

Bilag 4 Juridisk notat fra Horten

NOTAT OM INDSIGELSER TIL RESTAURATIONSFORSKRIFT

FORVALTNINGSRETLIGE PRINCIPPER OG OVERGANGSBESTEMMELSER

1. INDLEDNING OG OPDRAG

Københavns Kommune har udarbejdet et udkast til revideret restaurationsforskrift, som netop har været i offentlig høring. I den forbindelse er indkommet en række enslydende indsigelser fra forskellige aktører i restaurationsbranchen, herunder HORESTA, DRC og REKOM Group A/S.

Københavns Kommune ønsker en vurdering af de indsigelser, der er fremsat af advokat Allan Lynges ved brev af 19. august 2018 som advokat for REKOM Group A/S og Bar Gruppen A/S.

Advokat Allan Lynges fremsætter især indsigelser mod forskriftens bestemmelse om, at alle restaurationer – på nær dem, der alene spiller baggrundsmusik - skal udføre målerapporter, samt bestemmelsen om, at alle restaurationer uanset beliggenhed skal udføres med lydsluse i indgangspartiet.

2. INDSIGELSER

Advokat Allan Lynges har på vegne af REKOM Group A/S og Bar Gruppen A/S gjort gældende, at § 20 i miljøaktivitetsbekendtgørelsen (bekendtgørelse nr. 844 af den 23. juni 2017 om miljøregulering af visse aktiviteter) ikke giver kommunerne adgang og hjemmel til, at udarbejde forskrifter, der pålægger virksomheder omfattet af forskriften forpligtigelser, som går videre, end hvad der er nødvendigt for at varetage de hensyn, der ligger bag bestemmelsen.

Særligt gøres det gældende, at kommunen ikke ved at vedtage en generel forskrift, som stiller krav om udarbejdelse af støjrapporter og etablering af lydsluser for alle restaurationer, kan frigøre sig fra pligten til at foretage en konkret vurdering i hver enkelt sag.

Det gøres gældende, at sådanne generelle krav er i strid med de almindelige forvaltningsretlige principper om proportionalitet og forbuddet mod at sætte skøn under regel.

Herudover gøres det gældende, at de nye krav om etablering af lydsluser ikke kan gøres gældende i forhold til allerede lovligt etablerede restaurationer, og at der derfor i restaurationsforskriften må indarbejdes overgangsbestemmelser, der tager højde herfor.

3. REGLER

Miljøaktivitetsbekendtgørelsens § 20 giver kommunerne adgang til at fastsætte generelle forskrifter for at forebygge forurening eller uhygiejniske forhold. Følgende fremgår af bestemmelsens stk. 1, nr. 1:

"For at forebygge forurening eller uhygiejniske forhold kan kommunalbestyrelsen, eventuelt inden for nærmere angivne geografiske områder i kommunen, udstede lokale forskrifter om

1) indretning og drift af andre virksomheder end listevirksomhed, der ikke er omfattet af andre bestemmelser udstedt med hjemmel i loven, ..."

Med hjemmel i denne bestemmelse kan der udstedes generelle forskrifter vedrørende bestemte virksomhedskategorier med henblik på begrænsning af forurening og/eller uhygiejniske forhold.

Herudover giver bestemmelsen mulighed for at udstede forskrifter om midlertidige aktiviteter omfattet af bekendtgørelsen, jf. miljøaktivitetsbekendtgørelsens § 20, stk. 2.

4. VURDERING

4.1 Forvaltningsretlige principper

Miljøaktivitetsbekendtgørelsens § 20 giver mulighed for at fastsætte generelle lokale forskrifter med henblik på blandt andet at forebygge forurening. Begrænsning af støj fra restaurationsvirksomheder falder indenfor de emner, som kan reguleres efter bestemmelsen.

Den gældende støjforskrift for Københavns Kommune er således også fastsat med hjemmel i den tilsvarende bestemmelse i den tidligere miljøaktivitetsbekendtgørelse.

Ved indsigelserne er det gjort gældende, at kravene om udarbejdelse af støjrapport og etablering af lydsluse i indgangspartiet til alle restaurationer uanset beliggenhed, koncept mv., går videre end nødvendigt, og derfor er i strid med proportionalitetsprincippet. Herudover gøres det gældende at disse bestemmelser i forskriften er i strid med det forvaltningsretlige forbud mod skøn under regel.

4.1.1 *Proportionalitetsprincippet*

Proportionalitetsprincippet medfører, at en forvaltningsakt ikke må være mere vidtgående, end formålet tilsiger. Forvaltningen er således forpligtet til at vælge det indgreb, der er mindst indgribende, men stadig tilstrækkeligt til at opnå formålet.

Ved udstedelse af generelle forskrifter gælder de almindelige forvaltningsretlige regler og principper, herunder proportionalitetsprincippet, også. Det betyder, at bestemmelserne i restaurationsforskriften ikke må være mere vidtgående, end hvad formålet med forskriften tilsiger.

Efter miljøaktivitetsbekendtgørelsens § 20 kan der fastlægges lokale generelle forskrifter med henblik på forebyggelse af forurening, herunder støjforurening.

Det forhold, at en forskrift er generel og rammer en bredere kreds - i dette tilfælde alle restaurationer i København, der ikke alene spiller baggrundsmusik - indebærer ikke i sig selv, at forskriften er i strid med proportionalitetsprincippet. En generel forskrift kan således godt være forenelig med proportionalitetsprincippet, hvis de bestemmelser, der er fastsat i forskriften, ud fra en generel betragtning er relevante og proportionale i forhold til den type af virksomhed, som forskriften regulerer.

En vurdering af om forskriftens generelle krav om støjrapport og etablering af lydsluse er proportionale afhænger af, om disse krav ud fra en gennemsnitsbetragtning er nødvendige krav i forhold til de virksomheder, der er omfattet af disse krav i forskriften. Er der således tale om, at der for disse typer af virksomheder ud fra en generel betragtning er problemer med støj, som gør krav om støjmålinger og etablering af lydsluse nødvendige, vil det være proportionalt at stille et sådant generelt krav.

Det er således afgørende for en vurdering af, om kravet er proportionalt, hvor ofte støjforurening fra de af kravene omfattede restaurationer udgør et støjmæssigt problem, som fører til de krav, der nu gøres generelle i forskriften. Såfremt der er tale om støjforurening i et overvejende antal tilfælde, vil kravene om udarbejdelse af støjrapporter samt etableringen af lydsluser kunne anses for værende nødvendige for at opnå formålet med forskriften, og dermed kan kravene anses for værende proportionelle.

Såfremt der omvendt alene i et mindre antal tilfælde kan dokumenteres et reelt behov for krav af den pågældende art, må kravene anses for at gå videre end, hvad der er nødvendigt, og de generelle krav herom i støjforskriften er dermed ikke i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet.

En hensyntagen til at lette administrationen for miljømyndighederne vil ikke være afgørende ved vurderingen af, om kravene kan anses for proportionale.

Vi er ikke i besiddelse af oplysninger om, hvor ofte de generelle krav i støjforskriften er relevante i forhold til at undgå støjforurening fra de omfattede restaurationer. Vi har derfor ikke på det foreliggende oplysningsgrundlag mulighed for at foretage en vurdering af, om kravene i støjforskriften konkret er i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet.

4.1.2 *Forbuddet mod skøn under regel*

Ved de indkomne indsigelser mod støjforskriften er det gjort gældende, at bestemmelserne om udarbejdelse af støjrapporter og etablering af lydsluger i indgangspartierne ligeledes er i strid med det forvaltningsretlige forbud mod skøn under regel.

Hvor et skøn er overladt til forvaltningen er udgangspunktet, at forvaltningen har pligt til at foretage en konkret afvejning af de saglige hensyn, der findes relevante i det enkelte tilfælde. Forbuddet mod at sætte skøn under regel indebærer begrænsninger i forhold til forvaltningens mulighed for at regulere skønnet ved interne regler.

I henhold til miljøaktivitetsbekendtgørelsens § 20, stk. 1, kan kommunerne fastsætte lokale generelle regler med det formål at forebygge forurening. Der er således netop en specifik hjemmel for kommunerne til at fastsætte generelle regler om indretning og drift for at forebygge forurening.

På den baggrund kan restaurationsforskriften ikke antages at være i konflikt med forbuddet mod at sætte skøn under regel, da der netop i miljøaktivitetsbekendtgørelsen er givet kommunerne hjemmel til en sådan generel regulering.

4.2 **Allerede lovligt etablerede forhold**

Ændringerne af støjforskriften betyder, at det for fremtiden bliver et krav for alle restaurationer at etablere en lydsluger, hvor dørene i lydslugen skal kunne holdes lukket enkeltvis og ikke må være åbne på samme tid. Kravet gælder ikke for restaurationer, der alene har baggrundsmusik.

Kravet om lydsluger er skærpet i forhold til den eksisterende støjforskrift, hvor kravet alene gælder for restaurationer i boligkvarterer. Muligvis er selve de tekniske krav til lydslugen også blevet skærpet ved kravene om, at dørene i slugen ikke skal kunne være åbne på samme tid. Hvis sidstnævnte ikke er tilfældet, er den nye bestemmelse ikke en skærpelse på dette punkt men en præcisering.

Ved indsigelserne er det gjort gældende, at der ved skærpede krav i forskriften må fastsættes overgangsregler, som tager højde for de tilfælde, hvor der allerede er udstedt bevillinger, hvori der er truffet en forvaltningsafgørelse om, at virksomhederne opfylder de indtil nu gældende krav til indretning og drift af restaurationer.

En meddelt bevilling, hvor der er truffet afgørelse om, at en virksomhed opfylder de eksisterende krav til indretning og drift af den pågældende restauration udgør en begunstigende forvaltningsakt. Tilbagekaldelse og ændring af begunstigende forvaltningsakter kan principielt ikke ske til ugunst for adressaten. Den klare hovedregel er således, at en begunstigende forvaltningsakt (som adressaten ønsker at fastholde) ikke uden videre kan tilbagekaldes eller ændres.

Om der konkret kan ske tilbagekaldelse til ugunst for adressaten beror på en afvejning af 1) hensynet til adressatens berettigede forventning om, at den begunstigende forvaltningsakt står ved magt og 2) hensynet til modstående offentlige interesser i en ophævelse eller ændring.

Normalt vil hensynet til adressatens berettigede forventninger veje tungt, idet adressaten typisk vil have indrettet sig og disponeret efter den begunstigende forvaltningsakt. Dette gælder særligt, når de modstående offentlige interesser ikke er "særligt tungtvejende", det vil sige omhandler hensyn til menneskers liv, sundhed og velfærd, statens interesser samt opretholdelse af ro og orden.

Ovenstående taler således for, at det vil kræve noget særligt, eksempelvis at der kan påvises et konkret støjmæssigt problem, ved den nuværende indretning og drift af restaurationen, førend en allerede udstedt forvaltningsakt om, at virksomhederne opfylder de indtil nu gældende krav til indretning og drift af restauration, kan tilbagekaldes eller ændres.

På baggrund af dette vurderes det, at der som udgangspunkt vil være krav om, at der indføres overgangsregler i forskriften, der gælder for de virksomheder, der har indrettet sig lovligt efter de eksisterende regler i forskriften samt meddelte bevillinger.

5. SAMMENFATNING

Sammenfattende vurderes det:

- (a) Proportionalitetsprincippet er ikke nødvendigvis til hinder for, at der opstilles generelle lokale regler, der indeholder krav om udarbejdelse af støjrapport og etablering af lydsluse i indgangspartiet til alle restaurationer uanset beliggenhed, koncept m.v. Om sådanne generelle krav er proportionale, afhænger af hvor ofte, de generelle krav i støjforskriften er relevante i forhold til at undgå støjforurening fra de omfattede restaurationer. Vi har ikke modtaget oplysninger herom, og kan derfor ikke foretage en endelig vurdering af, om kravene er proportionale.
- (b) Forbuddet mod at sætte skøn under regel er ikke til hinder for, at der indføres krav om udarbejdelse af støjrapport samt etablering af lydsluser i indgangspartierne, da miljøaktivitetsbekendtgørelse indeholder en specifik hjemmel til at fastsætte generelle krav på området.

- (c) Det anbefales, at der indføres overgangsregler i forskriften, der er gældende for de restaurationer, der har indrettet sig lovligt efter bestemmelserne i den eksisterende forskrift og allerede meddelte bevillinger.

Horten, 17. september 2018



Henriette Soja