

## Vurdering af sag vedr. kastefacilitet i Fælledparken

Jeg har foretaget en vurdering af sagen med henblik på at kunne udtale mig om rigtigheden af den vurdering, som Teknik- og Miljøforvaltningen har foretaget de retlige forhold relateret til kastefaciliteten i Fælledparken, som gengivet i indstillingen vedr. Kastefacilitet i Fælledparken til mødet i Kultur- og Fritidsforvaltningen d. 20. juni 2018.

1. Hvorvidt Teknik- og Miljøforvaltningen har ret i, at der ikke skal sendes en ny ansøgning om dispensation fra fredningsdeklarationen i Fælledparken til Naturfredningsnævnet for København (i det følgende kaldet Fredningsnævnet), der muliggør opretholdelse af kastefaciliteten i Fælledparken.
  - a. Skal en ansøgning til Fredningsnævnet komme fra Teknik- og Miljøforvaltningen?
  - b. Er der grundlag for igen at søge Fredningsnævnet om dispensation til hegnet?
  - c. Hvorledes vurderes udsigterne til at kunne opnå dispensation?
2. Hvad den fremadrettede proces i sagen bør være.

Der kan sammenfattende vedr. pkt. 1 anføres,

- a. En ansøgning kan komme fra parter i sagen, som har en væsentlig individuel interesse i sagens opretholdelse. Der skal dog gives samtykke til ansøgningen fra Københavns kommune som grundejer og ejer af kastefaciliteten.
- b. Der er gode grunde til at søge Fredningsnævnet igen, og Fredningsnævnet vil endvidere af de samme grunde være forpligtet til at behandle sagen.

For det første har de faktiske forhold ændret sig siden sidst Fredningsnævnet tog stilling til sagen og for det andet har Teknik- og Miljøforvaltningen ikke i de tidligere sager vedr. hegning af kastefaciliteten varetaget brugerne interesser på tilstrækkelig kvalificeret vis, hvilket har ført til den retlige situation, som sagen vedr. kastefaciliteten står med i dag.

Til underbygning af dette første udsagn viser sagsfremstillingen med al tydelighed, at de faktiske forhold har ændret sig siden sagen sidst blev behandlet af Fredningsnævnet. Det er nu meget svært at finde en brugbar løsning for kastebanen, som på nogen måde er at sammenligne med den løsning, som den nuværende placering af kastefaciliteten betyder for foreningerne i dag.

Til underbygning af mit andet udsagn kan kort resumeres, at det er min vurdering, at en opretholdelse af det etablerede hegn end ikke er dispensationskrævende. Efter lovgivningen beror dette dog på forvaltningens retlige vurdering som tilsynsmyndighed, men der er efter min vurdering gode argumenter for, at forholdet ikke kræver dispensation, da det for det første er tvivlsomt, hvorvidt det hegn, som sagen vedrører overhoved er omfattet af fredningsbestemmelserne, der alene omfatter ”bygningslignende indretninger”. Det er også tvivlsomt, om forvaltningen har overholdt lighedsprincippet i denne sag ved at vurdere, at hegnet i modsætning til andre hegn omkring fodboldbaner og trafiklegeplads er dispensationskrævende.

Skulle forvaltningen opretholde sin vurdering af, at et hegn er en ”bygningslignende indretning”, kan der yderligere argumenteres for, at hegnet i sammenhæng med

kastefaciliteten tjener parkens formål og sørger for at styrke diversiteten af de rekreative udbud af sportsfaciliteter for brugerne i Fælledparken, hvilket fører til, at opsætning af hegnet ikke er omfattet af fredningsdeklarationen, jf. det forhold, at bygningslignende indretninger, der tjener parkens formål efter deklarationens ordlyd ikke er dispensationskrævende.

Skulle forvaltningen dog opretholde sin vurdering af, at kastefaciliteten med hegn ikke tjener parkens formål, kan det dog konkluderes, at forvaltningen med baggrund i de forvaltningsretlige specialitetsprincipper, skal respektere afgrænsningen af sin kompetence og fremme sagen for Fredningsnævnet, når tre forhold er godtgjort, 1) at hegnet efter forvaltningens vurdering er dispensationskrævende og 2) at en dispensation ikke strider mod fredningens formål og 3) når der er nye faktiske oplysninger i sagen og nye juridiske synspunkter, der kan føre til et andet resultat hos Fredningsnævnet. Alle tre betingelser er efter min vurdering opfyldt i denne sag, hvorfor Teknik- og Miljøforvaltningen enten selv eller gennem samtykke til, at brugerne og de landsdækkende foreninger selv gør det – skal sørge for, at der sker en forelæggelse af sagen for Fredningsnævnet på ny ved en ansøgning om dispensation til opretholdelse af det etablerede hegn.

- c. Der vurderes at være gode muligheder for dispensation. Dette skyldes 1) at tilladelsen til hegning ikke er i strid med, men tværtimod tjener parkens formål, hvorfor der ved Fredningsnævnets skøn ikke noget eller endog kun et svagt modhensyn til at undlade at give en dispensation. 2) Det anføres af forvaltningen, at hegnet varetager et sikkerhedsmæssigt hensyn. Dette hensyn taler ligeledes for at give dispensation til hegning. 3) Der skal ved afgørelse af dispensation af Fredningsnævnet lægges betydelig vægt på brugernes berettigede forventninger til, at der er en kastebane og et kastebur, som kan anvendes i overensstemmelse med den dispensation, der er givet i 2009, og som ikke er tilbagekaldt, og som blev givet med baggrund i det berettigede forventning, der helt oprindeligt var skabt af, at der forud for dispensationen til kastefacilitet med den nuværende placering, allerede tidligere var en kastebane, som blev flyttet af hensyn til de fodboldglade brugere af parken i 2009, så der kunne etableres en kunstgræsbane. Der gøres opmærkning på, at berettigede forventninger af den karakter, som der er tale om i denne sag – hvor et afslag fra Fredningsnævnet på permanent at kunne opretholde det eksisterende hegn – efter forvaltningsretlig teori og praksis skal tillægges meget stor vægt og der skal være meget tunge grund til, at der ikke gives dispensation til hegnet, da en nægtelse heraf i realiteten betyder, at en gyldig dispensation fra Fredningsnævnet til kastebane- og kastebur fra 2009 i realiteten tilbagekaldes, fordi Teknik- og Miljøforvaltningen ikke mener, at kastefaciliteten er sikkerhedsmæssig forsvarlig uden hegn.

Disse mange ovennævnte hensyn, der taler for at opretholde kastefaciliteten og give dispensation til gavn for brugerne - herunder også parkens brugere af kastefaciliteten - er ikke fremført af Teknik- og Miljøforvaltningen ved de tidligere forelæggelser for Fredningsnævnet, hvor der endog alene er søgt om en midlertidig dispensation uden hensyntagen til brugerne interesse i en permanent tilladelse, der opretholder kastefaciliteten.

4) Eneste modhensyn, der i realiteten i indstilling anføres af Forvaltningen mod at give dispensation er, at udviklingsplanen, som er et politisk instrument tilsiger, at arealet skal anvendes til solplæne. Dette modhensyn er endog yderst svagt, idet plænen på kastebanen sagtens kan bruges som solplæne - uanset hegnet - når faciliteten ikke bruges

til kast, da hegnet ikke låses, og endog kan gøres endnu mere åbent, end det er i dag ved at udbygge passagemulighederne. Det vil derfor være i strid med proportionalitetsprincippet, såfremt der af Fredningsnævnet gives afslag på hegning med den begrundelse, at alle de øvrige ovenstående hensyn må vide for, at arealet altid kan anvendes til solplæne. En sådan afgørelse findes også at kunne anfægtes ud fra et lighedsprincip, idet der er givet dispensation til et utal af fodboldbaner, som end ikke kan benyttes til solplæne, når de ikke er i brug, fordi græsset end ikke p.g.a. slid kan betrædes i store perioder. Endelig skal vedr. det af forvaltningen omtalte "retshåndhævelsessyn", som Fredningsnævnet har henvist til i sin tidligere afgørelse anføres, at dette hensyn ikke eksisterer overfor kastefacilitetens brugere, da disse ikke har været medvirkende til, at der først blev søgt om en fornyelse af dispensationen for sent i 2016. Den for sene ansøgning bero alene på forvaltningens for sene ansøgning. Det kan derudover anføres, at et retshåndhævelsessyn typisk ikke tillægges stor vægt i sager, hvor der ikke er tale om gentagne og grove overtrædelser og at det forvaltningsretlige udgangspunkt i almindelige lovliggørelsessager altid er - under hensyntagen til proportionalitetsprincippet – at der skal arbejdes ud fra en forvaltningsretlige tilgang til sådanne sager, hvor skal ske en prøvelse af, hvorvidt der kan ske retlig lovliggørelse, før der stilles krav om fysisk lovliggørelse i en sag.

Vedr. punkt 2 foreslås, at Kultur- og Fritidsforvaltningen undlader at behandle pkt. 18 og hjemviser sagen til fornyet behandling i Teknik- og Miljøforvaltningen med henblik på, at Teknik- og Miljøforvaltningen undersøger sin praksis i andre sager vedr. hegning af faciliteter i Fælledparken med henblik på at afdække, hvorvidt der er behov for en dispensation til hegning af kastefaciliteterne. Såfremt Teknik – og Miljøforvaltningen fastholder sin indstilling hertil skal henvendelsen fra Foreningerne til Kultur- og Fritidsforvaltningen betragtes som en formel anmodning om, at Teknik- og Miljøforvaltningen foretager en fornyet stillingtagen til, hvorvidt der skal søges om Fredningsnævnet om dispensation og den forbindelse tager stilling til, hvorvidt Teknik- og Miljøforvaltningen selv ønsker at indgive en ansøgning om dispensation til en permanent placering af det eksisterende hegn omkring kastefaciliteten i Fælledparken - som foreningerne så kan komme med partsindlæg til - eller hvorvidt forvaltningen foretrækker, at foreningerne selv med samtykke fra forvaltningen skal indgive en ansøgning om dispensation permanent at opretholde det eksisterende hegn evt. med visse mindre ændringer, der tilgodeser en anvendelse af plænen – når denne ikke anvendes til kast - som solplæne i større grad, end det er tilfældet i dag.

Ovennævnte synspunkter vedr. pkt. 1 er nærmere begrundet og uddybet nedenfor.

Vedrørende Teknik- og Miljøforvaltningens synspunkt, om at det er udsigtsløst at sende en ny ansøgning om dispensation til hegning af kastefaciliteten.

Indledningsvist skal der gøres nogle betragtninger omkring partsstatus og kommunens forpligtelse til at inddrage parterens interesser i sagsbehandlingen

Den forelagte sag giver anledning til indledningsvist at komme med nogle generelle betragtninger Teknik- og Miljøforvaltningens forpligtelse til at inddrage og varetage parterens interesse i sagen.

Brugerne af kastebanen, som er Sparta og KIF er parter i sagen, da disse foreninger har en væsentlig individuel interesse i sagen. Herudover er bl.a. Team Copenhagen, Nørre Fælled Skole, Gefion Gymnasium, Falkonergården Gymnasium også brugere og parter i sagen. Endvidere er landsdækkende foreninger og organisation, som efter deres formål varetager væsentlige rekreative interesser, når afgørelsen berører sådanne interesse, jf. § 86, stk. 1 afgrænsning af de klageberettigede efter naturbeskyttelsesloven. Sådanne landsdækkende foreninger er f.eks. DGI og DAF, herunder DAFs elitekraftcenter i denne sag.

De samme foreninger og brugere er på grund af deres væsentlige interesse i sagen parter i sagen, uanset Københavns kommune som grundejer og ejer er den direkte berørte i sagen. Dette forhold betyder for Københavns kommunens sagsbehandling af sagen, at kommunen ikke kun loyalt skal varetage egne interesser i sagen med også høre og inddrage de øvrige parter i sagen og inddrage deres interesser i forbindelse med sagsbehandlingen.

Efter de forvaltningsretlige regler skal parter høres og inddrages i beslutningsprocessen, inden der træffes afgørelse i sager af betydning for parten, jf. forvaltningslovens § 19. Teknik- og Miljøforvaltningens beslutning om, at der ikke skal ske forelæggelse for Fredningsnævnet, hvilket afskærer foreningerne for at forelægge nævnet sagen, er en forvaltningsretlig beslutning, som er underlagt partshøringsreglerne og som i sidste instans kan påklages til Miljø- og Fødevarerklagenævnet, da der ikke er tale om en afgørelse efter § 73, stk. 5.

De to foreninger har med baggrund i, at der af Fredningsnævnet er givet en permanent dispensation til kastebane og kastebur en berettiget forventning om, at der er en kastefacilitet i fælledparken på det sted, hvor der er givet dispensation. Københavns Kommune er forpligtet til at fremme sagen vedr. kastebanen, såfremt det kan vurderes, at dispensationen ikke er i strid med fredningsformålet. Det er på grund af de tidligere sager vedr. trådhegnet omkring fælledparkens kastebane utvivlsomt, at dispensationen ikke strider mod fredningens formål. Københavns kommune er dermed ifølge praksis på området forpligtet til, såfremt der er et begrundet ønske af en part i sagen, at forelægge en ansøgning om dispensation for fredningsnævnet.

Nedenfor begrundes det, hvorfor Teknik- og Miljøudvalgets vurdering af, at det er udsigtsløst at søge om dispensation ikke vurderes at være korrekt. Det skal samtidig fremhæves, at Teknik- og Miljøudvalgets manglende vilje til at forelægge Fredningsnævnet sagen på ny, i realiteten, som sagen står, er i strid med de forvaltningsretlige specialitetsprincipper, idet Teknik – og Miljøudvalget tiltager sig en afgørelseskompetence i denne sag, som ligger ud over, hvad der er hjemmel til som tilsynsmyndighed. Dette hænger sammen med, at tilsynsmyndighedens rolle principielt alene med henvisning til tilsynsopgaven er at vurdere, hvorvidt et forhold kræver og opfylder de formelle betingelser for at kunne fremmes som dispensationssag. Er disse betingelser opfyldte skal sagen fremmes, når den ikke er udsigtsløs, således at fredningsnævnet kan træffe afgørelse i sagen. I dette tilfælde er der tale om en rettidig ansøgning fra brugerne af kastebanen om, at en permanent tilladelse til at opretholde det eksisterende trådhegn.

Begrundelse for, hvorfor denne ansøgning ikke er udsigtsløs således som Teknik- og Miljøforvaltningen ellers vurderes findes nedenfor, men først skal lige gøres nogle bemærkninger, om det de konsekvenser, som der drages af, at den midlertidige dispensationsansøgning til trådhegnet udløber i 2018 samt nogle betragtninger omkring Teknik – og Miljøforvaltningens praksis som tilsynsmyndighed ved vurdering af, hvorvidt forholdet krævet dispensation.

## Tilsynsmyndighedens fortolkning af Fælledparkens fredningsbestemmelser

Københavns kommunes praksis vedr. vurderingen af, hvornår der kræves dispensation til rekreative formål i overensstemmelse med fredningens formål vurderes som meget – og muligvis – unødigt restriktiv.

Er der krav om dispensation til (det midlertidige) trådhegn?

Det er kommunen, som tilsynsmyndighed efter naturbeskyttelsesloven, der i første omgang skal vurdere, hvorvidt opstilling af en facilitet i Fælledparken kræver dispensation. Det er fredningsnævnet, der har kompetencen til at tage stilling til, om dispensationen kan gives. Kommunens vurdering af, hvorvidt et forhold kræver dispensation må ikke i realiteten være ensbetydende med, at kommunen tiltager sig fredningsnævnets kompetence til at afgøre sagen. Dette vil være i strid med de forvaltningsretlige specialitetsprincipper, hvorefter en myndighed ikke kan tiltage sig kompetencer, der er tillagt andre myndigheder. Såfremt kommunen ikke efter anmodning fra brugerne giver disse lov til at søge fredningsnævnet om dispensation med henvisning til, at dispensation er udsigtsløs – selv om brugerne kan godtgøre, at der er grundlag for at høre fredningsnævnet på ny, vil dette være en overtrædelse af specialitetsprincipperne.

Fredningsdeklarationen for Fælledparken omtaler, at der skal gives samtykke fra Naturfredningsnævnet for København (Fredningsnævnet), såfremt der skal anbringes *”bygninger, boder, skure eller andre indretninger af varigere karakter, hvis tilstedeværelse ikke tjener parkens formål”*.

Det første spørgsmål, der kan stilles er, hvorvidt et trådhegn falder ind under betegnelsen i fredningsbestemmelsen om *”andre indretninger”*. Henset til karakteren af de eksempler, der gives i fredningsbestemmelsen forud for anvendelsen af udtrykket *”andre indretninger”* kan der argumenteres for, at et hegn ikke - som de nævnte eksempler - lægger beslag på et areal på samme måde, da arealet, som hegnet fæstnes på, er langt mindre utilgængeligt end et areal, hvor der placeres et skur, en bod eller en bygning. De nævnte eksempler i deklARATIONEN kan rubriceres til at angå *”bygningslignende indretninger”*, som er karakteriseret ved at etablere en synsmæssig barriere for omgivelserne, i modsætning til et trådhegn som i denne sag. Naturklagenævnet har dog i sag nr. 151/101-0005 angående bibeholdelse af træbarak på Niels Bohr Institutet i Fælledparken udtalt, at skærmning af materiel er dispensationskrævende. Denne vurdering er ikke helt oplagt, men såfremt skærmningen også betyder, at et større areal bliver utilgængelig for offentligheden, kan jeg i hvert fald tilslutte mig vurderingen, da skærmning i så fald vil have det til fælles med de øvrige eksempler, at disse afholder publikum fra en benyttelse af et areal i Fælledparken. I modsætning til de bygningslignende indretninger påvirker et trådhegn ikke i samme grad de landskabelige hensyn til at bevare fælledparkens udtryk med store åbne græsflader. Et trådhegn er gennemsigtigt og kun synligt på kort afstand. Et trådhegn er ikke en bygningslignende indretning, såfremt det i henvendelsen til Naturfredningsnævnet garanteres, at det vil være åbent for publikum, når banen ikke benyttes og dermed vil kunne bruges til solplænen, når ikke de benyttes til kaste af foreningerne eller andre brugere af Fælledparken. Ved gennemlæsning af de øvrige dispensationssager, som angår Fælledparken, er der hverken ansøgt eller givet direkte dispensation til opsætning af trådhegn omkring de øvrige tilladte faciliteter f.eks. fodboldbanerne og trafiklegeplads. Dog nævnes flytning af et trådhegn i forbindelse udbygning af gokartskur, se Fredningsnævnet for Københavns afgørelse af 25.okt. 1999, men nævnets vilkår angår ikke selve trådhegnet med nærmere beplantning omkring skuret, hvilket er direkte omfattet af fredningsbestemmelsen. I modsætning hertil nævnes ved ansøgning om kunstgræsbane i Fælledparken, ikke noget trådhegn, jf. Fredningsnævnets afgørelse af 31. marts 2008. Det er også værd at bemærke sig, at ansøgningen om kastebane og kastebur intet nævner om det hegn, der skal opsættes omkring kastebanen – det fremgår dog at den efterfølgende dispensation vedrørende det midlertidige hegn, at dispensationen til kastebanen og – bur indeholdt en dispensation til

et flytbart hegn, når aktiviteten på banen pågår, som det fremgår af afgørelsen omkring det midlertidige trådhegn. Dette kan dog skyldes, at et flytbart hegn ikke – med rette – er fundet omfattet af fredningsdeklarationen, idet det ikke er omfattet af denne, da det ikke har en "varigere" karakter.

Såfremt der ikke er eksempler på, at der her været behov for dispensation til hegn omkring andre af Fælledparkens faciliteter som fodboldbane mv., vil det være i strid med det forvaltningsretlige lighedsprincip, såfremt Kommunen som tilsynsmyndighed vurderer, at et permanent hegnet omkring kastefaciliteterne er dispensationskrævende.

Som et yderligere argument for, at trådhegnet end ikke er omfattet af fredningsdeklarationen, kan gøres gældende, at tilstedeværelsen af et permanent placeret trådhegn "tjener parkens formål", idet et sådant trådhegn – i modsætning til det flytbare hegn, der blev taget op og ned hver gang - støtter publikums rekreative brug af arealet til kasteaktiviteter, da det er åbent for Fælledparkens øvrige brugere, når det ikke er i brug af Sparta. ". Dette støttes også af Fælledparkens udviklingsplan, august 2006, hvor der på side 19ff foretages en større beskrivelse af, hvor vigtigt det er, at der i Fælledparken skabes mere plads til ophold, leg, selvorganiseret motion og bevægelse. Derved tjener et permanent placeret trådhegn parkens rekreative formål og burde ud fra en modsætningslutning fra fredningsbestemmelserne ikke være omfattet af fredningen, såfremt nævnet skulle komme frem til, at der er tale om en "bygninglignende indretning", der er omfattet af den saglige afgrænsning af forbuddet.

Som yderligere støtte for dette synspunkt, skal fremdrages, at Fredningsnævnet i sin seneste afgørelse selv anfører, at "det ansøgte ikke findes at stride mod *fredningens formål*". Herefter stiller Fredningsnævnet som betingelse, at der skal være adgang til kastebanen for Fælledparkens publikum, når kasterne ikke anvender banen. Med baggrund i disse betingelser er der ikke langt til at konkludere, at trådhegnet har en tilstedeværelse, der endog "tjener parkens formål. Dette synspunkt hænger også sammen med – at den hjemmel, som Fredningsnævnet bruger i denne sag, angives som naturbeskyttelseslovens § 50, stk. 1, men i realiteten er hjemlen selve fredningsafgørelsens fredningsbestemmelser. Logisk set giver det nemlig ikke mening at rubricere en foranstaltning, der tillades med hjemmel i en fredningsbestemmelse, som noget, der ikke vil stride mod fredningens formål. Idet et samtykke ikke vil være nødvendigt, såfremt det, der ansøges om, er i overensstemmelse med fredningens formål. I realiteten er en godkendelse med baggrund i fredningsbestemmelserne derfor en konkret ændring af fredningsbestemmelserne. I praksis anvendes § 50, stk. 1 dog ofte analogt på disse tilfælde, da forholdet ikke kan henføres på andre bestemmelser i naturbeskyttelsesloven med undtagelse af de tilfælde, hvor vi er så langt uden for fredningen, at forholdet er omfattet af § 50, stk. 6. En anvendelse af § 50, stk. 1 analogt har også den fordel, at den sikrer klageadgang efter naturbeskyttelseslovens bestemmelser. Det typiske og egentlige område for § 50, stk. 1 (dispensation tilfældene) er dog dispensationer, der ikke har hjemmel i fredningsbestemmelsen. Fælledparkens fredningsdeklaration understøtter i sin formulering den skelnen, der er mellem indretninger, der strider mod ("tjener") parkens formål og indretninger, der ikke gør. Derfor bliver det i flere tilfælde cirkulært at rubricere disse tilfælde som dispensationer, da en forudsætning for en dispensation er, at denne ikke strider mod parkens formål. Såfremt kommunen have været tilbøjelig til ikke at forelægge Fredningsnævnet sager, hvor der tillades rekreative anlæg, som tjener Fælledparkens formål, ville der ikke have været behov for dispensation til f.eks. kastefaciliteterne. En række af de tilfælde, hvor naturbeskyttelseslovens § 50, stk. 1 anvendes af nævnet til at give dispensation, burde efter min vurdering i stedet være løst ved kommunens afgørelse om, at forholdet ikke er dispensationskrævende.

Konklusion: Det er min vurdering, at der ikke kræves dispensation fra Fredningsdeklarationen til opsætning af trådhegn omkring kastebanen og kasteburet. Det er ærgerligt, at der i sin tid er startet en op sagen omkring etablering af trådhegnet, fordi dette er bedømt som en dispensationskrævende indretning, hvilket

vil gøre det sværere overfor dels forvaltningen og dels Fredningsnævnet at komme igennem med et synspunkt om, at trådhegnet end ikke er dispensationskrævende. Men synspunktet kan gøres gældende under en klagesag for Miljø- og Fødevarerklagenævnet (som Naturklagenævnet hedder i dag), jf. § 78, stk. 3 i naturbeskyttelsesloven.

### Nedlæggelse af kastefaciliteten og kastebur er for brugerne i realiteten en tilbagekaldelse af en begunstigende forvaltningsakt (dispensation) fra Fredningsnævnet

Som det fremgår indledningsvist, har Københavns kommune og i særdeleshed brugerne af kastefaciliteten en berettiget forventning om, at der er en kastebane og et kastebur placeret på det sted, hvor der af fredningsnævnet er givet dispensation til en placering.

Oprindeligt omfattede dispensationen til kastebane og – bur ikke opstilling af et stationært hegn - som det midlertidige hegn, der er givet dispensation til er - men et midlertidigt hegn, som kunne tages op og ned. Der er således i dag en gyldig dispensation til denne ordning, som ikke er tilbagekaldt af fredningsnævnet og som muliggør opretholdelse af kastebanen med dette set up. Dette fremgår ikke af indstillingen om kastefaciliteten, at dette er en alternativ løsning. En beslutning om at nedlægge kastefaciliteten i sin helhed, når der allerede foreligger en gyldig dispensation til denne med den store betydning, som dette har for foreningerne, er et forvaltningsretligt stor byrdefuldt indgreb i disse foreningers virke.

Efter den almindelige forvaltningsret skal der af forvaltningen tages hensyn til parter (brugere) med berettigede forventninger til at kunne udnytte en begunstigende forvaltningsakt. Selv om det forhold, at Københavns kommune ejer kastebanen i første omgang betyder, at det forvaltningsretligt er kommunen, der har den berettigede forventning, så findes der i retspraksis talrige eksempler på, at berettigede forventninger hos øvrige parter ligestilles med den direkte adressat for afgørelsen og dermed også tilkommer andre f.eks. lejere/brugere af et tillagt gode. For tilbagekaldelse af forvaltningsakter kræves efter forvaltningsretten meget stærke grunde, som skal afvejes over for indgrebets betydning for afgørelsens adressat, herunder de aktuelle foreninger med en væsentlig individuel interesse.

Det underer derfor, at det ikke ved den første ansøgning om midlertidig dispensation til et andet hegn end det, der er en del af den permanente dispensation fra fredningen, argumenteres for, at hensynet til den berettigede forventning hos kommunen og brugerne skal tillægges vægt og normalt betydeligvis vægt ved fredningsnævnets skøn over, hvorvidt der kan gives midlertidig eller permanent tilladelse til det trådhegn, som skal afløse det tilladte af sikkerhedsmæssige årsager.

Det underer også, hvorfor der kun søges om midlertidig dispensation og ikke permanent dispensation, når en permanent dispensation ej heller vurderes at være i strid med fredningens formål og jo er den eneste løsning, der sikrer en langsigtet opretholdelse af den begunstigende forvaltningsakt, der allerede er givet på det tidspunkt vedr. kastefaciliteten i øvrigt.

Konkluderende kan med baggrund i ovenstående anføres, at foreningernes og kommunens berettigede forventninger i, at den dispensationsansøgning, som allerede er givet til kastefaciliteten, opretholdes slet ikke tillægges vægt, fordi der alene søges ved den første ansøgning om et andet type hegn søges om en midlertidig løsning på trådhegnet, fordi Københavns kommune åbenbart på det tidspunkt har planer om til ugunst for brugerne at flytte kastefaciliteten uden for Fælledparken. Kommunen synes dermed frivilligt at opgive sin ret til opretholdelse af den eksisterende tilladte og hensynet til de berettigede forventninger ved den anden afgørelse om det midlertidige hegn synes herefter at være gået helt i glemmebogen for forvaltningen og fredningsnævnet, hvorfor sagsbehandlingen i nævnet ikke tager hensyn til dette forventningsprincip.

Det er med baggrund i ovenstående min vurdering, at den eksisterende dispensation til kastebane og -bur med et flytbart hegn fortsat er gældende, og at fredningsnævnet skal lægge betydelig vægt på dette forhold og hensynet til den berettigede forventning hos kommunen og brugerne, som dette skaber, ved behandling af en ny ansøgning om dispensation til opretholdelse af det midlertidige hegn som permanent, idet et afslag herpå i realiteten er ensbetydende med et tilbagekaldelse af dispensationen til hele kastefaciliteten, fordi den tidligere løsning ikke er sikkerhedsmæssig forsvarlig. Dette er et nyt juridisk argument, som ikke tidligere er fremført i sagen, og som bør betyde en stor forskel for nævnets bedømmelse af sagen. Nedenfor fremføres herud over nogle yderligere forhold, som bør for til, at Sparta m.fl. bør anmode om, at fredningsnævnet tager stilling til sagen på ny, da disse forhold vurderes at føre til, at fredningsnævnet bør give den omtalte dispensation til hegnet.

### Yderligere forhold, der gør en fornyet forelæggelse af dispensation til kastefaciliteten til aktuel og påkrævet

Som ovennævnte illustrerer, er kastefaciliteten med et permanent hegn med til at styrke Fælledparkens rekreative formål og dermed tjener denne parkens formål, hvorfor hegnet ikke er dispensationskrævende. Såfremt Københavns kommune er af en anden opfattelse og/eller ønsker af respekt for sin hidtidige praksis ift., hvad der er dispensationskrævende, at forelægge sagen for Fredningsnævnet på ny, er det min vurdering, at der er – udover synspunktet om, at de berettigede forventninger til banens opretholdelse, skal tillægges betydelig vægt ved Fredningsnævnets skøn - gode argumenter for, at der skal give dispensation til et permanent trådhegn. En forudsætning for dispensation er, at det, der dispenseres til, ikke strider mod fredningens formål. Dette er klart opfyldt, hvilket fremgår af de tidligere afgørelser vedr. den midlertidige dispensation til det eksisterende stationære trådhegn.

De øvrige argumenterne for dispensation er følgende:

1. En dispensation til trådhegnet er ikke i strid med fredningsdeklarationens formål, som angives til at være "at bevare området som et rekreativt grønt område og drive det som park". Såfremt trådhegnet ikke aflåses, når Sparta og de øvrige brugere ikke bruger kastebanen, er et permanent trådhegn med til at sikre, at parkens publikum kan bruge kastebane og kastebur, og dermed er hele indretningen ikke stridende mod parkens formål, men tjener det endog. Trådhegnet gør også, at parkens område bevares grønt, da kastebanen består af græs med hegn - bortset fra det lille areal med selve kasteburet.
2. Teknik- og Miljøudvalget har vurderet, at hegnet er nødvendigt af sikkerhedsmæssige grunde. Teknik- og Miljøudvalget er forpligtet til overfor brugerne med baggrund i det forvaltningsretlige proportionalitetsprincip at medvirke til at finde en løsning på de sikkerhedsmæssige problematikker, som ikke i realiteten betyder en tilbagekaldelse for brugerne af en begunstigende forvaltningsafgørelse. Endog en begunstigende forvaltningsafgørelse, som er affødt af, at forvaltningen ved egne beslutninger – først fjernelse af den oprindelige kastebane og senere ved kun at søge om et midlertidigt hegn til banen og nu at nægte at søge igen – i realiteten har vanskeliggjort opretholdelse af kastefaciliteten uden hensyntagen til brugernes berettigede forventninger og de rekreative værdier, som faciliteten skaber for brugere af parken, der ikke spiller fodbold.
3. Derudover er det ligeledes i strid med det forvaltningsretlige proportionalitetsprincip og forventningsprincippet, såfremt der ikke gives dispensation til trådhegnet, idet en sådan afgørelse i realiteten forhindrer en udnyttelse af den dispensation, der er til



kastebur og kastebane. Som det netop fremgår af de vanskeligheder med en ordentlig anden løsning der er og de enorme konsekvenser, der er for atletikken i bl.a. KIF og Sparta er det helt ude af proportioner, såfremt der ikke kan gives tilladelse til en facilitet, som hænger så godt sammen med fredningsbestemmelsernes formål, at det er meget tæt på, at hegnet ikke er dispensationskrævende, både henset til den rekreative udnyttelse som det skaber mulighed for og henset til, at det er tvivlsomt som der kræves dispensation til selve hegnets som sådant, jf. udtrykket "bygningsslignende indretninger" i deklARATIONEN.

4. Det skal anfægtes, at det er muligt af Teknik – og Miljøforvaltningen ved bedømmelse af sagen at lægge vægt på Fredningsnævnets udtalelse i den seneste dispensationsafgørelse vedr. trådhegnet, hvor der anføres følgende: *"Dispensationen er først søgt efter udløbet af den hidtidige dispensation. Ud fra et retshåndhævelsessynspunkt tilkendegiver Fredningsnævnet, at yderligere dispensationsansøgninger vedrørende hegnet på samme placering ikke kan forventes imødekommet"*.

Dette hensyn eksisterer ikke overfor kastefacilitetens brugere, da disse ikke har været medvirkende til, at der først blev søgt om en fornyelse af dispensationen for sent i 2016. Den for sene ansøgning bero alene på forvaltningens for sene ansøgning. Det kan derudover anføres, at et retshåndhævelsessyn typisk ikke tillægges stor vægt i sager, hvor der ikke er tale om gentagne og grove overtrædelser og at det forvaltningsretlige udgangspunkt i almindelige lovliggørelsessager altid er - under hensyntagen til proportionalitetsprincippet – at der skal arbejdes ud fra en forvaltningsretlige tilgang til sådanne sager, hvor skal ske en prøvelse af, hvorvidt der kan ske retlig lovliggørelse, før der stilles krav om fysisk lovliggørelse i en sag.

5. Det kan derudover gældende, at en forvaltningsmyndighed er forpligtet til at genoptage en sag, såfremt der foreligger nye faktiske oplysninger. Der er nye faktiske oplysninger i sagen, da det fremgår tydeligt af indstillingen af forholdene og forudsætningerne bag Fredningsnævnets afgørelse har ændret sig. Det kan derfor også undrer, at forvaltningen lægger vægt på en udtalelse, der allerhøjest kan have nogen gyldighed i det tilfælde, hvor der ikke er sket nogen ændring af de forudsætninger, som afgørelsen blev truffet på sidst. Der er tydeligt, at sagens faktiske omstændigheder har ændret sig siden der 1. gang blev søgt om en dispensation til et midlertidigt hegn, idet det har vist sig vanskeligt at finde en ny egnet lokalitet til kastebanen tæt på Østerbro stadion. De forudsætninger, der gjorde, at dispensationen kun blev ansøgt for en årrække, har dermed ændret sig.
6. Endeligt kan der gøres et lighedssynspunkt gældende. De øvrige publikumsvenlige anlæg i parken, der ligger tæt op ad kastebanen, såsom legepladsen og fodboldbanerne har alle trådhegn rundt om. Disse trådhegn er enten opstillet uden dispensation, fordi forvaltningen har vurderet, at en sådan ikke var påkrævet eller de er tilladt som en implicit del af tilladelsen til "hovedindretningen" eller har fået en tilladelse, som ikke er mig bekendt. Da såvel forvaltningen som Fredningsnævnet skal behandle lige forhold ens, bør trådhegnet omkring kastebanen enten vurderes til ikke at kræve dispensation eller af Fredningsnævnet have en permanent dispensation på linje med de øvrige faciliteter.

Sammenfattende vedrørende dispensationsansøgningen er der gode argumenter for en dispensation. Disse argumenter styrkes også af, at der efter min vurdering er tale om et tilfælde, hvor der endog kan argumenteres for, at etableringen af trådhegnet end ikke er omfattet af fredningsbestemmelserne, men derimod tjener fredningsformålet.

Mvh Titti Kopp