

Høringssvar vedrørende Rabarbervej 10 -12, sagsnummer 706634

Tak for muligheden for at komme med bemærkninger til Rabarbervej 10 -12, Jeres sagsnummer 706634. Hermed mine bemærkninger.

Konklusion

Kommunen kan ikke lovligt meddele byggetilladelse, fordi byggetilladelsen hviler på væsentlige retlige mangler, der ikke kan løses i selve byggetilladelsen. Udstedelse af byggetilladelse er derfor ugyldig.

Det må forventes, at afgørelsen påklages til Miljø- og Fødevarerklagenævnet bl.a. med krav om opsættende virkning for enhver dispensation eller tilladelse, der meddeles. Alternativt må sagen føres ved domstolene. Jeg gør i den forbindelse opmærksom på, at vi tidligere har fremsendt udkast til stævning i forbindelse med forrige byggeri.

Opsummering

Institutionen "Grøndalen" er opført i strid med lokalplanen. Lokalplanen angiver, at formålet er bolig. Grøndalen opfylder ikke dette formål. Kommunen var i øvrigt retligt afskåret fra at give dispensation, jf. planlovens §§ 18 og 19. Det forhold, at der er opført et byggeri (Grøndalen), der i så væsentligt grad ændrer områdets karakter, udløser i sig selv krav om ny lokalplan for det resterende område. Alternativt skal der foretages retlig lovliggørelse af Grøndalen, hvilket også kun kan løses gennem ny lokalplan.

Vandværket bør inddrages i byggeprojektet, idet det antages, at dette var en betingelse i forbindelse med kommunens salg af grunden. Dette skal undersøges og begrundes. Hvis det ikke er tilfældet, så skal vandværket uanset, at det ikke er en del af projektet, inddrages som en del af bebyggelsesprocenten, jf. bygningsreglementet.

Slutteligt, så kræver udvidelsesplaner, at der foretages en gyldig miljøvurdering (SMV-miljøvurdering). Der er ikke gennemført miljøvurdering i forbindelse med lokalplanen. Der er heller ikke gennemført miljøvurdering af udvidelsesplanerne, altså i forbindelse med udstedelse af byggeplanerne.

Alle ovenstående dele udgør væsentlige retlige mangler og der kan derfor ikke lovligt udstedes byggetilladelse uden ny lokalplan.

Principperne i lokalplanen

Område 424, lokalplan 424, omfatter Jordbævej, Grøndalen (børneinstitution) og så den grønne grund, hvor der er forslag om at bebygge grunden. Lokalplanen er vedtaget 11. juni 2008. På tidspunktet for lokalplanens vedtagelse var der ikke opført bygninger. Dog var der og er der fortsat det bevaringsværdige vandværk.

Det første spørgsmål er om byggetilladelse kræver ny lokalplan eller kommunen kan udstede dispensationer. I den forbindelse henvises der til planlovens § 18 og hvad der fremgår af lokalplanens § 11, side 21 om retsvirkninger:

"I henhold til planlovens § 18 må der ikke retligt eller faktisk etableres forhold i strid med lokalplanens bestemmelser. Lokalplanen hindrer ikke, at den eksisterende bebyggelse og dennes anvendelse kan opretholdes, hvis såvel bebyggelse og anvendelse ikke strider mod de i givne byggetilladelser tagne forbehold og i øvrigt er lovlig." (mine fremhævelser)

Det fremgår af her ud over af lokalplanen side 22, at:

*"[...]I henhold til planlovens § 19, stk. 1, kan der dispenseres fra bestemmelser i en lokalplan, **hvis dispensationen ikke er i strid med principperne i planen**. Dispensationer meddeles af Teknik- og Miljøudvalget i Københavns Kommune.[...]" (min fremhævelse)*

Kommunen må ifølge planlovens §§ 18 og 19, ikke generelt foretage dispositioner, der strider mod lokalplanen. Kommunen er efter § 19, stk. 1, retligt afskåret fra at meddele dispensation, hvis dette strider mod lokalplanen.

Det er derfor relevant at undersøge principperne og formålet med lokalplanen. Principperne og formålet med lokalplanen fremgår af lokalplanens formål, side 3:

*"Lokalplanforslag "Grøndalsvænge Allé" er, sammen med et forslag til tillæg til Kommuneplan 2005, det planmæssige grundlag, som skal muliggøre **boligbebyggelse** i lokalplanområdet, samt fastlægge den tidligere vandværksbygning som bevaringsværdig." (min fremhævelse)*

Formålet ifølge lokalplanen er boligbebyggelse. Det foreslåede projekt er boligbebyggelse, men det er sådan set ikke her problemet opstår. Problemet opstår ved, at kommunen for år tilbage har bygget Grøndalen. Der er formentlig meddelt dispensationer i forbindelse med byggeriet, men disse dispensationer er med stor sikkerhed i strid med lokalplanen, fordi en institution ikke opfylder betingelsen om at være boligbebyggelse¹, se bl.a. NMK-33-03784, hvor indretning af diskotek i en ejendom, der ved lokalplan var udlagt til bl.a. detailhandelsbutikker og restauranter, krævede udarbejdelse af en ny lokalplan, da et diskotek ikke kunne sidestilles med en restaurant, hvorfor kommunens byggetilladelse var i modstrid med planlovens § 18.

Med andre ord fortolkes begreberne snævert. Dvs. Grøndalen er opført i strid lokalplanen og kommunen har i forbindelse med opførelsen meddelt dispensationer, som kommunen retligt var afskåret fra anvende, jf. planlovens §§ 18 og 19, samt formålet med lokalplanen.

Klagefristen for Grøndalen er overskredet (med flere år). Det forhold, at byggeriet ikke blev påklaget medfører ikke i sig selv, at byggeriet retligt set er i overensstemmelsen med lokalplanen eller planloven.

Sagen er, at det ikke kan udelukkes, at opførelsen af Grøndalen kan få betydning for den resterende del af lokalplanen. Det resterende areal påvirkes derfor i planretlig henseende af, at der er opført et byggeri, der er så markant anderledes end boligformål. Det kan ikke uden videre antages, at denne væsentlige faktiske ændring, påvirker dispositionerne på det resterende areal.

Uanset, at klagefristen er overskredet for Grøndalen, så er der fuld prøvelse i denne sag. Dvs., at Grøndalen og lovligheden af Grøndalen i en planretligt henseende skal inddrages i forbindelse med sagsbehandlingen i denne sag. Alt andet vil være en væsentlig retlig mangel i form af en tilblivelsesmangel. Kommunen kan ikke nøjes med at konstatere, at Grøndalen er et lovligt byggeriet under henvisning til tidligere meddelte dispensationer, men skal efterprøve forholdet selvstændigt i denne sag.

Det er min klare vurdering, at opførelsen af "Grøndalen" er så markant en ændring af området, at dette i sig selv udløser krav om ny lokalplan for det resterende område. Hvis kommunen når dette resultat, er det ikke nødvendigt at forholde sig til lovligheden af Grøndalen, fordi dette vil blive løst i en fremtidig lokalplan.

Miljøvurdering

Miljøvurderingsloven stiller krav om, at planer og programmer skal miljøvurderes, der skal i den forbindelse bl.a. foretages høring af miljøvurderingen. Kravet om miljøvurdering udspringer af EU-retten (SMV-direktivet). SMV-direktivet er vedtaget som følge af, at EU vurderede, at VVM-reglerne var utilstrækkelige

til at sikre borgernes inddragelse i forbindelse med projekter. Når der blev gennemført VVM for et projekt, så var projektet så fremskredet, at høringen nærmest var en formalitet og derfor ikke var reel. Derfor skulle borgerne inddrages tidligere, dvs. i forbindelse med planernes udarbejdelse.

EU-Domstolen har igennem de sidste 10-15 år skærpet sin praksis hvad angår kravet om forudgående SMV-miljøvurdering.

Det er utvivlsomt, at miljøvurderingsloven finder anvendelse, jf. miljøvurderingslovens § 2, stk. 1. Retsvirkningen er bl.a., at proceduren i bilagene til loven skal følges. Der er i høj grad tale om en procedure, der skal følges. Hvis proceduren ikke følges, så er der tale om en væsentlig retlig mangel. Hvis proceduren ikke gennemføres materielt korrekt, så er dette også en væsentlig retlig mangel, der medfører ugyldighed.

Med en række tidligere EU-domme, særligt C-41/11, har det været kendt, at manglende SMV-miljøvurdering for en plan indebærer, at planen er ugyldig. To nyere domme skærper imidlertid linjen. De to EU-domme C-290/15 af 27. oktober 2016 hhv. C-379/15 fra 28. juli 2016 angår fortolkningen af SMV-direktivet og betydningen er ganske vidtrækkende. Det nye er, at det ikke kun er planen, der er ugyldig, men også alle afgørelser, der træffes på grundlag af planen, der er ugyldige. Den hidtidige opfattelse har været, at det kun er planer i traditionel forstand, der skal SMV-miljøvurderes. De to domme fastslår imidlertid, at også generelle regler, dvs. bekendtgørelser og love skal SMV-miljøvurderes, når der er tale om en sektorspecifik regulering af arealanvendelsen, og denne har betydning for projekter omfattet af VVM-direktivet. Det slås ligeledes fast, at SMV-miljøvurdering ikke kun omfatter geografisk afgrænsede områder, men gælder for alle zoner i bred forstand.

Professor i Miljøret, Peter Pagh, har i en juridisk artikel gennemgået de to nyere domme. Dette kan findes på nettet, se fodnote². Af artiklen skal det understreges, at selv små ændringer udløser krav om miljøvurdering, fx udløste en mindre ændring i en fredningskendelse krav om miljøvurdering (artiklens side 413). Der skal være tale om en plan eller et program (artiklens side 413). "Planer og programmer" skal fortolkes udvidende (artiklens side 414). En plan, der har til formål at forbedre miljøet ekskluderer ikke SMV (413). SMV-miljøvurdering gælder ikke kun for afgrænsede geografiske områder, men for zoner generelt (artiklens side 415). Zoner generelt må nødvendigvis skal forstås helt bredt, hvor reglerne end har virkning. Ugyldigheden omfatter den generelle plan/retsakt og alle afgørelser, der træffes på grundlag af planen/retsakten (artiklens side 417). Og vigtigt at fremhæve, så har SMV-direktivet direkte virkning, dvs. borgerne kan støtte direkte ret på EU-reglerne, der har sammenhæng til de EU-retlige principper om ækvivalens og effektivitet.

Af bemærkningerne til miljøvurderingsloven fra år 2016, fremgår det af de almindelige bemærkninger (afsnit 3.1.1.2.1. Lov om miljøvurdering af planer og programmer), at:

"[...]Planer og programmer er ikke yderligere defineret hverken i miljøvurderingsdirektivet eller i miljøvurderingsloven. Af bemærkningerne forslag lov om miljøvurdering af planer og programmer fremgår følgende: Ordene er ikke synonyme, men dækker begge en bred vifte af dokumenttyper, som til dels er overlappende - som eksempler kan nævnes region-, kommune-, og lokalplaner, handlingsplaner, indsatsplaner, udbygningsplaner, regionalprogrammer, strategier, bindende retningslinjer osv. Det er således indholdets karakter af en plan eller program, der typisk fastlægger rammer for fremtidige anlægstilladelser til projekter, og ikke benævnelsen af dokumentet, der er afgørende for, om det er omfattet af lovens bestemmelser, jf. Folketingstidende 2003-04, tillæg A, side 5597.[...]"

² <http://www.ft.dk/samling/20161/almdel/efk/spm/243/svar/1397172/1742335.pdf>

Miljøvurderingsloven med bemærkninger angiver klart, at lokalplaner og udbygningsplaner er omfattet af miljøvurdering. I den forbindelse fremhæves det tydeligt, at det afgørende ikke er benævnelsen, men det faktiske indhold.

Den nuværende lokalplan er ikke SMV-miljøvurderet. Byggetilladelsen er i sig selv en udvidelse i miljøvurderingslovens forstand. Når hverken udvidelsesplanen eller lokalplanen er SMV-vurderet, så udløser dette krav om SMV-miljøvurdering.

- Byggetilladelsen er en "udvidelsesplan" i miljøvurderingslovens forstand, hvorfor dette kræver forudgående miljøvurdering. Der er ikke i forbindelse med lokalplanen eller byggeansøgning gennemført SMV. Kravet er derfor ikke opfyldt. Tilsidesættelse er en væsentlig retlig mangel og medfører ugyldighed.

Vandværket

Vandværket og grunden er en samlet matrikel. Det er min opfattelse, at vandværket bør være en del af projektet, idet dette antages at være lagt til grund i forbindelse med salget af hele arealet. Dermed bør det ligeledes lægges til grund, at vandværket skal være en del af beregningen af bebyggelsesprocenten.

- Vandværket skal være en del af projektet
- Vandværket skal medregnes i bebyggelsesprocenten, uanset, at det ikke anvendes til boligformål

Der kan ikke dispenseres fra beregningsreglerne for bebyggelsesprocenten, jf. bygningsreglementet³. Det fremgår bl.a. af bygningsreglementet "B.1.1.1 Beregning af bebyggelsesprocent", at:

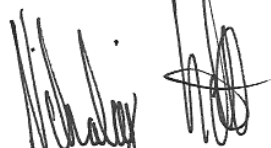
"Ved bebyggelsesprocenten forstås etagearealets procentvise andel af grundens areal."

Formålet med reglen er særligt, at sikre et rimeligt og acceptabelt forhold mellem bebyggelse og friarealer. Så længe der er en fysisk bygning, og uanset, at projektet ikke tager vandværket i brug i forbindelse med projektet og tiladelsen, så skal vandværket alligevel indgå i bebyggelsesprocenten.

Hvis ejer ønsker at fjerne bygningen er dette selvstændigt reguleret i planloven. Idet bygningen er selvstændigt fremhævet i lokalplanen, kombineret med Københavns Kommunes restriktive praksis for dispensationer på dette område, så må det antages, at dette ligeledes vil udløse krav om ny lokalplan.

- Konklusionen er, at arealet for vandværket skal medregnes i bebyggelsesprocenten

Med venlig hilsen



Nikolaj Schulz
Jordbærvej 69
2400 København NV
Mobil: +45 40 89 98 82
E-mail: ns@linuxhouse.dk

³ http://bygningsreglementet.dk/file/343540/br10_bilag1.pdf