovliggørelse, herunder den seneste udvikling i praksis.
- Praksis med hensyn til betydningen af værdispild, herunder den seneste udvikling i praksis.



- Betydningen af god eller ond tro hos den kommune, som har meddelt en retsstridig tilladelse, med forslag til, hvorledes det kan sikres, at kommuner ikke meddeler retsstridige tilladelser.

Som drøftet telefonisk har jeg - af tidsmæssige grunde - ikke i nærværende udtalelse behandlet spørgsmålet om betydningen for den fremtidige praksis af, at ministeriet fremsætter, respektive ikke fremsætter, indsigelser imod det foreliggende planforslag.

Til brug for min udtalelse har styrelsen ved e-mails af 30. september, 3. og 6. oktober 2005 fremsendt materiale vedrørende sagen.

I den anledning skal jeg bemærke følgende:

1. Sagens baggrund

1.1 Om Føtex i Ribe

Det omhandlede butikscenter "Føtex" er opført i Ribe bys nordlige udkant på en del af detailhandelsområdet omfattet af Ribe Kommunes lokalplan nr. 02.06 fra 2002. Lokalplan nr. 02.06 blev tilvejebragt på baggrund af et konkret byggeønske om opførelse af et butikscenter/Føtex kædeforretning med både dagligvarer og udvalgsvarer. Derudover skulle lokalplanen give mulighed for andre større detailhandelsfunktioner.

Lokalplanen angiver i § 1.1 bl.a. som sit formål at give mulighed for opførelse af ny bebyggelse i et eksisterende erhvervsområde samt til detailhandelsformål i et nyt forretningsområde ved hovedvej Rute 11.

Lokalplanens § 7 regulerer bebyggelsens omfang og placering, og lokalplanens § 7.3 indeholder bestemmelser om størrelsen af dagligvare- og udvalgsvarerbutikker. Det fastsættes, at dagligvarebutikker i delområdet A1, hvor den omhandlede Føtex er beliggende, må udgøre maksimalt 3.000 m² og udvalgsvarerbutikker maksimalt 1.000 m². Dog må der etableres én udvalgsvarerbutik på maksimalt 1.500 m².

Det fremgår endvidere af lokalplanredegørelsen om lokalplanens indhold (side 4), at Dansk Supermarked A/S ønskede mulighed for at opføre et butikscenter/Føtex med en dagligvareforretning på op til 3.000 m² bruttoareal, en udvalgsvarerforretning på op til



1.500 m² bruttoareal samt mindre specialbutikker, restaurant og adgangsarealer på i alt ca. 1.000 m² bruttoareal.

Den 29. september 2003 meddelte Ribe Kommune byggetilladelse til opførelse af nyt butikscenter "Føtex" med dagligvarebutik med tilhørende lager, personalefaciliteter, kontorer, mødelokale, centertorv, kundetoiletter, sikringsrum og teknikrum. I butikscentret skulle der herudover etableres en kiosk og bageri på i alt 250 m². De oprindelige planer om en udvalgsvarebutik samt restaurant, som var omtalt i lokalplanredegørelsen, var udgået af det konkrete projekt.

Ribe Kommune lagde til grund for behandlingen af byggesagen, at dagligvarebutikken på totalt 3.000 m² bruttoetageareal udgjorde en selvstændig butik. Hertil kom specialbutikkerne (kiosk og bager), der udgjorde 250 m² bruttoetageareal. Endvidere havde kommunen ikke i dagligvarebutikkens areal medregnet adgangsarealet/centertorvet på i alt 180 m² samt bygningens teknikrum på i alt 271 m². Endelig var det i kælderen placerede sikringsrum på i alt 547 m² heller ikke medregnet til dagligvarebutikkens areal, idet sikringsrum til sikringsrumspligtige bygninger med forskriftsmæssig størrelse ikke medregnes i etagearealet efter bygningsreglementet.

Efter Ribe Kommunes opfattelse var byggeriet således i overensstemmelse med den eksisterende lokalplan.

Kommunens byggetilladelse blev af De Samvirkende Købmænd (DSK) påklaget til Naturklagenævnet, der ved afgørelse af 21. marts 2005 fastslog, at den omhandlede Føtex var opført i strid med lokalplanen.

Naturklagenævnet fandt, at de i bygningen værende forretninger måtte anses for én butik, da der var så begrænset fysisk adskillelse mellem de enkelte dele af butikken, at disse over for omgivelserne måtte fremstå som en sammenhængende butiksenhed, hvor bageren og kiosken udgjorde særligt betjente afdelinger i dagligvarebutikken.

Som en konsekvens heraf måtte specialbutikkerne (kiosk og bager) medregnes i opgørelsen af dagligvarebutikkens bruttoetageareal, ligesom adgangsarealet/centertorvet måtte anses for at være et internt adgangsareal mellem de forskellige dele af butikken, hvorfor dette areal ligeledes skulle medregnes i dagligvarebutikkens bruttoetageareal. Endvidere



skulle teknikrummet medregnes ved opgørelsen af dagligvarebutikkens bruttoetageareal, da bygningen - efter Naturklagenævnets opfattelse - alene indeholdt én butik.

Endelig fandt Naturklagenævnet, med samme begrundelse som Ribe Kommune, at sikringsrummet ikke skulle medregnes ved opgørelsen af butikkens bruttoetageareal, idet rummet ikke væsentligt overskred den forskriftsmæssige størrelse heraf.

Sammenfattende gik Naturklagenævnets afgørelse ud på, at den omhandlede Føtex med tilhørende kiosk og bagerafdeling samt centertorv og teknikrum skulle anses for at være på i alt ca. 3.700 m², hvilket var i strid med den gældende lokalplan.

På tidspunktet for Naturklagenævnets afgørelse var Føtex opført og taget i brug. Det fremgår af sagens akter, at byggetilladelse som nævnt blev meddelt den 29. september 2003, at anmeldelse om byggeriets påbegyndelse blev fremsendt den 24. november 2003, og Naturklagenævnet har telefonisk oplyst, at byggeriet formentlig stod færdigt i forsommeren 2004.

DSKs klage til Naturklagenævnet over den af Ribe Kommune udstedte byggetilladelse blev indgivet den 18. december 2003, og Dansk Supermarked A/S blev senest ved modtagelsen af kopi af Ribe Kommunes brev af 26. januar 2004 til Naturklagenævnet orienteret om klagesagen, som ikke blev tillagt opsættende virkning.

Det fremgår endvidere af et notat af 16. september 2005 fra Søren Jensen, Rådgivende Ingeniørfirma, at udgifterne til fysisk lovliggørelse af Føtex i Ribe skønsmæssigt er anslået at beløbe sig til kr. 3,5 - 4,5 mio. ekskl. moms.

Jeg har i øvrigt modtaget oplysning om, at Ribe Kommune og Føtex A/S ved stævning modtaget i Vestre Landsret den 20. september 2005 har anlagt sag mod Naturklagenævnet med påstand om, at Naturklagenævnets afgørelse er ugyldig. Uagtet dette sagsanlæg står Naturklagenævnets afgørelse (foreløbig) ved magt, og Føtex er dermed et ulovligt byggeri, som skal lovliggøres efter planlovens regler.

Ribe Kommune har den 25. august 2005 vedtaget forslag til tillæg nr. 1 til lokalplan 02.06 og forslag til kommuneplantillæg nr. 14 med henblik på retligt at lovliggøre bygge-



riet. Ribe Amtsråd har vedtaget forslag til tillæg nr. 44 til regionplan 2012 med høringsfrist til den 25. oktober 2005.

1.2 Hovedpunkter i kommunens og amtets planlægningsproces

Af lokalplanredegørelsen i Ribe Kommunes forslag til tillæg nr. 1 til lokalplan 02.06, pkt. 1.1, fremgår bl.a. følgende vedrørende baggrunden for lokalplanforslaget:

"Baggrunden for, at Ribe Kommune i samarbejde med Ribe Amt vælger at tilpasse plangrundlaget er navnlig, at såvel kommune som bygherre har handlet i god tro. Planloven overlader det uden nærmere vejledning til kommunerne selv at vurdere, om en given butik er en selvstændig butik eller blot en betjent afdeling i en dagligvarebutik. Ribe Kommune foretog en grundig sagsbehandling og bedømte oplysningerne i byggeprojektet således, at bager og kiosk er selvstændige butikker. Denne sag blev den første klagesag af sin art i Naturklagenævnet, og nævnet havde den modsatte opfattelse. Bygherren havde i mellemtiden handlet i tillid til den byggetilladelse, som kommunen havde udstedt.

Det spiller også en rolle for kommunens valg, at fysiske foranstaltninger, nu hvor byggeriet er gennemført, vil medføre væsentlige udgifter. Der vil ikke derved kunne opnås noget positivt for nogen."

I forslaget til regionplantillæg stiller amtet forslag om tilføjelse af følgende retningslinie:

"3.6. Der kan etableres en dagligvarebutik på 3.700 m² i Ribe med en placering som vist på kort 1."

Af planforslagets redegørelse (side 7) er følgende anført under overskriften "Særlig planlægningsmæssig begrundelse":

"I lyset af de senere års relative fald i omsætningen i Ribe finder amtsrådet, at der er behov for en særlig planlægningsmæssig indsats for at opfylde målsætningen om et varieret udbud af udvalgsvarer i egnscentret.

Erfaringsmæssigt kan en større dagligvarebutik være med til at tiltrække nye kunder og derved skabe grundlaget for at fastholde og evt. tiltrække nye udvalgsvarebutikker. Dette understreges af, at de mindre udvalgsvarebutikker i Ribe by har oplevet en fremgang i omsætningen, siden Føtex åbnede.

Ribe Amtsråd finder derfor, at følgende særlige forhold kan begrunde en dagligvarebutik på 3.700 m² i Ribe:

- Butikken kan medvirke til at opretholde et varieret udbud af varer i et relativt tyndt befolket område.
- Butikken kan give en handelsmæssig ligevægt med andre byer af samme størrelse i regionen.
- Butikken kan bevirke mindre kørsel fra Ribe/Skærbæk/Gram-området til storcentrene i Esbjerg og Kolding.



Endelig finder man, at butikken med sin placering i tilknytning til Ribe bymidte har en god tilgængelighed - hvorfor også lokaliseringen ses at være i overensstemmelse med planlovens overordnede mål for planlægningen."

Endvidere er der i planforslagets redegørelse (side 6) anført følgende:

"Beslutningen om at søge plangrundlaget ændret, er truffet med udgangspunkt i den nedenfor refererede særlige planlægningsmæssige begrundelse. Herudover har amtsrådet lagt vægt på, at såvel kommune som byherre har handlet i god tro. Planloven overlader det uden nærmere vejledning til kommunerne selv at vurdere, om en given butik er en selvstændig butik eller blot en betjent afdeling i en dagligvarebutik. Ribe Kommune foretog en grundig sagsbehandling og bedømte oplysningerne i byggeprojektet således, at bager og kiosk er selvstændige butikker. Denne sag blev den første klagesag af sin art i Naturklagenævnet, og nævnet havde den modsatte opfattelse. Bygherren havde i mellemtiden handlet i tillid til den byggetiladelse, som kommunen havde udstedt. Det spiller desuden en rolle for beslutningen, at fysiske foranstaltninger - nu hvor byggeriet er gennemført - vil medføre væsentlige udgifter."

Offentlighedsfasen for forslaget til regionplantillæg og dermed fristen for indsigelse efter planlovens § 29, stk. 1, løber frem til den 25. oktober 2005.

2. Betydningen af ministeriets praksis vedrørende planforslag, hvorefter der planlægges for butikker større end henholdsvis 1.000 m² (udvalgsvarebutikker) og 3.000 m² (dagligvarebutikker)

Om detailhandelsloven og kravet om "særlig planlægningsmæssig begrundelse" tillader jeg mig at henvise til gennemgangen heraf i min udtalelse af 29. april 2005, pkt. 2.2, vedrørende Bilka i Horsens.

Ligeledes henvises til gennemgangen af ministeriets tidligere praksis vedrørende planforslag, hvorefter der planlægges for butikker større end 1000 m² (udvalgsvarebutikker) og 3000 m² (dagligvarebutikker), i min udtalelse af 29. april 2005, pkt. 2.3, idet jeg hertil skal føje:

Udover de i min tidligere udtalelse nævnte to tilfælde, hvor ministeriet (undtagelsesvis) har accepteret en særlig planlægningsmæssig begrundelse for en dagligvarebutik med et bruttoetageareal over 3.000 m² og på det grundlag ophævet sin indsigelse, har ministeriet i to tilfælde helt undladt at fremsætte indsigelse mod et planforslag:



- Ministeriet besluttede ikke at gøre indsigelse mod Vejle Amts forslag til regionplantillæg nr. 25, der bl.a. muliggjorde etableringen af en dagligvarebutik (Kvickly i Vejle) på 4.000 m² bruttoetageareal, idet projektet indebærer, at den eksisterende dagligvarebutik på 7.500 m² på projektområdet blev nedrevet. Det var ministeriets vurdering, at planforslaget lå inden for ministeriets administrationspraksis.
- Ministeriet besluttede endvidere ikke at gøre indsigelse mod Vejle Amts forslag til regionplantillæg nr. 36, der muliggjorde en retlig lovliggørelse af Bilka i Horsens, idet ministeriet fandt grundlag for at fravige sin almindelige praksis. Ministeriet lagde herved vægt på, at byggeriet var opført og taget i brug med de fornødne tilladelser og dispensationer og på, at Dansk Supermarked A/S således på opførelses- og ibrugtagningstidspunktet havde været i god tro med hensyn til byggeriets og anvendelsens lovlighed. Ministeriet fandt endvidere, at der måtte lægges betydelig vægt på det forhold, at gennemførelse af et krav om fysisk lovliggørelse måtte antages at medføre et eksorbitant værdispild.

Idet jeg henviser til det i min udtalelse af 29. april 2005, pkt. 3.4.2, anførte om ministeriets muligheder for i sagen om Bilka i Horsens at fravige administrativ praksis, bemærker jeg om denne sag, at selvom ministeriet nu i fire tilfælde har accepteret planlægning for dagligvarebutikker med et bruttoetageareal over 3.000 m², har der været tale om meget konkret begrundede undtagelsestilfælde, som ikke generelt ændrer ved ministeriets hidtidige meget restriktive praksis på området.

Der kan derfor næppe heller i denne sag herske nogen tvivl om, at ministeriet ville have fremsat indsigelse, hvis det lovlige plangrundlag var søgt tilvejebragt forud for etableringen af Føtex i 2003.

Ministeriet er som en del af den offentlige forvaltning forpligtet til at respektere det forvaltningsretlige lighedsprincip, når en afgørelse skal træffes. Dette indebærer, at ministeriet er forpligtet til at følge sin egen administrative praksis i tilfælde, hvor de faktiske omstændigheder i en sag ikke blot er sammenlignelige, men i høj grad er sammenfaldende med omstændighederne i de sager, som udgør grundlaget for den administrative praksis.



Som nævnt har ministeriet kun i to tilfælde på grundlag af en meget konkret begrundelse ophævet sin indsigelse og accepteret planlægning for en dagligvarebutik med et bruttoetageareal over 3.000 m². I den ene sag var der tale om en (mindre) udvidelse af et eksisterende butiksareal, der var nødvendiggjort af en vejoplægning, der krævede etablering af nye adgangsarealer. I den anden sag var der tale om en ombygning af en eksisterende butik, uden at det eksisterende butiksareal blev forøget.

Disse sager ændrer således ikke ved, at ministeriet som udgangspunkt er forpligtet til at følge sin egen administrative praksis, dvs. til at hindre en retlig lovliggørelse. Heller ikke sagen om Kvickly i Vejle, der indebar nedrivning af en eksisterende dagligvarebutik på 7.500 m² og som samtidig muliggjorde etableringen af en dagligvarebutik på 4.000 m², ændrer herved.

Ministeriets undladelse af at fremsætte indsigelse i sagen med Bilka i Horsens var som bekendt - og ovenfor anført - begrundet med, at byggeriet var opført og taget i brug med de fornødne tilladelser og dispensationer og på, at Dansk Supermarked A/S således på opførelses- og ibrugtagningstidspunktet havde været i god tro med hensyn til byggeriets og anvendelsens lovlighed. Endvidere havde ministeriet lagt betydelig vægt på det forhold, at gennemførelse af et krav om fysisk lovliggørelse måtte antages at medføre et eksorbitant værdispild.

Af umiddelbare lighedspunkter med denne sag skal fremhæves det forhold, at såvel Bilka i Horsens som Føtex i Ribe allerede var, henholdsvis er opført på tidspunktet for ministeriets stillingtagen. Ministeriets hidtidige administrative praksis i øvrigt har alene omhandlet tilfælde, hvor der ikke på tidspunktet for ministeriets stillingtagen allerede var opført et (ulovligt) byggeri, der ved planforslagene blev søgt lovliggjort.

Som anført i min udtalelse af 29. april 2005, pkt. 3.1, skal planlægningsprocessen, herunder de offentlige høringer m.v., imidlertid i princippet gennemføres, som om Føtex ikke eksisterede, idet der må sondres mellem planlægningsprocessen og beslutningen om, hvorvidt der skal ske retlig eller fysisk lovliggørelse.

Som ministeriet anførte i sin begrundelse for ikke at fremsætte indsigelse i sagen med Bilka i Horsens, skal der ved beslutningen om, hvorvidt der skal ske retlig eller fysisk



lovliggørelse, herunder beslutning om eventuelt indgreb efter planlovens § 29, stk. 1, inddrages den omstændighed, at byggeriet allerede er opført.

Endvidere skal fremhæves det lighedspunkt med sagen om Bilka i Horsens, at bygherren i begge tilfælde var i god tro på opførelsestidspunktet, hvilket ligeledes skal inddrages i beslutning om eventuelt indgreb efter planlovens § 29, stk. 1.

Jeg bemærker i den forbindelse, at DSKs klage over Ribe Kommunes byggetilladelse til Naturklagenævnet, som bygherren modtog underretning om under opførelsen af byggeriet, ikke i sig selv medfører, at bygherren bringes i ond tro. Bygherren var derfor - som i sagen om Bilka i Horsens - i god tro på såvel opførelses- som ibrugtagningstidspunktet.

Af åbenlyse forskelle skal fremhæves den betydelige forskel i værdispildets størrelse, hvilket i sig selv gør, at ministeriet ikke - som følge af ministeriets afgørelse i sagen med Bilka i Horsens - ud fra lighedshensyn er forpligtet til at undlade at fremsætte indsigelse i den foreliggende sag, jf. nærmere nedenfor om værdispildets betydning under pkt. 4.

Sammenfattende er det min opfattelse, at de i praksis forekommende fravigelser af praksis ikke ændrer ved, at ministeriet i denne sag som udgangspunkt er forpligtet til at følge sin egen administrative praksis, dvs. til at hindre en retlig lovliggørelse.

Spørgsmålet er derfor, om der i denne sag - bl.a. som i sagen om Bilka i Horsens - foreligger sådanne særlige omstændigheder, at der er grundlag for at fravige administrativ praksis.

3. Praksis med hensyn til valget mellem retlig og fysisk lovliggørelse, herunder den seneste udvikling i praksis

Om valget mellem retlig og fysisk lovliggørelse henviser jeg igen indledningsvis til gennemgangen heraf i min udtalelse af 29. april 2005, pkt. 2.4, vedrørende Bilka i Horsens.

Som en tilføjelse hertil skal nævnes, at Højesteret har stadfæstet den i min udtalelse af 29. april 2005, pkt. 2.4, omtalte Østre Landsrets dom af 24. juni 2004, jf. Højesterets dom af 25. august 2005 i sag 337/2004 (1. afd.). Af Højesterets præmisser fremgår alene, at Højesteret ikke fandt grundlag for at tilsidesætte Naturklagenævnets skønsmæssi-



ge afgørelse, hvorefter nævnet ikke fandt grundlag for at meddele dispensation til den ulovligt opførte bygning.

Om end det ikke nævnes direkte i præmisserne, bekræfter dommen formentlig synspunktet om, at ond tro hos ejeren af en ulovligt opført bygning med hensyn til byggeriets lovlighed i praksis udelukker retlig lovliggørelse.

Med henvisning til Østre Landsrets dom i UfR 1988, side 616, og Højesterets domme i UfR 2000, side 890 og side 1832, samt UfR 2001, side 1677, anføres i overensstemmelse hermed i Jens Garde m.fl., Forvaltningsret, 4. udgave (2004), side 613, at i tilfælde, hvor der er bygget uden tilladelse, synes domstolene tilbøjelige til at vurdere retshåndhævelsessenssyn højere end hensynet til værdispild.

Hertil kan jeg føje Vestre Landsrets domme refereret i MAD 2001, side 95, og MAD 2003, side 563, samt Østre Landsrets dom refereret i MAD 2001, side 1383.

For en beskrivelse af udviklingen i praksis kan jeg bl.a. henvise til Mogens Moe, Miljøret, 4. udgave (2000), side 287, der om tiden forud for håndhævelsesbetænkningen, jf. betænkning nr. 981/1983 om håndhævelse af bygge- og miljølovgivningen, anfører, at holdningerne i håndhævelsen var præget af hensynet til at undgå værdispild, altså efterfølgende lovliggørelse af ulovligt byggeri frem for nedrivning.

Om retlig lovliggørelse anfører Mogens Moe videre (side 297):

"Efter naturbeskyttelseslov og planlov er retlig lovliggørelse almindeligt forekommende, altså at man efterfølgende får ja til en ansøgning om tilladelse til det, man allerede har gjort. Som en fredningsinspektør fortalte mig for mange år siden, at i hans amt var det "nemmere at få tilgivelse end at få tilladelse". Sådan er det stadig i de fleste amter og kommuner."

Med henvisning til planlovens § 61 anfører Mogens Moe tilmed (a.st.):

"På planområdet har man fundet, at skuespillet med lovliggørende lokalplan - når byggeriet er gennemført - kan være for meget. Derfor kan NKN efter PL § 61 bestemme, at man springer papirarbejdet over."

Endelig anfører Mogens Moe (side 299), at fysisk lovliggørelse inden for bl.a. planretten er en vigtig, om end relativt sjældent anvendt reaktion, og fortsætter:



"Hovedreglen har hidtil været, at man skal have handlet forsættligt eller groft uagtsomt for at blive udsat for krav om fysisk lovliggørelse."

I samme retning - om end mere forsigtigt - konkluderer Karsten Revsbech m.fl., Lærebog i Miljøret, 3. udg. (2002), side 426, på baggrund af praksis:

"Tilbøjeligheden til, at myndighederne anvender retlig lovliggørelse på det bygge- og planretlige område, har tidligere været forholdsvis stor. Det skyldes værdispildsbetragtninger og endvidere det forhold, at ulovlige bygninger og bygningsændringer nok har medført ændrede fysiske forhold, men denne tilstand medfører ikke yderligere miljøforringelser - og naboer m.fl. kan eventuelt opnå erstatning. Som ovenstående eksempler antyder, er tilbøjeligheden til at anvende fysisk lovliggørelse måske blevet stærkere i de senere år."

Meget illustrerende er det, at forholdet er ganske anderledes på miljøbeskyttelseslovens område, idet fysisk lovliggørelse her er dominerende. Som anført i Lærebog i Miljøret, a.st., vil en forurenende virksomhed, som er i strid med de gældende miljøbeskyttelseskrav, typisk medføre en fortsat og måske selvforstærkende ødelæggelse af omgivelserne ved en løbende ulovlig udledning af forurenende stoffer m.m. I modsætning hertil er en ulovlig handling inden for planretten definitivt afsluttet med ændrede, fysiske forhold til følge, jf. Jørgen Bjerring m.fl. i Miljøbeskyttelsesloven af 1991 med kommentarer (1998), side 619.

Om tidligere praksis skal ligeledes fremhæves, at det af håndhævelsesbetænkningen, betænkning 981/1983, side 81, bl.a. fremgår, at der ved spørgsmålet om retlig lovliggørelse i en vis udstrækning vil blive taget hensyn til, om den pågældende har handlet i undskyldelig uvidenhed om sin pligt til på forhånd at indhente tilladelse. Videre er anført, at en sådan god tro undertiden kan være forstærket som følge af ufuldstændig eller forkert vejledning, som den pågældende har fået fra en offentlig myndighed.

Så meget desto mere vil der skulle tages hensyn til en bygherre, der ikke blot handler i undskyldelig uvidenhed om sin pligt til at indhente tilladelse, men i god tro agerer i henhold til meddelt byggetilladelse.

Som anført i min udtalelse af 29. april 2005, pkt. 2.4, er der imidlertid i nyere praksis en tendens til, hvor et ulovligt byggeri er opført på grundlag af en (viser det sig) ulovlig myndighedstilladelse, at byggeriet forlanges fysisk lovliggjort, uanset bygherrens gode tro. Synspunktet er, at bygherren kan gøre regres mod den fejlende myndighed, jf. f.eks.



Højesterets dom i UfR 2000, side 2412, og Østre Landsrets dom i UfR 2003, side 1628, begge om gylletanke.

I disse sager indgik imidlertid hensynet til naboer, der var generet af gylletankene, og værdispildssynspunktet spillede under alle omstændigheder en mindre rolle. I Højesterets dom i UfR 2000, side 2412, blev udgiften til fjernelse og nyetablering opgjort til ca. kr. 415.000.

4. Praksis med hensyn til betydningen af værdispild, herunder den seneste udvikling i praksis

Om praksis med hensyn til betydningen af værdispild henvises indledningsvis til gennemgangen heraf i min udtalelse af 29. april 2005, pkt. 2.5, vedrørende Bilka i Horsens.

Ved valget mellem retlig og fysisk lovliggørelse tillægges det betydning, hvilke økonomiske konsekvenser en fysisk lovliggørelse har. Jeg bemærker herved, at værdispildshensyn er en variant af det for al forvaltning almindeligt gældende proportionalitetsprincip.

Det er imidlertid ikke muligt på baggrund af retspraksis at udlede faste retningslinjer for, med hvilken vægt værdispildshensynet skal indgå i afvejningen.

Dette skyldes for det første, at domstolsafgørelserne er konkret begrundede og baseret på en række hensyn, hvoriblandt det ikke er muligt at udsondre hensynet til værdispild. For det andet sammenholdes størrelsen af værdispildet i praksis bl.a. med det ulovlige forholds skadevirkninger, god tro hos bygherren/ejeren m.m.

Som et eksempel herpå kan nævnes Højesterets dom i Holte Midtpunkt-sagen, UfR 1986, side 143, hvor Højesteret bl.a. fastslog, at kommunalbestyrelsen, hvis byggetilladelse var meddelt i strid med den gældende byplanvedtægt, også efter naboretlige regler havde været ubeføjet til at tillade byggeriet opført så tæt på naboen. De ulemper, der var påført naboen i form af en værdiforringelse af hendes lejlighed, var ved syn og skøn anslået til kr. 30.000 og fandtes ikke at kunne begrunde et krav om gennemførelse af en fysisk lovliggørelse, ved hvilken udgifterne i 1983 var anslået til at ville udgøre kr. 1,7 mio. Byggeriet var inden Højesterets dom blevet retligt lovliggjort.



Endvidere har vægten af værdispildshensynet snæver sammenhæng med det ovenfor under pkt. 3 omtalte spørgsmål om god eller ond tro hos bygherren.

Som nævnt synes ond tro hos ejeren af en ulovligt opført bygning med hensyn til bygge-riets lovlighed i praksis at udelukke retlig lovliggørelse, jf. Højesterets dom af 25. august 2005 i sag 337/2004 (1. afd.), hvor husets genopførelsesværdi var anslået til knap kr. 4,2 mio.

Omvendt var bygherren i god tro i Højesterets dom i ovennævnte Holte Midtpunkt-sag, hvor gennemførelse af fysisk lovliggørelse var anslået til kr. 1,7 mio. (1983-priser), og hvor kravet om fysisk lovliggørelse ikke blev imødekommet.

Fra administrativ praksis kan jeg bl.a. nævne følgende afgørelser fra Naturklagenævnet, hvor ejerens/bygherrens gode tro ikke tillægges afgørende vægt, og hvor der stilles krav om fysisk lovliggørelse: MAD 2001, side 1078 (etableringsomkostninger ca. kr. 300.000), MAD 2001, side 1558 (etableringsomkostninger ca. kr. 350.000) og MAD 2003, side 1007 (etableringsomkostninger ca. kr. 150.000).

Endelig tillægges det i nyere praksis betydning, jf. bl.a. Højesterets dom i UfR 2000, side 2412, om ejerens tab (anslået kr. 415.000) ved fysisk lovliggørelse kan kræves erstattet af den fejlende myndighed.

Det er sammenfattende min opfattelse, at ministeriet ved vurderingen af, om fysisk lovliggørelse kan eller bør kræves, skal lægge vægt på det forhold, at gennemførelse af et krav om fysisk lovliggørelse må antages at medføre et betydeligt værdispild.

Det er omvendt ikke ud fra praksis muligt at fastslå, at en indsigelse fra ministeriet i denne sag - dvs. krav om fysisk lovliggørelse - er retligt udelukket alene som følge af det i denne sag opgjorte værdispild på ca. kr. 3,5 - 4,5 mio., idet der skal foretages en samlet afvejning af samtlige relevante, saglige hensyn i sagen.



5. Betydningen af god eller ond tro hos den kommune, der meddeler en retsstridig tilladelse, herunder hvorledes det kan sikres, at kommuner ikke meddeler retsstridige tilladelser

5.1 Om Ribe Kommunes gode eller onde tro

Styrelsen har i en notits af 30. september 2005 rejst tvivl om, hvorvidt Ribe Kommune var i god tro vedrørende beregningen af bruttoetagearealet, da kommunen meddelte byggetilladelsen den 29. september 2003.

Tvivlen rejses med henvisning til, at der på Landsplanafdelingens hjemmeside lå kopier af afdelingens udtalelser om, hvornår der er tale om butikker i et butikscenter, ligesom disse udtalelser er refereret i "Nyt om detailhandelsplanlægning", nr. 4, januar 2001.

De af styrelsen omtalte udtalelser, der nu er at finde på styrelsens hjemmeside, er alle breve og notater stilet til en enkelt kommune eller lignende. Landsplanafdelingen har således i brev af 13. oktober 2000 stilet til Hovedstadens Udviklingsråd (HUR) og i brev af 20. december 2000 til Frederikssund Kommune redegjort nærmere for sin opfattelse af butiksafrænsningen. I brevet til Frederikssund Kommune er således anført:

"Det er den enkelte kommune der i forbindelse med behandling af en byggesag skal afgøre, om der er tale om én butik eller flere butiksenheder i samme bygning.

Skal der være tale om flere butikker i samme bygning, er det efter Landsplanafdelingens opfattelse som udgangspunkt en forudsætning, at hver butiksenhed afgrænses som selvstændig butik med faste vægge, og at hver butiksenhed har adgang direkte fra det fri eller et fælles offentligt tilgængeligt område.

Hvis afgrænsningen med faste vægge delvis skal erstattes med et rullegitter ud mod en butiksskærm må det efter afdelingens opfattelse forudsættes, at dette gitter placeres således, at der også i åbningstiden reelt er tale om en klar afgrænsning af de enkelte butikker."

Endvidere har Landsplanafdelingen i notat af 23. januar 1998 til Trælsthanderunionen om planlovens regler om placering af detailhandelsbutikker og maksimale butiksstørrelser kort henvist til, at ministeriet i anden sammenhæng har udtalt, at butikker efter ministeriets opfattelse må afgrænses som selvstændige butikker, dvs. have faste vægge.

Endelig har Landsplanafdelingen i brev af 27. april 1998 til Korsør Kommune udtalt vedrørende sikringsrum, at det var afdelingens opfattelse, at et selvstændigt sikringsrum til en sikringspligtig butik med forskriftsmæssig størrelse for sikringsrummet ikke skulle



medregnes i bruttoetagearealet for butikken, uanset at det selvstændige sikringsrum benyttes til butikksformål.

Naturklagenævnet har endvidere tidligere behandlet spørgsmålet om afgrænsningen af "en butik", jf. afgørelse af 14. februar 2001 om Københavns Kommunes detailhandelsplanlægning, hvori indgik en klage over muligheden for at etablere et stormagasin i Ørestaden. Naturklagenævnet udtalte:

"Klagerne har anført, at planbestemmelserne om etablering af et stormagasin indebærer en omgåelse af detailhandelsreglerne. Hertil bemærkes, at et stormagasin ikke betyder andet end handel med dagligvarer og udvalgsvarer, som er nævnt i detailhandelsbestemmelserne. Et stormagasin er en "butik", hvor der normalt både sælges detail- og udvalgsvarer."

Naturklagenævnet har endvidere i afgørelse af 15. september 2003 i samme sag udtalt:

"De krav, der må være helt eller delvist opfyldt, for at der kan foreligge et stormagasin, jf. Naturklagenævnets afgørelse af 14. februar 2001 og Landsplanafdelingens udtalelse, er, at der skal foreligge:

- én større butik,
- med overvejende andel udvalgsvarer og et bredt sortiment heraf,
- en sammenhængende butiksenhed uden skillevægge mellem de enkelte dele af butikken,
- som fremtræder designmæssigt som en identificerbar enhed, og som
- kan åbnes og lukkes som en enhed." (min understregning)

Under sagen havde Landsplanafdelingen den 7. oktober 2002 udtalt, at et stormagasin efter ministeriets opfattelse var én butik, selv om den kunne bestå af flere økonomiske enheder, og selv om man kunne betale varer flere steder. Det var efter ministeriets vurdering afgørende, at der var tale om en sammenhængende butik uden skillevægge eller lignende mellem de enkelte dele af butikken.

Både ministeriets og Naturklagenævnets tilkendegivelser og praksis må indgå som retskilder ved kommunernes og amtskommunernes administration af lovgivningen, selv om afgørelserne jo vil være konkrete og ikke nødvendigvis lige præcis tager stilling til det problem, som kommunen er konfronteret med. Særlig for så vidt angår ministeriets tilkendegivelser bemærker jeg, at retsvirkningerne (retskildeværdien) kan være vanskelig at afgøre, da ministeriet ikke er rekursinstans, men det forekommer mig nærliggende at kræve, at en myndighed som en kommune må holde sig ajour med, hvad centrale myndigheder offentliggør på deres hjemmeside, jf. herved Lov om udgivelsen af en Lovtiden-



de og en Ministerialtidende jf. lovbekendtgørelse nr. 842 af 16. december 1991, der i § 5 bestemmer, at et ministerium kan vælge at benytte en anden meddelelsesmåde end Ministerialtidende til offentliggørelse af afgørelser af almindelig interesse.

Om en manglende læsning af ministeriets hjemmeside skaber ond tro hos kommunen, er et andet spørgsmål, jf. nedenfor afsnit 5.2.

5.2 Om betydningen af god eller ond tro hos den kommune, som har meddelt en retsstridig tilladelse

Træffer en kommune en ulovlig afgørelse i ond tro, er der ikke tvivl om, at enhver, der som følge af afgørelsen lider et adækvat tab, vil kunne kræve tabet erstattet af kommunen. At dette kan tillægges betydning ved en overordnet myndigheds valg mellem retlig og fysisk lovliggørelse fremgår af den ovenfor omtalte højesteretsdom i UfR 2000, side 2412.

Der er derimod ikke hverken i lovgivning eller i praksis grundlag for en vurdering af, hvilken betydning domstolene i givet fald vil tillægge spørgsmålet om eventuel god tro hos en kommune, som har truffet en ulovlig afgørelse, når talen er om en overordnet myndigheds mulighed for at gennemføre et krav om fysisk lovliggørelse.

Spørgsmålet om god tro hos en myndighed angår nok i virkeligheden spørgsmålet, om en myndighed kan befinde sig i en undskyldelig retsvildfarelse med den virkning, at en borger eller virksomhed, der har lidt et tab som følge af fejlen, ikke kan opnå erstatning.

Udgangspunktet er stadig, at en afgørelses ugyldighed ikke er ensbetydende med, at myndigheden har handlet ansvarspådragende, og at det forhold, at en rekursinstans har omgjort underinstansens afgørelse, ikke er det samme som, at underinstansen har handlet culpøst.

Men det må også anerkendes, at der er ganske snævre grænser for, at en myndighed kan komme igennem med et synspunkt om, at en forkert fortolkning af en retsregel er erstatningsfri på grund af en undskyldelig vildfarelse. Jeg henviser herved til UfR 1987, side 449 H med kommentar af højesteretsdommer Riis i UfR 1987 B, side 298. Riis anfører bl.a.:



"Myndighederne er blevet udrustet med så ubestemte og vidtgående beføjelser over for borgerne, at det næppe er forsvarligt at tillægge undskyldelig retsvildfarelse større betydning ved vurderingen af de offentlige myndigheders erstatningsansvar end ved vurderingen af andres erstatningsansvar. ..."

5.3 Muligheder for at begrænse risikoen for, at kommuner ikke meddeler retsstridige tilladelser

Min vurdering af, hvordan det kan sikres, at kommuner ikke meddeler retsstridige tilladelser, foretages inden for de nuværende lovgivningsmæssige rammer. Vurderingen tager endvidere alene sigte på, hvordan ministeriet i fremtiden kan minimere risikoen for, at kommuner meddeler retsstridige tilladelser, herunder tilladelser i strid med ministeriets retsopfattelse og administrativ praksis i øvrigt, idet jeg ikke behandler den situation, hvor en kommune helt bevidst begår en retsstridig handling.

I planloven er ministeren tillagt en række retligt bindende styringsmidler, der dog umiddelbart er af mindre betydning ved besvarelsen af det her rejste spørgsmål. Det drejer sig i korthed om følgende bestemmelser:

- Efter planlovens § 3, stk. 1, har ministeren mulighed for at udstede "regler" (landsplandirektiver). Et indgreb fra ministeriets side efter planlovens § 3 forudsætter, at der foreligger en landsplanmæssig interesse i sagen.
- Efter planlovens § 3, stk. 3 og 4, kan ministeren pålægge de kommunale myndigheder at bringe lovens bestemmelser i anvendelse, henholdsvis overtage de kommunale myndigheders beføjelser efter planloven. Bestemmelserne forudsættes alene anvendt undtagelsesvis.
- Endelig er ministerens vetobeføjelse i § 29 et retligt styringsmiddel. Et indgreb fra ministeriets side efter planlovens § 29 forudsætter, at der foreligger en statslig interesse i sagen.

Af ikke-retligt bindende styringsmidler i planloven skal blot nævnes, at ministeren efter hvert nyvalg til Folketinget afgiver en redegørelse om landsplanarbejdet til Folketingets Miljø- og Planlægningsudvalg, jf. planlovens § 2, stk. 2. Redegørelsen, der behandler aktuelle planlægningsstemaer, er ikke direkte bindende for planlægningsmyndigheder eller grundejere, men den vil kunne indgå som en del af ministeriets grundlag for at nedlægge veto mod et planforslag.



Som et led i kommunalreformen er det hensigten at styrke det politiske indhold af landsplanredegørelserne, idet de kommende landsplanredegørelser rettes mod kommunalbestyrelser og regionsråd - frem for mod Folketingets Miljø- og Planlægningsudvalg.

Af betydning er det nok også, hvis ministeriet - som overordnet planlægningsmyndighed - yder konkret og generel vejledning til de kommunale planlægningsmyndigheder. Herved kan ministeriet orientere om ministeriets retsopfattelse, vigtige afgørelser og administrativ praksis i øvrigt.

Endelig kan det vel ikke udelukkes, at konkrete afgørelser, der fastholder et krav om fysisk lovliggørelse, vil medføre, at den kommunale administration opprioriterer inddragelsen af de retskilder, der kan udledes af ministeriets og Naturklagenævnets praksis.

6. Sammenfatning

Om de retlige synspunkter, der kan gøres gældende for og imod en indsigelse efter planlovens § 29, stk. 1, henviser jeg indledningsvis til min udtalelse af 29. april 2005, pkt. 2.4 og 2.5, hvori bl.a. er fremhævet, at myndighederne ikke er stillet ganske frit med hensyn til, om retlig eller fysisk lovliggørelse skal ske.

Udgangspunktet for ministeriets overvejelser af, om der i denne sag skal gøres indsigelse mod det af Ribe Amt vedtagne forslag til regionplantillæg, er utvivlsomt, at ministeriet er forpligtet til at respektere den ganske strenge administrative praksis, hvorefter planforslag, der muliggør butikker på mere end henholdsvis 1000 m² (udvalgswarebutikker) og 3000 m² (dagligvarebutikker), mødes med en indsigelse efter planlovens § 29, stk. 1.

Herfor taler også med betydelig vægt retshåndhævelsessenssyn.

Spørgsmålet i denne sag er derfor, om sagens faktiske omstændigheder giver grundlag for at fravige administrativ praksis.

For at fravige praksis taler, at bygherren var i god tro med hensyn til lovligheden af byggeriet, både i byggefasen og da byggeriet blev taget i brug. Omvendt er bygherrens gode tro efter nyere praksis ikke i sig selv til hinder for et krav om gennemførelse af fysisk



lovliggørelse, når det må antages, at han vil kunne kræve sig holdt skadesløs hos den myndighed, der har udstedt den ugyldige tilladelse.

For at fravige praksis taler endvidere, at et krav om fysisk lovliggørelse vil medføre et værdispild i størrelsesordenen kr. 3,5 - 4,5 mio. Selvom et hertil svarende tab formentlig ikke endeligt skal bæres af bygherren, men derimod af Ribe Kommune, er der dog tale om et samfundsmæssigt værdispild.

Hertil kommer, at værdispildet er af en størrelse, som er sammenligneligt med værdispildet i Holte Midtpunkt-sagen, hvor bygherren også var i god tro, hvorimod kommunen havde begået en langt mere åbenbar fejl.

Omvendt mener jeg ikke, at værdispildet i denne sag er så stort, at det er udelukket at gennemføre et krav om fysisk lovliggørelse. Dette skyldes især, at bygherrens tab som følge af gennemførelse af krav om fysisk lovliggørelse må forventes at kunne kræves erstattet af Ribe Kommune.

Det kan imidlertid ikke afvises, at en domstol i denne sag vil tillægge det vægt, at et krav om fysisk lovliggørelse angiveligt vil kunne opfyldes ved at opstille skillevægge af glas, der - som i storcentre - ikke vil indebære en markant fysisk adskillelse, jf. Søren Jensen, Rådgivende Ingeniørfirmas notat af 16. september 2005. Et krav om fysisk lovliggørelse vil derfor kunne blive betragtet som udtryk for unødigt formalisme, særligt henset til omkostningerne forbundet hermed.

Endelig indebærer Ribe Kommunes og Føtex A/S' anlæg af retssag mod Naturklagenævnet risiko for, at Naturklagenævnets bedømmelse af byggeriets lovlighed tilsidesættes. Sker dette, vil et effektueret krav om fysisk lovliggørelse utvivlsomt føre til, at et erstatningskrav rettes mod ministeriet.

Det er sammenfattende min opfattelse, at en indsigelse fra ministeriets side ikke er retligt udelukket som følge af det i denne sag opgjorte værdispild eller øvrige hensyn, der taler imod fysisk lovliggørelse. Omvendt vil ministeriet sagligt kunne begrunde en beslutning om - ud fra en samlet afvejning - at fravige sin administrative praksis ved ikke at gøre indsigelse mod det foreliggende planforslag.



Det ligger således inden for rammerne af ministeriets beføjelse i medfør af § 29, stk. 1, at fremsætte indsigelse eller lade være.

---o0o---

Såfremt ministeriet har supplerende spørgsmål, står jeg naturligvis til rådighed, evt. ved et møde.

Med venlig hilsen

K. Hagel-Sørensen

Kammeradvokat