



Notat

Orientering til Teknik- og Miljøudvalget

Vedrørende udvidet udgave af Hortens´s notat om konsekvenser af opsættende virkning i to klagesager om Vejlands Kvarter/Fælledby samt notat fra professorer Ellen Margrethe Basse og Peter Pagh med Hortens´s kommentarer hertil

Københavns Kommune, Teknik- og Miljøforvaltningen bad 8. juli 2021 sin eksterne juridiske rådgiver, Horten om at udarbejde et notat, der beskriver de konsekvenser, som Miljø- og Fødevareklagenævnets afgørelse af 7. juli 2021 har for kommunens sagsbehandling vedrørende byudviklingsprojektet, kaldet Vejlands Kvarter, nu Fælledby.

Efterfølgende har forvaltningen bedt Horten udvide notatet, så det også omfatter en vurdering af Planklagenævnets afgørelse af s.d. Det udvidede notat af 5. august 2021 er vedlagt som bilag 1.

I det udvidede notat fastholder Horten sine hovedkonklusioner fra det første notat. Afsnit 2 fra notatet, "Opsummering", er vedlagt som selvstændigt bilag 2.

Horten fremhæver i det udvidede notat, at afgørelserne fra de to nævn indeholder en række uklarheder i deres begrundelser samt i forhold til rækkevidden af den opsættende virkning, herunder i forhold til spørgsmålet, om den opsættende virkning alene omfatter "det berørte område" eller hele projektområdet. Teknik- og Miljøforvaltningen har vedvarende været opmærksom på at forholde sig til og have en kvalificeret holdning til nævnsafgørelserne på dette punkt, ligesom disse forhold er indgående drøftet med Horten. På denne baggrund er der udarbejdet og vedlagt et forvaltningsnotat (bilag 1a) til Hortens´s notat, hvor "det berørte område" er nærmere beskrevet.

D. 5. august blev der afholdt møde mellem Teknik- og Miljøborgmester Ninna Hedeager Olsen, professor dr. Jur Ellen Margrethe Basse og professor dr. Jur Peter Pagh. På mødet udleverede professorerne et notat "Notat af 5. august 2021 vedrørende den retlige situation ift. aktiviteter til realisering af projektet Fælledby P/S." Notatet er vedlagt som bilag 3.

06-08-2021

Sagsnummer i F2
2021 - 3753

Dokumentnummer i F2
214356

Sagsnummer i eDoc
2021-0250551

Sagsbehandler
Esben Richardt Olsen

Bygge-, Parkerings- og
Miljømyndighed
Njalsgade 13
2300 København S

EAN-nummer
5798009809452

Da professorerne i notatet forholder sig til Hortens juridiske vurderinger og finder, at Horten er i en retsvildfarelse om det relevante regelsæt og kommunens handlerum, har forvaltningen bedt Horten forholde sig særskilt hertil. Hortens bemærkninger udgør et juridisk modsvar og er vedlagt som bilag 4.

Det fremgår af modsvaret, at Horten ikke finder anledning til at ændre sine vurderinger i sagen, men fastholder sine konklusioner i notat af 12. juli 2021 og det senere udvidede notat, der tillige inddrager Planklagenævnets afgørelse om opsættende virkning, jf. bilag 2.

Notaterne sendes til Miljø- og Fødevarerklagenævnet og Planklagenævnet.

Jørgen Lund Madsen

Enhedschef Vand og VVM

Københavns Kommune
Teknik- og Miljøforvaltningen
Bygge- Parkerings- og Miljømyndighed
Njalsgade 13, 2. sal
2300 København S

KONSEKVENSER AF OPSÆTTENDE VIRKNING I TO KLAGESAGER OM VEJLANDS KVARTER

1. INDLEDNING OG OPDRAG

Københavns Kommune bad 8. juli 2021 Horten om at udarbejde et notat, der beskriver de konsekvenser, som Miljø- og Fødevareklagenævnets afgørelse af 7. juli 2021 har for kommunens sagsbehandling vedrørende byudviklingsprojektet, kaldet "Vejlands Kvarter".

Notatet skulle dels fokusere på afgørelsens konsekvenser for allerede meddelte tilladelser mv., dels på konsekvenserne for Københavns Kommunes behandling af eventuelle nye ansøgninger vedrørende projektet.

Desuden skulle det vurderes, om Miljø- og Fødevareklagenævnets afgørelse giver Københavns Kommune mulighed for at meddele standsningspåbud til bygherren.

Til besvarelse af ovenstående udarbejdede Horten notat af 12. juli 2021. Dette notat behandler – efter aftale med Københavns Kommune – alene konsekvenserne af Miljø- og Fødevareklagenævnets afgørelse af 7. juli 2021 om opsættende virkning af klage over § 25-tilladelse til byudviklingsprojektet.

Københavns Kommune har efterfølgende bedt Horten om at udarbejde et supplerende notat, der tillige indeholder en beskrivelse af konsekvenserne af, at Planklagenævnet samme dato, 7. juli 2021, traf en afgørelse om opsættende virkning af klage over Københavns Kommunes endelige vedtagelse af kommuneplantillæg nr. 4 og lokalplan nr. 599 med tilhørende miljørapport.

Dette supplement er i nærværende notat indarbejdet som en integreret bestanddel af Hortens notat af 12. juli 2021.

Afsnit 1 i dette notat indeholder indledende bemærkninger og en beskrivelse af Hortens opdrag.

I afsnit 2 følger en opsummering af notatets indhold og konklusioner.

I afsnit 3 følger en status på nedrivnings-, forsynings- og anlægsarbejdet i Vejlands Kvarter, herunder et overblik over de af Københavns Kommune meddelte tilladelser til udviklingsprojektet.

I notatets afsnit 4.1 behandles Miljø-og Fødevareklagenævnets afgørelse af 7. juli 2021, mens Planklagenævnets afgørelse af 7. juli 2021 behandles i notatets afsnit 4.2.

Såvel notatet af 12. juli 2021 som dette udvidede notat er baseret på, at Københavns Kommune har en kvalificeret holdning til og vurdering af, hvad man kan kalde "**det berørte område**"; det vil sige det område, der af Københavns Kommune vurderes at være omfattet af de to nævnsafgørelser, dels fremadrettet, dels i forhold til allerede meddelte tilladelser. Københavns Kommunes kvalificering og vurdering af "det berørte område" er nærmere beskrevet i afsnit 5.

Notatets afsnit 6.1 indeholder en redegørelse for virkningen af en afgørelse om opsættende virkning. Retsvirkningerne af nævnsafgørelserne i forhold til allerede meddelte tilladelser er beskrevet i afsnit 6.2, mens den fremadrettede virkning af nævnsafgørelserne er beskrevet i afsnit 6.3

Afsnit 7 indeholder en vurdering af Københavns Kommunes indgrebsmuligheder, herunder kommunens adgang til at meddele standsningspåbud og tilbagekalde allerede meddelte tilladelser.

Notatet følger således nedenstående disposition

1. Indledning og opdrag
2. Opsummering
3. Status på nedrivnings-, forsynings- og anlægsarbejdet
4. Nævnsafgørelser vedrørende Vejlands Kvarter
5. Københavns Kommunes kvalificering og vurdering af "det berørte område" i nævnenes afgørelser
6. Konsekvenser af nævnsafgørelserne om opsættende virkning
7. Københavns Kommunes håndhævelses- og tilbagekaldelsesmuligheder.

2. OPSUMMERING

Miljø-og Fødevareklagenævnet og Planklagenævnet har 7. juli 2021 truffet afgørelser om at tillægge klagerne over henholdsvis den af Københavns Kommune meddelte § 25-tilladelse og Københavns Kommunes endelige vedtagelse af kommuneplantillægget og lokalplanen opsættende virkning.

Opsættende virkning er et foreløbigt retsmiddel, der indebærer, at indgivelse af klage sætter forholdene midlertidigt i bero, indtil klageinstansen har truffet endelig afgørelse i klagesagen. En afgørelse om at tillægge en klage opsættende virkning indebærer således ikke, at klageinstansen har truffet endelig afgørelse i forhold til de spørgsmål, der er rejst i klagesagen. Miljø- og Fødevareklagenævnet har således ikke på nuværende tidspunkt fastslået, om den meddelte § 25-tilladelse er ulovlig, ligesom Planklagenævnet ikke på nuværende tidspunkt har underkendt kommuneplantillægget og/eller lokalplanen.

Afgørelserne fra de to nævn indeholder imidlertid en række uklarheder i forhold til rækkevidden af den opsættende virkning, herunder i forhold til spørgsmålet, om den opsættende virkning alene omfatter "*det berørte område*" eller hele projektområdet.

Det er Hortens generelle vurdering, at det ikke er Københavns Kommunes opgave hverken at fortolke (hverken udvidende eller indskrænkende eller i forhold til et formål) eller eksekvere nævnens beslutninger om opsættende virkning. Nævnene har selv og bør fastholdes i at have ansvaret for, hvordan nævnene har formuleret sine afgørelser.

Københavns Kommune har opfordret bygherren til at henvende sig til nævnene med henblik på dels at få uddybet afgørelserne, dels om muligt at få udvirket konkrete påbud om standsning fra nævnene, som nævnene har lovhjemmel til at udstede, men som endnu ikke er udstedt.

I sin vurdering af konsekvenserne af nævnsafgørelserne har Horten sondret mellem nye ansøgninger om tilladelser og allerede meddelte tilladelser (herunder § 8-tilladelsen efter jordforureningsloven, kapitel 5-godkendelsen efter miljøbeskyttelsesloven, den midlertidige tilslutningstilladelse efter miljøbeskyttelsesloven og nedrivningstilladelsen efter byggeloven) således:

- Hvis der indkommer nye ansøgninger om tilladelse inden for byudviklingsprojektet, skal Københavns Kommune konkret vurdere, om enten kommuneplantillægget, lokalplanen og/eller § 25-tilladelsen – der ikke må udnyttes, før klagenævnets endelige afgørelse foreligger – har eller kan have betydning for det, der ansøges om.
- Hvis svaret herpå er bekræftende, anbefaler Horten, at Københavns Kommune sætter sagsbehandlingen af den nye ansøgning i bero i afventning af Miljø- og Fødevareklagenævnets og Planklagenævnets endelige afgørelse i klagesagerne.
- Det er Hortens vurdering, at allerede meddelte tilladelser som udgangspunkt kan udnyttes uden begrænsninger, idet en afgørelse om opsættende virkning kun gælder den konkret anfægtede afgørelse (§ 25-tilladelsen, kommuneplantillægget og lokalplanen) og ikke berører afledte tilladelser eller tilknyttede afgørelser.

- Denne retstilstand følger såvel af de pågældende nævns afgrænsede kompetenceområder som af afgørelsernes konkrete indhold.
- Hvis Københavns Kommune i medfør af sin tilsynskompetence efter relevant lovgivning skal gribe ind over for fortsat udnyttelse af en allerede meddelt tilladelse gennem udstedelse af standsningspåbud, er det en forudsætning, at der konstateres et ulovligt forhold.

Det er Hortens vurdering, at der ikke i nævnsafgørelserne om opsættende virkning er taget stilling til, om § 25-tilladelsen, kommuneplantillægget eller lokalplanen er ulovlig. Forudsætningen for, at Københavns Kommune som tilsynsmyndighed efter miljøvurderingsloven og/eller planloven kan eller skal iværksætte en håndhævelse i form af standsningspåbud, er derfor ikke til stede.

Et indgreb fra Københavns Kommune med udgangspunkt i en tilsynsfunktion i forhold til nævnsafgørelserne om opsættende virkning vil derfor ikke alene have karakter af, men være en beslutning om tilbagekaldelse.

Det er på den baggrund Hortens vurdering, at der ikke er grundlag for at træffe afgørelse om hverken midlertidige eller permanente tilbagekaldelser af tilladelser mv., som er truffet efter anden lovgivning – uagtet at disse har haft en afledt basis i lokalplan, kommuneplantillæg og/eller § 25-tilladelsen, der er omfattet af nævnenes afgørelser om opsættende virkning.

På baggrund af Københavns Kommunes konkrete vurdering af "*det berørte område*" er det desuden Hortens vurdering, at udnyttelsen af de allerede meddelte tilladelser ikke medfører et selvstændigt behov for at afværge en skade på en interesse, som afgørelserne om tildeling af opsættende virkning tilsigter at beskytte.

På det foreliggende grundlag kan midlertidig eller permanent tilbagekaldelse derfor ikke anses for at være nødvendig i forhold til beskyttelsen af de interesser, som den opsættende virkning har til formål at beskytte.

Samlet set findes der således ikke grundlag for hverken Københavns Kommune som tilsynsmyndighed at udstede et standsningsforbud eller som tilladelsesmyndighed at tilbagekalde tilladelserne.

3. STATUS PÅ NEDRIVNINGS-, FORSYNINGS- OG ANLÆGSARBEJDET

3.1 Allerede meddelte tilladelser og godkendelser

Efter det for Horten oplyste, har Københavns Kommune 7. juli 2021 allerede meddelt følgende tilladelser mv. til byudviklingsprojektet:

- 1) Lokalplan nr. 599 – påklaget, tillagt opsættende virkning
- 2) Kommuneplantillæg nr. 4 – påklaget, tillagt opsættende virkning
- 3) § 25-tilladelse (VVM-tilladelse) efter miljøvurderingsloven til etablering og drift af byudviklingen – påklaget, tillagt opsættende virkning

- 4) § 8-tilladelse efter jordforureningsloven til grave- og anlægsarbejde i forbindelse med modningsarbejder – kan ikke påklages
- 5) Kap. 5-godkendelse efter miljøbeskyttelsesloven til terrænregulering – ikke påklaget
- 6) Midlertidig tilslutningstilladelse efter miljøbeskyttelsesloven til afledning af spildevand til spildevandskloak – ikke påklaget
- 7) Nedrivningstilladelse efter byggeloven (til nedrivning af vandrehjemmet) – ikke påklaget.

Der er ikke meddelt byggetilladelser til projektet.

3.2 *Status på nedrivnings-, forsynings- og anlægsarbejdet i "det berørte område"*

Efter det for Horten oplyste fortsætter bygherren de nedrivnings-, forsynings- og anlægsarbejder, hvortil der før nævnets afgørelser om opsættende virkning lovligt er meddelt tilladelse, jf. ovenfor. De allerede meddelte tilladelser udnyttes således fortsat af bygherren.

Det bemærkes i den sammenhæng, at ingen af disse tilladelser efter Københavns Kommunes vurdering i sig selv eller samlet set påvirker "det berørte område", som beskrevet nærmere i afsnit 5.

Dette betyder, at arbejderne foregår modsat det kratområde, der har klagenævnets interesse, og hvor der ikke efter det for Horten oplyste kan ske nogen form for påvirkning af krattet.

4. **NÆVNSAFGØRELSE VEDRØRENDE VEJLANDS KVARTER**

4.1 *Miljø- og Fødevarerklagenævnets afgørelse af 7. juli 2021*

Københavns Kommune meddelte 11. februar 2021 § 25-tilladelse til etablering og drift af byudvikling på en del af Amager Fælled, kaldet "Vejlands Kvarter".

Ifølge tilladelsen skal anlæg og drift af den nye bydel med boliger, folkeskole, idrætshal og daginstitutioner ske inden for de fysiske og miljømæssige rammer, som fremgår af miljøkonsekvensrapporten, og med de afværgetiltag, der er indbygget i projektet.

Tilladelsen blev meddelt på ni nærmere beskrevne vilkår om natur, overfladevand og trafik.

Tilladelsen blev påklaget rettidigt til Miljø- og Fødevarerklagenævnet, som 7. juli 2021 traf afgørelse om undtagelsesvist og på et foreløbigt grundlag at tillægge klagen opsættende virkning.

Der ses at være to hovedbegrundelser for, at klagen tillægges opsættende virkning. Med henvisning til fire af tilladelsens vilkår om naturforhold sammenholdt med miljøkonsekvensrapporten finder nævnet, dels at en gennemførelse af projektet kan beskadige eller ødelægge yngle- eller rasteområder for dyrearter, der

er optaget i habitatdirektivets bilag IV, litra a, dels at det indgår i nævnets vurdering, at der er en vis sandsynlighed for, at en eventuel skade på den økologiske funktionalitet af rasteområder for stor vandsalamander vil være uoprettelig.

Det fremgår videre af afgørelsen, at nævnet under sin senere prøvelse af tilladelsen vil tage endelig stilling til de fremførte klagepunkter.

4.2 *Planklagenævnets afgørelse af 7. juli 2021*

Københavns Kommune vedtog 4. februar 2021 kommuneplantillæg nr. 4 og lokalplan nr. 599, Vejlands Kvarter, med tilhørende miljørapport.

Lokalplanen omfatter et areal, der ligger umiddelbart nord for Vejlands Allé og er en del af Amager Fælled. Lokalplanen muliggør Vejlands Kvarteret – en bydel på 219.000 m² med bl.a. boliger, dagligvarebutikker, institution og skole.

Kommuneplantillægget tilvejebringer grundlaget for at kunne lokalplanlægge for lokale butikker i Vejlands Kvarter og for at kunne lokalplanlægge for en mere varieret by end muliggjort med den hidtidige kommuneplanramme.

Der er udarbejdet en miljørapport for lokalplanen og kommuneplantillægget i henhold til miljøvurderingsloven. Miljørapporten har til formål at vurdere, hvordan den fremtidige anvendelse, som forslag til lokalplan og kommuneplantillæg muliggør, vil påvirke miljøet.

Af miljørapporten, side 13, fremgår, at undersøgelser af forekomsten af bilag IV-arter i lokalplanområdet og nærområdet konkluderer, at krattet i lokalplanområdet mod nordøst fungerer som rasteområde for stor vandsalamander.

Det følger af lokalplanens § 6, stk. 2, at bebyggelse skal placeres inden for byggefeltene, som vist på lokalplanens tegning 5a. Som det fremgår af tegning 5a, vil en del af bebyggelsen blive placeret i kratområdet i lokalplanområdets nordøstlige hjørne, som fungerer som rasteområde for stor vandsalamander.

Det vurderes dog i miljørapporten, side 14, at lokalplanen med gennemførelse af afværgeforanstaltninger ikke vil påvirke områdets økologiske funktionalitet for bilag IV-arterne stor vandsalamander og spidssnudet frø, herunder deres yngle- og rasteområder. Påvirkningen af bilag IV-arter vurderes således at være ubetydelig ved gennemførelse af de nødvendige afbødende foranstaltninger.

Kommuneplantillæg nr. 4 og lokalplan nr. 599 med tilhørende miljørapport blev påklaget rettidigt til Planklagenævnet, som 7. juli 2021 traf afgørelse om undtagelsesvist og på et foreløbigt grundlag at tillægge klagen opsættende virkning. Dette betyder, som anført af Planklagenævnet på side 5, at "(...) lokalplanen og kommuneplantillægget ikke må udnyttes, mens klagesagen verserer."

Baggrunden for at tillægge klagen opsættende virkning er, dels at det ikke med tilstrækkelig sikkerhed kan afvises, at reglerne om beskyttelse af yngle- og ra-

steområder for bilag IV-dyrearter ikke er overtrådt, dels at der er en vis sandsynlighed for, at en eventuel skade på den økologiske funktionalitet af rasteområder for stor vandsalamander vil være uoprettelig, og dels at det vil være vanskeligt at gennemføre en fysisk lovliggørelse, hvis klagerne under klagesagen senere skulle få medhold.

Det fremgår videre af afgørelsen, at Planklagenævnet under sin senere prøvelse af tilladelsen vil tage endelig stilling til de fremførte klagepunkter.

5. **KØBENHAVNS KOMMUNES KVALIFICERING OG VURDERING AF "DET BERØRTE OMRÅDE" I NÆVNEENS AFGØRELSER**

Hortens notat af 12. juli 2021 såvel som dette notat er baseret på, at Københavns Kommune har en kvalificeret holdning til og vurdering af, hvad man kan kalde "**det berørte område**", hvorved forstås det geografiske areal, der af Københavns Kommune vurderes at være omfattet af de to nævnsafgørelser, dels fremadrettet, dels i forhold til allerede meddelte tilladelser.

Som tilladelsesmyndighed og som tilsynsmyndighed har Københavns Kommune vedvarende anset det for sin opgave at kvalificere, hvad og hvilke områder der efter Københavns Kommunes vurdering er omfattet af "**det berørte område**" i de to nævnsafgørelser med henblik på at medvirke til at påse, at nævnenes begrundelser for at tillægge klagerne opsættende virkning ikke udfordres eller tilsidesættes – eller bliver udsat for en risiko herfor – ved en fortsat udnyttelse af de fire allerede meddelte tilladelser.

I dette afsnit ses nærmere på de begrundelser, som nævnene er kommet med, og nogle fysisk/faktiske forhold, som Københavns Kommune har forholdt sig til ud fra biologiske og naturvidenskabelige kompetencer og vurderinger med de to førnævnte formål for øje: at forholde sig til betydningen af nævnenes afgørelser om opsættende virkning i forhold til allerede meddelte tilladelser og i forhold til kommunens rolle som tilsynsmyndighed.

Det bemærkes, at begrundelserne i nævnsafgørelserne i deres indhold er uklare med hensyn til bl.a. hvilket afgrænset område og hvilke aktiviteter, der er relevante eventuelt at standse. Med udgangspunkt i en juridisk forståelse af formuleringen af de to nævnsafgørelser er nedenfor indsat kommentarer i kantet parentes til brug for den biologiske/naturvidenskabelige kvalificering af "**det berørte område**", som Københavns Kommune som nævnt ovenfor har foretaget.

"Planklagenævnet finder, at der i den aktuelle sag er forhold, der kan begrunde, at nævnet fraviger hovedreglen om, at en klage ikke har opsættende virkning.

*Planklagenævnet lægger således til grund, at der ved en realisering af bebyggelsen i lokalplanområdets nordøstlige hjørne **[Hortens kommentar: det er uklart, om nævnet hermed mener, at området kan nærmere afgrænses***

og/eller om Københavns Kommune bør gøre det i tillæg til, hvad Københavns Kommune allerede har gjort] vil ske en fjernelse af en del af det krat, der i dag fungerer som rasteområde for stor vandsalamander.

*Planklagenævnet finder, at de i lokalplanen fastsatte byggefelter dækker en ikke ubetydelig del af det område, som efter oplysningerne i miljørapporten fungerer som rasteområde for stor vandsalamander **[Hortens kommentar: mener nævnet det krat, som delvist fjernes?]**, og at byggefelterne indenfor rasteområdet i sig selv har en vis størrelse **[Hortens kommentar: nævnet anfører, at der er byggefelter i krat, som ikke fjernes, men det er uklart, hvor den oplysning stammer fra]**.*

*Det følger af habitatdirektivet og planhabitatbekendtgørelsen, at en plan ikke kan vedtages, hvis gennemførelsen heraf kan beskadige eller ødelægge yngle- eller rasteområder i det naturlige udbredelsesområde **[Hortens kommentar: Københavns Kommune har efter det oplyste foretaget denne geografiske afgrænsning af, om det er krattet eller et større område, som udgør "det nordøstlige hjørne"]** for de dyrearter, der er optaget i habitatdirektivets bilag IV, litra a.*

Det afgørende for vurderingen heraf er, om den økologiske funktionalitet af et yngle- eller rasteområde for bilag IV-arter opretholdes på mindst samme niveau som hidtil.

*Ud fra en foreløbig vurdering på det foreliggende grundlag, kan det efter nævnets opfattelse ikke med tilstrækkelig sikkerhed afvises, at reglerne om beskyttelse af yngle- og rasteområder for bilag IV-arter ikke er overtrådt i den konkrete sag. I tilfælde, hvor der sker en nedlæggelse af et rasteområde, må der således forudsættes nærmere oplysninger om beliggenhed, størrelse, kvalitet og funktion af de rasteområder som nedlægges **[Hortens kommentar: det er uklart, om nævnet mener krattet, der fjernes]** set i forhold til omkringliggende raste- og yngleområder **[Hortens kommentar: det er uklart, om nævnet mener det krat, der ikke fjernes eller et større område]**. Endvidere må der forudsættes en nærmere begrundelse for, hvordan de konkret fastsatte afværgeforanstaltninger effektivt kan sikre, at den økologiske funktionalitet opretholdes på mindst samme niveau som hidtil. Sådanne oplysninger og begrundelser fremgår ikke umiddelbart hverken af lokalplanredegørelsen eller miljørapporten.*

*Planklagenævnet finder på den baggrund, at der er en vis sandsynlighed for, at en realisering af planerne vil kunne medføre, at den økologiske funktionalitet af rasteområder for stor vandsalamander **[Hortens kommentar: det er uklart, om nævnet mener krattet som helhed eller dele af krattet, der fjernes, eller det nordøstlige område eller et større område]** vil lide uoprettelig skade. Hertil kommer, at det efter nævnets opfattelse vil være vanskeligt at gennemføre en fysisk lovliggørelse, såfremt klagerne senere måtte få medhold."*

"Miljø- og Fødevareklagenævnet finder, at der i den aktuelle sag er forhold, der kan begrunde, at nævnet fraviger hovedreglen om, at en klage ikke har opsættende virkning.

Efter habitatdirektivet kan et projekt ikke tillades, hvis gennemførelse af projektet kan beskadige eller ødelægge yngle- eller rasteområder i det naturlige udbredelsesområde for de dyrearter, der er optaget i habitatdirektivets bilag IV, litra a.

Miljø- og Fødevareklagenævnet konstaterer, at en del af krattet i den nordøstlige del af projektområdet, der fungerer som rasteområde for stor vandsalamander, skal fjernes i forbindelse med projektets gennemførelse. [Hortens kommentar: det er uklart, om Miljø- og Fødevareklagenævnet her refererer til samme eller et mindre område end i Planklagenævnets afgørelse].

I tilfælde, hvor der sker en nedlæggelse af et rasteområde, må der forudsættes nærmere oplysninger om beliggenhed, størrelse, kvalitet og funktion af de rasteområder, som nedlægges, set i forhold til omkringliggende raste- og yngleområder. Endvidere må der forudsættes en nærmere begrundelse for, hvordan de konkret fastsatte afværgeforanstaltninger effektivt kan sikre, at den økologiske funktionalitet opretholdes på mindst samme niveau som hidtil. Sådanne oplysninger og begrundelser fremgår ikke umiddelbart af miljøkonsekvensrapporten. Det ændrer ikke umiddelbart ved nævnets vurdering på det foreløbige grundlag, at Københavns Kommune i sine bemærkninger til klagen mere generelt anfører, at anlæggelsen af stendiger og kvasbunker må anses som sikre afværgeforanstaltninger, og at navnlig stendiget desuden har den fordel, at det er funktionelt umiddelbart efter etablering, og altså ikke kræver en "modningsperiode", før det bliver et funktionelt rastested for stor vandsalamander."

Med henblik på at have en kvalificeret holdning til "det berørte område" har Københavns Kommune bl.a. også på ovenstående baggrund vurderet de nævnte begrundelser for afgørelserne fra nævnene, herunder også de klagepunkter, der ikke er fremhævet som begrundelse for afgørelserne for opsættende virkning.

Som **bilag** til dette notat vedlægges således notat af 2. august 2021 fra Københavns Kommune "Notat - vurdering af kratarealet, og afgørelser om opsættende virkning, Vejlandskvarter".

6. KONSEKVENSER AF NÆVNSAFGØRELSENE OM OPSÆTTENDE VIRKNING

6.1 Generelt om opsættende virkning

Opsættende virkning er et foreløbigt retsmiddel, der indebærer, at indgivelse af klage sætter forholdene i bero, indtil klageinstansen har truffet endelig afgørelse i klagesagen. En afgørelse om opsættende virkning betyder således, at fx

en påklaget tilladelse ikke må udnyttes af adressaten, før der foreligger en afgørelse i klagesagen.

Miljøvurderingsloven og lov om planklagenævnet indeholder hjemmel til, at henholdsvis Miljø- og Fødevareklagenævnet og Planklagenævnet kan tillægge klager opsættende virkning.

Miljøvurderingslovens § 53, 1. pkt., om opsættende virkning har ordlyden: "*Ved rettidig klage efter § 49, stk. 1, kan Miljø- og Fødevareklagenævnet bestemme, at (...) en afgørelse om tilladelse efter § 25 ikke må udnyttes, (...).*" Miljø- og Fødevareklagenævnet har i klagesagen truffet afgørelse om opsættende virkning af klagen over § 25-tilladelsen efter denne bestemmelse i miljøvurderingsloven. Afgørelsen om opsættende virkning betyder, at § 25-tilladelsen ikke må udnyttes, før Miljø- og Fødevareklagenævnet har truffet endelig afgørelse i klagesagen.

Lov om planklagenævnet § 7, stk. 3, har ordlyden: "*Hvor særlige grunde taler derfor, kan Planklagenævnet bestemme, at en klage tillægges opsættende virkning.*" Planklagenævnet har i klagesagen truffet afgørelse om opsættende virkning af klagerne over Københavns Kommunes endelige vedtagelse af kommuneplantillægget og lokalplanen med tilhørende miljørapport efter denne bestemmelse. I Planklagenævnets afgørelse har nævnet desuden beskrevet, at afgørelsen om opsættende virkning betyder, "*(...) at lokalplanen og kommuneplantillægget ikke må udnyttes, mens klagesagen verserer.*"

En afgørelse om opsættende virkning er som nævnt alene et **foreløbigt** retsmiddel. Det betyder, at en afgørelse om opsættende virkning er af midlertidig karakter og vil blive efterfulgt af en realitetsbehandling af og endelige afgørelser af de spørgsmål, der er rejst i klagesagen.

De foreliggende nævnsafgørelser om opsættende virkning indebærer således **ikke** – og kan i sagens natur ikke indebære – at nævnene har truffet endelige afgørelser i klagesagerne.

Dette fremgår også eksplicit af både Planklagenævnets og Miljø- og Fødevareklagenævnets afgørelse.

Miljø- og Fødevareklagenævnet anfører på afgørelsens side 7: "*Miljø- og Fødevareklagenævnet vil under sin senere prøvelse af § 25-tilladelsen **tage endelig stilling** til de spørgsmål, der er rejst i klagen.*"

På samme måde anfører Planklagenævnet på afgørelsens side 5: "*Planklagenævnet vil senere tage stilling til de spørgsmål, der er rejst i klagen. Nævnet har **således ikke med denne afgørelse givet en forhåndstilkendegivelse i forhold til nævnets endelige afgørelse i sagen**.*"

Som det fremgår af ovenstående, har nævnene ikke truffet endelige afgørelser i klagesagerne. Miljø- og Fødevareklagenævnet har dermed ikke på nuværende tidspunkt fastslået, at § 25-tilladelsen er ulovlig, ligesom Planklagenævnet ikke

på nuværende tidspunkt, jf. kommentar ovenfor, har underkendt kommuneplamtillægget og/eller lokalplanen.

6.2 *Retsvirkningerne af nævnsafgørelserne i forhold til allerede meddelte tilladelser og godkendelser*

Det fremgår af Miljø- og Fødevareklagenævnets afgørelse af 7. juli 2021, at denne vedrører opsættende virkning af klage over § 25-tilladelse til etablering og drift af byudvikling i Vejlands Kvarter. På samme måde fremgår det af Planklagenævnets afgørelse af 7. juli 2021, at denne vedrører opsættende virkning af klage over Københavns Kommunes endelige vedtagelse af kommuneplamtillæg og lokalplan med tilhørende miljørapport.

Det er Hortens vurdering, at klagenævnets afgørelser vedrørende henholdsvis § 25-tilladelsen og plangrundlaget ikke automatisk vil have opsættende virkning i forhold til de øvrige tilladelser, der er meddelt – og er påbegyndt udnyttet.

Det er med andre ord Hortens vurdering, at Planklagenævnets afgørelse om opsættende virkning ikke retligt set berører de i afsnit 3.1 nævnte meddelte tilladelser, herunder § 8-tilladelsen efter jordforureningsloven, kapitel 5-godkendelsen efter miljøbeskyttelsesloven, den midlertidige tilslutningstilladelse efter miljøbeskyttelsesloven og nedrivningstilladelsen efter byggeloven, selvom disse afleder deres retlige fundament fra og forudsætter et uanfægteligt grundlag for plan- og miljøvurdering.

Baggrunden herfor er, at en afgørelse om opsættende virkning alene indebærer, at et nu anfægtet retligt fundament ikke kan understøtte afgørelser, som skal træffes fremadrettet, og indtil der foreligger en endelig afgørelse. Med andre ord har opsættende virkning ikke tilbagevirkende kraft på allerede meddelte tilladelser.

Idet de allerede meddelte tilladelser ikke er omfattet af nævnets afgørelser om opsættende virkning – eller deres kompetence – er disse øvrige tilladelser mv. fortsat lovlige og gyldige og kan udnyttes af bygherren.

Det fremgår imidlertid også af Miljø- og Fødevareklagenævnets afgørelse på side 6, at nævnet – men kun nævnet – efter miljøvurderingslovens § 53 kan påbyde iværksatte bygge- og anlægsarbejder standset, mens klagen over § 25-tilladelsen er tillagt opsættende virkning. Dette følger af miljøvurderingslovens § 53, 2. pkt., om opsættende virkning, der har ordlyden: "*Er et bygge- eller anlægsarbejde iværksat, kan Miljø- og Fødevareklagenævnet påbyde dette standset.*"

Adgangen til at standse et bygge- og anlægsarbejde, selvom § 25-tilladelsen ikke er underkendt – og muligvis heller ikke bliver det – er begrundet i de hensyn, miljøvurderingsloven skal varetage, og hvor bl.a. muligheden for eventuelt senere at kræve fysisk lovliggørelse vil kunne være forpasset eller vanskeliggjort.

Det bemærkes, at Miljø- og Fødevareklagenævnet efter det for Horten oplyste ikke har meddelt et sådant standsningspåbud.

Det fremgår tilsvarende af Planklagenævnets afgørelse, side 4, at nævnet i medfør af planklagebekendtgørelsens § 6 kan påbyde et bygge- eller anlægsarbejde standset, indtil nævnet har truffet sin afgørelse. Efter det for Horten oplyste har Planklagenævnet heller ikke meddelt et sådant standsningspåbud.

Selvom Udviklingselskabet Vejlands Kvarter også har modtaget klagenævnenes afgørelser, har Horten **anbefalet**, at Københavns Kommune som led i sin vejledningsforpligtelse sender en skriftlig henvendelse til udviklingselskabet og fremhæver, at klagenævnene i sine afgørelser nævner, at nævnene kan påbyde iværksætte bygge- og anlægsarbejder standset.

Københavns Kommune kan desuden overveje at foreslå udviklingselskabet, at der rettes henvendelse til Miljø- og Fødevareklagenævnet og Planklagenævnet for en nærmere afklaring af betydningen af denne oplysning i afgørelserne om opsættende virkning. Udviklingselskabet har på den baggrund rettet en sådan henvendelse til Planklagenævnet og Miljø- og Fødevareklagenævnet ved mail af 23. juli 2021.

6.3 *Retsvirkning af nævnsafgørelserne i forhold til nye ansøgninger*

For det tilfælde, at Københavns Kommune modtager nye ansøgninger vedrørende byudviklingsprojektet Vejlands Kvarter, skal det for hver enkelt ansøgning vurderes, om den suspenderede **§ 25-tilladelse** har eller kan have betydning for det, der ansøges om.

Hvis det på baggrund af en sådan vurdering må lægges til grund, at den suspenderede § 25-tilladelse har eller kan have betydning for det, der ansøges om, vil Københavns Kommune ikke være forpligtet til at færdigbehandle ansøgningen.

Det fremgår – som tidligere nævnt – af Planklagenævnets afgørelse, side 5, at "(...) lokalplanen og kommuneplantillægget ikke må udnyttes, mens klagesagen verserer." For det tilfælde, at Københavns Kommune modtager nye ansøgninger vedrørende byudviklingsprojektet Vejlands Kvarter, skal det således også for hver enkelt ansøgning vurderes, om **kommuneplantillægget eller lokalplanen** har eller kan have betydning for det, der ansøges om.

Hvis det ansøgte berører lokalplanen og/eller kommuneplantillægget, indebærer Planklagenævnets afgørelse om opsættende virkning, at Københavns Kommune ikke kan meddele tilladelse til det ansøgte, før klagesagen for Planklagenævnet er endeligt afgjort.

Det anbefales, at Københavns Kommune sætter sagsbehandlingen af nye ansøgninger vedrørende byudviklingsprojektet i bero i afventning af Miljø- og Fødevareklagenævnets og Planklagenævnets endelige afgørelser i klagesagerne for så vidt angår de forhold i ansøgningerne, hvor § 25-tilladelsen eller kommuneplantillægget og/eller lokalplanen har eller kan have betydning for behandlingen af de modtagne ansøgninger og dermed de eventuelle senere tilladelser.

Hvis Københavns Kommune måtte ønske at færdigbehandle ansøgningerne, vil sagsbehandlingen i en sådan situation skulle ende enten med et begrundet afslag for tiden, eller med en tilladelse, der angiver, at det er en forudsætning for tilladelsen og dens udnyttelse, at den suspenderede § 25-tilladelse, kommuneplantillægget og/eller lokalplanen ender med at blive opretholdt af Miljø- og Fødevareklagenævnet eller Planklagenævnet for så vidt angår alle de forhold, som har betydning for den pågældende ansøgning.

Uanset hvilken af disse to muligheder, Københavns Kommune måtte vælge, er begge muligheder forbundet med en sagsbehandling, som baserer sig på en uvished om udfaldet af nævnenes afgørelser i klagesagerne.

I begrundelsen for at tillægge klagen over § 25-tilladelsen opsættende virkning anfører Miljø- og Fødevareklagenævnet, at afgørelsen må træffes på baggrund af de oplysninger i sagen, som er umiddelbart tilgængelige. Planklagenævnet anfører tilsvarende, at afgørelsen om opsættende virkning af klagerne over kommuneplantillægget og lokalplanen træffes på et foreløbigt grundlag, og at en nøjere vurdering, herunder om der skal indhentes yderligere oplysninger, først sker i forbindelse med den senere realitetsbehandling.

Dette betyder, at nævnene ikke udelukker, at der kan være oplysninger, som ikke er umiddelbart tilgængelige (for nævnene), eller der kan fremkomme helt nye oplysninger. Denne del af begrundelsen i klagenævnenes afgørelser om opsættende virkning er den væsentligste baggrund for anbefalingen ovenfor.

6.4 *Hvornår træffer nævnene endelig afgørelse i klagesagerne?*

Det fremgår hverken af Miljø- og Fødevareklagenævnets eller af Planklagenævnets afgørelse om opsættende virkning, hvornår nævnene vil træffe endelige afgørelser i klagesagerne.

De to nævn har været ca. fire måneder om at træffe afgørelser om opsættende virkning af klage over § 25-tilladelsen samt klage over kommuneplantillæg nr. 4 og lokalplan nr. 599 med tilhørende miljørapport. Efter praksis kan klagesager efter miljøvurderingsloven og planloven tage op til flere år at få afgjort.

Samtidig anføres det i Miljø- og Fødevareklagenævnets afgørelse på side 6, at "*Hvis et bygge- eller anlægsarbejde er iværksat, kan nævnet påbyde arbejdet standset*", ligesom det i Planklagenævnets afgørelse, side 4, anføres, at "*Nævnet kan også påbyde et bygge- eller anlægsarbejde standset, indtil nævnet har truffet sin afgørelse, jf. § 6 i planklagebekendtgørelsen.*" Hverken Miljø- og Fødevareklagenævnet eller Planklagenævnet har – så vidt Horten er orienteret – udstedt et sådant standsningspåbud, jf. kommentar ovenfor.

Ud over at rejse de ovenfor nævnte spørgsmål om afgørelsens betydning for Københavns Kommunes sagsbehandling (afsnit 6.2. og afsnit 6.3.) har afgørelserne om den opsættende virkning af klagerne også betydning for bygherren (Udviklingselskabet Vejlands Kvarter), der er adressat for § 25-tilladelsen.

Med henblik på at fremme sagsbehandlingen i Miljø- og Fødevareklagenævnet har Horten anbefalet, at Københavns Kommune snarest og konkret kommenterer de fire vilkår om naturforhold, som ses at have ført til nævnets afgørelse om opsættende virkning af klagen. Af samme årsag har Horten anbefalet, at Københavns Kommune kommenterer på de forhold, der ses at have ført til Planklagenævnets afgørelse om opsættende virkning af klagen.

Københavns Kommune har således 26. juli 2021 tilskrevet de to nævn herom samtidig med, at Københavns Kommune har redegjort for kommunens forståelse af nævnenes afgørelser, dels som tilladelsesmyndighed, dels som tilsynsmyndighed. Herved har Planklagenævnet og Miljø- og Fødevareklagenævnet grundlag for selvstændigt at vurdere, om nævnene vil gøre brug af deres mulighed for at nedlægge standsningspåbud efter henholdsvis miljøvurderingslovens § 53 og planklagebekendtgørelsens § 6.

Videre foreslås det, at Københavns Kommune overvejer at anmode henholdsvis Miljø- og Fødevareklagenævnet og Planklagenævnet om at hastebehandle klagesagerne på grund af de mange konsekvenser af afgørelserne om opsættende virkning.

7. KØBENHAVNS KOMMUNES HÅNDHÆVELSES- OG TILBAGEKALDELSESMULIGHEDER

7.1 Københavns Kommunes adgang til at meddele standsningspåbud

Københavns Kommune har bedt Horten om at vurdere, om Københavns Kommune har mulighed for at meddele et påbud til bygherre om at standse bygge- og anlægsaktivitet i udviklingsprojektet. Meddelelse af standsningspåbud er alene relevant for så vidt angår igangværende bygge- og anlægsaktivitet i udviklingsprojektet og relaterer sig derfor til Københavns Kommunes håndhævelsesmuligheder, hvis bygherren udnytter allerede meddelte tilladelser.

Københavns Kommunes grundlag for at meddele et eventuelt standsningspåbud er kommunens beføjelser som tilsynsmyndighed. Som tilsynsmyndighed skal Københavns Kommune påse, at love og afgørelser efter lovene overholdes, og at påbud og forbud efterkommes. Hvis Københavns Kommune konstaterer et ulovligt forhold, skal det bringes til ophør, medmindre det er af underordnet betydning.

For så vidt angår **§ 25-tilladelsen** er Københavns Kommune tilsynsmyndighed efter § 46, stk. 1, jf. § 17, i miljøvurderingsloven. I henhold til § 46, stk. 4, i samme lov følger det imidlertid, at tilsynsmyndigheden kun skal foranledige forhold lovliggjort, hvis de er ulovlige og ikke af underordnet betydning.

For så vidt angår kommuneplantillægget og lokalplanen er Københavns Kommune tilsynsmyndighed efter planlovens § 51. Af planlovens § 51, stk. 3, fremgår imidlertid – ligesom i miljøvurderingsloven – at tilsynsmyndigheden kun skal foranledige forhold lovliggjort, hvis de er ulovlige og ikke af underordnet betydning.

Ovenstående betyder, at Københavns Kommune kun har mulighed for at håndhæve miljøvurderingsloven og planloven og dermed mulighed for at gribe ind over for et iværksat bygge- og anlægsarbejde, der er i strid med disse love, hvis bygge- og anlægsarbejdet er ulovligt. Et standsningspåbud fra København Kommunes side forudsætter således, at der konstateres et ulovligt forhold.

Klagenævnene har, som anført i afsnit 6.1, endnu ikke taget endelig stilling til, om § 25-tilladelsen, kommuneplantillægget og lokalplanen opretholdes helt, delvist eller slet ikke. Afgørelserne om opsættende virkning betyder alene, at § 25-tilladelsen samt kommuneplantillæg og lokalplan ikke kan udnyttes, før nævnenes endelige afgørelser foreligger, jf. afsnit 6.2 og 6.3.

Med afgørelserne om opsættende virkning fra Miljø- og Fødevareklagenævnet og Planklagenævnet er der således ikke taget stilling til, om § 25-tilladelsen, kommuneplantillægget eller lokalplanen er ulovlige. Forudsætningen for, at Københavns Kommune kan agere som tilsynsmyndighed efter miljøvurderingsloven og/eller planloven og iværksætte håndhævelse, er derfor ikke til stede.

I denne situation har lovgiver meddelt klagenævnene en særlig adgang til at meddele standsningspåbud i forhold til iværksat bygge- og anlægsaktivitet i § 53 i miljøvurderingsloven og § 6 i planklagebekendtgørelsen, også selvom det ikke er afgjort, om bygge- og anlægsaktiviteten er ugyldig.

Københavns Kommune vil som tilsynsmyndighed også kunne udstede et standsningspåbud, hvis der foreligger et selvstændigt behov for at afværge en skade på en interesse, som afgørelserne om tildeling af opsættende virkning tilsigter at beskytte. Udnyttelsen af allerede meddelte tilladelser må med andre ord ikke foregribe det resultat, nævnenes måtte komme frem til, vurderet i forhold til begrundelsen for den opsættende virkning. Hvis de interesser, som anføres i nævnenes begrundelser for tildeling af opsættende virkning, konkret vurderes at udsættes for eller blot kunne udsættes for risiko for skade, ses Københavns Kommune som tilsynsmyndighed at kunne meddele, at nævnenes afgørelser skal overholdes, hvilket betyder, at de konkrete aktiviteter skal indstilles.

Efter Københavns Kommunes forståelse og vurdering af de to nævnsafgørelser har der ikke ved udnyttelsen af de fire allerede meddelte tilladelser kunnet konstateres forhold, der kolliderer med de interesser, som de to nævnsafgørelser varetager ifølge begrundelserne i afgørelserne, og ej heller de øvrige klagepunkter. Københavns Kommune har vurderet, at ingen af de fire allerede meddelte afgørelser i) i sig selv eller samlet set påvirker den del af arealet, hvor der som anført i delafgørelserne vil kunne ske "*uoprettelig skade*" på levesteder, eller i øvrigt ii) påvirker stor vandsalamander.

På denne baggrund lægger Horten til grund, at bygherrens fortsatte udnyttelse af allerede meddelte tilladelser ikke medfører, at nævnsafgørelserne lider overlast, eller at der opstår irreversibilitet eller manglende mulighed for at kunne foretage fysisk lovliggørelse. Den omstændighed, at det ikke vil være irreversibelt at udnytte allerede meddelte tilladelser – i hvert fald ikke som udnyttelsen

efter det oplyste foregår og er foregået indtil nu – medfører efter Hortens vurdering, at der ikke er grundlag for, at Københavns Kommune som tilsynsmyndighed kan meddele standsningspåbud.

Det bemærkes i forlængelse af ovenstående, at Københavns Kommune som tilsynsmyndighed i medfør af Ankestyrelsens praksis inden for det kommunale tilsyn på miljøområdet er overladt vide skønsmæssige beføjelser i forhold til udøvelsen af tilsynet.

Det betyder også efter Ankestyrelsens praksis, at der ikke er fastsat nærmere retningslinjer for den kommunale tilsynsmyndigheds valg af håndhævelsesmidler i en given situation, og at det således er op til den enkelte kommunalbestyrelse selv at tilrettelægge sit tilsynsarbejde. Eventuelle håndhævelsesskridt skal dog under alle omstændigheder overholde almindelige forvaltningsretlige principper og grundsætninger, herunder proportionalitetsprincippet.

Hvis Københavns Kommune iværksætter håndhævelse over for bygherren i form af fx et standsningspåbud, uden at det fornødne juridiske hjemmelgrundlag er til stede, vil kommunen kunne pådrage sig et erstatningsansvar over for bygherren for det tab, som bygherren berettiget måtte lide som følge af påbudet.

Det forhold, at Københavns Kommunes afgørelser måtte blive påklaget og klagen tillagt opsættende virkning, er ikke i sig selv ansvarspådragende for kommunen, da ansøgeren har været bekendt med klagerisikoen. Modsat står det forhold, at Københavns Kommune uden tilstrækkeligt lovgrundlag udsteder standsningsforbud eller tilbagekalder en tilladelse

Det bemærkes afslutningsvist, at det som følge af den anførte vurdering ikke er fundet relevant at gennemføre en nærmere analyse af, om den udtrykkelige beføjelse, der er tillagt begge klagenævn til at meddele standsningspåbud, vil kunne anses for at indebære en sådan eksklusivitet, at Københavns Kommune allerede af denne grund er afskåret fra at træffe tilsvarende beslutninger.

7.2 *Københavns Kommunes adgang til at tilbagekalde allerede meddelte tilladelser*

Det kan desuden overvejes, om Københavns Kommune kan tilbagekalde de allerede meddelte tilladelser helt eller delvist. Tilbagekaldelse af tilladelser vil have samme virkning som et standsningspåbud og vil således indebære, at bygherren ikke lovligt kan fortsætte de pågældende igangværende aktiviteter.

En myndighed har efter en almindelig uskreven retsgrundsætning ret til under visse omstændigheder at tilbagekalde sine gyldige afgørelser. Hovedreglen er dog, at begunstigende forvaltningsakter – såsom en tilladelse, som af adressaten ønskes opretholdt – ikke uden videre kan tilbagekaldes, og at tilbagekaldelse dermed kræver en ganske særlig begrundelse. Hvorvidt der kan ske tilbagekaldelse af en gyldig afgørelse, beror på en afvejning af på den ene side hensynet til adressatens berettigede forventninger og på den anden side hensynet til de modstående – normalt offentlige – interesser i at få ophævet den oprindelige

afgørelse. Der henvises til Ankestyrelsens afgørelse af 15. august 2019 (J.nr. 2017-65896), der indeholder en beskrivelse af den almindelige uskrevne retsgrundsætning om tilbagekaldelse af begunstigende forvaltningsakter.

Tilbagekaldelse af gyldige tilladelser vil stort set undtagelsesfrit medføre erstatningsansvar. Hvis det viser sig, at tilbagekaldelsen var ubegrundet, kan Københavns Kommune således ifalde erstatningsansvar over for bygherren.

Hvis en begunstigende forvaltningsakt er ugyldig, skal denne som udgangspunkt annulleres (og ikke tilbagekaldes). Det bemærkes, at myndighederne også i tilfælde af annullation skal overveje, om der foreligger særlige omstændigheder, der taler imod annullation.

I det omfang, Københavns Kommune har begået fejl, som er ansvarspådragende, ved at udstede tilladelser, der senere underkendes som ulovlige, og som dermed skal annulleres, kan Københavns Kommune forpligtes til at erstatte bygherrens tab for de aktiviteter, bygherren har udført i tillid til afgørelsen.

I samme situation vil der ved udnyttelse af tilladelser, der viser sig ikke at være lovlige, kunne opstå et ansvar for Københavns Kommune i forhold til ødelæggelse af naturværdier. Det bemærkes, at erstatning alene kommer på tale i situationer, hvor der kan dokumenteres et økonomisk tab, som er lidt som følge af kommunens ansvarspådragende handlinger. Det er i denne sammenhæng i høj grad usikkert, hvem der skulle kunne hævde et økonomisk ansvar.

For så vidt angår bygherrens eventuelle tab bemærkes, at bygherren er bekendt med både klagesagerne og nævnenes afgørelser om opsættende virkning. Dertil kommer, at bygherren eksplicit er orienteret om, at bygherrens beslutning om at fortsætte byggeri/aktivitet sker for egen regning og risiko i enhver henseende, og at omkostninger til eventuel senere lovliggørelse ikke kan gøres gældende mod Københavns Kommune.

Horten, 5. august 2021



Henriette Soja



Notat

Notat - vurdering af kratarealet, og afgørelser om opsættende virkning, Vejlandskvarter

Klagenævnens afgørelser om opsættende virkning, lokalplan og VVM Vejlandskvarter

Det fremgår af afgørelse fra Miljø og Fødevarerklagenævnet af 7. juli 2021 at "Miljø- og Fødevarerklagenævnet konstaterer, at en del af krattet i den nordlige del af projektområdet, der fungerer som rasteområde for stor vandsalamander, skal fjernes i forbindelse med projektets gennemførelse". Af Afgørelse fra Planklagenævnet af 7. juli 2021 fremgår det, at "Planklagenævnet lægger således til grund, at der ved en realisering af bebyggelsen i lokalplanområdets nordøstlige hjørne vil ske en fjernelse af en del af det krat, der i dag fungerer som rasteområde for stor vandsalamander".

Projektområdet består af to delområder. Det nordøstlig krat udgør område B af det samlede projektområde. Det lysåbne område ved vandrehjemmet betegnes delområde A.

Forvaltningen vurderer, at ovennævnte afgørelser om opsættende virkning er truffet på baggrund af de naturtype karakteristiske forhold i delområde B, det nordøstlige kratareal, og forekomst af rastende stor vandsalamander i delområde B.

Delområde A

I forundersøgelse, der er foretaget af bygherres rådgivere (Rambøll 5. juni 2020) er det vurderet, at Delområde A er ubetydeligt som rasteområde for stor vandsalamander på baggrund af manglen af egnede strukturer, habitattypen og afstanden til de nærmeste ynglevandhuller. Rådgiver gør opmærksom på, at få individer raster inden for delområde A, men at dette vurderes at være uden betydning for bestanden, og at inddragelse af Delområde A ikke vil forringe området's økologiske funktionalitet for stor vandsalamander.

Delområde B

Delområde B (krattet) vurderes at være rasteområde for stor vandsalamander året rundt (Rambøll 5. juni 2020). Det fremgår af rådgivers notat, at såfremt kratarealet inddrages, da er det en

3. august 2021

Sagsnummer
2021-0248186

Dokumentnummer
2021-0248186-1

Bygge-, Parkerings- og
Miljømyndighed
Vand og VVM
Njalsgade 13
Postboks 380
2300 København S

EAN-nummer
5798009809452

forudsætning for opretholdelse af den økologiske funktionalitet, at de planlagte afværgetiltag gennemføres, samt at delområde B tømmes for padder.

De kendte rasteområder i krattet er kvasbunker, der stammer fra Københavns Kommunes slåning af invasive stauder, hvor de afslåede stængler efterlades i en stak. Der forekommer desuden grenbunker i krattet, der også vurderes at være egnede rastesteder. Sommerrast kan også forekomme under det tynde kvas i bunden af de tætte krat og må formodes, også at forekomme under foden af stående træer, under store grene, under fritliggende sten og i forladte musehuller.

Projektet har kortlagt antallet af kvas- og grenbunker i den berørte del af krattet, hvor der er fundet 10 kvasbunker (106 m²) og 5 grenbunker (6 m²) i den del af området, der berøres af projektet.

Disse oplysninger er inddraget ved bygherres planlægning af afværgeforanstaltninger og indfangning af padder. De planlagte afværgeforanstaltninger er således planlagt til at modsvare det arealmæssige og strukturelle tab af rasteområder i form af kvas- og grenbunker, der vil forekomme ved nedlæggelse af krattet.

Teknik- og Miljøforvaltningens vurdering

Teknik- og Miljøforvaltningen vurderer,

- At klagenævnets afgørelse om opsættende virkning har til formål at beskytte rastesteder for stor vandsalamander i et delområde af område B
- at det er vanskeligt at påvirke kratområdet uden at rasteområder i form af kvas- og grenbunker påvirkes. Det må derfor lægges til grund, at de områder som af nævnene udpeges som "en del af krattet" udgør hele den del af krattet, som er planlagt fjernet.

Jørgen Lund Madsen

Enhedschef - Vand og VVM

Afsnit 1 i dette notat indeholder indledende bemærkninger og en beskrivelse af Hortens opdrag.

I afsnit 2 følger en opsummering af notatets indhold og konklusioner.

I afsnit 3 følger en status på nedrivnings-, forsynings- og anlægsarbejdet i Vejlands Kvarter, herunder et overblik over de af Københavns Kommune meddelte tilladelser til udviklingsprojektet.

I notatets afsnit 4.1 behandles Miljø-og Fødevareklagenævnets afgørelse af 7. juli 2021, mens Planklagenævnets afgørelse af 7. juli 2021 behandles i notatets afsnit 4.2.

Såvel notatet af 12. juli 2021 som dette udvidede notat er baseret på, at Københavns Kommune har en kvalificeret holdning til og vurdering af, hvad man kan kalde "**det berørte område**"; det vil sige det område, der af Københavns Kommune vurderes at være omfattet af de to nævnsafgørelser, dels fremadrettet, dels i forhold til allerede meddelte tilladelser. Københavns Kommunes kvalificering og vurdering af "det berørte område" er nærmere beskrevet i afsnit 5.

Notatets afsnit 6.1 indeholder en redegørelse for virkningen af en afgørelse om opsættende virkning. Retsvirkningerne af nævnsafgørelserne i forhold til allerede meddelte tilladelser er beskrevet i afsnit 6.2, mens den fremadrettede virkning af nævnsafgørelserne er beskrevet i afsnit 6.3

Afsnit 7 indeholder en vurdering af Københavns Kommunes indgrebsmuligheder, herunder kommunens adgang til at meddele standsningspåbud og tilbagekalde allerede meddelte tilladelser.

Notatet følger således nedenstående disposition

1. Indledning og opdrag
2. Opsummering
3. Status på nedrivnings-, forsynings- og anlægsarbejdet
4. Nævnsafgørelser vedrørende Vejlands Kvarter
5. Københavns Kommunes kvalificering og vurdering af "det berørte område" i nævnenes afgørelser
6. Konsekvenser af nævnsafgørelserne om opsættende virkning
7. Københavns Kommunes håndhævelses- og tilbagekaldelsesmuligheder.

2. OPSUMMERING

Miljø-og Fødevareklagenævnet og Planklagenævnet har 7. juli 2021 truffet afgørelser om at tillægge klagerne over henholdsvis den af Københavns Kommune meddelte § 25-tilladelse og Københavns Kommunes endelige vedtagelse af kommuneplantillægget og lokalplanen opsættende virkning.

Opsættende virkning er et foreløbigt retsmiddel, der indebærer, at indgivelse af klage sætter forholdene midlertidigt i bero, indtil klageinstansen har truffet endelig afgørelse i klagesagen. En afgørelse om at tillægge en klage opsættende virkning indebærer således ikke, at klageinstansen har truffet endelig afgørelse i forhold til de spørgsmål, der er rejst i klagesagen. Miljø- og Fødevareklagenævnet har således ikke på nuværende tidspunkt fastslået, om den meddelte § 25-tilladelse er ulovlig, ligesom Planklagenævnet ikke på nuværende tidspunkt har underkendt kommuneplantillægget og/eller lokalplanen.

Afgørelserne fra de to nævn indeholder imidlertid en række uklarheder i forhold til rækkevidden af den opsættende virkning, herunder i forhold til spørgsmålet, om den opsættende virkning alene omfatter "*det berørte område*" eller hele projektområdet.

Det er Hortens generelle vurdering, at det ikke er Københavns Kommunes opgave hverken at fortolke (hverken udvidende eller indskrænkende eller i forhold til et formål) eller eksekvere nævnens beslutninger om opsættende virkning. Nævnene har selv og bør fastholdes i at have ansvaret for, hvordan nævnene har formuleret sine afgørelser.

Københavns Kommune har opfordret bygherren til at henvende sig til nævnene med henblik på dels at få uddybet afgørelserne, dels om muligt at få udvirket konkrete påbud om standsning fra nævnene, som nævnene har lovhjemmel til at udstede, men som endnu ikke er udstedt.

I sin vurdering af konsekvenserne af nævnsafgørelserne har Horten sondret mellem nye ansøgninger om tilladelser og allerede meddelte tilladelser (herunder § 8-tilladelsen efter jordforureningsloven, kapitel 5-godkendelsen efter miljøbeskyttelsesloven, den midlertidige tilslutningstilladelse efter miljøbeskyttelsesloven og nedrivningstilladelsen efter byggeloven) således:

- Hvis der indkommer nye ansøgninger om tilladelse inden for byudviklingsprojektet, skal Københavns Kommune konkret vurdere, om enten kommuneplantillægget, lokalplanen og/eller § 25-tilladelsen – der ikke må udnyttes, før klagenævnets endelige afgørelse foreligger – har eller kan have betydning for det, der ansøges om.
- Hvis svaret herpå er bekræftende, anbefaler Horten, at Københavns Kommune sætter sagsbehandlingen af den nye ansøgning i bero i afventning af Miljø- og Fødevareklagenævnets og Planklagenævnets endelige afgørelse i klagesagerne.
- Det er Hortens vurdering, at allerede meddelte tilladelser som udgangspunkt kan udnyttes uden begrænsninger, idet en afgørelse om opsættende virkning kun gælder den konkrete anfægtede afgørelse (§ 25-tilladelsen, kommuneplantillægget og lokalplanen) og ikke berører afledte tilladelser eller tilknyttede afgørelser.

- Denne retstilstand følger såvel af de pågældende nævns afgrænsede kompetenceområder som af afgørelsernes konkrete indhold.
- Hvis Københavns Kommune i medfør af sin tilsynskompetence efter relevant lovgivning skal gribe ind over for fortsat udnyttelse af en allerede meddelt tilladelse gennem udstedelse af standsningspåbud, er det en forudsætning, at der konstateres et ulovligt forhold.

Det er Hortens vurdering, at der ikke i nævnsafgørelserne om opsættende virkning er taget stilling til, om § 25-tilladelsen, kommuneplantillægget eller lokalplanen er ulovlig. Forudsætningen for, at Københavns Kommune som tilsynsmyndighed efter miljøvurderingsloven og/eller planloven kan eller skal iværksætte en håndhævelse i form af standsningspåbud, er derfor ikke til stede.

Et indgreb fra Københavns Kommune med udgangspunkt i en tilsynsfunktion i forhold til nævnsafgørelserne om opsættende virkning vil derfor ikke alene have karakter af, men være en beslutning om tilbagekaldelse.

Det er på den baggrund Hortens vurdering, at der ikke er grundlag for at træffe afgørelse om hverken midlertidige eller permanente tilbagekaldelser af tilladelser mv., som er truffet efter anden lovgivning – uagtet at disse har haft en afledt basis i lokalplan, kommuneplantillæg og/eller § 25-tilladelsen, der er omfattet af nævnenes afgørelser om opsættende virkning.

På baggrund af Københavns Kommunes konkrete vurdering af "*det berørte område*" er det desuden Hortens vurdering, at udnyttelsen af de allerede meddelte tilladelser ikke medfører et selvstændigt behov for at afværge en skade på en interesse, som afgørelserne om tildeling af opsættende virkning tilsigter at beskytte.

På det foreliggende grundlag kan midlertidig eller permanent tilbagekaldelse derfor ikke anses for at være nødvendig i forhold til beskyttelsen af de interesser, som den opsættende virkning har til formål at beskytte.

Samlet set findes der således ikke grundlag for hverken Københavns Kommune som tilsynsmyndighed at udstede et standsningsforbud eller som tilladelsesmyndighed at tilbagekalde tilladelserne.

3. STATUS PÅ NEDRIVNINGS-, FORSYNINGS- OG ANLÆGSARBEJDET

3.1 *Allerede meddelte tilladelser og godkendelser*

Efter det for Horten oplyste, har Københavns Kommune 7. juli 2021 allerede meddelt følgende tilladelser mv. til byudviklingsprojektet:

- 1) Lokalplan nr. 599 – påklaget, tillagt opsættende virkning
- 2) Kommuneplantillæg nr. 4 – påklaget, tillagt opsættende virkning
- 3) § 25-tilladelse (VVM-tilladelse) efter miljøvurderingsloven til etablering og drift af byudviklingen – påklaget, tillagt opsættende virkning

Notat af 5. august 2021 vedrørende den retlige situation ift. aktiviteter til realisering af projektet-Fællesby P/S

Dette notat er udarbejdet af Professor dr. jur. Ellen Margrethe Basse og professor dr. jur. Peter Pagh i forbindelse med forberedelsen af et møde med miljøborgmester Nina Hedeager Olsen torsdag den 5. august 2021. Anledningen til mødet er den retlige uenighed, der er vedrørende Københavns Kommunes reaktionsmuligheder og forpligtelser, efter at Planklagenævnet og Miljø- og Fødevareklagenævnet den 7. juli 2021 tillagde klagerne over lokalplan nr. 599 ”Vejlands Kvarter”, kommuneplantillæg nr. 4 med tilhørende miljørapport og den meddelte VVM-tilladelse til etablering og drift af byudvikling på en del af Amager Fælled, kaldet Vejlands Kvarter, suspensiv virkning. I det følgende foretages der under 1-9 en vurdering af retsstillingen, der kan begrunde den indledende opsummering.

Opsummering	1
1. Planklagenævnets hhv. Miljø- og Fødevareklagenævnets afgørelser af 7. juli 2021.....	3
2. Miljøgodkendelsen der blev meddelt i maj 2021.....	4
3. Nedrivningstilladelsen der blev meddelt i juni 2021:	5
4. Tilladelsen til grave- og anlægsarbejde samt ændring af arealanvendelse i forbindelse med modningsarbejder meddelt 17. juni 2021	5
5. Den midlertidig tilslutningstilladelse meddelt den 30. juni 2021	6
6. Hortens notat af 12. juli 2021	6
6.1. Meddelelse af standsningspåbud	6
6.2. Vurderingen af risiko for et offentligretligt erstatningsansvar.....	9
7. Københavns Kommunes orienteringsskrivelse af 14. juli 2021	10
8. Københavns Kommunes skrivelse til Miljø- og Fødevareklagenævnet.....	10
9. Århuskonventionens artikel 9, stk. 4.....	10

Opsummering

De to klagenævnsafgørelser tillægger klagerne over lokalplan nr. 599, kommuneplantillæg nr. 4 og VVM-tilladelsen opsættende virkning, hvilket bevirker, at planerne og VVM-tilladelsen og retsvirkningen heraf er suspenderet, så længe de to klagenævn ikke har afgjort klagesagerne.

Når de to klagenævn vælger undtagelsesvis at tillægge en klage over en VVM-tilladelse henholdsvis over en lokalplan og et kommuneplantillæg opsættende virkning, er det udtryk for, at klagenævnene ud fra en foreløbig vurdering og afvejning har vurderet, at det er sandsynligt, at en udnyttelse af tilladelsen henholdsvis virkeliggørelsen af kommuneplantillæg og lokalplan vil kunne have uoprettelige følger. I det foreliggende tilfælde er det nævnenes vurdering, at de mulige uoprettelige følger af det påklagede – hvis de indtræder – vil være i modstrid med de forpligtelser, der er til at beskytte bilag IV-arter efter habitatdirektivet. I denne situation påhviler det kommunen som den ansvarlige myndighed for de suspenderede planer og afgørelser (og som tilsynsmyndighed) at meddele bygherren, at VVM-tilladelsen og plangrundlaget ikke aktuelt har retsvirkninger. Forpligtelsen til at respektere den suspensive virkning, som klagerne ved de to nævnsafgørelser er tillagt, følger af den almindelige

forvaltningsret. Det er endvidere en konsekvens af Århuskonventionens artikel 9, stk. 4, som Danmark og EU har tiltrådt.

Det må understreges, at den foreliggende situation, *hvor klagerne tillægges opsættende virkning*, er forskellig fra de tilfælde, hvor Miljø- og Fødevareklagenævnet ophæver en VVM-tilladelse, der er udnyttet, mens klagesagen verserer, henholdsvis situationer hvor Planklagenævnet ophæver en lokalplan, der er virkeliggjort, mens klagesagen verserer. I de sidstnævnte tilfælde skal kommunen efter modtagelsen af nævnsafgørelserne tage stilling til, om der skal ske retlig eller fysisk lovliggørelse. Når klagen tillægges opsættende virkning, har kommunen derimod ikke en tilsvarende mulighed, da pligten til at stoppe det igangværende modningsarbejde er afgjort med klagenævnets beslutning om opsættende virkning af klagerne. Som det belyses nedenfor, indeholder de fire afgørelser – dvs. miljøgodkendelsen, spildevandstilladelsen, bygningstilladelsen og §8-tilladelsen efter jordforureningsloven til projektmodning – alle oplysninger om, at de er baseret på retsvirkningerne af lokalplan nr. 599, kommuneplantillæg nr. 4 og/eller VVM-tilladelsen, der som nævnt er suspenderet den 7. juli 2021. Derfor kan de fire afgørelser ikke udnyttes, indtil der foreligger en realitetsafgørelse fra de to klagenævn, og de nævnte afgørelser vil kun kunne udnyttes i den udstrækning, klagenævnene opretholder plangrundlaget og VVM-tilladelsen.

Den relevante reaktion fra Københavns Kommunes side på de to klagenævnsafgørelser vil derfor være, at kommunen oplyser Fællesby P/S, der er adressat for de fire afgørelser (miljøgodkendelsen, tilslutningstilladelsen, byggetilladelsen samt § 8-tilladelsen), om, at de meddelte tilladelser/godkendelser ikke vil kunne udnyttes, indtil der foreligger realitetsafgørelser, og at den eventuelle udnyttelse vil være bestemt af det, som nævnsafgørelserne måtte gå ud på. Meddelelsen kan formuleres som et standsningspåbud, men formen er ikke afgørende. Det afgørende er derimod indholdet af det, der skrives. Et standsningspåbud udtrykker kun, hvad der også i øvrigt følger af de to klagenævns afgørelser, nemlig at der mangler det fornødne plangrundlag og VVM-tilladelse for at udnytte godkendelsen og tilladelserne.

Der forudsættes derfor ikke en lovhjemmel til at kommunen kan sende en sådan meddelelse, idet standsningen er en konsekvens af, at det plangrundlag og VVM-tilladelsen, der er påklaget, indgår som meget konkrete forudsætninger i den meddelte miljøgodkendelse og de tilladelser, der er meddelt af kommunen.

Der kan efter de almindelige offentligtretlige regler alene blive tale om erstatningsansvar for Københavns Kommune, hvis der foreligger ansvarspådragende adfærd (culpa) fra kommunens side. Såfremt sagerne ved de to klagenævn ender med, at de to klagenævn ved deres realitetsafgørelser stadfæster VVM-tilladelsen henholdsvis afviser at underkende de af kommunen vedtagne planer, må et erstatningsansvar for kommunen (sådan som det efter advokatens notat af 12. juli 2021 skulle kunne være en risiko for er forbundet med at sende en meddelelse om standsning af modningsarbejdet) være udelukket, idet en sådan meddelelse om, at afgørelserne ikke kan udnyttes, alene er en oplysning om konsekvenserne af, at klagerne er tillagt opsættende virkning, jf. ligeledes EU-Domstolens Store Afdelings dom i sag C-416/10 Krizan.

Såfremt sagsbehandlingen ved de to klagenævn ender med, at VVM-tilladelsen henholdsvis lokalplan nr. 599, kommuneplantillæg nr. 4 ophæves, vil det bero på den konkrete begrundelse for nævnsafgørelserne, om der vil være et grundlag for at Fællesby P/S kan rejse et erstatningsansvar for kommunen med henvisning til de mangler, der begrundes ophævelsen.

Som altovervejende hovedregel vil klagenævnenes ophævelse af VVM-tilladelse og planer dog ikke medføre et erstatningsansvar for kommunen.

1. Planklagenævnets hhv. Miljø- og Fødevarerklagenævnets afgørelser af 7. juli 2021

Det fremgår af **Planklagenævnets** afgørelse, at den suspensive virkning er en konsekvens af de forpligtelser, som Danmark er pålagt ved habitatdirektivet med hensyn til beskyttelse af bilag IV-arter. Det understreges, at reglerne er gennemført i dansk ret ved planhabitatbekendtgørelsen med konsekvenser for de krav, der stilles såvel til sagsoplysningen som til den materielle beskyttelse af de vandsalamander, der er i området. Det er værd at fremhæve, at det fastslås i afgørelsen side 2,

”at byggefelterne bl.a. ligger i en del af det område, som efter oplysningerne i miljørapporten fungerer som rasteområde for stor vandsalamander”.

og at det side 4f fastslås:

”Planklagenævnet lægger således til grund, at der ved en realisering af bebyggelsen i lokalplanområdets nordøstlige hjørne vil ske en fjernelse af en del af det krat, der i dag fungerer som rasteplads for stor vandsalamander.

Planklagenævnet finder, at de i lokalplanen fastsatte byggefelter dækker en ikke ubetydelig del af det område, som efter oplysningerne i miljørapporten fungerer som rasteområde for stor vandsalamander, og at byggefelterne indenfor rasteområdet i sig selv har en vis størrelse.

Det følger af habitatdirektivet og planhabitatbekendtgørelsen, at en plan ikke kan vedtages, hvis gennemførelsen heraf kan beskadige eller ødelægge yngle- eller rasteområder i det naturlige udbredelsesområde for de dyrearter, der er optaget i habitatdirektivets bilag IV, litra a.

Det afgørende for vurderingen heraf er, om den økologiske funktionalitet af et yngle- eller rasteområde for bilag IV-arter opretholdes på mindst samme niveau som hidtil.

Ud fra en foreløbig vurdering på det foreliggende grundlag, kan det efter nævnets opfattelse ikke med tilstrækkelig sikkerhed afvises, at reglerne om beskyttelse af yngle- og rasteområder for bilag IV-arter ikke er overtrådt i den konkrete sag...

Planklagenævnet finder på den baggrund, at der er en vis sandsynlighed for, at en realisering af planerne vil kunne medføre, at den økologiske funktionalitet af rasteområder for stor vandsalamander vil lide uoprettelig skade. Hertil kommer, at det efter nævnets opfattelse vil være vanskeligt at gennemføre en fysisk lovliggørelse, såfremt klagerne senere måtte få medhold...

Afgørelsen betyder, at lokalplanen og kommuneplantillægget ikke må udnyttes, mens klagesagen verserer.”

Den suspensive virkning af klagerne over lokalplan nr. 599 og kommuneplantillæg nr. 4 skal ud fra forsigtighedsprincippet bidrage til sikring af bilag IV-arternes opretholdelse på mindst samme niveau som hidtil. Suspensionen har kun den forudsatte effekt, hvis Københavns

Kommune respekterer, at de afgørelser, der er meddelt til realisering af planerne, også må afvente nævnets realitetsafgørelse.

Aktuelt er det eksisterende plangrundlag for området herefter hhv. lokalplan 540 'Campingplads på Amager Fælled', der udlægger arealet til fritidsformål samt fsva. en mindre del lokalplan 278 'Baner i Ørestaden'.

Det oplyses ligeledes i sagsfremstillingen i **Miljø- og Fødevarerklagenævnets** afgørelse, at forpligtelser efter habitatdirektivets regler i forhold til sagsoplysning og konkret beskyttelse af bilag IV-arten vandsalamander begrundet en suspension af VVM-tilladelsens retsvirkninger. Nævnet konstaterer, at en del af krattet i den nordøstlige del af projektområdet, der fungerer som rasteområde for stor vandsalamander, ifølge projektet skal fjernes i forbindelse med dets gennemførelse. Nævnet finder herefter, ”at der er en vis sandsynlighed for, at en eventuel skade på den økologiske funktionalitet af rasteområder vil være uoprettelig”, hvis VVM-tilladelsen udnyttes under nævnsbehandlingen. Denne begrundelse for den besluttede suspension synes at fortælle, at realitetsafgørelsen næppe vil blive en opretholdelse af den meddelte VVM-tilladelse i den foreliggende form.

Konklusion: Alle afgørelser, der er udstedt til realisering af lokalplanen, kommuneplantillægget og VVM-tilladelsen kan ikke udnyttes så længe sagsbehandlingen varer. Afgørelserne kan alene udnyttes i den udstrækning de realitetsafgørelser, der træffes af nævnene, gør det muligt.

2. Miljøgodkendelsen der blev meddelt i maj 2021

Godkendelsen er meddelt Fællesby P/S. Det fremgår af godkendelsen, at den er baseret på lokalplan nr. 599, kommunetillæg nr. 4 og VVM-tilladelsen. Der kan her henvises til det, der står vedrørende lokalplan og kommuneplantillæg i miljøgodkendelsen på side 8, hvor det oplyses, at godkendelsen er baseret på de nævnte planer, ligesom det side 9 fastslås, at godkendelsen er baseret på VVM-tilladelsen.

Side 12 oplyses det, at vilkår 2.2. er stillet for at sikre, at projektet udføres indenfor de rammer, der er angivet i lokalplanen.

Side 14 henvises der til, at der til forekomsten af bilag IV-arter i lokalplanområdet. Det fastslås, at krattet i lokalplanområdet mod nordøst fungerer som rasteplads for stor vandsalamander, samt at arealet umiddelbart øst for lokalplanområdet er rasteplads og fourageringsområde for stor vandsalamander. Det oplyses endvidere på side 14, at der er stillet vilkår i VVM-tilladelsen om etablering af afværgeforanstaltninger, der skal forhindre, at områdets økologiske funktionalitet for stor vandsalamander forringes, samt at disse foranstaltninger skal være etableret før anlægsarbejdet påbegyndes. Det fremgår også af samme side, ”at lokalplanen og kommuneplantillægget ikke kan realiseres før afværgeforanstaltningerne er gennemført”, at det ifm. vedtagelsen af lokalplanen blev besluttet at fordoble indsatsen ift. afværgeforanstaltningerne, samt afværgeforanstaltningernes konkrete tilrettelæggelse indgår som en del af ansøgningen om en miljøgodkendelse – konkret som bilag 7 ”dispositionsforslag, Sweco”. (Foranstaltningerne, der skal udføres, er omtalt i lokalplan 599 side 33-34).

Side 15 forklares det, at vilkår 5.1. er formuleret for at sikre, at projektet om terrænregulering ikke startes, før alle de relevante afværgeforanstaltninger er etableret i overensstemmelse med bilag 7 og vilkår i VVM-tilladelsen er efterkommet.

Side 16 henvises der til vilkår, der er indføjet i VVM-tilladelsen, hvorefter der ikke må tilføres mere overfladevand til grøfterne end hidtil m.v. Til sikring af vilkåret, er der i miljøgodkendelsen indføjet et vilkår 8.4 om løbende kontrol.

Vurdering: Miljøgodkendelsen kan ikke udnyttes indtil der foreligger realitetsafgørelser fra de to klagenævn, som gør det muligt, da det forudsatte plangrundlag og den forudsatte VVM-tilladelse er suspenderet ved de to nævnsafgørelser.

3. Nedrivningstilladelsen der blev meddelt i juni 2021:

Tilladelsen er meddelt til C/O Allan Burdolf, Sundkaj 109, 2 th, 2150 Nordhavn.

Tilladelsen vedrører nedrivning af bygninger tilhørende Danhostel Copenhagen Amager på adressen Vejlands Allé 200. Side 4 i byggetilladelsen henvises der til, at ejendommen er omfattet af lokalplan nr. 599. Nedrivningen er dermed et led i virkeliggørelsen af lokalplanen. Oplysningen om, at den ansøgte byggetilladelse ikke er reguleret i lokalplanens bestemmelser, indebærer ikke, at tilladelsen ikke skal ses som en del af virkeliggørelsen af lokalplanen, hvis retsvirkninger er suspenderet. Det er i lokalplanen på side 4 og side 32 nævnt, at vandrehjemmet er den eneste bygning, der eksisterer på arealet og nedrivningen er forudsat gennemført. Det indgår endvidere i miljørapporten som 0-alternativet, at området fortsat henligger med et vandrehjem uden campingplads.

Vurdering: Nedrivningen foretages til realisering af den lokalplan, der er suspenderet, hvorfor nedrivningen ikke kan gennemføres på nuværende tidspunkt. Det er i øvrigt uklart, hvem der er adressaten for den meddelte tilladelse, idet det ikke fremstår som ejeren af arealet Havn & By A/S og ej heller fremstår som projekt-ejeren Fællesby P/S. Såfremt nedrivningen ikke sker på grundlag af lokalplan nr. 599, må det i øvrigt antages, at nedrivningen af en så omfattende bygningsmasse det pågældende sted i sig selv vil være lokalplanpligtig efter planlovens § 13, stk. 2. Det eksisterende plangrundlag – lokalplan 540 'Campingplads på Amager Fælled', der udlægger arealet til fritidsformål – kan ikke udgøre grundlaget for nedrivningstilladelsen.

4. Tilladelsen til grave- og anlægsarbejde samt ændring af arealanvendelse i forbindelse med modningsarbejder meddelt 17. juni 2021

Tilladelsen er meddelt til Fællesby P/S og vedrører matrikel nr. 409 Eksercerpladsen, der er omfattet af lokalplan nr. 599, jf. bl.a. beskrivelsen af projektet og forureningsforhold som der er redegjort for i tilladelsen. Tilladelsen er derfor en del af det, der suspenderes ved Planklagenævnets afgørelse.

Der er endvidere en tæt sammenhæng ift. denne § 8-tilladelse henholdsvis nedrivningstilladelsen og den meddelte miljøgodkendelse, som ikke kan udnyttes på grund af nævnsafgørelserne.

Vurdering: Tilladelsen kan ikke udnyttes aktuelt, da det forudsatte plangrundlag og de afgørelser, der har betydning ift. håndtering af den forurenede jord mv. er suspenderet ved Planklagenævnets og Miljø- og Fødevarerklagenævnets afgørelser.

5. Den midlertidig tilslutningstilladelse meddelt den 30. juni 2021

Tilladelsen er meddelt til Pension Danmark som bygherre, selv om Pension Danmark ikke er ejer af Fællesby P/S?

Der meddeles en tilladelse i medfør af miljøbeskyttelseslovens § 28, stk. 3 til afledning af spildevand til spildevandskloak, der foretages som led i ønsket byggemodning som beskrevet i lokalplan nr. 599, jf. afgørelsen side 2 og side 10. Det fremgår endvidere af den VVM, der er foretaget af lokalplan nr. 599, at spildevandet forudsættes tilsluttet renseanlæg Lynetten via eksisterende spildevandsledning og at der i forlængelse af lokalplanforslaget skal udarbejdes et tillæg til spildevandsplanen, der fastlægger at området spildevandskloakeres.

Vurdering: Tilladelsen kan ikke udnyttes, da det forudsatte plangrundlag er suspenderet ved Planklagenævnets afgørelse. Det er i øvrigt usikkert, om spildevandstilladelsen kan udnyttes, uden at der gyldigt i overensstemmelse med vandforsyningslovens regler er vedtaget et tillæg til spildevandsplanen, der skal respektere de vandkvalitetsmål, der er opstillet for området.

6. Hortens notat af 12. juli 2021

Det notat af 12. juli 2021, der er udarbejdet af advokat Henriette Soja, Horten, vedrører alene konsekvenserne af Miljø- og Fødevareklagenævnets afgørelse, der tillægger klagen over VVM-tilladelsen (§ 25-tilladelse) suspensiv virkning.

Der er **ikke** i skrivelsen taget stilling til de konsekvenser, der følger af Planklagenævnets suspension af de retsvirkninger, der er knyttet til lokalplan nr. 599 og kommuneplantillæg nr. 4.

6.1. Meddelelse af standsningspåbud

Advokaten har misforstået den retlige karakter af standsningspåbud, herunder af det relevante lovforarbejde til de bestemmelser, der i dag findes i miljøvurderingsloven om hhv. Miljø- og Fødevareklagenævnets kompetencer og kommunens kompetencer og forpligtelse. På side 3 anfører advokaten:

”Det fremgår imidlertid også af klagenævnets afgørelse på side 6, at nævnet – men kun nævnet – efter miljøvurderingslovens § 53 kan påbyde iværksatte bygge- og anlægsarbejder standset, mens klagen over § 25 tilladelsen er tillagt opsættende virkning.” (vores fremhævelse)

Advokaten udelukker med denne udlægning af nævnets formulering af sin afgørelse, at Københavns Kommune har en forpligtelse til at efterkomme Miljø- og Fødevareklagenævnets afgørelse, herunder ved at anvende egne tilsynskompetencer. Det er imidlertid en overfortolkning af det, der står i nævnets afgørelse på side 5 og side 6 (øverst). Der står intet om den betydning, som miljøvurderingslovens § 53 har i forhold til kommunens tilsynskompetence i det, som klagenævnet skriver. Klagenævnet skriver:

”Ifølge miljøvurderingslovens § 53, har en klage over en § 25-tilladelse med tilhørende miljøkonsekvensrapport ikke opsættende virkning. Miljø- og Fødevareklagenævnet kan imidlertid ved en rettidig klage bestemme, at en meddelt tilladelse ikke må udnyttes, og at et påbud ikke skal efterkommes. Hvis et bygge- og anlægsarbejde er iværksat, kan nævnet påbyde arbejdet standset.

Det fremgår af lovforarbejderne til miljøvurderingslovens § 53, at bestemmelserne i planlovens § 60, stk. 8, 1. og 2. pkt., videreføres på nærværende lovs område.”

Det, der står nævnte sted i nævnets afgørelse (som her er citeret), er således alene en generel oplysning om indholdet af miljøvurderingslovens § 53 og bestemmelsens anvendelse i overensstemmelse med den tidligere § 60, stk. 8 i planloven. Den nævnte regel er videreført fra kommuneplanloven, hvor reglen kom ind med den såkaldte håndhævelseslov i 1984, jf. nærmere nedenfor.

Advokaten fastslår side 5 – med henvisning til den af hende foretagne fortolkning af Miljø- og Fødevareklagenævnets afgørelse – at kommunen ikke kan anvende den tilsynskompetence, som den er tillagt efter miljøvurderingslovens § 46, jf. § 17. Advokaten skriver:

”I den foreliggende situation er Københavns Kommune ellers tilsynsyndighed. I henhold til § 46, stk. 4, i samme lov følger det imidlertid, at tilsynsmyndigheden kun skal foranledige forhold lovliggjort, hvis de er ulovlige og ikke af underordnet betydning. Det betyder, at Københavns Kommune kun har mulighed for at håndhæve miljøvurderingsloven og dermed gribe ind over for et iværksat bygge- og anlægsarbejde, der er i strid med loven, hvis bygge- og anlægsarbejdet er ulovligt.

Med afgørelsen fra Miljø- og Fødevareklagenævnet af 7. juli 2021 om opsættende virkning af § 25-tilladelsen, er der ikke taget stilling til, om tilladelsen er ulovlig. Forudsætningen for, at Københavns Kommune kan agere som tilsynsmyndighed efter miljømålsloven¹ og iværksætte håndhævelse, er derfor ikke til stede.”

Advokatens fortolkning af retsstillingen beror på den retsvildfarelse, at et standsningspåbud er konstitutivt og dermed forudsætter lovhjemmel.

Det er klart en retsvildfarelse.

Reglen om at klagemyndigheden kan fastslå, at en klage tillægges en opsættende virkning kan kombineres med krav om standsning af anlægs- og byggeaktiviteter, blev indføjet i kommuneplanlovens § 48, stk. 2 som led i gennemførelsen af Håndhævelsesbetænkningen² ved lov nr. 250 af 23. maj 1984. At standsningspåbud ikke er at betragte som konstitutive forvaltningsafgørelser fremgår meget klart af Håndhævelsesbetænkningen side 60ff., hvor der redegøres for, at standsningspåbud alene er at betragte som konstaterende afgørelser.

Lovændringen fra 1984 tilsigtede at styrke tilsynet i overensstemmelse med anbefalingerne i betænkningen – ikke sådan som advokaten fortolker reglerne i sit notat af 12. juli 2021 – som en afskæring af tilsynsmyndighedens mulighed for at anvende et konstitutivt påbud. Det fremgår tydeligt at, at den nye § 48, stk. 2 i kommuneplanloven om klageinstansens anvendelse af standsningspåbud ikke var den eneste bestemmelse, der blev indføjet i 1984. Der blev således samtidigt indføjet en ny § 46 i samme kommuneplanlov, der havde følgende ordlyd:

»§ 46. Kommunalbestyrelsen påser overholdelsen af loven og af de regler, der er fastsat med hjemmel i loven, samt af bestemmelserne i lokalplaner og i de efter § 59 opretholdte vedtægter og planer m.v.

Stk. 2. Kommunalbestyrelsen påser, at påbud og forbud efter denne lov efterkommes, og at vilkår fastsat i tilladelser overholdes.

Stk. 3. Bliver kommunalbestyrelsen opmærksom på et ulovligt forhold, jfr. stk. 1 og 2, skal kommunalbestyrelsen søge forholdet lovliggjort, medmindre der er tale om forhold af ganske underordnet betydning.«

¹ Advokaten må her formodes at mene miljøvurderingsloven og ikke miljømålsloven.

² Betænkning nr. 981/1983 ”Håndhævelse af bygge- og miljølovgivningen”.

Den her citerede § 46, stk. 3, som modsvarer det, der i dag står i miljøvurderingslovens § 46, som advokaten henviser til i sit notat, vedrører ikke standsningspåbud.

Bestemmelsen i den gamle kommuneplanlovs § 46 og i den gældende miljøvurderingslovs § 46 er i stedet udtryk for en hjemmel for kommunen til at meddele konstitutive afgørelser, der (i modsætning til et standsningspåbud) har selvstændige retsvirkninger. Der kan her henvises til beskrivelsen af anvendelse af standsningspåbud i Bendt Andersen og Ole Christiansens 3. udgave (1989) af den kommenterede kommuneplanlov side 46, hvor det bl.a. oplyses:

”Et standsningspåbud udtrykker kun, hvad der også uden påbudet er gældende ret. Der kræves ikke særlig lovhjemmel for, at kommunen kan meddele et standsningspåbud, og kommuneplanloven indeholder da heller ikke nogen udtrykkelig bestemmelse herom.... ”

I den samme kommenterede udgave af kommuneplanloven fastslås det på side 543ff., at anvendelsen af standsningspåbud følger af almindelige forvaltningsretlige regler. Udstedelse af standsningspåbud forudsætter ikke en sådan lovhjemmel, men hvis standsningspåbuddet særskilt skal undergives strafansvar, kræver det formentlig lovhjemmel.

I Håndhævelsesvejledningen³ anvendes betegnelsen ’standsningsmeddelelse’. Vejledningen redegør for, at det også kaldes

”et konstaterende standsningspåbud. En standsningsmeddelelse er således en meddelelse om at ejer/bruger er i gang med en ulovlig aktivitet, og omgående skal standse denne.”

Der kan endvidere henvises til følgende fremstillinger, der alle fastslår, at standsningspåbud – eller standsningsmeddelelser/indskærpelser – er at betragte som konstaterende forvaltningsretlige afgørelser, som kan meddeles uden at der forudsættes en lovhjemmel:

- Gorm Møller ”Kommentarer til Miljøbeskyttelsesloven”, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2019, side 1039 og side 1043.
- Ellen Margrethe Basse ”Erhvervsmiljøretten”, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2017, side 799f. om standsningspåbud som konstaterende afgørelser og side 817 om betydningen af en indskærpelse ift. tilsynsmyndighedens sikring sig imod at blive vurderet som passiv.
- Peter Pagh ”Hvilke foranstaltninger kan påbydes som fysisk lovliggørelse?” i Tidsskrift for Miljø”, 2016, side 243ff. hvor det fremhæves bl.a. med henvisning til retspraksis, at der kan meddeles standsningspåbud uden lovhjemmel, og at en lovhjemmel alene kan få betydning i forbindelse med strafferetlig sanktionering af manglende efterkommelse af påbuddet.
- Peter Pagh ”Administrativ håndhævelse af miljø-, plan- og bygge Lovgivningen – retlige udfordringer” i Carsten Henrichsen og Peter Pagh (red.) ”Smæk for skillingen. Retsvidenskabelige studier i administrative sanktioner”, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2015, side 97 om anvendelse af indskærpelser.
- Helle Tegner Anker ”Planloven med kommentarer”, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2013, side 770f. om standsningspåbud eller standsningsmeddelelse, der ikke kræver særskilt hjemmel. Det fastslås, at klageinstansen også har hjemmel i planlovens § 59 til at kræve et igangsat bygge- og anlægsarbejde standset for at sikre, at en klages opsættende virkning ikke gøres illusorisk ved fortsættelse af arbejdet under klagesagens behandling. (Ordet ’også’ fremhæves for at understrege, at klageinstansens kompetence skulle udelukke kommunen fra at meddele bygge- og anlægsarbejdet standset). Der

³ Vejledning nr. 9392 af 1. maj 2007 om håndhævelse af naturbeskyttelsesloven, planloven og bygge loven.

redegøres endvidere side 771f. for, om standsningspåbuddets konstaterende og foreløbige karakter, som ikke indebærer en egentlig stillingtagen til lovligheden af det pågældende forhold på samme måde som et lovliggørelsespåbud.

- Mogens Moe "Miljøret", Karnov Group 2011, side 394.
- Veit Koester "Naturbeskyttelsesloven med kommentarer", Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2009, side 1210f. om tilsynsmyndighedens anvendelse af standsningsmeddelelser, der er et konstaterende påbud om at standse en igangværende ulovlig aktivitet.
- Annette Møller-Sørensen "Administrativ håndhævelse. Natur- og miljøbeskyttelse", Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2003, side 204f. om anvendelse af standsningsmeddelelse eller indskærpelse som konstaterende afgørelser.

6.2. Vurderingen af risiko for et offentligretligt erstatningsansvar

I advokatens notat af 12. juli 2021 anføres det i forlængelse af det ovenfor angivne om de hjemmels- og kompetenceproblemer, som advokaten ser i forhold til meddelelse af et standsningspåbud:

"Hvis Københavns Kommune iværksætter håndhævelse over for bygherren i form af fx set standsningspåbud, uden at det fornødne juridiske hjemmelgrundlag er til stede, vil kommunen kunne pådrage sig et erstatningsansvar over for bygherren for det tab, som bygherren berettiget måtte lide som følge af påbuddet."

Udsagnet mangler støtte i den almindelige forvaltningsret.

Københavns Kommune kan alene risikere at pådrage sig et offentligretligt erstatningsansvar, hvis kommunen træffer en afgørelse, der er ulovlig. Der kan her henvises til Orla Friis Jensen og Søren Højgaard Mørup "Offentligretligt erstatningsansvar" i Karsten Revsbech m.fl. "Forvaltningsret. Almindelige emner", Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2016, side 573ff., herunder side 577ff. om tilsynsmyndighedernes ansvarsgrundlag.

Der kan som eksempler fra retspraksis bl.a. henvises til UfR 1983.298H, hvor en kommune blev pålagt et erstatningsansvar, fordi kommunen havde meddelt et standsningspåbud på trods af, at adressaten havde fået medhold i sin fortolkning af den relevante deklaration ved amtsrådet, at kommunen ikke havde kompetence til at påklage amtsrådets afgørelse, og at kommunen ikke havde foretaget høring af adressaten i forbindelse med at kommunen havde forelagt fortolkningen for ministeriet m.v. Se herom Ellen Margrethe Basse "Bebyggelse og matrikulære forandringer", op. cit. side 608 med henvisninger også til andre domsafgørelser.

Idet Københavns Kommune er forpligtet til at orientere Fællesby P/S om de retlige konsekvenser af de to klagenævns suspendering af retsvirkningerne af lokalplan nr. 599, kommuneplantillæg nr. 4 og VVM-tilladelsen, vil en meddelelse fra kommunen til Fællesby P/S om standsning af projektet være i overensstemmelse med kommunens forpligtelser til at efterkomme de to nævnsafgørelser. Det er ikke at betragte som et påbud der meddeles i medfør af miljøvurderingslovens § 46 men derimod blot en efterkommelse af nævnsafgørelserne! Kommunen kan derfor for den sags skyld bruge andre ord end ordet "standsningspåbud", idet det relevante er, at det forklares over for Fællesby P/S, at den modtagne miljøgodkendelse, tilslutningstilladelsen, nedrivningstilladelsen og § 8-tilladelsen til byggemodning ikke lovligt kan udnyttes, så længe det plangrundlag og den VVM-tilladelse, som de modtagne afgørelser hviler på, ikke har de forudsatte retsvirkninger.

Hvis kommunen undlader at orientere Fællesby P/S om konsekvenserne af de to klagenævnsafgørelser, indebærer det en risiko for, at der efterfølgende indtræder en situation,

hvor nævnenes realitetsafgørelser kan indebære en pligt til at foretage en fysisk lovliggørelse med deraf følgende udgifter (tab) for Fællesby P/S, som kommunen vil kunne være offentligretlig erstatningsansvarlig for at dække.

7. Københavns Kommunes orienteringsskrivelse af 14. juli 2021

I denne orienteringsskrivelse gengives Hortens ovenfor anførte vurdering af, at det alene er Miljø- og Fødevareklagenævnet, der kan meddele et standsningspåbud samt at kommunen risikerer at blive økonomisk ansvarlig for byherrens tab, hvis kommunen meddeler et standsningspåbud.

Denne orienteringsskrivelse er derfor baseret på de samme retlige misforståelser, som Hortens notat af 12. juli 2021.

8. Københavns Kommunes skrivelse til Miljø- og Fødevareklagenævnet

Med kommunens henvendelse af 26. juli 2021 (sagsnr. 2021-0196554) til Miljø- og Fødevareklagenævnet, forudsætter kommunen, at det er muligt at udnytte af de ovenfor omtalte fire tilladelser og godkendelser, idet

”hverken i) i sig selv eller samlet påvirker den del af arealet, hvor der efter det, der som anført nævnets afgørelse kan ske ’uoprettelig skade’ på levesteder, eller i øvrigt ii) påvirker stor vandsalamander.”

Det antages i skrivelsen, at miljøgodkendelsen ikke er aktuel for indeværende, og at den midlertidige tilslutningstilladelse ikke indebærer en påvirkning af salamanerne. Kommunen finder ikke, at udnyttelsen af tilladelsen til modningsarbejderne (grave og anlægsarbejde m.v.) vil have betydning for vurderingen. Det fremhæves i den sammenhæng endvidere, at en § 8-tilladelse efter jordforureningslovens regler ikke er omfattet af bestemmelserne i den påklagede lokalplan. Det konkluderes, at man ikke er bekendt med forhold, der indebærer, at kommunen har en ”juridisk handlemulighed i forhold til at meddele standsningspåbud overfor de lovligt iværksatte bygge- og anlægsarbejder”.

Denne vurdering af, at afgørelser vil kunne betragtes som upåvirket af nævnets suspending af VVM-tilladelsens retsvirkninger, er ikke i overensstemmelse med den almindelige forvaltningsret.

9. Århuskonventionens artikel 9, stk. 4

Det følger af Århuskonventionens artikel 9, stk. 4, at klageinstansernes afgørelser om suspensiv virkning skal respekteres, idet det fastslås, at der til beskyttelse af miljøet – herunder beskyttelsen af bilag IV-arter – skal være tale om:

”tilstrækkelige og effektive retsmidler til rådighed, inklusive foreløbige retsmidler”

Denne forpligtelse indebærer, at klagenævnsafgørelserne skal respekteres, jf. ligeledes EU-Domstolens Store Afdelings dom i sag C-416/10 Krizan.

Afslutningsvis må understreges, at der ikke med ovenstående redegørelse er taget nogen stilling til det ønskede projekt, men alene er redegjort for retsvirkningerne af de to klagenævns delafgørelser om opsættende virkning.

Professor dr. jur. Ellen Margrethe Basse

Professor dr. jur. Peter Pagh

Københavns Kommune
Teknik- og Miljøforvaltningen
Bygge- Parkerings- og Miljømyndighed
Njalsgade 13, 2. sal
2300 København S

NOTAT AF 5. AUGUST 2021 VEDRØRENDE DEN RETLIGE SITUATION IFT. AKTIVITETER TIL
REALISERING AF PROJEKTET-FÆLLESBY P/S

Københavns Kommune har den 5. august 2021 bedt Horten om at kommentere det notat, som professor dr.jur. Ellen Margrete Basse og professor dr.jur. Peter Pagh, har udarbejdet i forbindelse med et møde med teknik- og miljøborgmester Ninna Hedeager Olsen, afholdt 5. august 2021 ('Notatet').

Indledningsvist konstateres, at det ikke i Notatet er oplyst, i hvilken egenskab eller efter hvis opdrag de to professorer har udarbejdet Notatet.

På side 6ff. i Notatet kommenterer de to professorer det notat, som Horten udarbejdede for Københavns Kommune den 12. juli 2021.

Med henvisning til Håndhævelsesbetænkningen side 60 finder de to professorer, at Hortens notat hviler på en retsvildfarelse i forhold til instrumentet '*konstaterende standningspåbud*'.

Det bemærkes hertil, at afsnittet i den nævnte betænkning handler om en kommunes konstatering af et ulovligt forhold, som er eksemplificeret ved påbegyndelse af et byggeri uden den lovpåbudte tilladelse.

Dette er som bekendt netop ikke situationen i den konkrete sag om udviklingsprojektet Vejlands Kvarter, hvortil der er meddelt enhver nødvendig lovpåbudt tilladelse.

Der står intet i betænkningen om konsekvensen af en beslutning om opsættende virkning hos et klagenævn.

Allerede derfor fremgår det heller ikke af betænkningen, at en sådan beslutning hos et klagenævn kan danne basis for en ansvarsfri *konstatering* hos Københavns Kommune af, at byggeriet i henhold til allerede udstedte tilladelser efter anden lovgivning skal standses og, at dette kan ske uden lovhjemmel.

Det er korrekt, at det af håndhævelsesbetænkningen fremgår, at 'konstaterende standsningspåbud' ikke kræver lovhjemmel. Der kan dog – under alle omstændigheder – efter Hortens opfattelse ikke udstedes et 'konstaterende standsningspåbud', allerede fordi en afgørelse om opsættende virkning ikke indebærer en endelig afgørelse af klagesagen, og der derfor ikke er konstateret en ulovlighed. Betænkningens afsnit om konstaterende påbud skal sammenholdes med definitionerne, der findes på side 28 i betænkningen¹, hvilket professorerne ikke synes at være helt opmærksomme på.

Det er så meget desto mere Hortens opfattelse, at det er grundlæggende og stærkt betænkeligt, når professorerne i Notatet udtrykker det synspunkt, at et standsningspåbud fra en kommunal myndighed om ophør af en adressats udnyttelse af en af den samme myndighed udstedt tilladelse ikke udgør en *konstitutiv* retsakt. Der er Hortens opfattelse, at der er tale om tilbagekaldelse af en begunstigende forvaltningsafgørelse, hvilket – hvad enten det sker midlertidigt eller permanent – i høj grad er udtryk for konstitutiv forvaltning.

Betænkeligheden forstærkes af den omstændighed, at lovhjemlen for udstedelse af sådanne påbud findes i klagenævnenes kompetence, men det må konstateres, at nævnene har valgt ikke at udnytte den beføjelse.

Efter Hortens opfattelse er standsningspåbudsinstituttet i høj grad sammenligneligt med den håndhævelsessituation, der opstår, når et klagenævn underkender gyldigheden af fx en lokalplan, som hermed og herefter kan konstateres ikke på noget tidspunkt at have udgjort eller kunnet udgøre et lovligt grundlag for afledte tilladelser og afgørelser, der er udnyttet eller under udnyttelse.

Horten er bekendt med, at professor dr.jur. Peter Pagh er enig med Horten i, at en kommune i perioden indtil, der er truffet afgørelse om retlig eller faktisk lovliggørelse, ikke har en forpligtelse til at bringe igangværende byggeri og/eller anvendelse til ophør. Dette fremgår af professor dr.jur. Peter Pagh's juridiske partsindlæg i en verserende sag i en anden kommune.

¹ **Konstitutivt påbud** defineres i håndhævelsesbetænkningen, side 28, som påbud, der skaber en ændret retstilstand for den, der modtager påbuddet. Indtil udstedelsen af det konstitutive påbud har den pågældende aktivitet eller tilstand været lovlig, og først påbuddet ændrer dette. Påbuddet har ikke selvstændige retsvirkninger, medmindre dette undtagelsesvis fremgår af lovgivningen.

Konstaterende påbud defineres i håndhævelsesbetænkningen, side 28, som et påbud, der ikke indskrænker adressatens hidtidige handlefrihed. Påbuddet udtrykker kun - konstaterer - hvad der også uden påbuddet er gældende ret, nemlig at aktivitetens påbegyndelse uden tilladelse var ulovlig. Et konstaterende standsningspåbud har som **nødvendig forudsætning**, at den aktivitet, som påbydes standset, efter lovgivningen enten ikke kunne tillades overhovedet eller krævede en forudgående tilladelse, som ikke er meddelt.

Med disse bemærkninger fastholdes konklusionerne i Hortens notat af 12. juli 2021 og det senere udvidede notat, der tillige inddrager Planklagenævnets afgørelse om opsættende virkning.

Konklusionerne medfører ikke, at de pågældende aktiviteter ikke skal eller kan standses, men det fastslås, at det ikke hverken er Københavns Kommunes opgave eller forpligtelse

(1) at fortolke nævnenes afgørelser (som er uklare med hensyn til bl.a. hvilket afgrænset område og hvilke aktiviteter, der er relevante eventuelt at standse) eller

(2) som tilsynsmyndighed med eller uden lovhjemmel at drage de konsekvenser, som nævnene selv har en kompetence til at træffe beslutning om, hvis nævnene vil og mener det nødvendigt ud fra en konkret miljømæssig vurdering.

For det tilfælde, at nævnene træffer afgørelse om standsningspåbud, vil der ikke være tvivl om, at Københavns Kommune skal føre tilsyn med overholdelsen af dette.

Horten, 5. august 2021



Henriette Soja