



NOTAT

Svar på spørgsmål fra A ift. ekstern juridisk vurdering af byggesagsbehandling på Frederiksborgvej 234

Medlem af Borgerrepræsentationen Mette Reissmann (A) har den 8.marts 2022 stillet følgende spørgsmål til Teknik- og Miljøforvaltningen i forbindelse med Teknik- og Miljøudvalgets behandling af indstillingen ' Forslag til kommissorie for indhentning af ekstern juridisk vurdering i byggesag på Frederiksborgvej 234, Bispebjerg'.

Forvaltningen har gennemgået ønskerne fra Socialdemokraterne ift., om det meningsfuldt kan indgå i kommissoriet. Forvaltningen kan oplyse, at ønskerne allerede er en del af det foreslåede kommissorie.

Spørgsmål og svar

Vi [S] anmoder om, at stadsarkitekten inviteres til at deltage i behandlingen af punktet. Det har været en gennemgående formulering i sagen fra TMF's side, at TMF vurderer, at 'byggeriet svarer til det sædvanlige i området'. Det er ikke korrekt, hvis man spørger Stadsarkitekten ifølge de referater, der er fra mødet den 13. dec. 2021. Derfor ønsker vi, at Stadsarkitekten er med til behandlingen under pkt. 8.

Svar: Stadsarkitekten har forholdt sig til æstetik (dvs. pudset/malet mur på bygning). Efter stadsarkitektens opfattelse var dette ikke er sædvanlig for området/i overensstemmelse med egenarten.

Det er ikke muligt efter BR18 at regulere bygningens udseende/æstetik i den konkrete byggesag, og forvaltning har derfor ikke forholdt sig til, om bygningens æstetiske udtryk er sædvanligt for området.

Forvaltningen har alene forholdt sig til bygningsvolumen, dvs. højde og omfang, ved ombygning og har på den baggrund udtalt, at byggeriet svarer til det sædvanlige i området.

1. Nedenfor stående spørgsmål skulle også være tilsendt forvaltningen fra borgerens side med ønsket om at det indgår i advokatundersøgelse/ kommissoriet. Det er dog uklart om spørgsmålene er modtaget? Indstillingen afspejler ikke det. Derfor

11-03-2022

Sagsnummer i F2
2022 - 451

Dokumentnummer i F2
1058903

Sagsnummer i eDoc
2022-0010913

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

EAN-nummer
5798009809452

stiller vi dem her med anmodning om at de inddrages i kommissoriet/undersøgelsen. Indstilling af Horten som advokat skal være under forudsætning af, at de forholder sig sagligt kritisk til det passerede.

Svar: Forvaltningen har ikke modtaget de konkrete spørgsmål med den ordlyd, men har udledt de foreslåede temaer fra de kritikpunkter og spørgsmål, der tidligere er blevet sendt til forvaltningen i form af høringssvar og ppt. fra foretrædet i december. Kommissoriet omhandler således de samme spørgsmål, jf. nedenfor, men de konkrete formulerede spørgsmål kan medsendes til advokaten og være et bidrag til yderligere præcisering til brug for den juridiske vurdering.

Horten er anbefalet af forvaltningen, da Horten, som et af få advokatfirmaer, har en stærk faglig indsigt i planloven og byggeloven, hvilket er en væsentlig del af undersøgelsesområdet i denne sag. Horten er som alle andre advokater underlagt de advokatetiske regler og har ikke tidligere været inde over den konkrete byggesag.

2. Er servitутten overholdt? Her skal advokaten specifikt forholde sig til dokumentationen fremlagt i bilag 1/Partshøring s. 12-15 og bilag 2/Servitутten s. 1-2 herunder, at TMF i byggetilladelsen af 5. februar 2015 og i svaret til Byggeklageenheden af 18. februar 2019 direkte skriver, at der dispenseres fra servitутten. I den sammenhæng skal advokaten også forholde sig til, om udvalget har fået en korrekt og nuanceret fremstilling af forholdet angående servitутten i indstillingen til udvalget 13. dec. 2021?

Svar: (Spørgsmålet indgår i forvaltningens forslag til kommissorium. Se punkt 1d.)

Servitутten er overholdt for vidt angår den del der handler om 3½ beboelseslag (tre etager med udnyttet tagetage), men er fraveget for så vidt angår den del, der omhandler oprettelse af selvstændige beboelser i tagetagen. Fravigelsen er begrundet i, at det er etageboligbebyggelse i tre etager med udnyttet tagetage - ligesom denne del af bestemmelsen også er fraveget i forhold til andre etageboligbebyggelser i servitutområdet.

2. Er der tale om en udnyttet tagetage? Her skal advokat specifikt forholde sig til og inddrage al dokumentation fremlagt i bilag 1/Partshøring s. 22-26 og bilag 2/Servitутten s. 3-6.

Svar: (Spørgsmålet indgår i forvaltningens forslag til kommissorium. Se punkt 1d.)

Ja, det er forvaltningens vurdering, at der netop er tale om en udnyttet tagetage, da der er tale om et traditionelt sadetag med kviste og vinduer, der påført bygningen. Denne vurdering ligger inden for rammerne af de vejledninger, der findes om dette spørgsmål i praksis og i håndbog for bygningsmyndigheder.

3. Er TMF's henvisning til Frederiksborgvej 236 og Nøkkerosevej 1 retvisende som underbygning af, at det er en 'udnyttet tagetage - herunder med stillingtagen til de forskelle der er dokumenteret i bilagene: At Frederiksborgvej 236/Nøkkerosevej 1 havde en tagetage i forvejen, mens Frederiksborgvej 234 er en påbygning/tilbygning, ligesom Frederiksborgvej 236/Nøkkerosevej 1 har små gavlvinduer og kviste, mens Frederiksborgvej 234 har panoramavinduer/glasaltaner på gavlen og store kviste. I advokatens vurdering skal indgå dokumentationen og billeder fremlagt i bilag 1/Partshøring s. 12-15 og bilag 2/Servituten s. 3-6 herunder med en vurdering af de mange lodrette flader i tagetagen vurderet ud fra den afgørelse fra Planklagenævnet (sag NMK-33-00425 12. marts 2012), det fremgår af bilag 2/Servituten s. 3

Svar: (Spørgsmålet indgår i forvaltningens forslag til kommissorium. Se punkt 1d.)

Forvaltningen medgiver, at tagetagen på Frederiksborgvej 234 ikke 1:1 identisk med tagetagerne på Nøkkerosevej 1 og Frederiksborgvej 236, men det er heller ikke afgørende.

Der skal foretages en konkret vurdering af, om tagetagen i sig selv fremstår som en udnyttet tageetage eller en fuld etage. Det er forvaltningens opfattelse, at der netop er tale om en traditionel tagetage under et højt saddelsag med kviste og vinduer. Det er uden betydning, at bygningen er opført med udnyttet tagetage, eller om bygningen først senere får påbygning som udnyttet tagetage.

Forvaltningen mener, at servituten er overholdt i forhold til antal beboelseslag, idet servituten - ligesom i lokalplaner - lægger rammen for byggeri inden for servitutområdet. Det ligger derfor i den juridiske vurdering, at der skal foretages en vurdering af, om det i den konkrete byggesag er tale om tre med udnyttet tagetage eller fire etager.

4. Er det i øvrigt i overensstemmelse med kommuneplan, praksis og TMF's retningslinjer, at TMF i byggesagsbehandlingen slet ikke har forholdt sig til, at der er tale om en tilbygning, der ødelægger det oprindelige udseende på en bygning med SAVE-bevaringsværdi 4 - herunder med en vurdering af påstanden om, at der ikke er et arkitektonisk særpræg i området. Punktet skal inddrage al den dokumentation, der fremgår af bilag 1/Partshøring s. 15-22 samt bilag 3/Bevaringsværdi og ydre fremtræden s. 1-12.

Svar: (Spørgsmålet indgår i forvaltningens forslag til kommissorium. Se punkt 1b.)

SAVE 4-værdi er middel bevaringsværdi og er ikke det samme som SAVE-værdi 1 -3, der er høj bevaringsværdi. Bygning/område er ikke udpeget i kommuneplanen som bevaringsværdig.

Forvaltningen har - som foreskrevet i kommuneplanen - forholdt sig til bygningens SAVE-værdi 4 i byggesagsbehandlingen, herunder

vurderet bygningen i forhold til omgivelserne/området. Forvaltningen har konkluderet, at hverken bygningen eller området har en sådan særlig karakter, at § 6D kan bringes i anvendelse. Der er herved lagt vægt på de forskelligartede og varierede bebyggelser i nærområdet, som netop ikke har et karakteristisk helhedspræg. Derfor er der ikke lovmæssigt grundlag for æstetisk regulering med byggelovens § 6D, stk. 1. Forvaltningens vurdering er i overensstemmelse med kommuneplan, praksis og retningslinjer. Byggeklageenheden har i øvrigt ikke fundet anledning til at kritisere forvaltningens vurdering af ikke at bringe byggelovens § 6D, stk. 1, i anvendelse.

5. Er det korrekt, når TMF hævder, at man ikke kan stille krav til facaden på en bygning med SAVE-værdi 4 (eksempelvis bibeholdelse af murstensfacade, som denne sag drejer sig om) i forbindelse med et projekt, som kræver byggetilladelse, og hvor Byggelovens 6D kan finde anvendelse? Punktet skal svares med inddragelse af al den dokumentation, der fremgår af bilag 1/Partshøring s. 15-22 og bilag 3/Bevaringsværdi og ydre fremtræden s. 1-12.

Svar: (Spørgsmålet indgår i forvaltningens forslag til kommissorium. Se punkt 1b.)

Ja, der er en lovmæssig begrænset mulighed for at anvendelse af byggelovens § 6D, stk. 1. Bestemmelsen kan kun anvendes, hvis det er byggearbejder, der kræver byggetilladelse, og når bygningen/området er karakteriseret ved en særlig arkitektonisk, landskabsmæssig eller æstetisk helhedsvirkning fx særligt bevaringsværdige ældre bymiljøer.

Forvaltningen har konkret vurderet, at bygning/området netop ikke er karakteriseret ved en særlig arkitektonisk helhedsvirkning, og at der derfor ikke er grundlag for anvendelse af byggelovens § 6D, stk. 1. Byggeklageenheden har ikke fundet grundlag for at kritisere kommunens vurdering om, at byggelovens § 6D, stk. 1, ikke finder anvendelse.

6. Om det er sagligt at godkende de nye altaner i et fjerde beboelseslag på baggrund af blot én linjes ansøgning - uden at kommunen forholder sig til, hvad de er lavet af (værn, bund etc.). Her skal advokaten ikke mindst tage stilling til følgende. Er det i overensstemmelse med TMF's egne retningslinjer for godkendelse af altan-ansøgninger knyttet til bygninger med SAVE-værdi 4? Er det advokatens vurdering, at Byggelovens § 6D kan og bør finde anvendelse med den dokumentation for praksis, der fremhæves i bilag 1/Partshøring s. 15-22 og bilag 3/Bevaringsværdi og ydre fremtræden s. 1-12 - herunder altansagen Frederiksborgvej 232 og kviste-ansøgningen Firkløvervej 6, hvor kommunen stiller æstetiske krav med henvisning til Byggelovens §6D alene med den begrundelse, at der er tale om SAVE-værdi 4-bygninger.

Svar: (Spørgsmålet indgår i forvaltningens forslag til kommissorium. Se punkt 1a og 1b.)

Se svar under punkt 5, hvor forvaltningens konklusion ud fra en konkret vurdering af bygning og omgivelser er, at der ikke er grundlag for at anvende byggelovens § 6D, stk. 1, og hvor det er fremhævet, at Byggeklageenheden i afgørelsen ikke har fundet grundlag for at kritisere denne vurdering om, at hverken bygning eller område har en særlig beskyttelsesværdi. Byggetilladelsen af 5. februar 2015 er i øvrigt truffet før altanretningslinjerne blev vedtaget af Teknik- og Miljøudvalget første gang 24. august 2015.

Forvaltningen anvender i dag byggelovens § 6D, stk. 1, langt mere begrænset end tidligere, hvilket er den korrekte anvendelse af bestemmelsen. Ændringen er sket på baggrund af styrelsens vejledning fra 2018 og Byggeklageenhedens ændrede praksis om bestemmelsens anvendelsesområde. Forvaltningen er bundet af Byggeklageenhedens afgørelse fra 2020 om, at byggelovens § 6D, stk. 1, ikke længere kan anvendes som selvstændigt nægtelsesgrundlag.

1. På Frederiksborgvej 230 og 232, blev der først givet afslag 13. oktober 2011 og siden tilladelse 23. juli 2012 med vilkår hjemlet i byggelovens § 6D. Denne sag er ikke sammenlignelig med byggesagen Frederiksborgvej 234, da etageboligbebyggelserne på Frederiksborgvej 230 og 232 fremstår opført som tvillingebygninger, der dengang blev vurderet vigtig i forhold til at få tilpasset altanerne til bygningernes karakter.
2. På Firkløvervej 6, blev der 2. marts 2015 tilladt udskiftning af tag og tilføjelse af kvist på enfamiliehus med vilkår til æstetik, men ikke henvist til byggelovens § 6D eller begrundet for, hvorfor der blev stillet vilkår om æstetik.

7. Er byggeriet opført uden gyldig byggetilladelse og dermed ulovligt? Her skal advokaten inddrage dokumentationen fremlagt i bilag 1/Partshøring s. 27 til 31 samt bilag 5/Byggeriet ulovligt opført s. 1-6. Herunder skal bygherres ønske om forlængelse af byggetilladelse den 5. februar 2016 (den dag byggetilladelsen udløber) samt ønsket om forhåndsdialog med nye tegninger i sagen den 4. oktober 2016 (otte måneder efter, at byggetilladelsen er udløbet) inddrages.

Svar: (Spørgsmålet indgår i forvaltningens forslag til kommissorium. Se punkt 1c.)

Forvaltningen henviser til, at Byggeklageenheden har konkluderet, at byggeriet er påbegyndt inden 1-årsfristen. Ansøger har redegjort overfor Byggeklageenheden i forbindelse med klagesagsbehandlingen, at arbejderne, der var påbegyndt, blandt andet omfattede igangsat isolering og dræn rundt om i kælderen, dvs. forhold, som ikke var synlig for naboen, fordi disse byggearbejder foregik inden i bygningen. På opførelsestidspunktet var der altså en lovlig (men påklaget) byggetilladelse.

8. Hvad betyder det for kommunens erstatningsansvar, hvis byggeriet er gået i gang for sent og dermed er ulovligt opført?

Svar: (Spørgsmålet indgår allerede i forvaltningens forslag til kommissorium. Se punkt 1c.)

Byggeklageenheden har konkluderet, at byggeriet er påbegyndt inden 1-årsfristen.

På grund af Byggeklageenhedens afgørelse fra 2020 er byggeriet uden byggetilladelse, og der skal træffes en ny afgørelse. Byggesagen behandles som en sag om bibeholdelse, da byggearbejderne allerede er udført.

Hvis kommunen giver afslag på bibeholdelse af de allerede udførte byggearbejder på et ulovligt grundlag, og efterfølgende påbyder retablering (fysisk lovliggørelse), og hvis ejer efterkommer påbuddet, er det sandsynligt, at kommunen dermed har pådraget sig et erstatningsansvar for det tab, som ejer har lidt ved at efterkomme den ulovlige afgørelse.

9. Vil det være en lovlig beslutning at kræve servituten overholdt, så der siges nej til et fjerde beboelseslag, når kommunen har påtaleret på servituten?

Svar: (Spørgsmålet indgår i forvaltningens forslag til kommissorium. Se punkt 1d.)

Forvaltningen mener ikke, at det vil være en lovlig beslutning at håndhæve servituten med henvisning til, at der er tale om påbygning af en fuld etage (fjerde beboelseslag). Påbygning af traditionelt sadetag med kviste og vinduer er inden for den ramme, som servituten har opstillet, som er tre beboelseslag med udnyttet tagetage.

Der er ikke en planmæssig relevant interesse i at håndhæve den del af servitutbestemmelsen, hvoraf det fremgår, at der ikke må være selvstændig beboelse i tagetagen, fordi det er etageboligbebyggelse, og fordi denne del af servitutbestemmelsen i øvrigt også er fraveget på andre sammenlignelige etageboligbebyggelser indenfor servitutområdet.

10. Kan byggelovens §6D finde anvendelse, som det skete med naboejendommens altanansøgning (Frederiksborgvej 232) og kvistesagen vedrørende Firkløvervej 6 som refereret i bilag 3/Bevaringsværdi og ydre fremtræden s. 1-12.

Svar: (Spørgsmålet indgår i forvaltningens forslag til kommissorium. Se punkt 1b)

Forvaltningen har konkluderet, at byggelovens § 6D, stk. 1, ikke kan finde anvendelse i den konkrete byggesag på Frederiksborgvej 234.

Det er hver gang en konkret vurdering i den enkelte byggesag, om byggelovens § 6D, stk. 1, kan finde anvendelse, og om der er grundlag for at bringe bestemmelsen i anvendelse.

Forvaltningen anvender i dag byggelovens § 6D, stk. 1, langt mere begrænset end tidligere, hvilket er den korrekte anvendelse af bestemmelsen. Ændringen er sket på baggrund af styrelsens vejledning fra 2018 og Byggeklageenhedens ændrede praksis om bestemmelsens anvendelsesområde. Forvaltningen er bundet af Byggeklageenhedens afgørelse fra 2020 om, at byggelovens § 6D, stk. 1, ikke længere kan anvendes som selvstændigt nægtelsesgrundlag.

11. Vil udvalget på baggrund af svarene på spørgsmål 9 og 10 (håndhævelse af servitut og/eller Byggelovens § 6D) kunne kræve en fysisk lovliggørelse?

Svar: (Spørgsmålet indgår i forvaltningens forslag til kommissorium. Se punkt 1b og 1d og sidste afsnit om ejers retsstilling.)

Forvaltningen har konkret vurderet, at hverken planlovens § 43 eller byggelovens § 6D, stk. 1, kan bringes i anvendelse i den konkrete byggesag, og heller ikke kan bruges som nægtelsesgrundlag med senere krav om fysisk lovliggørelse.

Fordi byggearbejderne allerede er udført, vil forvaltningen i bibeholdelsessager desuden være forpligtet til at inddrage forvaltningsretlige hensyn i forhold til en samlet afvejning af udfaldet i byggesagen. Et tungtvejende forvaltningsretligt hensyn vil blandt andet være, at ejer af Frederiksborgvej 234 i god tro har indrettet sig i tillid til, at byggetilladelsen står ved magt.

12. Er der grundlag for, at Ankestyrelsen kan anlægge en erstatningssag mod de enkelte medlemmer af udvalget i tilfælde af, at udvalget træffer en beslutning om at servitutten skal overholdes, og at kommunen skal håndhæve Byggelovens § 6D og dermed kræve en fysisk lovliggørelse? (Hvis svaret er ja, skal der selvfølgelig redegøres for konkrete fortilfælde og lignende sager, som dokumenterer, at det er praksis hos Ankestyrelsen. Det er ikke nok, at det er en hypotetisk mulighed).

Svar: Det vil være en ulovlig beslutning at kræve af forvaltningen, at byggelovens § 6D, stk. 1, skal bringes i anvendelse, når der ikke er lovmæssigt grundlag for at gøre det, og i øvrigt kan byggelovens § 6D, stk. 1, ikke efter Byggeklageenhedens opfattelse anvendes som selvstændigt nægtelsesgrundlag.

Ankestyrelsen kan efter lov om kommuners styrelse § 50 c anlægge en erstatningssag mod et kommunalbestyrelsesmedlem, som er ansvarligt for, at kommunen er påført et tab.

Såfremt et kommunalbestyrelsesmedlem medvirker til, at der træffes en ulovlig beslutning, vil der være grundlag for Ankestyrelsen for at anlægge en erstatningssag. Det er Ankestyrelsen selv, der vurderer, om de ønsker at anlægge en erstatningssag. Ved Ankestyrelsens vurdering

heraf, lægges der vægt på, om der er overvejende sandsynlighed for, at de ansvarlige kommunalbestyrelsesmedlemmer vil blive idømt erstatningsansvar.

Al den stund, at der er Ankestyrelsen selv, der vælger, om de vil anlægge en erstatningssag, bidrager det ikke til sagens oplysning, at redegøre for fortilfælde eller lignende sager hos Ankestyrelsen.

Svaret er offentligt tilgængeligt på Teknik- og Miljøudvalgets dagsorden tilknyttet indstillingen, som svaret vedrører.

Lena Kongsbach
Konstitueret vicedirektør