

MRF 2023.33

Østre Landsrets dom af 17. april 2023, 21. afd., sag BS-45294/2021-OLR
(Tine Vuust, Michael de Thurah og Louise Pansa Lauemøller (kst.))

Boligselskab A (adv. Rasmus Schmidt) mod Planklagenævnet (adv. Josephine Fie Legarth Aggesen)

Påbud om lovliggørelse af lokalplanstridige hegn og skilte på havnepromenaden på Christianshavn ikke ugyldigt, uanset det ikke fremgik, om kommunen havde overvejet retlig lovliggørelse, da det måtte have været klart, at kommunen ikke ville dispensere fra lokalplanen. Anbringender om myndighedspassivitet, lighedsgrundsætning og skøn under regel kunne ikke gøres gældende over for Planklagenævnet, da spørgsmålene ikke var gjort gældende i klagesagen.

Sagen omhandlede indhegning og skiltning i strid med en lokalplan på en ejendom tilhørende boligselskabet A beliggende ud til havnepromenaden på Christianshavn. Ejendommen var omfattet af en lokalplan fra 2012, der bl.a. bestemte, at promenadeforløbet langs kajkanten skulle friholdes for bebyggelse, hegn og lign. og sikres offentlig adgang (§ 8, stk. 3, litra d), og at byrum/ubebyggede arealer ikke måtte hegnes eller forsynes med 'adgang forbudt'-skilte el.lign. (§ 8, stk. 11). Ved et tilsyn i 2014 konstaterede Københavns Kommune, at der var etableret en delvis afspærring af promenadeforløbet langs kajen ved A's ejendom med betonklodser, granitsten, plantekasser, cykelstativer og lign. Da kommunen mente, at afspærringen var i strid med lokalplanens bestemmelser om offentligt tilgængelige arealer, meddelte kommunen i februar 2015 påbud til A om lovliggørelse. Under et nyt tilsyn i marts 2015 konstaterede kommunen, at der var opsat nye hegn, og at cykelstativer og betonklodser var fjernet. Ved hegnene var opsat skilte, hvoraf fremgik, at der var tale om privat område, at ophold og brug af området var forbeholdt beboere, og at der ikke måtte cykles eller luftes hund. På den baggrund udstedte kommunen i maj 2015 et nyt påbud om lovliggørelse med henvisning til bygge-loven og planloven. Efter klage fra A ophævede Statsforvaltningen påbuddet for så vidt angik bygge-loven, da påbudsbetingelserne efter bygge-loven ikke var opfyldt. Københavns Kommune politianmeldte herefter A for ikke at efterkomme påbuddet efter planloven, men politiet henlagde sagen, bl.a. fordi påbuddet ikke var adresseret til A's konkrete afdeling som var ejer og ansvarlig for driften af ejendommen. På den baggrund udstedte kommunen den 4. juli 2017 et nyt lovliggørelsespåbud til den konkrete afdeling med henvisning til planloven. A påklagede påbuddet til Planklagenævnet og gjorde navnlig gældende, at

indhegningen og skiltningen var i overensstemmelse med lokalplanen. Planklagenævnet traf den 29. maj 2020 (j.nr. 18/06464) afgørelse om ikke at give medhold i klagen over påbuddet. Nævnet bemærkede, at A i perioden mellem oktober 2014 og marts 2015 havde erstattet den tidligere afspærring i form af betonklodser, granitsten, plantekasser, cykelstativer og lignende med et hegn med låger, og at dette måtte anses for en nyopførelse, uanset om hegnet ikke indebar en væsentlig hindring af adgangen til området i forhold til tidligere afspærringer. De nye hegn skulle derfor bedømmes efter den gældende lokalplan fra 2012, der forbød indhegning. For så vidt angik skiltningen fandt nævnet, at den nuværende formulering havde til formål at begrænse den lovlige færdsel på og tilgængelighed af promenaden, og at den derfor var i strid med lokalplanen. Endelig fandt nævnet, at det var en retlig mangel, at det ikke fremgik af påbuddet, om kommunen havde overvejet, om der kunne meddeles lovliggørende dispensation. Da kommunen tidligere havde meddelt påbud om lignende forhold og i forbindelse med klagesagen havde tilkendegivet, at det var særdeles vigtigt, at der ikke blev etableret forhold i strid med lokalplanen, fandt nævnet, at manglen var konkret uvæsentlig. A anlagde herefter sag om Planklagenævnets afgørelse og gjorde som noget nyt i forhold til klagesagen gældende, at kommunen havde udvist retsfortabende passivitet, da kommunen havde kendt til afspærringen siden 2004. Planklagenævnet påstod frifindelse og gjorde for så vidt angik spørgsmålet om passivitet gældende, at anbringendet ikke kunne prøves i en sag mod nævnet, fordi synspunktet ikke havde været gjort gældende i klagesagen, og nævnet ikke havde forholdt sig hertil. Byretten fandt indledningsvis, at Planklagenævnet ikke var rette sagsøgte for så vidt angik spørgsmålet om passivitet, da dette ikke havde været gjort gældende i

klagesagen. Byretten fandt, at opstillingen af hegn måtte betragtes som nyopførelse, og at indhegningen var i strid med lokalplanen. Da skiltningen måtte sidestilles med 'adgang forbudt'-skilte, var også denne i strid med lokalplanen. Byretten tiltrådte desuden, at det forhold, at muligheden for dispensation fra lokalplanen ikke fremgik udtrykkeligt af kommunens påbud, ikke var en sådan væsentlig retlig mangel, at det i sig selv kunne medføre ugyldighed. På den baggrund blev Planklagenævnet frifundet. A ankede til landsretten og gjorde som nye anbringender gældende, at påbuddet var i strid med lighedsgrundsætningen, og at kommunen havde sat skøn under regel. Planklagenævnet gjorde gældende, at heller ikke disse anbringender kunne prøves i en sag mod nævnet. Landsretten fandt af de af byretten anførte grunde, at spørgsmålet om myndighedspassivitet ikke kunne gøres gældende over for Planklagenævnet, og at det samme gjaldt A's nye anbringender om lighedsgrundsætningen og skøn

under regel. Landsretten tiltrådte endvidere, at indhegningen og skiltningen var i strid med den gældende lokalplan og derfor krævede dispensation. For så vidt angik spørgsmålet om muligheden for retlig lovliggørelse fandt landsretten på baggrunden af sagens forløb, herunder en pressemeddelelse fra kommunen i forbindelse med politianmeldelsen af A, hvoraf fremgik, at havnepromenaderne skulle holdes åbne og tilgængelige for alle, og at kommunen ville "slå hårdt ned", hvis offentlighedens adgang blev begrænset, at det ved meddelelsen af kommunens påbud og Planklagenævnets afgørelse måtte have været klart, at kommunen ikke ville dispensere fra lokalplanen. Det forhold, at kommunen ikke udtrykkeligt nævnte spørgsmål om dispensation, udgjorde derfor ikke en sådan konkret væsentlig mangel, der kunne begrunde, at påbuddet skulle tilsidesættes som ugyldigt. På den baggrund stadfæstede landsretten byrettens dom.

Kommentar: Som forudsat af Planklagenævnet, byretten og landsretten i denne sag er det i almindelighed en forudsætning for at kunne meddele et påbud om fysisk lovliggørelse, at en eventuel mulighed for retlig lovliggørelse er afklaret, jf. bl.a. Annette Møller-Sørensen, *Administrativ håndhævelse*, 2003, s. 159 og **MRF 2021.252 Pkn**. Undertiden bliver dette proportionalitetskrav dog overset eller nedtonet i praksis, jf. f.eks. **MRF 2021.211 Ø**, **MRF 2021.300/2 Ø** og **MRF 2022.252 V**. Det forekommer dog velbegrundet, at en manglende oplysning om muligheden for retlig lovliggørelse kan anses for konkret uvæsentlig, hvis det på påbudstidspunktet måtte stå klart, at myndighederne ikke er indstillet herpå, og der i øvrigt som i denne sag er omstændigheder, som kan begrunde en fravigelse af hovedreglen. Om begrænsningen af retssagen mod Planklagenævnet til de spørgsmål, som indgik i klagesagen for nævnet, se **MRF 2022.265 Ø**, **MRF 2022.266 Ø** og **MRF 2022.270 Ø**.



KØBENHAVNS BYRET DOM

afsagt den 11. november 2021

Sag BS-46862/2020-KBH

Selskab A
(advokat Henrik Brunsgaard Dreyer)

mod

Planklagenævnet
(advokat Josephine Fie Legarth Aggesen)

Denne afgørelse er truffet af dommer Pia Petersen.

Sagens baggrund og parternes påstande
Retten har modtaget sagen den 28. november 2020.

Sagen drejer sig om prøvelse af Planklagenævnsafgørelse af 29. maj 2020, hvilken sag stadfæstede gyldigheden af et påbud af 4. juli 2017 meddelt af Københavns kommune, Teknik- og Miljøforvaltningen.

Selskab A har fremsat følgende påstand:

Sagsøgte, Planklagenævnet, tilpligtes at anerkende at området/ promenadeforløbet ud for ejendommen B-vej 37-67, 1401 København, matr. Nr. aa er lovligt indrettet og anvendt indenfor rammerne af byggetilladelse, lokalplaner og servitutter for området, således påbud af 4. juli 2017 og senere stadfæstelse ved Planklagenævnets afgørelse af 29. maj 2020, om at fjerne den opsatte afspærring og skiltning, således at promenadeforløbet atter fremstår offentligt tilgængeligt, ophæves som ugyldige.

Planklagenævnet har fremsat påstand om frifindelse.

Dommen indeholder ikke en fuldstændig sagsfremstilling, jf. retsplejelovens § 218 a.

Oplysningerne i sagen

Den 28. januar 1977 meddelte Magistratens 4. afdeling byggetilladelse til opførelse af 4 boligblokke på Matr.nr. aa og bb beliggende C Plads. Af byggetilladelsen fremgik blandt andet, at meddelelsen blev meddelt på betingelse af,

"...

at grundens friarealer mod havneløbet og mod D Kanal henligger offentligt tilgængelige, og at disse arealer med hensyn til anlæg, vedligeholdelse og belysning undergives vejlovgivningens bestemmelser, hvorved bemærkes, at deklaration, lyst 31. oktober 1966, vil blive forsynet med påtegning, dels om de nye gadeudlæg til B-vejs forlængelses, dels om frigørelse af gadeudlægget for så vidt angår det 16,50 m brede areal, langs havneløbet under forudsætning af offentlighedens adgang til friarealerne mod havneløbet og D Kanal,

stk. 3

at B-vejs forlængelse anlægges ud for grunden efter en af magistraten forud godkendt plan

stk. 4

at der fremsendes mere detaljerede planer visende anlæg af grundenes friarealer...

...".

Den 17. august 2004 rettede Københavns Kommune, 1. Bygningsinspektorat henvendelse til daværende Selskab E og skrev blandt andet:

"...

Vi har ved eftersyn på Deres ejendom den 10. august 2004 konstateret, at der fortsat er opsat en afspærring af- og cykelforbud på kaj promenaden.

Ejendommen er omfattet af lokalplan nr. 308 og skal derfor opfylde de bestemmelser, som er fastsat i lokalplanen. Lokalplanens § 10, stk. 4, har bl.a. følgende indhold:" Langs kajerne skal der anlægges sammenhængende offentligt tilgængelige promenader for fodgængere og cyklister samt promenaderne skal henligge uindhegnede".

Det er vores vurdering, at lokalplanens bestemmelser ikke er overholdt, og at forholdet derfor er omfattet af planlovens § 18. Vi agter derfor at give Dem et påbud om at lovliggøre forholdet inden en frist, der vil blive sat til 1 måned.

...".

I brev af 13. september 2004 besvarede Selskab E henvendelsen således:

"...

Indledningsvis skal Selskab E beklage den sene besvarelse, som er begrundet i at der er sket organisatoriske ændringer i forbindelse med forretningsførerens fratrædelse.

I brev af 17. august 2004 oplyses det, at der ved eftersyn på ejendommen afd. 218-0 fortsat er opsat afspærring af- og cykelforbud på kajpromenaden, samtidigt med at der henvises til lokalplan nr. 308, hvor det er inspektoratets vurdering, at lokalplanens bestemmelser ikke er overholdt.

Selskab E står uforstående overfor bygningsinspektoratets vurdering, idet det ikke er første gang, at dette påbud er fremsat overfor Selskab E's afd. 218-0 og som er endt med, at inspektoratet har givet sin godkendelse af, at forholdene kan fortsætte.

Bygningsinspektoratet skulle være i besiddelse af den løbende korrespondance i forbindelse med disse forhold.

Selskab E har besigtiget forholdene med henblik på om der er sket ændringer i forhold til tidligere og har konstateret at der for nylig er opsat et nyt cykelstativ, præcis samme sted, hvor det gamle cykelstativ var placeret. Endvidere blev den gamle "spærrestolpe" for et par år siden erstattet af en ny med nøjagtig samme placering.

Endelig er de 25 år gamle "cykelforbudsskilte" blevet erstattet af nye, igen nøjagtig samme placering.

I den gældende lokalplan 308 står i § 14 under retsvirkninger;

"Lokalplanen hindrer ikke, at den eksisterende bebyggelse og dennes anvendelse kan opretholdes, hvis såvel bebyggelsen som anvendelsen ikke strider mod de givne byggetilladelsers tagne forbehold og i øvrigt er lovlig".

Selskab E skal derfor meddele, at det er vores opfattelse at lokalplanens bestemmelser er overholdt.

..."

Den 9. december 2014 skrev Københavns Kommune, Teknik og Miljøforvaltningen, Byens Anvendelse, Center for Bygninger Byggetilladelser Indre til boligselskabet Selskab E:

"...

Vi har ved eftersyn den 8. december 2014 på ovennævnte ejendom

konstateret afspærring af offentligt areal ved "beton klodser, granitsten, plantekasser cykelstativer og lignende samt skiltning, hvortil Teknik- og Miljøforvaltningens tilladelse ikke ses at foreligge.

Vil De snarest belejligt og inden den 6. januar 2015 kontakte Center for Byggeri, Område for Tilsyn for aftale om lovliggørelse.

...".

I en mail af 5. januar 2015 svarede Selskab E således:

"...

Vi har modtaget din skrivelse dateret 9. december 2014 sagsnummer 481262 (vedhæftet) vedr. afspærring af offentligt område.

Det pågældende område er ikke offentligt, men privat, idet Selskab E ejer hele grunden fra B-vej til og med bolværkerne langs henholdsvis Christianshavns Sidekanal og havneløbet langs Københavns Havn.

Færdslen på området er reguleret i den endelige byggetilladelse, hvoraf fremgår, at der skal være tilgængelighed for gående i en 7,5 meter bred zone regnet fra bolværkerne.

I hele bebyggelsens levetid har der i den sydlige ende (nærmest F Bro) været afspærret med en aflåst brandbom og i den nordlige ende vendende mod Krøyers Plads med henholdsvis cykelslative, en stor plantekumme og et mere end hundred år gammelt fortøjningsanlæg bestående af 2 stk jernkroge nedstøbt i en betonklods.

Under det igangværende byggeri med altaner og terrasser, har der været afspærret med betonklodser i en sluse og et byggepladshegn for at hindre kørende uvedkommende trafik langs kajen, der har været delvist anvendt som oplag for byggematerialer.

De granitsten, der henvises til, er blokke af Grønlandsk marmor, som ejendommen har fået fra en opgravning på Krøyers Plads. De er af historisk værdi (tilsvarende er placeret af kommunen på Christianshavns Torv). Hos os udgør de 3 marmorblokke en såkaldt "installation" udført af en i ejendommen boende kunstner.

Vi er af den opfattelse, at der i forbindelse med den oprindelige byggetilladelse er givet tilladelse til henholdsvis brandbomme, cykelstativer og blomsterkummen. De nuværende arbejder med at udskifte de gamle brandbomme og cykelstativer mv. er alene en opgradering af hidtil gældende forhold og er nødvendiggjort af hensyn til altan/terrasseprojektet. Vi mener derfor ikke, at der skal søges fornyet lovliggørelse.

Skiltningen med forbud mod cykling og hundeluftning håndhæver forbud, der har været gældende fra ejendommens opførelse og er i god overensstemmelse med byggetilladelsen, jvf bemærkninger ovenstående.

...".

Den 3. februar 2015 meddelte Københavns Kommune, Teknik og Miljøforvaltningen, Byens Anvendelse, Center for Bygninger Byggetilladelser Indre Selskab E sålydende påbud:

"...

Ulovlig afspærring af offentligt areal / påbud om lovliggørelse

Vi har været på eftersyn den 2. januar 2015 på din ejendom. Der har vi konstateret, at der var udført væsentlige bygningsændringer uden byggetilladelse. Det drejer sig om:

Ulovlig afspærring af offentligt areal mod havneløbet og mart. CH 559 i form af beton klodser, granitsten, plantekasser, cykelstativer, hegn og lignende samt ulovlig skiltning. Vi har desuden konstateret at der er et ulovligt hegn under opførelse ved hjørnet ved B-vej/F Bro og det offentlige areal mod D Kanal samt ulovlig skiltning, hvortil Teknik- og Miljøforvaltningens tilladelse ikke ses at foreligge.

Vi orienterede dig om de ulovlige forhold i vores brev fra den 12. januar 2015 (fejlagtigt dateret 9. december 2014) og oplyste, at du ville få dette påbud om lovliggørelse.

Da arbejdet er lavet uden byggetilladelse, har du overtrådt byggelovens § 16 jf. § 2, stk. 1, litra B og C.

jf. § 17, stk. 1, i loven pålægger vi dig nu at lovliggøre forholdene senest den 6. april 2015.

...".

Den 3. marts 2015 påklagede Selskab E afgørelsen.

Den 12. maj 2015 meddelte Københavns Kommune, Teknik og Miljøforvaltningen, Byens Anvendelse, Center for Bygninger Byggetilladelser Indre Selskab E sålydende nye påbud nu med hjemmel i såvel byggeloven som planloven:

"...

PÅBUD

Ulovlig afspærring af offentligt tilgængeligt areal- B-vej 37-67

Center for Bygninger har ved eftersyn konstateret, at der på ejendommen B-vej 37-67 uden tilladelse er udført afspærring af det offentligt tilgængelige areal mod havneløbet og mod C Plads i form af hegn, granitsten, plantekasser m.v., ligesom der er opsat skiltning, der angiver, at der er tale om et privat område.

Afspærringen er i strid med stk. 2 i byggetilladelse af 28. januar 1977 vedrørende opførelse af 4 boligblokke på ejendommen B-vej 37-67, der betinger følgende:

"

at grundens friarealer mod havneløbet og mod D Kanal henligger offentligt tilgængelige, og at disse arealer med hensyn til anlæg, vedligeholdelse og belysning undergives vejlovgivningens bestemmelser, hvorved bemærkes, at deklaration, lyst 31. oktober 1966, vil blive forsynet med påtegning, dels om de nye gadeudlæg til B-vejs forlængelses, dels om frigørelse af gadeudlægget for så vidt angår det 16,50 m brede areal, langs havneløbet under forudsætning af offentlighedens adgang til friarealerne mod havneløbet og D Kanal".

Afspærringen er endvidere i strid med lokalplan nr. 477 "B-vej Nord" bekendtgjort den 29. juni 2012, der i § 8, stk. 3, litra d, bestemmer følgende:

"

Promenade

Der fastlægges et offentligt tilgængeligt promenadeforløb langs alle kajkanter, som markeret på tegning nr. 5. Promenadeforløbet skal friholdes for bebyggelse, hegn og lignende og sikres offentlig adgang for fodgængere og cyklister i minimum 7,5 m bredde regnet fra indersiden af bolværkshammeren, i princippet som vist på tegning nr. 5. Ved udformningen af promenaden skal eksisterende brostensbelæggninger langs kajen bevares".

Forvaltningen orienterede jer om det ulovlige forhold i partshøring af 12. januar 2015, og der blev meddelt et påbud om lovliggørelse den 3. februar 2015.

Da det første påbud ikke er formuleret tilstrækkeligt klart, og da afspærringen under sagens forløb har ændret karakter, idet nogle af de tidligere spredte effekter (cykelstativ og betonklodser) er blevet erstattet af et egentligt hegn, der lukker området helt af, har forvaltningen valgt at meddele jer et nyt påbud om lovliggørelse.

Forholdet er for så vidt angår den manglende overholdelse af vilkåret i byggetilladelsen omfattet af byggelovens § 16 C, stk. 2, jf. § 2, stk. 1, litra b, jf. § 17, stk. 1, og forholdet er for så vidt angår lokalplanen omfattet af planlovens § 18, jf. § 15, stk. 2, nr. 9, jf. § 63, stk. 1, jf. lokalplanens § 12.

Vi skal derfor pålægge jer at lovliggøre forholdet senest den 15. juni 2015 ved at fjerne den opsatte afspærring og skiltning, således at promenadeforløbet atter fremstår offentligt tilgængeligt.

...".

Den 4. marts 2016 meddelte Københavns Politi Selskab E, at man fra Københavns Kommune den 22. februar 2016 havde modtaget en anmeldelse for overtrædelse af Planloven.

Den 17. maj 2017 meddelte Københavns Politi, Advokatur Særlovs Kriminalitet, at man havde besluttet at opgive sigtelsen mod Selskab E for at have overtrådt planloven i relation til manglende efterkommelse af Københavns Kommunes påbud af 12. maj 2015.

Den 13. april 2016 traf Natur- og Miljøklagenævnet afgørelse om at afvise at realitetsbehandle klage over Københavns Kommunes afgørelse af 12. maj 2015.

Den 2. maj 2017 meddelte Københavns Kommune, Teknik og Miljøforvaltningen, Byens Anvendelse, Center for Bygninger Byggetilladelser Indre Selskab E København, afdeling 218-0, at man i forbindelse med politiets vurdering af sagen var blevet opmærksom på, at Selskab E var af den opfattelse, at påbuddet, der var rettet til Selskab E, for at være gyldigt i stedet skulle rettes til Selskab E København, afdeling 218-0, hvorfor man agtede at meddele et fornyet påbud.

Den 4. juli 2017 meddelte Københavns Kommune, Teknik og Miljøforvaltningen, Byens Anvendelse, Center for Bygninger Byggetilladelser Indre Selskab E herefter et nyt og sålydende påbud til Selskab E København, afdeling 218-0:

"...

PÅBUD

Ulovlig afspærring af offentligt tilgængeligt areal - B-vej 37-67

Center for Bygninger har ved eftersyn den 7. januar 2015 og senere konstateret, at der på ejendommen B-vej 37-67 uden tilladelse er opført hegning, der afspærrer det offentligt tilgængelige areal mod havneløbet og mod D Kanal, ligesom der er opsat skiltning, der angiver, at der er tale om et privat område.

Hegnet erstatter tidligere afspærring i form af hegn, granitsten, plantekasse mv.

Ejendommen er omfattet af lokalplan nr. 477 "B-vej Nord", bekendtgjort

den 29. juni 2012, og skal derfor opfylde de bestemmelser, som er fastsat i lokalplanen.

Forvaltningen er af den opfattelse, at hegningen er i strid med lokalplanens § 8, stk. 3, litra d, der bestemmer følgende:

"Promenade

Der fastlægges et offentligt tilgængeligt promenadeforløb langs alle Kajkanter, som markeret på tegning nr. 5. Promenade forløbet skal friholdes for bebyggelse, hegn og lignende og sikres offentlig adgang for fodgængere og cyklister i minimum 7,5 m bredde regnet fra indersiden af bolværkshammeren, i princippet som vist på tegning nr. 5. Ved udformningen af promenader skal eksisterende brostensbelægninger langs kajen bevares".

Partshøring

Forvaltningen orienterede jer om det ulovlige forhold i partshøring af 2. maj 2017. I har den 2. juni 2017 fremsendt jeres bemærkninger til sagen.

I har bl.a. henvist til,

at der siden ejendommens opførelse - og dermed før vedtagelse af lokalplaner - har været installationer på ejendommen, og at disse installationer ikke er til hinder for offentlig adgang til strandpromenaden,

at området er privatejet, og at skiltning om privat område derfor ikke synes misvisende,

at der foreligger passivitet, accept eller stiltiende accept fra forvaltningens side, og

at politiet ikke har kunnet genkende forvaltningens beskrivelse af forholdene, og at politiet vurderer, at offentlighedens adgang til området ikke er hindret.

Vi skal i den anledning bemærke følgende:

Ejendommen har været omfattet af i alt tre lokalplaner: lokalplan nr. 40 (tinglyst den 14. oktober 1982), som blev erstattet af lokalplan nr. 308 "C Plads" (bekendtgjort den 29. november 1999) og endelig den nugældende lokalplan nr. 477 "B-vej Nord" (bekendtgjort den 29. juni 2012).

Alle tre lokalplaner bestemmer, at der skal anlægges en offentligt tilgængelig havnepromenade, og at promenaden skal henligge uindhegnet.

Selskab E har anført, at der siden ejendommens opførelse - og dermed før vedtagelse af lokalplaner - har eksisteret installationer på ejendommen. Det må efter forvaltningens opfattelse betragtes som tvivlsomt, om den tidligere afspærring i form af spærrebom, cykelstativ, plantekasser, granitsten mv. alt sammen er etableret før den første lokalplan fra 1982.

Denne diskussion er imidlertid efter forvaltningens opfattelse slet ikke relevant, da Selskab E valgte at fjerne den tidligere afspærring og i stedet opsætte hegn i hele promenadens bredde.

En lokalplans retsvirkninger vedrører alene fremtidige retsvirkninger, og eksisterende lovlige forhold kan derfor fortsætte uanset lokalplanens bestemmelser.

Hvis man som i denne sag vælger at fjerne den tidligere afspærring, mister man imidlertid retten til at opføre anden form for afspærring. Selv om man således måtte nå frem til, at den tidligere afspærring var lovlige, fordi den var etableret før den første lokalplan, vil en ny afspærring ikke kunne betragtes som eksisterende lovligt forhold i planlovens forstand.

Det er i situationer som den heromhandlede fast antaget i praksis, at en egentlig genopførelse eller genetablering i modsætning til vedligeholdelse eller reparationer vil blive betragtet som en nyopførelse, der bliver omfattet af den eksisterende lokalplan.

Det forhold, at Selskab E valgte at udskifte den tidligere afspærring med et egentligt hegn, betyder således, at der ikke længere er mulighed for at opføre et hegn, ligesom der heller ikke er mulighed for at genetablere den tidligere form for afspærring.

Der er med den nye hegning tale om en afspærring af en helt anden og mere omfattende karakter end den tidligere afspærring, idet der nu er fuldstændigt afspærret ved det offentligt tilgængelige promenadeforløb, og man skal lukke en låge op, for at det er muligt at passere. Hegningen fremtræder som en mere massiv forhindring og er et klarere signal til omverdenen om, at der ikke er adgang til området, end den afspærring, der tidligere var etableret, og som fremtrådte meget mere tilfældig. Hegningen kan således under ingen omstændigheder betragtes som en fornyelse/vedligeholdelse af den tidligere afspærring.

Lokalplanen bestemmer, at der skal være en offentligt tilgængelig havnepromenade, og at der ikke må opstilles hegn og lignende. Forvaltningen er derfor af den opfattelse, at det ikke er relevant at lægge vægt på, om den nuværende afspærring indebærer en væsentlig begrænsning af adgangen til området i forhold til den tidligere afspærring, ligesom det heller ikke er relevant at diskutere,

om der er udvis passivitet, accept eller stiltiende accept fra forvaltningen side i relation til den tidligere afspærring.

Det må således fastholdes, at den nuværende hegning er i strid med lokalplanen, og at den dermed kan kræves fjernet.

Det skal for god ordens skyld bemærkes, at den hegning, forvaltningen påtaler, har karakter af permanent hegning. Der er er således ikke tale om midlertidig indhegning af byggematerialer, som der henvises til i besvarelsen af partshøringen.

Vi må desuden fastholde, at den opsatte skiltning ligeledes er i strid med lokalplanen, idet det vurderes, at man med den nuværende tekst - hvor det der fremhævet, at der er tale om privat område - får det indtryk, at det ikke er tilladt at færdes på området. Selv om der er tale om et privatejet område, er det desuden i strid med lokalplanen at opsætte skiltning, der forbyder adgang for cyklister og hunde.

Påbud om fjernelse af hegning

Den ulovlige hegning på havnepromenaden er omfattet af planlovens § 18, jf. § 15, stk. 2, nr. 10, jf. § 63, stk. 1, jf. lokalplanens § 8, stk. 3, litra d og § 12.

I henhold til planlovens § 18 må der ikke retligt eller faktisk etableres forhold i strid med en lokalplanens bestemmelser.

Efter planlovens § 51, stk. 1, påser kommunen som tilsynsmyndighed overholdelsen af bestemmelser i lokalplaner, og vi har, jf. stk. 5, pligt til at foranledige et ulovligt forhold lovliggjort, medmindre forholdet har underordnet betydning.

I henhold til planlovens § 63, stk. 1, er det jer som ejer af ejendommen, der har ansvaret for at lovliggøre ulovlige forhold på ejendommen.

Vi skal derfor pålægge jer at lovliggøre det ulovlige forhold snarest og senest den 4. august 2017 ved at fjerne hegning og skiltning, således at promenadeforløbet atter fremstår offentligt tilgængeligt.

...”.

Den 31. juli 2017 påklagede Selskab E København, Afdeling 218-0 afgørelsen til Planklagenævnet.

Den 8. september 2017 fremsendte Københavns Kommune sit indlæg i sagen til Planklagenævnet.

Den 29. maj 2020 traf Planklagenævnet sålydende afgørelse i sagen:

"...

1. Klagen til Planklagenævnet

Ejendommens ejer klagede den 31. juli 2017 til Planklagenævnet over kommunens afgørelse.

Planklagenævnet modtog klagen den 8. september 2017 fra kommunen.

Klageren har navnlig gjort gældende, at forholdet er i overensstemmelse med lokalplanen.

2. Sagens oplysninger

2.1. Ejendommen og lokalplanen for området

Klagen vedrører en ejendom, som ligger på B-vej 37 - 67, 1401 København, matr.nr. aa.

Ejendommen er omfattet af lokalplan nr. 477, B-vej Nord, som er vedtaget den 20. juni 2012.

Følgende fremgår blandt andet af lokalplanens § 8, stk. 3, litra d, om byrum:

Stk. 3. Byrum

Der fastlægges en byrumsstruktur med seks forskellige byrum, som angivet på tegning nr. 5:

[...]

d) Promenade

Der fastlægges et offentligt tilgængeligt promenadeforløb langs alle kajkanter, som markeret på tegning nr. 5. Promenadeforløbet skal friholdes for bebyggelse, hegn og lignende og sikres offentlig adgang for fodgængere og cyklister i minimum 7,5 m bredde regnet fra indersiden af bolværkshammeren, i princippet som vist på tegning nr. 5. Ved udformningen af promenader skal eksisterende brostensbelægninger langs kajen bevares.

[...]

Af lokalplanens redegørelse fremgår desuden følgende:

Promenaden danner sammenhængen langs havnen med de lange, lige kig langs kajkanten. Promenaden defineres af den præcise kajkant på den ene side og bygningen på den anden side. Promenaden er til spadsereturen og cykeltur langs kajen.

På tegning nr. 5 er ejendommens sydvestlige og nordvestlige afgrænsning mod havnebassinet markeret som promenade.

Af lokalplanens § 8, stk. 11, fremgår følgende:

Byrum / ubebyggede arealer må ikke hegnes og de må ikke forsynes med 'adgang forbudt'-skilte eller lignende.

2.2. Forløbet før kommunens påbud

Københavns Kommune konstaterede ved tilsyn den 21. oktober 2014 og 8. december 2014, at der var etableret en delvis afspærring af promenadeforløbet med betonklodser, granitsten, plantekasser, cykelstativer og lignende.

Klageren anførte i et brev til kommunen den 5. januar 2015, at området ikke er offentligt, men privat, og at færdslen var reguleret i den endelige byggetilladelse, der bestemmer, at der skal være tilgængelighed for gående i en 7,5 m bred zone regnet fra bolværkerne. Klageren anførte videre, at der i hele bebyggelsens levetid har været afspærret med en aflåst brandbom, og i den nordlige ende med cykelstativer, en stor plantekumme og to jernkroge nedstøbt i beton. Klageren anførte, at tre marmorblokke udgør en installation udført af en kunstner, der bor i ejendommen.

Københavns Kommune varslede den 12. januar 2015 påbud om lovliggørelse. Kommunen anførte i varslet, at der var tale om en ulovlig afspærring af et offentligt tilgængeligt areal. Kommunen anførte, at der i forbindelse med opførelsen af byggeriet ikke blev godkendt afspærringer af havnepromenaden, og at der ifølge kommunens arkiver ikke er givet en sådan tilladelse efterfølgende.

Københavns Kommune konstaterede ved eftersyn den 3. marts 2015, at der var opsat nye hegn, og at cykelstativer og betonklodser var fjernet. Kommunen konstaterede videre, at der ved hegnene var opsat skilte med følgende tekst:

PRIVAT OMRÅDE! Du må gerne gå igennem området langs kajen, men ophold og brug af området er forbeholdt os beboere. Du må ikke cykle her, men du må gerne trække med din cykel. Du må ikke lufte din hund her, heller ikke selv om den er i snor.

Københavns Kommune gav den 12. maj 2015 et nyt påbud om lovliggørelse, der erstattede påbuddet af 3. februar 2015. Kommunen begrundede det nye påbud med, at det tidligere påbud ikke var tilstrækkeligt klart formuleret, og at afspærringen under sagens forløb havde ændret karakter og var blevet erstattet med egentlige hegn med låge, der lukkede området helt af. Påbuddet blev udstedt med hjemmel i både byggelovgivningen og planloven.

Klageren klagede over påbuddet til Statsforvaltningen, der den 26. januar 2016 traf afgørelse om, at betingelserne for udstedelse af påbud efter bygge-loven ikke var opfyldt.

Klageren anmodede efterfølgende Natur- og Miljøklagenævnet om at behandle den del af påbuddet, som var udstedt med hjemmel i planloven, selvom klagefristen var overskredet, hvilket blev afvist ved afgørelse af 13. april 2016.

Københavns Kommune anmodede den 18. februar 2016 Københavns Politi om at rejse en straffesag for manglende overholdelse af påbuddet. Københavns Politi vurderede i et notat dateret 22. januar 2017 (herefter kaldet politinotatet), at sagen ikke var egnet som straffesag på det foreliggende grundlag.

I forbindelse med Københavns Politis behandling af sagen anførte klageren, at påbuddet af 3. februar 2015 ikke var stilet til den rette adressat. Klageren anførte, at påbuddet ikke skulle stiles til klagerens forretningsførende enhed, men i stedet den konkrete afdeling, som ejer ejendommen og står for driften af denne.

Københavns Kommune fremsendte den 2. maj 2017 et nyt varsel om påbud, stilet både til klagerens forretningsførende enhed og til den konkrete afdeling.

2.3. Den afgørelse, der er klaget over

Københavns Kommune gav den 4. juli 2017 påbud at fjerne indhegning og skiltning, således at promenadeforløbet atter fremstår offentligt tilgængeligt.

Kommunen oplyste, at kommunen ved eftersyn den 7. januar 2015 og senere har konstateret, at der på ejendommen uden tilladelse er opført hegning, der afspærrer det offentligt tilgængelige areal mod havneforløbet og mod D Kanal, ligesom der er opsat skiltning, der angiver, at der er tale om et privat område.

Opstilling af hegn

Kommunen anførte, at hegnet erstatterede tidligere afspærring i form af hegn, granitsten, plantekasser mv.

Kommunen anførte, at ejendommen er omfattet af lokalplan nr. 477, B-vej Nord, og at ejendommen derfor skal opfylde de bestemmelser, der er fastsat i lokalplanen.

Kommunen anførte, at hegningen er i strid med lokalplanens § 8, stk. 3, litra d, der bestemmer, at promenadeforløbet skal friholdes for bebyggelse, hegn og lignende og sikres offentlig adgang for fodgængere og cyklister.

Kommunen anførte, at det ikke er relevant, om den tidligere afspærring i form af spærrebom, cykelstativ, plantekasser, granitsten mv. var etableret, før ejendommen blev omfattet af en lokalplan, da klageren har valgt at fjerne denne

afspærring og i stedet har opsat hegn i hele promenadens bredde.

Kommunen anførte, at en lokalplans retsvirkninger alene vedrører fremtidige dispositioner, og at eksisterende lovlige forhold kan fortsætte uanset lokalplanens bestemmelser. Kommunen anførte videre, at når man vælger at fjerne den tidligere afspærring, så mister man retten til at opføre anden form for afspærring.

Kommunen anførte, at det forhold, at klageren har valgt at udskifte den tidligere afspærring med et egentligt hegn betyder, at der ikke længere er mulighed for at opføre et hegn, og at der ikke er mulighed for at genetablere den tidligere form for afspærring.

Kommunen anførte, at hegningen fremtræder som en mere massiv forhindring, og at hegningen er et klarere signal til omverdenen om, at der ikke er adgang til området, end den afspærring, der tidligere var etableret, som fremtrådte mere tilfældigt.

Kommunen anførte, at lokalplanen bestemmer, at der skal være offentlig adgang til havnepromenaden, og at der ikke må opstilles hegn og lignende. Kommunen anførte, at det derfor ikke er relevant, om den nuværende afspærring indebærer en væsentlig begrænsning af adgangen til området i forhold til den tidligere afspærring, og at det ikke er relevant om kommunen måtte have udvist passivitet eller stiltiende accept af den tidligere afspærring.

Kommunen anførte, at den nuværende hegning således er i strid med lokalplanen, og at den dermed kan kræves fjernet.

Skiltning

Kommunen anførte, at den opsatte skiltning er i strid med lokalplanen, da det vurderes, at skiltningen med den nuværende tekst, hvor det fremhæves, at der tale om et privat område, får det indtryk, at det ikke er tilladt at færdes på området. Kommunen anførte, at selvom der er tale om et privatejet område, er det desuden i strid med lokalplanen at opsætte skiltning, der forbyder adgang for cyklister og hunde.

2.4. Klagen og bemærkninger til klagen

2.4.1. Korrespondance under klagesagen

I sagen indgår klagen af 31. juli 2017. Kommunen er kommet med bemærkninger til klagen i brev af 8. september 2017. Kommunen har samtidigt indsendt billedmateriale af afspærringen dateret den 21. oktober 2014, 24. april 2015, den 17. november 2016, og den 14. juni 2017.

Klagen og bemærkningerne er gengivet nedenfor.

2.4.2. Opstilling af hegn

Klagerens bemærkninger

Klageren anfører, at kommunens afgørelse tilsyneladende er truffet på baggrund af en besigtigelse af forholdene ultimo 2014.

Klageren anfører, at klageren i forbindelse med et altanprojekt på ejendommen midlertidigt opsatte byggehegn med henblik på at minimere risikoen for tyveri af byggematerialer samt for at forebygge personskade.

Klageren anfører, at de opførelser på grunden, der er baggrund for det meddelte påbud, er opførelser tilbage fra ejendommens opførelse i 1977, og således fra før tilstedeværelsen af lokalplaner. Klageren anfører, at lokalplanbestemmelser ikke kan ulovliggøre allerede værende opførelser. Klageren anfører, at vedligeholdelse er nødvendigt for at opførelserne ikke forgår, og at de skete forandringer alene er udtryk for fornyelse af allerede værende brandbomme, blomsterkummer mv. Klageren anfører, at forholdene på ejendommen er uændrede, men blot opdaterede og vedligeholdt til nutidens standard, og at adgangsforholdene for offentligheden er fuldstændig uændrede.

Klageren anfører, at det fremgår af politinotatet, at bevisbyrden for, at der ikke er tale om oprindelige opførelser, påhviler kommunen. Klageren henviser i forlængelse heraf til politinotatet, hvoraf det blandt andet fremgår, at politiet har vurderet, at såfremt det lægges til grund, at der i et vist omfang var installeret afspærringer på området, inden den første lokalplan trådte i kraft, så vil en hjemmel til at forlange afspærringerne fjernet alene kunne søges i manglende overholdelse af vilkår i den oprindelige byggetilladelse. Politiet anfører, at Statsforvaltningen ved afgørelse af 26. januar 2016 har fastslået, at vilkåret i den oprindelige byggetilladelse ikke havde hjemmel i byggelovgivningen. Politiet anfører videre, at såfremt afspærringerne var lovlige på tidspunktet for vedtagelsen af den første lokalplan i 2000, følger det af de derefter vedtagne lokalplaner, at afspærringerne har kunnet opretholdes.

Klageren anfører, at det fremgår af politinotatet, at de nuværende forhold næppe kan anses for at indebære en væsentlig hindring af adgangen til området i forhold til tidligere lovlige afspærringer, og at politiet på denne baggrund har vurderet, at det ikke anses for sandsynligt, at påbuddet under en domstolsprøvelse vil blive anset for lovligt. Klageren henviser i forlængelse heraf til politinotatet, hvoraf bl.a. følgende fremgår:

Hertil kommer, at en dom om fjernelse af hegnet i den nuværende form ikke vil indebære, at der så slet ikke må være nogen begrænsning af adgangen til området, idet [klageren], må antages at være beføjet til at genoprette en afspærring svarende til den tidligere afspærring eller en anden afspærring, der ikke indebærer en større begrænsning af

adgangen til området, herunder muligvis en bevarelse af de nuværende hegn blot med en fjernelse af lågerne.

Man kan herefter nok stille spørgsmål om, hvorvidt kommunen har opnået noget væsentligt ved en eventuel domfældelse om fjernelse af de nuværende hegn, herunder om en domfældelse ikke blot vil resultere i en risiko for fremtidige stridigheder med [klageren] om lovligheden af den afspærring, der formentlig vil blive sat i stedet for de nuværende hegn med låger. Klageren anfører, at det sidstnævnte afsnit støtter klagerens argument om, at forholdet er af underordnet betydning, jf. planlovens § 51, stk. 5.2

Kommunens bemærkninger

Kommunen anfører, at det ikke er relevant, hvornår den oprindelige afspærring blev etableret, eller om der er givet tilladelse til den oprindelige afspærring, da klageren efterfølgende har valgt at fjerne den oprindelige afspærring og i stedet har opsat hegn i hele promenadens bredde. Kommunen anfører, at der ved op-sætningen af det nye hegn er etableret et nyt forhold i strid med den nugældende lokalplan.

Kommunen anfører, at når man vælger at fjerne den tidligere afspærring, så mister man retten til at etablere en anden form for afspærring, da dette vil være i strid med den gældende lokalplan, der bestemmer, at promenadeforløbet skal friholdes for hegn. Kommunen anfører, at selvom man måtte nå frem til, at den tidligere afspærring var lovlig, fordi den var etableret før den første lokalplan, vil en ny afspærring ikke kunne betragtes som et eksisterende lovligt forhold i planlovens forstand.

Kommunen anfører, at det er fast antaget i praksis, at også en egentlig genopførelse eller genetablering i modsætning til vedligeholdelse eller reparationer vil blive betragtet som en nyopførelse, der bliver omfattet af den gældende lokalplan.

Kommunen anfører, at det forhold, at klageren valgte at udskifte den tidligere afspærring med et egentligt hegn, betyder, at der er tale om en nyopførelse, der er i strid med lokalplanen, og at der heller ikke er mulighed for at genetablere den tidligere form for afspærring.

Kommunen anfører, at lokalplanen bestemmer, at der skal være offentlig tilgængelig havnepromenade, og at der ikke må opstilles hegn og lignende. Kommunen anfører, at det derfor ikke er relevant at lægge afgørende vægt på, om den nuværende afspærring indebærer en væsentlig begrænsning af adgangen til området i forhold til den tidligere afspærring.

Kommunen anfører, at der ikke er tale om et forhold af ganske underordnet

betydning, jf. planlovens § 51, stk. 5. Kommunen anfører, at det efter kommunens opfattelse er særdeles vigtigt, at der ikke på ejendommen etableres forhold, som er i strid med lokalplanen, og at det er bygningsmyndighedens opgave at påtale en sådan overtrædelse af planloven.

Kommunen anfører, at det siden opførelsen af bebyggelsen har været en forudsætning, at der skal være offentlig adgang til området langs havneløbet. Kommunen anfører, at klageren forsøger at signalere, at området er forbeholdt de få og forsøger at udelukke byens borgere fra at lufte hund og cykle på et offentligt tilgængeligt areal.

2.4.3. Skiltning

Klagerens bemærkninger

Klageren henviser til politinotatet, hvoraf det fremgår, at politiet har vurderet, at kommunens udtalelse til Statsforvaltningen, dateret 29. juni 2015, om at den nye afspærring med hegn giver det indtryk, at der er tale om et privat område, som er forbeholdt ejendommens beboere, er baseret på den tidligere skiltning ved afspærringen, der ikke som den nuværende skiltning oplyser, at der er offentlig adgang til promenaden.

Kommunens bemærkninger

Kommunen anfører, at skiltningen er i strid med lokalplanens bestemmelse om, at promenadeforløbet skal være offentligt tilgængeligt for fodgængere og cyklister. Kommunen anfører, at man med den nuværende skiltning, hvor det er fremhævet, at der er tale om et privat område, får det indtryk, at det ikke er tilladt at færdes på området. Kommunen anfører, at det desuden er i strid med lokalplanen at opsætte skiltning, der forbyder adgang for cyklister og hunde.

Kommunen anfører, at klageren via skiltningen forsøger at regulere og begrænse færdslen, selvom det samtidigt angives, at man gerne må gå gennem området.

Københavns Kommune anfører, at det ikke er korrekt, at udstedelsen af påbuddet er baseret på en besigtigelse af forholdene i 2014. Kommunen anfører, at kommunen ved et eftersyn den 7. januar 2015 konstaterede, at den tidligere afspærring var erstattet af egentlige hegn. Kommunen anfører, at der efterfølgende er foretaget løbende eftersyn på stedet. Kommunen henviser til fotos fra den 24. april 2015, den 17. november 2016 og fra den 14. juni 2017. Kommunen anfører, at der er foretaget yderligere eftersyn, hvor der ikke er taget fotos af hegnet.

3. Planklagenævnets bemærkninger og afgørelse

3.1. Planklagenævnets kompetence

Planklagenævnet kan tage stilling til retlige spørgsmål i forbindelse med en kommunes afgørelse efter planloven, jf. lovens § 58, stk. 1, nr. 3.

Det er et retligt spørgsmål, om det ansøgte er i overensstemmelse med lokalplanen og dermed er umiddelbart tilladt efter planloven, og om kommunen har haft hjemmel til at give påbuddet.

3.2. Eksisterende lovlige forhold

En lokalplans retsvirkninger vedrører alene fremtidige dispositioner. Lokalplanen udløser således ingen handlepligter for ejer eller bruger af de omhandlede ejendomme. Eksisterende lovlig brug kan fortsætte uanset planens bestemmelser, også når nye ejere eller brugere har overtaget ejendommen.

Ved etablering af nye forhold, f.eks. ved opførelse af nybyggeri, skal en eventuel gældende lokalplan overholdes, jf. planlovens § 18. En egentlig genopførelse eller genetablering betragtes efter fast praksis også som en nyopførelse.

Vedligeholdelse eller reparation af eksisterende bebyggelse betragtes derimod ikke som en etablering af nye forhold.

Det fremgår af sagens oplysninger, at klageren i perioden mellem den 21. oktober 2014 og den 3. marts 2015 har erstattet den tidligere afspærring i form af betonklodser, granitsten, plantekasser, cykelstativer og lignende med et hegn med låger.

Planklagenævnet finder, at opstillingen af et hegn i stedet for den tidligere afspærring skal betragtes som en nyopførelse, uanset om hegnet ikke indebærer en væsentlig hindring af adgangen til området i forhold til tidligere afspærringer. Der er således ikke tale om en vedligeholdelse eller reparation af et eksisterende hegn, men om fjernelse af andre elementer og opførelse af et helt nyt hegn.

Forholdet skal derfor bedømmes efter den gældende lokalplan.

I forhold til det af klagerne anførte om, at der er tale om et forhold af underordnet betydning, bemærker Planklagenævnet, at planlovens § 51, stk. 3, ikke indebærer, at kommunen ikke har ret til at håndhæve lokalplanen. Bestemmelsen indebærer kun, at kommunen ikke har pligt til at håndhæve lokalplanen, hvis der kun er tale om et forhold af underordnet betydning.

3.3. Umiddelbart tilladt eller krav om dispensation

3.3.1. *Generelt om krav om dispensation*

Bestemmelserne i en lokalplan er bindende over for borgerne, jf. planlovens § 18. Det betyder, at nye forhold, der er i overensstemmelse med lokalplanen,

eller som ikke er reguleret af lokalplanen, er umiddelbart tilladte efter planloven. Derimod forudsætter dispositioner, der ikke er i overensstemmelse med lokalplanen, at kommunen kan og vil dispensere fra lokalplanbestemmelserne.

3.3.2. Opstilling af hegn

Lokalplanen fastsætter i § 8, stk. 3, litra d, at promenadeforløbet skal friholdes for bebyggelse, hegn og lignende.

Klageren har opført et hegn med låger i hele havnepromenadens bredde. Der er ikke tale om et lovligt eksisterende forhold, jf. afsnit 3.2. Planklagenævnet finder ikke, at dette er i overensstemmelse med lokalplanen, og forholdet kræver derfor dispensation, jf. planlovens § 19.

3.3.3. Skiltning

Planklagenævnet opfatter kommunens afgørelse på den måde, at kommunen har nedlagt forbud mod den opsatte skiltning i sin helhed, idet denne forbyder adgang for cyklister og hunde og i øvrigt giver indtryk af, at det ikke er tilladt at færdes frit på området.

Klageren har opsat skiltning, som bestemmer, at ophold og brug af promenaden er forbeholdt beboerne, samt forbyder cykelkørsel og enhver adgang med hund, herunder hund i snor.

Lokalplanen fastsætter i § 8, stk. 3, litra d, bl.a., at promenadeforløbet skal sikres offentlig adgang for fodgængere og cyklister i minimum 7,5 m bredde regnet fra indersiden af bolværkshammeren. Desuden fremgår det af lokalplanredegørelsen, at promenaden bl.a. er til cykeltur langs kajen.

Lokalplanen fastsætter i § 8, stk. 11, at byrum og ubebyggede arealer ikke må forsynes med 'adgang forbudt'-skilte eller lignende.

Promenaden har karakter af et byrum omfattet af lokalplanens § 8, stk. 11, idet lokalplanens § 8, stk. 3, der i litra d omhandler promenadeforløbet, har overskriften *byrum*.

Planklagenævnet finder, at lokalplanens § 8, stk. 11, skal ses i sammenhæng med lokalplanens bestemmelser om adgang til lokalplanens byrum og ubebyggede arealer. Bestemmelsen indeholder således efter nævnets opfattelse et forbud mod skiltning, der søger at begrænse en adgang, som i øvrigt er tilladt efter lokalplanen, ved at opstille forbud eller lignende formuleringer, som er egnede til at give det indtryk, at adgang ikke er tilladt.

Efter Planklagenævnets opfattelse har skiltet med den nuværende formulering

til formål at begrænse cykelkørsel på trods af, at cykelkørsel er tilladt efter § 8, stk. 3, litra d. Skiltet har desuden til formål at begrænse adgangen for personer med hunde. Efter nævnets opfattelse vil lokalplanens bestemmelser ikke kunne benyttes til at forbyde fodgængere med hunde, og færdsel af fodgængere med hunde er således umiddelbart tilladt efter lokalplanen. Der kan således ikke sættes et skilt op med forbud mod fodgængere med hunde.

Efter Planklagenævnets opfattelse har skiltet med den nuværende formulering endvidere til formål at begrænse den lovlige færdsel på og tilgængelighed af promenaden, uanset det fremgår, at det er tilladt at gå gennem området langs kajen. Det fremgår således af lokalplanens § 8, stk. 3, litra d, at promenadeforløbet er offentligt tilgængeligt. Planklagenævnet finder derfor, at der ikke kan opsættes skilte, der generelt bestemmer, at ophold og brug af promenaden er forbeholdt beboerne.

Planklagenævnet finder derfor, at skiltningen i sin helhed ikke er i overensstemmelse med lokalplanen, og forholdet kræver derfor dispensation, jf. planlovens § 19.

Planklagenævnet har ikke hermed taget stilling til, om der vil kunne opsættes skiltning, som regulerer adfærden på arealet, herunder f.eks. krav om, at hunde skal være i snor.

3.4. Proportionalitet

Det følger af proportionalitetsprincippet, at kommunen har pligt til at vurdere muligheden for retlig lovliggørelse, før den evt. træffer afgørelse om fysisk lovliggørelse.

Det fremgår af sagen, at Københavns Kommune har givet påbud om fysisk lovliggørelse, fordi det ansøgte efter kommunens opfattelse er i strid med lokalplanen. Det fremgår ikke af kommunens afgørelse, om kommunen har overvejet, om der kan meddeles dispensation til den opsatte indhegning og skiltning. Planklagenævnet finder, at dette er en retlig mangel ved afgørelsen.

Det fremgår imidlertid af sagen, at kommunen tidligere har meddelt påbud om lignende forhold, og kommunen har i forbindelse med klagesagen tilkendegivet, at det efter kommunens opfattelse er særdeles vigtigt, at der ikke etableres forhold, som er i strid med lokalplanen.

Planklagenævnet opfatter dette på den måde, at kommunen lægger så betydelig vægt på, at der ikke etableres forhold, som begrænser adgangen til promenadeforløbet, at kommunen ikke ønsker at give en dispensation. Nævnet finder derfor i den konkrete sag, at det forhold, at denne vurdering af muligheden for dis-

pensation ikke fremgår udtrykkeligt af afgørelsen, ikke er en væsentlig retlig mangel, som medfører ugyldighed af afgørelsen.

3.5. Planklagenævnets afgørelse

Planklagenævnet kan ikke give medhold i klagen over Københavns Kommunes afgørelse af 4. juli 2017 om påbud om lovliggørelse af afspærring og skiltning på ejendommen B-vej 37-67,1401 København, matr.nr. aa.

Planklagenævnets afgørelse er endelig og kan ikke indbringes for anden administrativ myndighed, jf. § 3, stk. 3, i lov om Planklagenævnet. Eventuel retssag til prøvelse af afgørelsen skal være anlagt inden 6 måneder, jf. § 3, stk. 4, i lov om Planklagenævnet.

Afgørelsen er truffet af formanden på nævnets vegne, jf. § 4, stk. 1, i lov om Planklagenævnet.

Planklagenævnet beklager den lange sagsbehandlingstid.
...”.

Forklaringer

Der er afgivet forklaring af G, H og J.

G forklarede blandt andet, at han er organisationsformad for Selskab A, der har 60 afdelinger. Han bor selv i den omhandlede afdeling i B-vej. Han har boet der siden 1992. Han er også formand for den lokale afdeling. Byggeriet blev opført i 1977-1978.

Da han flyttede ind i december 2014, var der ved den nordlige passage et cykelstativ, der hvor der nu i stedet er granitblokke. Der var også en chikane bestående af to bøjede stålrør.

Nu er der sat et hegn op. I 2014 begyndte de et altanprojekt. De havde fået tilladelse til altaner og træterrasser. Ved den nordlige passage var det nødvendigt at foretage en korrektion, idet cykelstativet skulle fjernes, da man lavede terrasserne. For at holde altanerne uden for mange understøtninger, skulle man have store arbejdsmaskiner og lifte ind. Derfor måtte cykelstativet væk.

På grund af terrasserne kunne de heller ikke bevare brandbommen, idet terrasserne er 2,5 meter brede, og de 7,5 meters friareal ikke kunne bevares, hvis de fortsat havde brandbommen. Brandbommen blev derfor erstattet af hegnet. De satte hegnet op for at sikre den funktionalitet, som brandbommen havde haft. Hegnet er der for at hindre, at folk kører ind og parkerer på området. Det er ikke for at forhindre folk i at gå ind på området. Der er en dobbelt aflåst låge i

hegnet, som brandvæsenet kan benytte, og der er en ikke aflåst låge, som alle andre kan benytte.

I den anden ende satte man også et hegn op, der erstattede et cykelstativ og en betonblomsterkumme med en busk. De havde en bolværksreparation, og i den forbindelse ændrede de chikanen til et hegn med låge, der var i overensstemmelse med lågen i den anden ende. Det var for at få en ensartethed og for at hindre, at biler kørte ind og parkerede i området. Man søger ikke at hindre den offentlige adgang. De har sat et skilt op med oplysning om, at det er privat område, men der står også, at man gerne må gå igennem området. Ved siden af de 7,5 meters friareal, har de græsarealer og legeplads, der ikke er offentligt område. Derfor er det hensigtsmæssigt at skrive, at det er et privat område med offentlig adgang i begrænset omfang. Dette er nødvendigt for at hindre, at folk bruger deres område. Politiet kommer jævnligt og smider folk væk fra græsarealerne m.m.

På et tidspunkt foretog han en optælling i forbindelse med en stor festival. Der var så mange, der gik igennem, at han på dagen mellem kl. 17-18 talte 715 personer i hver retning. Han fik herefter et firma til at sætte en automatisk tæller op. Det er en nøjagtig optælling, og den har vist, at mere end 1.000 personer går igennem lågerne i gennemsnit pr. dag. Der er 166 lejemål, men beboerne går typisk til og fra ejendommen ad B-vej.

Bestyrelsen foreslår husordenen, der vedtages på en slags generalforsamling. Beboerne kan træffe beslutning om alt vedrørende bebyggelsen, herunder hundehold. Det har været til afstemning mange gange. Det er besluttet, at man ikke må holde hund. Det er også vedtaget i husordenen, at man ikke må cykle på de 7,5 meter friareal med kajområde. Der står borde og bænke, og der løber børn rundt. Det er derfor besluttet, at man ikke må cykle, idet det er for farligt. Andre udefra bringer hunde ind og cykler gennem området, hvilket er til gene.

Han betragter hegnene som en bevarelse af den hidtidige funktion og ikke som en nyopførelse.

Hun forklarede blandt andet, at hun har boet i bebyggelsen siden 1982. Da hun flyttede ind, var der i den nordlige ende store bomme, som man skulle kante sig igennem. Dette var svært med en barnevogn. Der var endvidere et cykelstativ og blomsterkumme. Det så forfærdeligt ud. Nu er det ændret til noget pænere, og der er en låge, man kan komme igennem uden nøgle og med barnevogn. Hun husker ikke de tidlige betonblokke.

Den sydlige ende havde også oprindeligt bomme, som man skulle kante sig igennem. Nu er der et hegn med en dør, som i den nordlige ende. Man kan gå igennem døren i hegnet uden nøgle. Alle kan gå igennem. Der er skiltning om,

at man ikke må cykle igennem området. Dette skyldes børn, der leger i området. Selvom der står, at man kun må trække sin cykel, ignorerer folk det og cykler på stedet.

Der er mange, der lufter hunde på stedet, selv om der er forbud mod hunde i bebyggelsen, og der er børn der leger i området, der kan være bange for hunde. Derfor har de et forbud.

Hun har ikke indtryk af, at hegnet begrænser folk i at gå igennem området. Den oprindelige bom måtte ændres, idet noget var slidt op, og der skulle laves altaner. Man genbrugte de tidligere franske altaner til hegn.

J forklarede blandt andet, at han har boet i bebyggelsen siden 1990. I starten var passagen til den nordlige ende spærret af en chikane i form af rør, der var nedstøbt. En barnevogn kunne ikke komme igennem. I forlængelse heraf var der et støbt cykelstativ, der gik næsten til kajen. Der var desuden et nedstøbt cementrør med planter i. Forholdene i dag er et fast hegn med en låge, som man kan gå igennem. Der er ikke låst, og der er et skilt hvoraf fremgår, at man må gå igennem.

Ved den sydlige ende var der oprindeligt en kraftig brandbom, der var aflåst. Omkring 2014 havde de et altanprojekt. I forbindelse med projektet lå der byggematerialer på grunden. I dag er der opsat hegn med en låge, der altid er åben. Området anvendes af en lind strøm af folk, der går igennem. Der ligger mennesker og soler sig i området. Der er opstillet haveborde, som alle benytter. Der er en legeplads, som benyttes af institutioner og forældre og børn i nærområdet. Efter husordenen må beboerne ikke have hunde. Dette har været gældende i mere end de 30 år, han har boet der.

Man må ikke cykle i området. Man må hun trække sin cykel, idet der er børn, der leger i området, og området bruges rekreativt. Mange cykler alligevel igennem området. Mange kommer også med Christianicykler.

Parternes synspunkter

Selskab A har i sit påstandsdokument af 30. september 2021 blandt andet anført følgende:

"...

Anbringender:

Til støtte for den nedlagte påstand, gøres det herefter gældende,

Ad passivitet.

At sagsøger, forud for det meddelte påbud, den 2. maj 2017 blev parts-hørt, jf. bilag 7, samt at partshøringen besvaredes ved skrivelse af 2. juni 2017, jf. bilag 8, ved hvilken passivitetsbetragtninger udtrykke-

ligt blev gjort gældende, jf. følgende passus : *den udviste passivitet, accept, eller stiltiende accept er retsfortabende, såfremt det forudsættes at forholdene ikke er lovmedholdelige,*

At kommunens og sagsøgtes negligering/manglende stillingtagen til passivitetsbetragtninger som gjort gældende i forbindelse med partshøring, ikke prækluderer domstolens kompetence til bedømmelse af passivitetsbetragtningerne,

At kommunen har udvist retsfortabende passivitet, derved kommunen har været bekendt med forholdene, senest siden 10. august 2004, jf. bilag 2, side 154. Henvendelsen besvaredes den 13. september 2004, jf. bilag 2, side 141, hvorefter forholdene *"grundet en beklagelig fejl i forvaltningen og sagen blev henlagt"*, jf. bilag 2, side 60, herefter ikke påtalt (overfor rette adressat) førend påbud af 4. juli 2017. Sagsøger har herefter haft en berettiget forventning om at kommunen tog besvarelsen til efterretning og har herefter indrettet sig i tillid forholdenes lovlige tilstand.

Ad proportionalitet.

At proportionalitetsprincippet tilsiger, at der ikke må anvendes mere indgribende foranstaltninger, hvis mindre indgribende foranstaltninger er tilstrækkelige, og indgrebet skal som middel stå i rimeligt forhold til målet,

At foranstaltningen/påbuddet skal være egnet til at opnå det tilstræbte formål, hvilket ikke synes tilfældet henset til politiets vurdering under tidligere efterforskning, hvorefter *de nuværende forhold næppe kan anses for at indebære en væsentlig hindring af adgangen til området i forhold til tidligere lovlige afspærringer, og at politiet på denne baggrund har vurderet, at det ikke anses for sandsynligt, at påbuddet under en domstolsprøvelse vil blive anset for lovligt,*

At Københavns Kommune har tilsidesat væsentlige forvaltningsretlige grundprincipper, proportionalitetsprincippet, ved at undlade afdækning af muligheden for retlig lovliggørelse forud for fysisk lovliggørelse, At Københavns Kommunes manglende konkrete stillingtagen til muligheden for retlig lovliggørelse i form af meddelelse af dispensation forud for fysisk lovliggørelse, er en væsentlig retlig mangel, der medfører afgørelsens ugyldighed.

Ad hegnets/skiltningens påvirkning af den offentlige tilgængelighed.

- At friarealerne på sagsøgers ejendom er lovligt indrettede, idet kravene til indretning på opførelsestidspunktet er efterlevet og de senere lokalplaner respekterer dette,
- At indretning af friarealer er sket indenfor rammerne af byggetilladelsen og godkendt af sagsøgte jf. sagsøgtes referatark/kontrolliste under datoen 14. december 1978, jf. under-bilag 2-4-bilag 11 til bilag 2,
- At ændringer i indretning af friarealer er sket inden for rammerne af de oprindelige lovlige indretninger med adgang for offentligheden i samme omfang som på opførelsestidspunktet af ejendommen i 1977-78, jf. fotos af hegn og skiltning optaget den 3. marts 2015 af sagsøgte og fremlagt som underbilag 2-4-16 a og 16 b til bilag 2,
- At der er tale om privat område, hvor det fremgår af indretning og skiltning, jf. fotografier fremlagt som underbilag 2-4- bilag 4a, 4b og 4c til bilag 2, at der fortsat er offentlig adgang for fodgængere og cyklister,
- At sagsøger i brev af 13. september 2004 har gjort gældende, at der ikke er sket ændringer i indretninger i forhold til tidligere i forbindelse med opsætning af nyt cykelstativ m.v, jf. bilag underbilag 2-4-bilag 14 til bilag 2,
- At de ændringer af indretning og skiltning, som måtte være sket, alene er udtryk for opgradering af hidtil gældende forhold, jf. sagsøgers mail af 5. januar 2015 fremlagt som underbilag til bilag 2-4-bilag 7 til bilag 2,
- At Københavns Politi Anklagemyndigheden har anset indretningerne af havnepromenade for lovlige jf. bilag 2, pkt. 7 (side 20) som konklusion på foretaget efterforskning herunder afhøring af G,
- At Københavns Politi støtter sagsøger i, at der er offentlig adgang til havnepromenaden, hvilket fremgår af tekst til foto nr. 5 fremlagt som underbilag 6-1 til bilag 2,
- At Københavns Politi har opgivet sigtelsen for overtrædelse af planloven i relation til manglende efterlevelse af sagsøgtes påbud af 12. maj 2015, jf. brev af 17. maj 2017 fra Københavns Politi, Advokatur for Særlovs Krim. til sagsøger, bilag 6,
- At området står uden hindringer for offentlighedens tilgængelighed.
...".

Planklagenævnet har i sit påstandsdokument af 28. september 2021 blandt andet anført følgende:

3. ANBRINGENDER

Til støtte for den nedlagte påstand om frifindelse gøres det overordnet gældende, at Planklagenævnets afgørelse af 29. maj 2020 er lovlige og gyldige.

Planklagenævnet har med rette opretholdt Københavns Kommunes afgørelse af 4. juli 2017 om påbud om lovliggørelse af afspærring og skiltning på B-vej.

Afgørelsen er ikke truffet på et mangelfuldt eller fejlagtigt grundlag, og den er ikke behæftet med mangler, som medfører, at afgørelsen er ugyldig.

Der er ikke under retssagen fremkommet væsentlige nye oplysninger af betydning for sagen.

3.1 Det opsatte hegn med skiltning skal overholde den gældende lokalplan

Efter planlovens § 18 er bestemmelserne i en lokalplan bindende for borgerne.

Det betyder, at dispositioner i overensstemmelse med bestemmelserne er umiddelbart tilladte, mens dispositioner, der strider mod bestemmelserne, omvendt ikke kan foretages, medmindre kommunen kan og vil dispensere fra lokalplanbestemmelsen, jf. planlovens § 19.

En lokalplans retsvirkninger vedrører alene fremtidige dispositioner. Lokalplanen udløser således ingen handlepligter for ejere eller brugere af de omhandlede ejendomme.

Eksisterende lovlige brug kan fortsætte uanset planens bestemmelser, også når nye ejere eller brugere har overtaget ejendommen.

Ved etablering af *nye forhold* skal en eventuel gældende lokalplan overholdes, jf. planlovens § 18. En genopførelse eller genetablering betragtes efter fast praksis også som en nyopførelse. Vedligeholdelse eller reparation af eksisterende bebyggelse betragtes derimod ikke som en etablering af nye forhold.

Det gøres gældende, at Planklagenævnet i denne sag med rette har fundet, at opstillingen af et hegn i stedet for den tidligere afspærring (i form af betonklodser, granitsten, plantekasser, cykelstativer og lignende, jf. bilag C) skal betragtes som en nyopførelse, uanset om hegnet indebærer en større hindring af adgangen til området i forhold til tidligere afspærringer eller ej. Der er således ikke

tale om en vedligeholdelse eller reparation af et eksisterende hegn, men om fjernelse af andre elementer og opførelse af et helt nyt hegn.

Hegnet skal derfor bedømmes efter den gældende lokalplan, og det er af den grund uden betydning, om den tidligere afspærring var lovligt etableret eller ej. Også for så vidt angår skiltene på hegnet er der tale om nye skilte, som er opsat på det nye hegn. Også skiltningen skal derfor bedømmes efter den gældende lokalplan. Det gælder, uanset om de tidligere skilte var lovligt eksisterende eller ej.

3.2 Det opsatte hegn er ikke tilladt efter lokalplanen

Det fremgår af lokalplanens § 8, stk. 3, litra d, at promenadeforløbet skal friholdes for bebyggelse, hegn og lignende.

Det gøres gældende, at Planklagenævnet med rette har fundet, at det af sagsøger opførte hegn med låger i hele havnepromenadens bredde i både sydlig og nordlig ende ikke er i overensstemmelse med lokalplanen.

Det bestrides, at retten kan lægge sagsøgers oplysninger om antallet af fodgængerpassager til grund. Der er ikke tale om oplysninger tilvejebragt efter reglerne om syn og skøn i retsplejelovens kapitel 19, og oplysningerne kan derfor ikke tillægges nogen bevismæssig værdi. Oplysningerne har under alle omstændigheder ingen betydning for gyldigheden af nævnets afgørelse, idet hegnet er i strid med lokalplanens § 8, stk. 3, litra d, uanset hvor mange gange nogen går igennem lågerne i hegnet.

3.3 Den opsatte skiltning på hegnet er ikke tilladt efter lokalplanen

Udover hegnet har sagsøger på lågerne opsat skiltning, hvoraf det fremgår, at ophold og brug af promenaden er forbeholdt beboerne samt forbyder cykelkørsel og enhver adgang med hund, herunder hund i snor.

Lokalplanen fastsætter i § 8, stk. 3, litra d, bl.a., at promenadeforløbet skal sikres offentlig adgang for fodgængere og cyklister i minimum 7,5 m bredde regnet fra indersiden af boltværkshammeren. Desuden fremgår det af lokalplanredegørelsen, at promenaden bl.a. er til cykelture langs kajen.

Lokalplanen fastsætter desuden i § 8, stk. 11, at byrum og ubebyggede arealer ikke må forsynes med 'adgang forbudt'-skilte eller lignende. Promenaden har karakter af et byrum omfattet af lokalplanens § 8, stk. 11, idet lokalplanens § 8, stk. 3, der i litra d omhandler promenadeforløbet, har overskriften byrum.

Det gøres gældende, at Planklagenævnet med rette har fundet, at disse bestemmelser betyder, at der ikke kan opsættes skilte, der generelt bestemmer, at ophold og brug af promenaden er forbeholdt beboerne, og at der ikke må cykles, samt at skiltningen derfor i sin helhed er i strid med lokalplanen.

Det gøres i den forbindelse gældende, at Planklagenævnet med rette har fundet, at lokalplanens § 8, stk. 11, skal ses i sammenhæng med lokalplanens bestemmelser om adgang til lokalplanens byrum og ubebyggede arealer, og at bestemmelsen derfor indeholder et forbud mod skiltning, der søger at begrænse en adgang, som i øvrigt er tilladt efter lokalplanen, ved at opstille forbud eller lignende formuleringer, som er egnede til at give det indtryk, at adgang ikke er tilladt.

Planklagenævnet har således med rette vurderet, at skiltet med den nuværende formulering har til formål at begrænse cykelkørsel, på trods af at cykelkørsel er tilladt efter § 8, stk. 3, litra d, og at skiltet desuden har til formål at begrænse adgangen for personer med hunde, på trods af at færdsel af fodgængere med hunde er umiddelbart tilladt efter lokalplanen. Nævnet har desuden med rette vurderet, at skiltet med den nuværende formulering endvidere har til formål at begrænse den lovlige færdsel på og tilgængelighed af promenaden, på trods af at det fremgår af lokalplanens § 8, stk. 3, litra d, at promenadeforløbet er offentligt tilgængeligt. Det gælder, uanset at det fremgår af skiltet, at det er tilladt at gå gennem området langs kajen, og uanset antallet af fodgængerpassager.

3.4 Sagsøgers anbringende om proportionalitet

Sagsøger gør gældende, at påbuddet (og antageligt dermed nævnets afgørelse om opretholdelse af påbuddet, som er den afgørelse, der er til prøvelse i denne retssag) er ugyldigt, fordi kommunen ikke har afdækket muligheden for retlig lovliggørelse forud for fysisk lovliggørelse.

Det følger af proportionalitetsprincippet, at kommunen har pligt til at vurdere muligheden for retlig lovliggørelse, før den eventuelt træffer afgørelse om fysisk lovliggørelse.

Som det er anført i nævnets afgørelse, fremgår det af sagen, at Københavns Kommune har givet påbud om fysisk lovliggørelse, fordi indhegningen og skiltningen efter kommunens opfattelse er i strid med lokalplanen.

Det fremgår ikke af kommunens afgørelse, om kommunen har overvejet, om der kan meddeles dispensation til den nye indhegning og skiltning, og der er heller ikke truffet en særskilt afgørelse om afslag på dispensation.

Det fremgår imidlertid også af sagen, at kommunen tidligere har meddelt påbud om fysisk lovliggørelse af lignende forhold på ejendommen, som også udgjorde en afspærring af promenadeforløbet (betonklodser, granitsten, plantekasser, cykelstativer og lignende samt tidligere skiltning), ligesom der også tidligere er meddelt påbud om fysisk lovliggørelse af den nye indhegning og skiltning. Der henvises til afsnit 2.2 i sagsfremstillingen i nævnets afgørelse (bilag 5, side 3-4), hvor der er redegjort for forløbet forud for kommunens påbud af 4. juli 2017.

Sagen om ulovlig afspærring af promenadeforløbet har således verseret siden 2014, og det har under hele forløbet været klart, at afspærringerne skulle fjernes. Det har dermed under hele forløbet været klart, at kommunen ikke var indstillet på at dispensere fra lokalplanens bestemmelse om offentligt tilgængeligt promenadeforløb, hvilket jo ellers ville være den oplagte og mindst ressourcekrævende løsning af tilsynssagen.

Kommunen har i overensstemmelse hermed i forbindelse med klagesagen overfor Planklagenævnet tilkendegivet, at det efter kommunens opfattelse er særdeles vigtigt, at der ikke etableres forhold, som er i strid med lokalplanen, og at der lægges stor vægt på, at havnen skal vedblive med at være frit tilgængelig for alle (bilag A). Planklagenævnet bemærker, at nævnet har behandlet et antal andre klagesager om Københavns Kommunes håndhævelse af lokalplaner, som regulerer offentlighedens adgang til havnepromenader, og som illustrerer kommunens restriktive dispensationspraksis på dette område¹.

Det gøres på den baggrund gældende, at Planklagenævnet med rette i denne konkrete sag har fundet, at det forhold, at vurderingen af muligheden for retlig lovliggørelse ved en dispensation fra lokalplanen ikke fremgår udtrykkeligt af den påklagede nye afgørelse af 4. juli 2017 om påbud om fysisk lovliggørelse i forhold til indhegningen og skiltningen, ikke er en væsentlig retlig mangel, som kan medføre ugyldighed af afgørelsen. At afgørelsen ikke indeholder et afsnit om, at kommunen ikke ønsker at lovliggøre forholdet ved dispensation, er således ikke udtryk for, at kommunen har forsømt at overveje muligheden herfor. Påbuddet er dermed ikke givet i strid med proportionalitetsprincippet.

3.5 Sagsøgers anbringende om retsfortabende passivitet

I forhold til det af sagsøger anførte om retsfortabende passivitet gøres det i første række gældende, at rettens prøvelse af Planklagenævnets afgørelse ikke kan udstrækkes til at omfatte prøvelse af forhold, som ikke var gjort gældende for nævnet. Det vil sige, at rettens prøvelse ikke kan udstrækkes til det nye synspunkt angående retsfortabende passivitet. Planklagenævnet er ikke rette sagsøgte i forhold til dette anbringende, jf. U2008.2793H og MAD2007.117Ø.

1 Sagerne 18/06308 (Tidl.: NMK-33-03958), 18/06320 og 18/05823.

At sagsøger i forbindelse med en partshøring foretaget af kommunen forud for påbuddet har anført som citeret i replikken indebærer ikke, at synspunktet er fremført som et klagepunkt i forhold til Planklagenævnet.

Sagsøgers klage er fremlagt som bilag E. Heraf fremgår intet om passivitet. Hvis retten mod forventning måtte finde, at prøvelsen også omfatter forhold, som sagsøger ikke gjorde gældende for Planklagenævnet, gøres det i anden række gældende, at kommunen ikke har udvist retsfortabende passivitet i forhold til den opsatte hegning og skiltning. Hegningen og skiltningen er først opsat i perioden mellem den 21. oktober 2014 og den 3. marts 2015, og kommunen har ikke forholdt sig passivt efter konstateringen af disse forhold. Der henvises til sagsfremstillingen i nævnets afgørelse (bilag 5, side 2-4) og kommunens udtalelse til nævnet (bilag A).

...".

Parterne har under hovedforhandlingen nærmere redegjort for deres opfattelse af sagen.

Rettens begrundelse og resultat

Planklagenævnet har den 29. maj 2020 stadfæstet et påbud af 4. juli 2017 meddelt af Københavns kommune, Teknik- og Miljøforvaltningen om lovliggørelse af afspærring og skiltning på B-vej. Nærværende sag vedrører en prøve af Planklagenævnets afgørelse. Over for Planklagenævnet har det ikke været gjort gældende, at der forelå passivitet. Rette sagsøgte for så vidt angår spørgsmålet om passivitet er herefter ikke Planklagenævnet.

Den gældende lokalplan for området er Lokalplan nr. 477, der er vedtaget den 20. juni 2012 og bekendtgjort den 29. juni 2012. Af lokalplanens § 8, stk. 3, litra d fremgår, at der fastlægges et offentligt tilgængeligt promenade forløb langs alle kajkanter, og at promenadeforløbet skal friholdes for bebyggelse, hegn og lignende og sikres offentlig adgang for fodgængere og cyklister i minimum 7,5 m bredde regnet fra indersiden af bolværkshammeren.

Det fremgår endvidere af lokalplanens § 8, stk. 11, at byrum/ubebyggede arealer ikke må hegnes, og at de ikke må forsynes med "adgang forbudt" skilte eller lignende.

Det fremgår af planlovens § 18, at der ikke må etableres forhold i strid med en lokalplans bestemmelser, medmindre kommunen dispenserer fra lokalplanen efter planlovens § 19.

Lokalplanens retsvirkninger vedrører alene fremtidige dispositioner, men ved etablering af nye forhold, skal lokalplanen overholdes.

Retten lægger til grund, at der tidligere i det omhandlede område har været opstillet blandt andet brandbom, cykelstativer og betonblomsterkumme, og at man i forbindelse med et altanprojekt omkring 2014 fjernede disse opstillinger og erstattede dem med hegn med låger. På lågerne blev opsat skilte, hvoraf fremgår, at der er tale om privat område, som man gerne må gå men ikke cykle igennem, og at man ikke må lufte sin hund i området.

Retten finder, at opstilling af et hegn i stedet for den tidligere afspærring med blandt andet brandbom, cykelstativer og betonblomsterkumme må betragtes som en nyopførelse og ikke blot en vedligeholdelse eller reparation af det eksisterende. Herefter skal hegnet og de nye skilte på hegnet bedømmes efter den gældende lokalplan.

Lokalplanen bestemmer, at der ikke må opsættes hegn, og at hegnene ikke må forsynes med "adgang forbudt" skilte eller lignende. Da der er opsat hegn, og da der tillige er opsat skiltning med formulering, der må sidestilles med "adgang forbudt" skilte, finder retten, at Planklagenævnet med rette har fundet, at det opførte hegn og skiltningen med den nuværende formulering ikke er i overensstemmelse med lokalplanen.

Det fremgår ikke af kommunens afgørelse, om man har overvejet, om der kunne meddeles dispensation til den nye indhegning og skiltning. Da kommunen imidlertid også tidligere har meddelt påbud om fysisk lovliggørelse af de tidligere forhold på stedet, og det dermed har stået klart, at kommunen ikke var indstillet på at dispensere, og at man havde en restriktiv praksis på området, tiltræder retten, at det forhold, at muligheden for dispensation fra lokalplanen ikke fremgår udtrykkeligt af det påklagede påbud af 4. juli 2017, ikke er en sådan væsentlig retlig mangel, at det i sig selv kan medføre ugyldighed. Herefter tages Planklagenævnets frifindelsespåstand til følge.

Sagsomkostningerne er efter sagens forløb og udfald fastsat til dækning af advokatudgift med 35.000 kr., af retsafgift med 500 kr. Planklagenævnet er ikke momsregistreret.

THI KENDES FOR RET:

Planklagenævnet frifindes.

Boligselskabet Selskab A skal til Planklagenævnet betale sagens omkostninger med 35.500 kr. Sagsomkostningerne bliver forrentet efter rentelovens § 8 a.



ØSTRE LANDSRET DOM

afsagt den 17. april 2023

Sag BS-45294/2021-OLR
(21. afdeling)

Selskab A
(advokat Rasmus Schmidt)

mod

Planklagenævnet
(advokat Josephine Fie Legarth Aggesen)

Københavns Byret har den 11. november 2021 afsagt dom i 1. instans (sag BS-46862/2020-KBH).

Landsdommerne Tine Vuust, Michael de Thurah og Louise Pansa Lauemøller (kst.) har deltaget i ankesagens afgørelse.

Påstande

Appellanten, Selskab A, har nedlagt påstand om, at indstævnte, Planklagenævnet, skal anerkende, at nævnets afgørelse af 29. maj 2020 om stadfæstelse af Københavns Kommunes påbud af 4. juli 2017 om lovliggørelse af afspærring og skiltning på ejendommen matr.nr. aa, beliggende B-vej 37-67, 1401 København, *principalt* er ugyldig, *subsidiært* skal hjemvises til fornyet behandling.

Planklagenævnet har påstået dommen stadfæstet.

Supplerende sagsfremstilling

Borgerrepræsentationen i Københavns Kommune vedtog den 20. juni 2012 lokalplan nr. 477 for B-vej Nord, C Plads, Krøyers og Grønlandske Handels

Plads, som i det hele erstattede lokalplan nr. 308 "C Plads". Heraf fremgår bl.a.:

"Seks byrum

...

Promenaden

danner sammenhængen langs havnen med de lange lige kig langs kajkanten. Promenaden defineres af den præcise kajkant på den ene side og bygningen på den anden side. Promenaden er til spadsereturen og cykeltur langs kajen.

...

Lokalplanens indhold

...

B-vej kan anlægges med bredder op til 15 m med træbeplantninger og vendeplads ved Grønlandske Handels Plads og stiforbindelse til stibroerne. Der fastlægges en 7,5 m bred havnepromenade hele vejen rundt om øerne, der således også har forbindelse til stibroerne.

...

§ 8. Byrum, ubebyggede arealer og parkering

...

Stk. 3 Byrum

Der fastlægges en byrumsstruktur med seks forskellige byrum, som angivet på tegning nr. 5:

...

d) Promenade

Der fastlægges et offentligt tilgængeligt promenadeforløb langs alle kajkanter, som markeret på tegning nr. 5. Promenadeforløbet skal friholdes for bebyggelse, hegn og lignende og sikres offentlig adgang for fodgængere og cyklister i minimum 7,5 m bredde regnet fra indersiden af bolværkshammeren, i princippet som vist på tegning nr. 5. Ved udformningen af promenader skal eksisterende brostensbelægninger langs kajen bevares.

...

Stk. 10. Tilgængelighed

Byrummene skal udformes således, at de er tilgængelige for alle, trygge at færdes i og tilgodeser bevægelsehæmmedes færdsel. Byrum med status som gågader med kørsel tilladt indrettes med belægninger i et niveau og med placering af enkelte parkeringspladser, beplantning, belysning og andet inventar således, at biltrafikken dæmpes, og at færdsel foregår på de gændes og de cyklendes betingelser.

Stk. 11. Hegning

Byrum/ubebyggede arealer må ikke hegnes og de må ikke forsynes med "adgang forbudt"-skilte eller lignende."

Under sagens behandling ved Statsforvaltningen afgav Københavns Kommune indlæg af 27. april 2015 og 29. juni 2015, hvoraf fremgår bl.a., at det efter forvaltningens opfattelse er særdeles vigtigt, at der ikke etableres forhold, som er i strid med bl.a. lokalplanen, og som forsøger at begrænse den offentlige adgang til havnekajen i København.

Efter Statsforvaltningens afgørelse af 26. januar 2016 skrev kommunen den 12. februar 2016 til Selskab E (nu Selskab A) og henledte opmærksomheden på, at den del af påbuddet af 12. maj 2015, som vedrørte overtrædelse af lokalplanen og dermed planloven, fortsat stod ved magt, og at det ville føre til politianmeldelse, hvis ikke Selskab E senest den 17. februar 2016 tilkendegav, at man ville efterkomme forvaltningens påbud om at lovliggøre forholdet ved at fjerne hegn og skiltning.

Af en pressemeddelelse fra Københavns Kommune, som blev udsendt i forbindelse med, at kommunen den 22. februar 2016 indgav politianmeldelse mod Selskab E for manglende efterlevelse af påbuddet, fremgår bl.a.:

”Københavns Kommune går nu til politiet for at få fjernet det hegn, der forhindrer cyklister, fodgængere og hundeluffere fri og uhindret adgang til havnepromenaden ved Det Hvide Snit på Christianshavn. Det skyldes, at Selskab E til trods for påbud fra kommunen ikke har fjernet hegnet.

”Havnen er Københavns nye rekreative åndehul, som vi skal sikre alle københavnere kan nyde godt af på samme måde som vores parker og naturområder. Derfor stiller vi i vores lokalplaner krav om, at havnepromenaderne skal holdes åbne og tilgængelige for alle. Og vi slår hårdt ned, hvis man forsøger at hindre fodgængere og cyklisters adgang med hegn eller skilte, der fejlagtigt betegner områderne som private”, siger teknik- og miljøborgmester Morten Kabell (EL).

...”

I Københavns Kommunes bemærkninger af 8. september 2017 til Planklagenævnet i anledning Selskab E's klage af 31. juli 2017 over kommunens påbud af 4. juli 2017 er anført bl.a.:

”Der er desværre en tendens til, at flere og flere forsøger at begrænse den offentlige adgang til havnekajen i København. Forvaltningen har således modtaget adskillige klager vedrørende sådanne afspærringer – også andre steder end den her omhandlede ejendom.

Der lægges stor vægt på, at havnen skal vedblive med at være frit tilgængelig for alle, og forvaltningen påtaler således forholdet over for ejendommens ejer, så snart vi får kendskab til, at der er etableret ulovlige afspærringer eller lignende.”

Forklaringer

G har afgivet supplerende forklaring.

G har forklaret bl.a., at en del af havnepromenaden også fungerer som brandvej. Brandvæsnet kan derfor åbne den aflåste dobbeltlåge i hegnet. Den låge, der er beregnet til almindelig færdsel, kan ikke låses.

I almenboliglovgivningen er der et udstrakt beboerdemokrati. Bestyrelsen udfærdiger bl.a. en årlig beretning, der vedtages af beboerne. Husordenen regulerer, hvordan beboerne skal omgås hinanden. Spørgsmålet om husdyr har altid givet anledning til stor diskussion blandt beboerne. Siden 1982 har der ifølge husordenen galdt et forbud mod at holde hund i ejendommen og cykle på fællesarealerne.

Den optælling, han fik udført, viser, at der i høj grad er offentlig adgang til det omhandlede område. Deres skiltning svarer til skiltningen på naboejendommene.

Anbringender

Selskab A har til støtte for påstandene overordnet anført, at Planklagenævnets afgørelse af 29. maj 2020 om stadfæstelse af Københavns Kommunes påbud af 4. juli 2017 er ulovlig og ugyldig, idet den er truffet på et mangelfuldt og fejlagtigt grundlag og er behæftet med fejl og mangler, som individuelt og kollektivt medfører, at afgørelsen er ulovlig og ugyldig.

Københavns Kommunes påbud af 4. maj 2017 er i strid med proportionalitetsprincippet, idet Københavns Kommune ikke har vurderet eller taget stilling til, hvorvidt der kunne ske retlig lovliggørelse i form af meddelelse af dispensation forud for fysisk lovliggørelse, jf. planlovens §§ 18 og 19. Proportionalitetsprincippet tilsiger, at boligselskabet havde krav på, at Københavns Kommune egenhændigt skulle have vurderet og taget stilling til, om forholdene kunne retligt lovliggøres, før kommunen forlangte fysisk lovliggørelse. Københavns Kommune skulle derfor som følge af proportionalitetsprincippet vurdere og overveje muligheden for retlig lovliggørelse forud for påbuddet om fysisk lovliggørelse, hvilket følger af bl.a. Planklagenævnets praksis. Københavns Kommunes påbud af 4. maj 2017 nævner imidlertid ikke muligheden for dispensation, der heller ikke fremgår af kommunens bemærkninger til sagen for Planklagenævnet. Tilsvarende er muligheden for dispensation ikke omtalt i Københavns Kommunes to tidligere påbud af henholdsvis 3. februar 2015 og 12. maj 2015. Det forhold, at der tidligere er meddelt påbud om andre forhold på ejendommen, ændrer ikke ved kommunens pligt til konkret i hver sag at tage stilling til,

hvorvidt der kan gives dispensation, førend der udstedes påbud om fysisk lovliggørelse.

En manglende konkret stillingtagen i sagen er også i strid med princippet om skøn under regel.

Påbuddet om fysisk lovliggørelse er ej heller egnet til at opnå det tilstræbte formål, jf. politiets vurdering under tidligere efterforskning, hvorefter "de nuværende forhold næppe kan anses for at indebære en væsentlig hindring af adgangen til området i forhold til tidligere lovlige afspærringer, og at politiet på denne baggrund har vurderet, at det ikke anses for sandsynligt, at påbuddet under en domstolsprøvelse vil blive anset for lovligt".

Københavns Kommunes manglende konkrete vurdering og stillingtagen til muligheden for retlig lovliggørelse i form af meddelelse af dispensation forud for fysisk lovliggørelse udgør således en væsentlig retlig mangel, der medfører afgørelsens ugyldighed.

Hertil kommer, at Københavns Kommune har udvist myndighedspassivitet, hvilket Københavns Byret fejlagtigt har undladt at foretage en materiel vurdering af. Uanset at der har været forskellige lokalplaner gældende, er det fremgået af alle, at promenaden skal henligge uindhegnet. Det er bevist, at der har været etableret afspærring siden 1982, og i hvert fald senest i 2004 fik Københavns Kommune kendskab til forholdet. Efter varsling om påbud om lovliggørelse og partshøring af boligselskabet valgte Københavns Kommune at henlægge sagen i 2004. Ved først at genoptage sagen 10 år senere er der udvist retsfortabende myndighedspassivitet, og boligselskabet har med rette kunnet indrette sig i tillid til, at afspærring og skiltning var accepteret af Københavns Kommune.

Københavns Kommunes påbud og Planklagenævnets stadfæstelse heraf er endvidere i strid med lighedsprincippet, hvilket heller ikke ses vurderet eller taget stilling til af Københavns Kommune. Boligselskabets afspærring har bestået af betonklodser, vejboomme og skiltning, men består nu af hegn og skiltning. Omkringliggende ejendomme har lignende afspærringer og skiltning. Det vil derfor være i strid med lighedsgrundsætningen, hvis omkringliggende ejendomme tillades at have en sådan afspærring og skiltning, mens boligselskabet påbydes at fjerne deres afspærring og skiltning.

Eksistensen af lignende afspærringer og skiltning i området understøtter også, at København Kommune kunne og burde meddele dispensation, såfremt Københavns Kommune pligtmæssigt havde vurderet dette.

Ejendommen, som er boligselskabets private ejendom, er lovligt indrettet og inden for rammerne af byggetilladelsen, idet kravene til indretning på opførelsestidspunktet er efterlevet, og de senere lokalplaner respekterer dette. De ændringer af indretning og skiltning, som måtte være sket, er alene udtryk for opgradering af hidtil gældende forhold, hvilket boligselskabet har været berettiget til at foretage. Der er således ikke sket ændringer, der kan medføre, at indretningen skal leve op til kravene i de senere vedtagne lokalplaner. En allerede lovlig anvendelse kan ikke ved en senere vedtaget lokalplan ulovliggøres.

Det følger endvidere af skiltningen, at der er offentlig adgang for fodgængere og cyklister, og ejendommen henstår i øvrigt uden hindringer for offentlighedens tilgængelighed. Dette har Københavns Politi på baggrund af deres efterforskning bekræftet er tilfældet. Denne konklusion blev også bekræftet ved en fodgængertælling, som viste, at der i 2021 var mere end 1.000 forbipasserende på ejendommen dagligt over en 3,5 måneders periode trods afspærring og skiltning.

Endelig er Københavns Kommunes påbud og Planklagenævnets afgørelser i strid med byggeloven som fastslået i Statsforvaltningens afgørelse af 26. januar 2016 og med bestemmelserne i almenboliglovens kapitel 2 om beboerdemokrati herunder § 40, i henhold til hvilke afdelingens beboere har fastlagt en helt sædvanlig husorden, som af sikkerhedsmæssige hensyn fastlægger forbud mod cykling på udearealer og forbud mod at holde hund. En stadfæstelse af påbuddet og afgørelsen vil således stille tredjemand bedre end afdelingens egne beboere på boligselskabets private område.

Begrundelsen om, at Planklagenævnet ikke er rette sagsøgte i relation til en række af boligselskabets anbringender, er forkert. Planklagenævnet er som klageinstans for administrative afgørelser undergivet officialprincippet, hvilket indebærer, at Planklagenævnet aktivt skal medvirke til, at sagen får den materielle rigtige afgørelse, herunder af egen drift tage stilling til spørgsmål, som ikke er indeholdt i klagen. Ligeledes er boligselskabet berettiget til at få spørgsmålene prøvet ved domstolene. Der er ikke tale om påstande, som eventuelt ville kunne være genstand for afvisning. Derimod er der tale om et anbringende til støtte for den nedlagte påstand, herunder at Københavns Kommunes påbud og Planklagenævnets stadfæstelse heraf er uretmæssige. De forældede afgørelser, som Planklagenævnet har henvist til vedrørende dette, understøtter heller ikke afvisningen af anbringendet. Østre Landsret har i en helt ny dom anerkendt, at sådanne anbringender kan tages under pådømmelse, uanset at de ikke har været gjort gældende i klageinstansen, jf. UfR 2023.113 Ø.

Der er således ikke juridiske holdepunkter for, at boligselskabet skulle være prækluderet fra at gøre anbringenderne gældende for domstolene, uanset at det ikke måtte være gjort gældende over for Planklagenævnet i forbindelse med

nævnets behandling af klagen over Københavns Kommunes påbud. Østre Landsret bør derfor ikke afvise anbringenderne, men i stedet tage materielt stilling til disse.

Planklagenævnet har til støtte for påstanden om stadfæstelse overordnet anført, at Planklagenævnets afgørelse af 29. maj 2020 er lovlige og gyldige, og at Planklagenævnet således med rette har opretholdt Københavns Kommunes afgørelse af 4. juli 2017 om påbud om lovliggørelse af afspærring og skiltning på B-vej. Afgørelsen er ikke truffet på et mangelfuldt eller fejlagtigt grundlag, og den er ikke behæftet med fejl eller mangler, som medfører, at afgørelsen er ugyldig.

Efter planlovens § 18 er bestemmelserne i en lokalplan bindende for borgerne. Det betyder, at dispositioner i overensstemmelse med bestemmelserne er umiddelbart tilladte, mens dispositioner, der strider mod bestemmelserne, omvendt ikke kan foretages, medmindre kommunen kan og vil dispensere fra lokalplanbestemmelsen, jf. planlovens § 19. Ved etablering af nye forhold skal en eventuel gældende lokalplan overholdes, jf. planlovens § 18. En genopførelse eller genetablering betragtes efter fast praksis også som en nyopførelse. Vedligeholdelse eller reparation af eksisterende bebyggelse betragtes derimod ikke som en etablering af nye forhold.

Planklagenævnet har i denne sag med rette fundet, at opstillingen af et hegn i stedet for den tidligere afspærring – i form af betonklodser, granitsten, plantekasser, cykelstativer og lignende – skal betragtes som en nyopførelse, uanset om hegnet indebærer en større hindring af adgangen til området i forhold til tidligere afspærringer eller ej. Der er således ikke tale om en vedligeholdelse eller reparation af et eksisterende hegn, men om fjernelse af andre elementer og opførelse af et helt nyt hegn. Hegnet skal derfor bedømmes efter den gældende lokalplan, og det er af den grund uden betydning, om den tidligere afspærring var lovligt etableret eller ej. Det samme gælder skiltene på hegnet, da der er tale om nye skilte, som er opsat på det nye hegn.

Planklagenævnet har med rette fundet, at det omtvistede hegn med låger i hele havnepromenadens bredde i både sydlig og nordlig ende ikke er i overensstemmelse med lokalplanens § 8, stk. 3, litra d.

Det bestrides, at retten kan lægge boligselskabets oplysninger om antallet af fodgængerpassager til grund. Der er ikke tale om oplysninger tilvejebragt efter reglerne om syn og skøn i retsplejelovens kapitel 19, og oplysningerne kan derfor ikke tillægges nogen bevismæssig værdi. Oplysningerne har under alle omstændigheder ingen betydning for gyldigheden af nævnets afgørelse, idet hegnet er i strid med lokalplanens § 8, stk. 3, litra d, uanset hvor mange gange nogen går igennem lågerne i hegnet.

Det kan heller ikke føre til en tilsidesættelse af nævnets afgørelse, at der er tale om en almen boligforening, og at beboerne har vedtaget en husorden, hvoraf det bl.a. fremgår, at udearealerne er til fælles brug for afdelingens beboere og deres gæster, og at hverken cykling eller hunde er tilladt på nogen af udearealerne.

Udover hegnet har boligselskabet på lågerne opsat skiltning, hvoraf det fremgår, at ophold og brug af promenaden er forbeholdt beboerne samt forbyder cykelkørsel og enhver adgang med hund, herunder hund i snor.

Lokalplanen fastsætter i § 8, stk. 3, litra d, bl.a., at promenadeforløbet skal sikre offentlig adgang for fodgængere og cyklister i minimum 7,5 m bredde regnet fra indersiden af bolværkshammeren. Desuden fremgår det af lokalplanredegørelsen, at promenaden bl.a. er til cykelture langs kajen. Lokalplanen fastsætter desuden i § 8, stk. 11, at byrum og ubebyggede arealer ikke må forsynes med "adgang forbudt"-skilte eller lignende. Promenaden har karakter af et byrum omfattet af lokalplanens § 8, stk. 11, idet lokalplanens § 8, stk. 3, der i litra d omhandler promenadeforløbet, har overskriften byrum.

Planklagenævnet har med rette fundet, at disse bestemmelser betyder, at der ikke kan opsættes skilte, der generelt bestemmer, at ophold og brug af promenaden er forbeholdt beboerne, og at der ikke må cykles, samt at skiltningen derfor i sin helhed er i strid med lokalplanen. Planklagenævnet har således med rette vurderet, at skiltet med den nuværende formulering har til formål at begrænse cykelkørsel, på trods af at cykelkørsel er tilladt efter § 8, stk. 3, litra d, og at skiltet desuden har til formål at begrænse adgangen for personer med hunde, på trods af at færdsel af fodgængere med hunde er umiddelbart tilladt efter lokalplanen. Nævnet har desuden med rette vurderet, at skiltet med den nuværende formulering endvidere har til formål at begrænse den lovlige færdsel på og tilgængelighed af promenaden, på trods af at det fremgår af lokalplanens § 8, stk. 3, litra d, at promenadeforløbet er offentligt tilgængeligt. Det gælder, uanset at det fremgår af skiltet, at det er tilladt at gå gennem området langs kajen, og uanset antallet af fodgængerpassager.

Boligselskabet gør gældende, at påbuddet og dermed nævnets afgørelse om opretholdelse af påbuddet er ugyldigt, fordi kommunen ikke har afdækket muligheden for retlig lovliggørelse forud for fysisk lovliggørelse.

Det følger af proportionalitetsprincippet, at kommunen har pligt til at vurdere muligheden for retlig lovliggørelse, før den eventuelt træffer afgørelse om fysisk lovliggørelse. Som det er anført i nævnets afgørelse, fremgår det af sagen, at Københavns Kommune har givet påbud om fysisk lovliggørelse, fordi indhegningen og skiltningen efter kommunens opfattelse er i strid med lokalpla-

nen. Det fremgår ikke af kommunens afgørelse, om kommunen har overvejet, om der kan meddeles dispensation til den nye indhegning og skiltning, og der er heller ikke truffet en særskilt afgørelse om afslag på dispensation.

Det fremgår imidlertid også af sagen, at kommunen tidligere har meddelt påbud om fysisk lovliggørelse af lignende forhold på ejendommen, som også udgjorde en afspærring af promenadeforløbet (betonklodser, granitsten, plantekasser, cykelstativer og lignende samt tidligere skiltning), ligesom der også tidligere er meddelt påbud om fysisk lovliggørelse af den nye indhegning og skiltning. Sagen om ulovlig afspærring af promenadeforløbet har således varet siden 2014, og det har under hele forløbet været klart, at afspærringerne skulle fjernes. Det har dermed under hele forløbet været klart, at kommunen ikke var indstillet på at dispensere fra lokalplanens bestemmelse om offentligt tilgængeligt promenadeforløb, hvilket jo ellers ville være den oplagte og mindst ressourcekrævende løsning af tilsynssagen.

Kommunen har i overensstemmelse hermed i forbindelse med klagesagen overfor Planklagenævnet tilkendegivet, at det efter kommunens opfattelse er særdeles vigtigt, at der ikke etableres forhold, som er i strid med lokalplanen, og at der lægges stor vægt på, at havnen skal vedblive med at være frit tilgængelig for alle. Planklagenævnet bemærker, at nævnet har behandlet et antal andre klagesager om Københavns Kommunes håndhævelse af lokalplaner, som regulerer offentlighedens adgang til havnepromenader, og som illustrerer kommunens restriktive dispensationspraksis på dette område.

Planklagenævnet har derfor med rette i denne konkrete sag fundet, at det forhold, at vurderingen af muligheden for retlig lovliggørelse ved en dispensation fra lokalplanen, ikke fremgår udtrykkeligt af den påklagede nye afgørelse af 4. juli 2017 om påbud om fysisk lovliggørelse i forhold til indhegningen og skiltningen, ikke er en væsentlig retlig mangel, som kan medføre ugyldighed af afgørelsen. At afgørelsen ikke indeholder et afsnit om, at kommunen ikke ønsker at lovliggøre forholdet ved dispensation, er således ikke udtryk for, at kommunen har forsømt at overveje muligheden herfor. Påbuddet er dermed ikke givet i strid med proportionalitetsprincippet, og der er ikke grundlag for at tilside-sætte nævnets afgørelse.

I forhold til det anførte om retsfortabende passivitet, lighedsprincippet og skøn under regel fremgår det af fast retspraksis, at rettens prøvelse af Planklagenævnets afgørelse ikke kan udstrækkes til at omfatte prøvelse af forhold, som ikke var gjort gældende for nævnet. Det er ikke afgørende, om der nedlægges en særskilt påstand om synspunktet, eller om det indgår som et anbringende blandt flere i argumentationen om afgørelsens ugyldighed. Det er heller ikke af betydning, at spørgsmålet om passivitet er fremkommet i forbindelse med en partshøring foretaget af kommunen forud for påbuddet af 4. juli 2017.

Selv hvis landsretten måtte finde, at prøvelsen også omfatter forhold, som ikke er gjort gældende for Planklagenævnet, fører disse synspunkter ikke til, at afgørelsen er ugyldig. Der er således ikke fra kommunens side udvist retsfortabende passivitet i forhold til den opsatte hegning og skiltning. Hegningen og skiltningen er først opsat i perioden mellem den 21. oktober 2014 og den 3. marts 2015, og kommunen har ikke forholdt sig passivt efter konstateringen af disse forhold. Spørgsmålet om passivitet i forhold til de tidligere afspærringselementer er under alle omstændigheder uden betydning i denne sag, da boligselskabet har erstattet de tidligere elementer med et nyt hegn og nye skilte. Hertil kommer, at boligselskabet ikke har godtgjort, at nævnets afgørelse er i strid med lighedsprincippet eller forbuddet mod skøn under regel.

Landsrettens begrundelse og resultat

Sagen vedrører prøvelse af Planklagenævnets afgørelse af 29. maj 2020, hvorefter Selskab A, ikke fik medhold i en klage over Københavns Kommunes påbud af 4. juli 2017 om lovliggørelse ved at fjerne den indhegning og skiltning, som boligselskabet har opsat på ejendommen B-vej 37-67 i København.

Landsretten tiltræder af de grunde, der er anført i den indankede dom, at spørgsmålet om myndighedspassivitet ikke kan gøres gældende over for Planklagenævnet under denne sag. Det samme gælder boligselskabets nye anbringender for landsretten om lighedsgrundsætningen og skøn under regel. Landsretten tiltræder endvidere, at Planklagenævnet med rette har fundet, at det opførte hegn og skiltningen med den nuværende formulering ikke er i overensstemmelse med lokalplan nr. 477 af 20. juni 2012. Landsretten er således enig med byretten i, at boligselskabets opstilling af hegn og skiltning i 2015 i stedet for den tidligere afspærring med bl.a. betonklodser, granitsten, plantekasser og lignende i planlovens forstand må betegnes som en nyopførelse, hvis lovlighed skal bedømmes efter den på opstillingstidspunktet gældende lokalplan. Hegnet er i direkte strid med lokalplanens forbud mod hegning, og skiltningen om forbud mod hunde og cykling på området er med sin nuværende formulering – uanset at det fremgår, at det er tilladt at gå gennem området langs kajen – egnet til at begrænse den almindelige lovlige færdsel på området. Det ændrer ikke herved, at boligselskabet for de udendørs arealer mod havnekanten har fastsat ordensmæssige regler, som gælder for boligselskabets egne beboere.

Opsætning af såvel hegn som skiltning kræver derfor dispensation fra lokalplanen for at være lovlig.

Som anført af boligselskabet fremgår det ikke af hverken kommunens afgørelse af 4. juli 2017 eller bemærkningerne til Planklagenævnet, at kommunen har overvejet, om der kunne gives en sådan dispensation, hvilket som anført af nævnet udgør en retlig mangel ved kommunens afgørelse.

Ved vurderingen af, om denne mangel konkret kan antages at have haft betydning for afgørelsen, lægger landsretten vægt på, at det opsatte hegn med tilhørende skiltning er i strid med et klart forbud mod indhegning i lokalplanens § 8, stk. 11, og hele formålet med en åben promenade, som beskrevet flere steder i lokalplanen. Det må efter det oplyste lægges til grund, at kommunen siden 2014 har krævet, at boligselskabet fjernede afspærringen og skiltningen på området, og at kommunen den 12. februar 2016 efter Statsforvaltningens afgørelse af 26. januar 2016 fastholdt kravet om fjernelse i påbud af 12. maj 2015 og foretog politianmeldelse af boligselskabet for manglende efterlevelse heraf. I den opfølgende pressemeddelelse blev det klart tilkendegivet over for offentligheden, at havnepromenaderne skal holdes åbne og tilgængelige for alle, og at kommunen vil "slå hårdt ned", hvis man med hegn og skiltning forsøger at begrænse offentlighedens adgang hertil. Kommunen har i sine bemærkninger til Planklagenævnet i denne sag gentaget, at man lægger stor vægt på, at havnen vedbliver at være frit tilgængelig for alle, og at kommunen påtaler ulovlige afspærringer eller lignende.

På baggrund af dette forløb findes det ved meddelelse af påbuddet den 4. juli 2017 og Planklagenævnets afgørelse af 29. maj 2020 at have været klart, at kommunen ikke ville dispensere fra lokalplanens forbud mod hegning og skiltning af den nævnte karakter, og det tiltrædes herefter, at det forhold, at kommunen i sin afgørelse ikke udtrykkeligt nævnte spørgsmålet om dispensation, ikke udgør en sådan konkret væsentlig mangel, der kan begrunde, at påbuddet skal tilsidesættes som ugyldigt.

Herefter stadfæstes byrettens dom.

Efter sagens udfald og værdi skal Selskab A, i sagsomkostninger for landsretten betale 35.000 kr. til Planklagenævnet til dækning af udgifter til advokatbistand inkl. moms.

THI KENDES FOR RET:

Byrettens dom stadfæstes.

I sagsomkostninger for landsretten skal Selskab A, inden 14 dage betale 35.000 kr. til Planklagenævnet. Beløbet forrentes efter rentelovens § 8 a.