

## Rettevejledning til AO om Lilleskolen

### 1. Formelle mangler ved kommunens afgørelse

#### 1.1. Myndighedsinhabilitet

Storborg Kommune er både ansøger og kompetent myndighed efter byggeloven. Der foreligger derfor myndighedsinhabilitet. Det er ikke relevant at overveje substitution, da der er tale om en afgørelse, der kræver lokalkendskab, og som skal afgøres af de lokalt valgte kommunalpolitikere. Myndighedsinhabilitet må dog forventes at få betydning for prøvelsesintensiteten.

Se hertil SB s. 112 ff. (specielt s. 113 og s. 116 f.)

#### 1.2. Nabohøring

Der er tale om et byggeri i fire etager, der forudsætter en bebyggelsesprocent på 180 mod normalt 45. I forvejen er grunden ubebygget (en park). Det er derfor vanskeligt at hævde, at meddelelse af dispensation vil være uden større betydning for naboerne. Det er i øvrigt ikke afgørende, om naboerne er døve eller blinde, eller om det efterfølgende viser sig, at de ser positivt på byggeriet. Der skulle derfor være foretaget nabohøring efter byggelovens § 22, stk. 2. I øvrigt må AA antages at have en væsentlig og individuel interesse i byggeriet, og han skulle derfor også have været partshørt, jf. FVL § 19, stk. 1.

Den manglende høring må anses for en væsentlig retlig mangel, der kan føre til, at byggetilladelsen er ulovlig. Om den også er ugyldig, må bl.a. bero på, om byggeriet er opført, når der tages stilling til gyldigheden af tilladelsen. På det tidspunkt, hvor AA kontakter advokaten, er tilladelsen meddelt kort forinden. Det må derfor antages, at tilladelsen er ugyldig.

Se hertil SB s. 186 ff. (specielt s. 190), s. 196 ff. og s. 359 ff.

#### 1.3. Begrundelse

Da AA som anført under 1.2 må antages at være part, skulle afgørelsen have indeholdt en begrundelse, jf. FVL § 22, som levede op til kravene i FVL § 24. I den indstilling om dispensation, som kommunalbestyrelsen vedtog, er der ingen henvisning til de konkrete retsregler i bygningsreglementer, som der dispenseres fra, eller til byggelovens § 22. Der mangler også en angivelse af de hovedhensyn, som har været bestemmende for afgørelsen. Endelig er det diskutabelt, om der er redegjort tilstrækkeligt for de faktuelle forhold. Der kan argumenteres for, at det ikke er tilstrækkeligt at henvise til en projektbeskrivelse, som parten ikke kender. Omvendt er der ikke tvivl om sagens faktiske omstændigheder.

Den manglende begrundelse taler – sammenholdt med den manglende partshøring og undladt pligtmæssigt skøn – for, at afgørelsen bør annulleres.

Se hertil SB s. 302 ff., (specielt s. 308 ff.) og s. 368 ff.

#### 1.4. Klagevejledning

Der skulle have været givet klagevejledning, jf. byggelovens § 24, stk. 2, og jf. FVL § 25. Den manglende klagevejledning får betydning for klagefristen, jf. nedenfor under pkt. 4.

Se hertil SB s. 319 ff., og s. 372 f.

#### 2. Materielle mangler ved kommunens afgørelse

Efter byggelovens § 22 kan dispensation meddeles, ”når det skønnes foreneligt med de hensyn, som ligger til grund for de pågældende bestemmelser.” Der er intet, der tyder på, at kommunen har foretaget en sådan vurdering. Det er en retlig mangel. Om man vil betegne det som en hjemmelsmangel eller en mangel ved udøvelsen af skønnet efter § 22 er ikke afgørende. Det vil være mest korrekt at anføre, at der ikke er udøvet et pligtmæssigt skøn.

Der er tale om en væsentlig retlig mangel, idet der helt mangler en vurdering af, om der er grundlag for at meddele dispensation. For så vidt angår tertiære momenter kan der henvises til det under 1.2 anførte. Konklusionen bør være, at afgørelsen er ugyldig.

Det kan tænkes, at der er studerende, som vil overveje, om der foreligger finansiel magtfordrejning som følge af, at kommunens beslutning om at flytte skolen bl.a. er økonomisk motiveret. Dette er dog ikke i sig selv ulovligt (tværtimod). Derimod ville det være ulovligt, hvis dette var afgørende for, om der blev givet dispensation. Da der slet ikke er foretaget en konkret vurdering af, om der burde dispenseres, er der imidlertid ikke grundlag for at fastslå, at der er lagt vægt på usaglige hensyn.

Se hertil AE s. 237 f., s. 271 ff., s. 436 ff., og s. 446.

#### 3. Ministeriets behandling af sagen

Ministeriet skulle have videresendt e-mailen til Statsforvaltningen, jf. FVL § 7, stk. 2. Det fremgår således af e-mailen sammenholdt med den vedhæftede tilladelse, at der er tale om en klage over tilladelsen.

Se hertil SB s. 143 f.

#### 4. Prøvelsesinstanser

Kommunens afgørelse kan påklages til Statsforvaltningen, jf. byggelovens § 23. Klagefristen efter byggelovens § 24 er suspenderet, da kommunen ikke har givet AA klagevejledning (jf. pkt. 1.4).

Statsforvaltningen kan – af samme grund – ikke behandle sagen som tilsynsmyndighed efter KSL, jf. KSL § 48, stk. 3.

Klima-, energi- og bygningsministeren har ingen overunderordningsbeføjelser i forhold til kommunen, men kan alene udtale sig vejledende, jf. KSL § 63 a. Der er ikke rekurs til ministeriet, jf. byggelovens § 23, stk. 2.

Klage til Folketingets Ombudsmand forudsætter udnyttelse af rekurs, jf. OMBL § 14. AA må derfor først klage til Statsforvaltningen.

AA kan anlægge sag ved domstolene. Der er ikke i byggeloven krav om rekursudnyttelse. (På det tidspunkt, hvor han henvender sig til advokaten, er søgsmålsfristen endvidere ikke udløbet, men det skal den studerende ikke omtale, da reglen om søgsmålsfrist ikke er medtaget i uddraget af byggeloven).

Det må forventes, at Statsforvaltningen – og domstolene, hvis AA anlægger sag – vil tage stilling til de beskrevne retlige mangler med hensyn til partshøring, manglende begrundelse og pligtmæssigt skøn og annullere tilladelsen.

Det bemærkes, at det forhold, at der foreligger myndighedsinhabilitet, må forventes at føre til, at prøvelsesintensiteten øges.

Se hertil AE s. 318 f., og s. 469 f., SB. S. 116 f., og KR s. 73 f. og s. 85 f.

#### 5. Andre problemstillinger: Svaret fra kommunen til AA

Kontoret for teknik og miljø har indhentet oplysninger om helbredsmæssige forhold fra socialforvaltningen. Den studerende bør konstatere, at dette som udgangspunkt er forbudt, jf. PDL § 7, stk. 1. Ingen af undtagelserne i stk. 2-8 kan anvendes. I øvrigt er der tale om oplysninger, som slet ikke er relevante for vurderingen af, om AA skal høres, eller for, om der skal meddeles dispensation. Det følger derfor også af PDL § 5, stk. 3, at behandlingen er ulovlig. Det må anses for en fejl, hvis den studerende (også) henviser til FVL § 28, stk. 1, da der ikke er tale om videregivelse til en anden myndighed.

Tonen i e-mailen er nedladende og således i strid med god forvaltningsskik.

Kommunen burde enten have genoptaget byggesagen på grund af de åbenbare mangler eller videresendt klagen til Statsforvaltningen.

Se hertil AE s. 477 f. og SB s. 143 f. og s. 156 ff. (specielt s. 158 og s. 160).

**Undersøgelsesprincippet:**

Før udstedelse af påbuddet til AA burde kommunen selv have undersøgt, om der solgtes væg til væg tæpper i forretningen. Virkningen af, at sagen ikke er tilstrækkeligt oplyst og undersøgt, før afgørelse træffes, er som hovedregel ugyldighed. Da AA indirekte selv erkender, at der også forhandles sådanne store tæpper, har manglen dog ikke konkret haft betydning, og virkningen er derfor næppe ugyldighed i det konkrete tilfælde.

Pensum: Sagsbehandling, 7. udg., s. 145 ff., s. 357 f.

**Partshøring:**

AA burde have været partshørt, før påbuddet blev udstedt, jf. forvaltningslovens § 19. Virkningen af manglende partshøring er som udgangspunkt ugyldighed, men da manglen i det konkrete tilfælde ikke har haft betydning, jf. ovenfor om brud på undersøgelsesprincippet, bliver der næppe tale om ugyldighed.

Pensum: Sagsbehandling, 7. udg., s. 198 ff., s. 359 ff.

**Klagevejledning:**

Påbuddet burde have været ledsaget af en klagevejledning, jf. forvaltningslovens § 25. Virkningen af, at klagevejledningspligten er tilsidesat, er suspension af klagefristen.

Pensum: Sagsbehandling, 7. udg. s. 319 f., s. 372 f.

**Fortolkning:**

Det skal diskuteres, hvorvidt en detailbutik i form af en tæppeforretning med væg til vægtæpper i bymidten, må antages at stride mod lokalplanens bestemmelse om, at detailbutikker med "særligt pladskrævende varer" eksempelvis biler eller køkkener skal placeres uden for centrum. Resultatet er ikke afgørende. Det centrale er, at der argumenteres for dette.

Pensum: Forvaltningsret, Almindelige emner, 5. udg., s. 155 ff.

**Proportionalitet:**

Selvom der er den fornødne hjemmel til at meddele et påbud, skal påbuddet efter proportionalitetsprincippet være nødvendigt. Det er et plus, hvis det i opgaven diskuteres, hvorvidt kommunen kunne have nået målet gennem forhandlinger med AA. Opgavens oplysninger giver ikke et grundlag for at sige noget sikkert herom.

Pensum: Forvaltningsret, Almindelige emner, 5. udg., s. 264 ff.

## **Prøvelsesmuligheder:**

### *Rekurs til klagenævnet*

Efter de almindelige regler har et medlem af et kollegialt organ, som stemmes ned, ikke en væsentlig, individuel interesse i sagen og er derfor ikke klageberettiget. Hvis klagenævnet kunne have behandlet klagen, ville nævnet, hvis der foreligger fejlfortolkning, kunne have omgjort afgørelsen.

Pensum: Forvaltningsret, Almindelige emner, 5. udgave, s. 343, jf. s. 442 ff.

### *Indbringelse for kommunaltilsynet (statsforvaltningen)*

Tilsynsmyndigheden handler af egen drift, jf. kommunestyrelseslovens § 48 a, og der foreligger således ikke en egentlig klageret. Men tilsynsmyndigheden kan ikke se bort fra relevante henvendelser, f.eks. fra et mindretal i en kommunalbestyrelse. Tilsynsmyndigheden vil have pligt til at foretage en nærmere undersøgelse af sagen, hvis der foreligger oplysninger, som giver grund til at antage, at der er en vis sandsynlighed for en ulovlighed, som ikke er bagatelagtig. Mindretallet vil altså efter omstændighederne kunne få tilsynsmyndigheden til at se på sagen. Med hensyn til tilsynsmyndighedens sanktionsmuligheder er beslutningen bragt til udførelse, og annullation er udelukket efter kommunestyrelseslovens § 50 a, stk. 1, 3. pkt. Det kan i øvrigt også diskuteres, om ulovligheden havde den fornødne klarhed. Kommunen har efter det oplyste ikke lidt noget tab, og der er derfor heller ikke grundlag for at anlægge erstatningssag efter kommunestyrelseslovens § 50 c.

Der vil efter omstændighederne, jf. bl.a. ovenfor om klarhedskravet, kunne blive tale om at pålægge de kommunalbestyrelsesmedlemmer, der stemte for at ophæve påbuddet, tvangsbøder, jf. kommunestyrelseslovens § 50 b, stk. 1. Det kan også diskuteres, om der er grundlag for bødestraf efter kommunestyrelseslovens § 61. Hertil kræves, at der er tale om en grov pligttilsidesættelse. Normalt kan kommunalbestyrelsesmedlemmerne ansvarsfrit gå imod en indstilling fra forvaltningen. Dette gælder dog ikke, hvis de indså eller burde have indset, at lovgivningen herved ville blive tilsidesat. Det forhold, at den af kommunen indhentede eksterne juridiske vurdering kom til samme resultat som kommunens jurister, nemlig at tæppeforretningen var stridende mod lokalplanen, taler i skærpende retning. Det er dog mest nærliggende at nå frem til, at der ikke er grundlag for straf.

Pensum: Kommunalret, 3. udg., s. 87, s. 98 ff., s. 107 ff., s. 113 ff., s. 119, s. 127 f.

### *Folketingets Ombudsmand*

Klage til ombudsmanden kan indgives af enhver, jf. ombudsmandslovens § 13, stk. 1, men der eksisterer ikke en klageret, jf. ombudsmandslovens § 16, stk. 1. Det er forudsat, at ombudsmandens ressourcer skal anvendes til behandling af klager fra den enkelte borger over en offentlig myndighed. Ud fra dette synspunkt kan ombudsmanden vælge at afvise en klage fra det nedstemte mindretal. Endvidere vil ombudsmanden som udgangspunkt involvere den kommunale tilsynsmyndighed, før han tager stilling. Ombudsmanden kan ikke omgøre afgørelsen, men alene udtale sig, jf. ombudsmandslovens § 22.

Pensum: Forvaltningsret, Almindelige emner, 5. udg., s. 469, s. 488 f.