

Ankenævnet *for* Forsikring

Den 20. januar 2021 blev i sag nr. 95314:

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

mod

Købstædernes Forsikring GS
Strandgade 27A
1401 København K

afsagt

k e n d e l s e :

Forsikringstageren har retshjælpsforsikring. I klageskema af 25/5 2020 til nævnet har klageren bl.a. anført:

"Kort redegørelse for sagen

Jeg har efter, at have konsulteret advokat ..., anlagt sag mod ... kommune.

Kommunen har i januar og marts måned 2020, givet to forskellige bygherre adgang til min ejendom, dvs. efter henholdsvis byggeloven og jordforureningsloven.

Ingen af de to bygherre er ejer af nabogrunden eller min grund.

Samtidig er der på min grund, padder der er beskyttet af Habitatsdirektivet og naturbeskyttelsesloven

Der er ikke efter jordforureningsloven ikke hjemmel til at udstede en § 8-tilladelse på fremmed ejendom.

Byggeloven forudsætter ligeledes, at kommunen før der udstedes tilladelse efter byggeloven, at kommunen undersøger om en tilladelse er i strid med anden lovgivning.

Hvad vil du konkret opnå hos selskabet?

Jeg ønsker, at opnå retshjælpsdækning som jeg har betalt til via min forsikring hos Købstæderne."

I brev af 25/5 2020 til nævnet har klageren bl.a. anført:

"Jeg har den 11. februar 2020 modtaget afslag på retshjælpsdækning i retssag mod ... kommune. Afslaget på retshjælpsdækning er udarbejdet af **Bilag – Brev fra Købstædernes Forsikring.**

Jeg skal anmode om at I revurdere afgørelse af 11. februar 2020, jeg skal oplyse følgende: Købstædernes Forsikring ikke sat sig ind i hvad sagen drejer sig om.

Sagen vedrører Byggelov, Jordforureningsloven, Naturbeskyttelsesloven (LBK nr. 933 af 24. september 2009) og Jagt- og Vildtforvaltningsloven (LBK 930 af 24. september 2009), samt EU's Habitatdirektiv (92/43/EØF) og Forvaltningsloven.

Jeg er blevet forelagt høringskrivelse fra ... kommune, hvor en ukendt bygherre ønsker råden over min grund. Kommunens henvendelse undere jeg mig over, dette med henvisning til ovenstående lovgivning.

For at være sikker i min sag, har anden borger kontaktet Dr. Jur. ved Københavns Universitets Juridiske Fakultet, hvis bøger jeg og denne har støttet os til i den her slags sager, for at få bekræftet, at der ikke er hjemmel i Jordforureningsloven til, at kommunen kan give en § 8-tilladelse på min grund.

I svaret til borgeren anføres det, at en sådan tilladelse vil være at betragte som ulovligt magtfordrejning, at give en § 8-tilladelse.

På ... [klagerens adresse] og [naboadresse] grunde lever der flere Bilag IV-arter, arter der er omfattet af følgende love:

... kommune har udarbejdet notat, den 14. november 2017, om flagermus og padder ved ...gade. Som det fremgår af notatet er der to arter der er beskyttet af EU's Habitatdirektiv (92/43/EØF).

EF-domstolen har i flere domme understreget, at artsbeskyttelsen tillægges stor betydning og skal fortolkes restriktivt. Arterne kaldes i daglig tale for 'bilag IV-arter'. Den strenge beskyttelse omfatter arterne og deres levesteder, både inden for og uden for Natura 2000-områderne. Beskyttelsen betyder, at der skal tages særligt hensyn, hvis der planlægges projekter, som kan påvirke arterne eller deres levesteder. I henhold til Naturbeskyttelsesloven § 29 a og stk. 2, der siger:

De dyrearter, der er nævnt i bilag 3 til loven, må ikke forsætligt forstyrres med skadelig virkning for arten eller bestanden. Forbuddet gælder i forhold til alle livsstadier af de omfattede dyrearter.

Stk. 2. Yngle- eller rasteområder for de arter, der er nævnt i bilag 3 til loven, må ikke beskadiges eller ødelægges.

Naturstyrelsen anfører ligeledes, i sine retningslinjer, for bilag IV-arter, at:

Stk. 3. Strengt beskyttede arter – bilag IV-arter

Der må ikke planlægges eller administreres for byggeri, anlæg eller aktiviteter, der forringer yngle- og levesteder eller den økologiske funktionalitet for de strengt beskyttede arter, der er opført på habitatdirektivets bilag IV. Dette gælder for alle områder i kommunen, uanset om de er beskyttede efter anden lovgivning eller ej.

Som det fremgår af Peter Paghs bog Fast ejendom, Side 468, ISBN 978-87-619-3921-0, vil tilstedeværelsen af Bilag IV-arter udelukker byggeri og disses arbejder. Citat:

I sag C-98/03 Kommissionen mod Tyskland blev det understreget, at de beskyttede arters ynglesteder ikke kun skal beskyttes mod forsætlig skade, men også mod uagtsom skade. Beskyttelsen kan således have vidtgående konsekvenser for rådigheden over fast ejendom. Har den spidsnudet frø etableret sig på en ejendom, kan det f.eks. hindre et byggeri.

Mine bemærkninger om manglende hjemmel i henhold til Jordforureningsloven og Bilag IV-arter forhindre dog ikke kommunen fra, at udstede tilladelse til råden og § 8-tilladelse på min grund, en afgørelse der ikke er begrundet, hvilket ellers er et krav. Jeg har i mit høringssvar til kommunen anført, at der bør udføres spunsning i skel, hvorved næsten alt arbejde på nabogrunde ikke var nødvendig.

Desværre har denne anbefaling vist sig, at være en yderst relevant, forskallingen i skellet er skredet ind på min grund, så fundamenter er støbt endnu længere inde på sagsøgernes grunde. Havde man spunsset med svinerygsplanker i skellet, kunne spunsen være anvendt som yderside forskalling mod vore grunde, så der kun var behov for forskalling på indvendig side af fundamentet, der forestår således et nedbrydningsarbejde og nystøbning af fundament på rette sted.

Samtidig har spunsen, såfremt denne havde været 40-50 cm over terrænet på min grund, opfyldt kravet til et paddehegn, hvilket er et krav i alle bygge- og anlægsprojekter hos Staten og Regioner hvor der er bilag 3 og IV-arter.

... kommune har ved udstedelse af byggetilladelsen af 30. nov. 2018, hvor der ikke er blevet foretaget dispensation fra lokalplanens bestemmelser eller jeg er blevet naboorienteret efter planlovens § 20 eller partshørt efter forvaltningslovens § 19, overtrådt byggelovens § 16, stk. 11 og BR 15, kap. 1.10, stk.1, der betyder, at dispensation skal være afklaret inden der udstedes byggetilladelse Ifølge byggelovens § 16, stk. 11 kan der i bygningsreglementet fastsættes regler om, at kommunalbestyrelsen ikke må meddele tilladelser efter stk. 1, før der er meddelt nødvendig tilladelse efter anden lovgivning til det ansøgte.

Denne bemyndigelse er udnyttet i BR 15 kap 1.10, stk. 1, hvorefter kommunalbestyrelsen, inden der kan gives byggetilladelse og ved anmeldelser, skal undersøge om byggearbejdet er i strid med anden lovgivning.

Pligten til at parthøre naboen gælder uafhængig af, om byggeriet kræver dispensation, og om der efter reglerne i bygge- og planlovgivningen skal foretages naboorientering eller ej. ... kommune har ikke partshørt mig, ligeledes er jeg ikke blevet naboorienteret.

... kommune har ikke påset, at byggetilladelsen ikke har været i partshøring hos naboer, det er et ufravigeligt krav, at naboer bliver partshørt og naboorienteret, dette som Ombudsmanden skriver, *'Praksis viser, at samspillet mellem bygge- og planlovgivningen og forvaltningslovens regler ofte bliver misforstået. Når pligten til at parthøre naboen overses, risikerer kommunen at træffe afgørelse på et forkert eller utilstrækkeligt grundlag – og i sidste ende, at afgørelsen (byggetilladelsen) er ugyldig.'*

Købstædernes Forsikring anfører i sin skrivelse af 31. januar 2019, der er modtaget den 11. februar 2020, at *'vi lægger vægt på, at byggeprojektet og midlertidig råden og tilhørende opførsel af mur er godkendt forud for kommunens afgørelse om midlertidig råden. For opførsel af støjmur i overensstemmelse med godkendt projekt, blev vurderet, at det var nødvendigt med midlertidig råden. Kommunen har truffet denne afgørelse på baggrund af fagligt skøn og med udgangspunkt i den konkrete opførelsesmetode.'*

Der her anførte bemærkning fra Købstædernes Forsikring strider med byggelovens § 16, stk. 11, der siger, at der kan i bygningsreglementet fastsættes regler om, at kommunalbestyrelsen ikke

må meddele tilladelser efter stk. 1, før der er meddelt nødvendig tilladelse efter anden lovgivning til det ansøgte.

Denne bemyndigelse er udnyttet i BR 18, § 35, stk. 2, hvor det fremgår, at ***inden der kan gives byggetilladelse, skal kommunalbestyrelsen undersøge, om byggearbejdet er i strid med anden lovgivning.***

... kommune har udstedt § 8-tilladelse efter Jordforureningsloven, selv om Jordforureningsloven ikke giver hjemmel her til, idet der ikke kan gives § 8-tilladelse til arbejder på fremmed ejendomme.

Jordforureningsloven forudsætter ligeledes, at der foreligger en ansøgning om § 8-tilladelse, en sådan ansøgning foreligger ikke i sagen.

Som det anføres af Købstædernes Forsikring, så har ... kommune givet byggetilladelse, den 30. nov. 2018, til *opførsel af mur*, i forbindelse med udstedelse af byggetilladelsen har ... kommune ikke partshørt os, ligeledes er vi ikke blevet naboorienteret.

Havde kommunen hørt og naboorienteret os, havde vi haft mulighed for, at fremkomme med vore kommentarer før byggetilladelsen blev udstedt, dette er ikke sket.

Vi bliver først hørt i januar 2019, mere end et år efter at byggetilladelsen er givet, men kun angående spørgsmålet om råden, byggetilladelsen og byggeriet er på dette tidspunkt givet og igangsat.

Ifølge lokalplan ... anføres det, at *'mindre bygninger, jf. § 8.3, samt varegård og vareindlevering i delområde B, må udføres med facader i beton-, facade-, eller metalplader samt træbeklædning'*, der er som det kan ses ikke tale om facade i murværk på stedet, hvilket vi anfører i vort hørings-svar, hvor efter projektet ændres til betonelementer som facader, hvilket gør at der ikke er behov for råden, da elementerne monteres fra byggeriets sydside, naboens grund.

Tilladelsen til råden har kommunen givet til [forening], dette da BR18 er meget klar i teksten, der kan gives tilladelse til ejer, dette betyder, at Ejendomsselskabet ..., der ikke er ejer af grunden, ikke kan opnå ret til råden, ejeren [forening] kommer ikke nærmere skel med sine arbejder end ca. 5 meter, der er derfor ikke noget behov for råden hos ejeren [forening].

... kommune har udstedt § 8, stk. 2, tilladelse efter jordforureningsloven, som kommunen ikke har hjemmel til.

Det skal nævnes, at der i jordforureningsloven ikke er hjemmel til, at der efter § 8 kan tillades byggeri på fremmed ejendom.

Ligeledes er det kun ejer og lejer der kan søge tilladelse efter § 8.

Kommunen har ikke modtaget nogen ansøgning om § 8-tilladelse, hvorfor der ej heller kan meddeles § 8-tilladelse.

... kommune har ikke overholdt lovgivningens bestemmelser og har ikke haft hjemmel til, at give tilladelserne, afgørelserne lider af hjemmelsmangel!

Endelig gennemfører ... kommune fornyet høring i maj 2019, hvor arbejdet stort set er færdigt, man har åbenbart fået kolde fødder og betragter nu sagen som en bagatelsag.

Ankenævnet for Forsikring

5.

95314

Men vore udgifter til advokat ønsker vi som minimum bliver dækket af kommunen, kommunens advokat mener det er bygherren der skal betale 'erstatning', men hvor om alt er så har vi krav på retshjælpsdækning, da kommunen ikke har ønsket et forlig."

Selskabet har i brev af 10/7 2020 til nævnet bl.a. anført:

"Forsikringstager der har tegnet retshjælpsforsikring, klager over at vi har afvist at give tilsagn om retshjælpsdækning i forbindelse med forsikringstagers tvist med ... Kommune.

Twisten bestod i, at forsikringstager ikke mente, at ... Kommune var berettiget til at udstede tilladelse om midlertidig råden over forsikringstagers og naboens matrikel

Det er vores opfattelse, at forsikringstager ikke har rimelig grund til at føre sagen.

Vi fremsender hermed vores bemærkninger til klagen.

Forsikringstagers advokat anmodede om retshjælp til tvisten mod ... Kommune d. 26.08.2019.

Af anmodningen fremgik det, at ... Kommune havde meddelt tilladelse til en midlertidig råden over forsikringstagers og naboens matrikel på ...[klagerens adresse] og [naboens adresse],

Nødvendigheden i den midlertidige råden bestod i, at lydmurens fundament krævede udgravning fra forsikringstagers grund, fordi lydmuren skulle støde helt op til skellet mellem bygherres matrikel og forsikringstagers matrikel.

Forsikringstager som beboer [klagerens adresse], ..., har stævnet ... Kommune med påstand om, at tilladelsen til den midlertidige råden over begge matrikler blev ophævet samt at tilladelsen til Ejendomsselskabet ... til jordarbejder og opførelse af støjmur blev ophævet. Forsikringstager begrundede dette med, at tilladelsen til den midlertidige råden ikke var sagligt begrundet. Forsikringstager og dennes nabo mente ikke, at opførelse af lydmuren nødvendiggjorde råden over deres matrikler. **(Bilag 1)**

... Kommune havde dog midlertidig meddelt forsikringstager, at de var i gang med at revurdere tilladelsen, fordi byggeprojektet var blevet ændret.

På denne baggrund afviste vi d. 12.11.2019, at imødekomme anmodningen om retshjælp, fordi betingelsen om tvist ikke var til stede, så længe der ikke var truffet endelig afgørelse om hvorvidt tilladelsen skulle opretholdes eller trækkes tilbage. Der var ved afvisningen, ikke taget stilling til om de øvrige retshjælpsbetingelser var opfyldt, herunder rimelig grund. **(Bilag 2)**

D. 27.08.2019 meddelte ... Kommune, at den midlertidige råden havde fået en bagatelagtig betydning og de arbejder der angik råden over nabogrundene var afsluttet. Kommunen ville derfor ikke træffe yderligere afgørelser om sagen. **(Bilag 3)**

Ydermere havde forsikringstager nedlagt påstand om, at Kommunens tilladelse til jordarbejde og opførelse af støjmur på forsikringstagers matrikel skulle ophæves.

Ankenævnet for Forsikring

6.

95314

Efter fornyet gennemgang af sagen meddelte vi en afvisning til forsikringstager d. 31.01.2020. Afvisningen om at give retshjælp til sagen, var begrundet med manglende rimelig grund til at føre sagen, fordi tilladelsen til den midlertidige råden ikke længere var en aktuel konflikt og fordi der ikke forelå dokumentation i sagen for, at Kommunens skønsmæssige vurdering af tilladelse til at udføre jordarbejder og opføre støjmur, hvilede på et forkert grundlag. **(Bilag 4)**

Forsikringstager har herefter indbragt sagen for Ankenævnet.

Efter en ny gennemgang af sagen fastholder vi afgørelsen.

Forsikringstager er indtegnet med retshjælpvilkår nr. 6054r.

Af vilkårene 6054r pkt. 3.2 fremgår det at;

...

Desuden fremgår det af pkt. 7A at;

...

Stævningen som er anmeldt i sagen, tager udgangspunkt i ... Kommunes tilladelse til den midlertidige råden, som ikke længere er aktuel, idet ... Kommune har meddelt i deres skrivelse af d.27.08.2019, at det ikke længere var nødvendigt med den midlertidige råden og at der ikke blev truffet ny afgørelse.

... Kommunes advokat anfører tillige i svarskriftet, *'at de finder det rimeligt, at sagsøgerne i et processkrift får lejlighed til at forholde sig hertil, herunder hvorvidt det giver anledning til at udsætte sagens forberedelse, til det er klarlagt, om en ny rådighedstilladelse efter byggeloven kræves, eller om det fortsat er et substantielt grundlag for en retssag imod kommunen.'* **(Bilag 5, side 3)**

Der er således på nuværende grundlag fortsat ikke en tvist mod kommunen f.s.v.a. tilladelsen til den midlertidige råden.

Ydermere er det fortsat vores opfattelse, at forsikringstager ikke har rimelig grund til at føre sagen, fordi kommunen qua sit virke har mulighed for skønsmæssigt at fastsætte, hvornår en rådighed er nødvendig og dermed give tilladelse til rådigheden, som de netop har gjort det i denne sag, indtil de grundet nye oplysninger til sagen ophævede tilladelsen ved ikke at træffe yderligere afgørelse om en den. Der er ikke dokumentation for, at kommunens skønsmæssige tilladelse er givet på et forkert grundlag.

I forhold til den nedlagte påstand om at ophæve tilladelsen til jordarbejder og opførelse af støjmur, skal vi bemærke, at det fortsat er vores klare opfattelse, at det er udokumenteret, at kommunens skønsmæssige vurdering af tilladelsen til at udføre jordarbejder og opførelse af støjmur, hviler på et forkert grundlag.

For så vidt angår den afgørelse vi har truffet på baggrund af det oplyste i anmeldelsen, kan vi oplyse, at vi ved afgørelsen har lagt vægt på,

- at betingelsen om tvist fortsat ikke er tilstede for så vidt angår den del af sagen der drejer sig om den midlertidige råden.

- at der foreløbigt ikke er truffet yderligere afgørelse fra kommunens side vedrørende en tilladelse til midlertidig råden.
- at det fortsat er udokumenteret, at kommunens skønsmæssige vurdering af tilladelsen til at udføre jordarbejder og opføre støjmur, hviler på et forkert grundlag.

Vi fastholder derfor vores afgørelse om afslag på retshjælpsdækning af d. 11.02.2020.

Vi minder samtidig om, at afslaget var et afslag på at give forhåndstilsagn.

Vi skal gøre opmærksom på, at vores vurdering er truffet på baggrund af sagens oplyste materielle faktum på tidspunktet for anmeldelsen.

Forsikringstager fremfører slutteligt i sin klage til Ankenævnet, at han ønsker at opnå udbetaling af erstatning enten via kommunen eller bygherre, hvilket er en ny påstand, som ikke har været realitetsvurderet hos os, da dette ikke fremgik af advokatens anmeldelse. Vi mener derfor, at denne del af klagen bør afvises af Ankenævnet, idet klagen omfatter en ny påstand, som Købstædernes Forsikring ikke har fået mulighed for at realitetsbehandle. Vi mener ikke at klagen afspejler det faktuelle grundlag der er anmeldt til retshjælpsforsikringen og som har dannet grundlag for vores vurdering af afgørelsen.

Vi skal derfor anmode Ankenævnet om at afvise denne del af klagen.”

Klageren har i brev af 28/7 2020 til nævnet bl.a. anført:

”Sagen drejer sig om to forhold.

1. § 8–tilladelse efter jordforureningsloven.

Der er ikke hjemmel i jordforureningsloven til, at der kan udstedes tilladelse til § 8 – tilladelse på anden mands ejendom, i dette tilfælde mig som sagsøger af ... Kommune.

§ 8–tilladelsen er en ulovlig forvaltningsakt.

En ulovlig forvaltningsakt kan en myndighed ikke kalde tilbage eller ændre. Denne er en nullitet.

En nullitet skal prøves enten ved administrativ rekurs eller domstolsprøvelse, og da der i loven kun er mulighed for domstolsprøvelse er sagen indgivet til Retten i

2. Tilladelse til midlertidig råden på naboejendom.

En tilladelse til råden forudsætter, at ... Kommune, som tidligere anført af mig, skal undersøge om tilladelse er strid med anden lovgivning.

... Kommune har ignoreret pligten til, at undersøge om tilladelsen er i strid med anden lovgivning.

Her tales om naturbeskyttelsesloven, habitatsdirektivet, jordforureningsloven med flere.

Der er konstateret to bilag IV-arter på min ejendom, disse er stærkt beskyttet, dvs. der kan ikke foretages byggeri på stedet.

Jeg skal henvise til sag C-98/03 Kommissionen mod Tyskland hvor det blev understreget, at beskyttede arter ynglesteder ikke blot skal beskyttes mod forsætlig skade, men også uagtsom skade. Jf. Peter Pagh, Fast Ejendom, 2. udgave.

Og havde ... Kommune undersøgt forholdene, så skulle der være udstedet et forbud mod al færdsel og byggeri på stedet.

I sommeren 2019 pålagde ... Kommune ... Kommune, at spærre stranden af for færdsel pga. strandtudser, jeg har også strandtudser på min ejendom.

Tilladelsen til råden er givet til forkert adressat, boligforeningen har intet byggeri på stedet, men boligforeningen kan ikke bygge, kun en boligforenings afdeling. Der henvises til dom af 15. december 2017. **Bilag – Dom Boligforening.**

Tilladelsen til råden efter BR18 er således en ulovlig forvaltningsakt, der ikke kan ændres eller tilbagekaldes, tilladelse er en nullitet.

En nullitet skal prøves enten ved administrativ rekurs eller domstolsprøvelse, og da der i loven kun er mulighed for domstolsprøvelse er sagen indgivet til Retten i

Til orientering vedhæfter jeg mail fra min advokat, der har afholdt telefonmøde med sagsøgtes advokat og Retten om muligt forlig. **Bilag – ...**

Jeg skal derfor anmode om, at Ankenævn for Forsikring pålægger Købstædernes Forsikring, at yde retshjælpsdækning i denne sag.”

Nævnet har fået forelagt bilag fra sagen, hvoraf nogle gengives nedenfor. Af stævning af 27/3 2019 fremgår bl.a.:

”1. PÅSTANDE

- 1.1. Den af sagsøgte i afgørelse af 25.1.2019 meddelte tilladelse til Advokatfirmaet ... til midlertidig råden over ejendommene matr. ... og matr.nr. ... ophæves.
- 1.2. Den af sagsøgte i afgørelse af 12.3.2019 meddelte tilladelse til Ejendomsselskabet ... til jordarbejde og opførelse af støjmur på ejendommene matr. ... og matr. nr. ... [klagerens adresse] og [nabos adresse] ophæves.

2. SAGENS GENSTAND

- 2.1. Sagen angår overordnet spørgsmålet om, hvorvidt ... Kommune har været berettiget til at udstede tilladelser efter byggeloven § 12, stk. 6, jf. BR 18 § 14, stk. 1 samt jordforureningsloven § 8, stk. 2 til, at Advokatfirmaet ... klienter – [forening] (herefter Bygherre 1) og Ejendomsselskab et ... (herefter Bygherre 2) (under ét herefter Bygherrerne) – udfører jordarbejde og opfører en støjmur på sagsøgernes ejendomme.

3. SAGSFREMSTILLING

- 3.1. Sagsøger 1 ejer ejendommen [nabo adresse], ... (matr.nr. ...), jf. tingbogsattest af 22.3.2019, der fremlægges som **bilag 1**. Sagsøger bebor ejendommen, som er en etageejendom med tilhørende have. Sagsøger 2 ejer ejendommen [klagerens adresse], ... (matr.nr. ... g ...), jf. tingbogsattest af 22.3.2019, der fremlægges som **bilag 2**. Sagsøger bebor ejendommen, som omfatter en villa med tilhørende have.
- 3.2. Bygherre 1 og Bygherre 2 ejer henholdsvis matr.nr. ... og matr. nr. ..., som er naboejendomme til sagsøgernes ejendomme. Tingbogsattester af 22.3.2019 fremlægges som **bilag 3** og **bilag 4**. Som **bilag 5** fremlægges kortskitse, hvoraf ejendommenes beliggenhed fremgår.
- 3.3. På Bygherrernes ejendomme, som hidtil har været erhvervsejendomme, pågår aktuelt opførelse af et butikscenter samt et antal beboelseslejligheder. Området er omfattet af ... Kommunes lokalplan nr. Lokalplanen fremlægges som **bilag 6**. Sagsøger indsendte i forbindelse med planens vedtagelse høringsvar (**bilag 7**) om forventelig tilstrømning af grundvand til sagsøgers ejendom på grund af terrænforskel, kommende befæstelse og de dårlige forhold for nedsivning på Sagsøgte ejendom (ikke velegnede jordbundsforhold i sydlige område). Lokalplanen indeholder derfor bestemmelse om, at vand skal holdes på egen grund.
- 3.4. ... Kommune meddelte den 29.11.2016 Bygherre 1 byggetilladelse til ... boliger på ejendommen. Kopi af byggetilladelsen fremlægges som **bilag 8**. Sagsøger 1 påklagede tilladelsen til Planklagenævnet (jf. det som **bilag 9** fremlagte brev fra ... Kommune til Planklagenævnet).
- 3.5. Dele af Sagsøger 1's såvel som Bygherrernes ejendomme er i henhold til jordforureningslovens bestemmelser registreret som muligt forurenede. Med henvisning hertil udstedte Sagsøgte den 28.11.2018 tilladelse efter jordforureningslovens §8, stk. 1, til ændring af arealanvendelsen på Bygherrernes ejendomme fra erhverv til bolig og dagligvareforretning.
- 3.6. Byggeriet omfatter blandt andet en støttemur, som placeres helt op til matrikelskellene til sagsøgernes ejendomme. Bygherrerne har gjort gældende, at støttemurens etablering nødvendiggør adgang til sagsøgernes ejendomme med henblik på udgravning af fundament til muren, etablering af sikringsankre m.v. Med henvisning hertil har Sagsøgte den 25.1.2019 udstedt tilladelse til Bygherrernes midlertidig råden over Sagsøgernes ejendomme (**bilag 10**). I tilknytning hertil har Sagsøgte den 12.3.2019 (**bilag 11**) meddelt tilladelse efter jordforureningslovens §8, stk. 2 til Bygherrernes udførelse af de nævnte arbejder på Sagsøgernes ejendomme.
- 3.7. Sagsøgerne, som er henholdsvis ... og ..., gør gældende, at opførelse af støttemuren uden nævneværdige problemer kan udføres fra Bygherrernes ejendomme, og at tilladelsen til midlertidig rådden over Sagsøgernes ejendomme derfor ikke er sagligt begrundet. Dermed er tilladelsen efter jordforureningslovens §8, stk. 2 heller ikke saligt begrundet. Med henvisning hertil har jeg i skrivelser af 6.2.2019 (**bilag 12**) til Sagsøgte og til advokat ..., som repræsenterer Bygherrerne, protesteret mod indtrængen på Sagsøgernes ejendomme. Sagsøger 1 har fremsendt supplerende begrundelse for indsigelsen i høringsbrev af 18.1.2019, men Sagsøgte har valgt at bortse fra indsigelsen. Som følge heraf er nærværende sag nødvendiggjort.

4. ANBRINGENDER

4.1. Til støtte for de nedlagte påstande gøres gældende, at

4.1.1. Bygherrernes opførelse af støttemuren ikke nødvendiggør råden over Sagsøgernes ejendomme

4.1.2. Den af Sagsøgte udstedte tilladelse til midlertidig råden over sagsøgernes ejendomme (bilag 10) således ikke er sagligt begrundet,

4.1.3. Tilladelsen derfor er ulovlig

4.1.4. Hermed er der heller ikke grundlag for udstedelse af tilladelsen i henhold til jordforureningslovens § 8, stk. 2,

4.1.5. Bygherrerne ikke kan anses som brugere af Sagsøgernes ejendomme.

4.1.6. Særligt indebærer tilladelsen til midlertidig råden ikke, at Bygherrerne kan anses som brugere af Sagsøgernes ejendomme

4.1.7. Allerede derfor indeholder jordforureningslovens §8 ikke hjemmel for udstedelse af tilladelsen,

4.1.8. Bygherrernes påtænkte råden over Sagsøgernes ejendomme desuden vil indebære en overtrædelse af naturbeskyttelseslovens § 29 a, stk. 2 og Jagtlovens § 6 a, stk. 1 samt bestemmelserne i EU's Habitatdirektiv for arter omfattet af direktivets Bilag IV.

Der tages forbehold om at rejse krav om godtgørelse for det tab, som Sagsøgtes tilsidesættelse af lovgivningen og kravene til saglighed i forvaltningen måtte påføre Sagsøgerne. Det samme gælder godtgørelse for tab, såvel økonomiske som ikke-økonomiske, som de påtænkte arbejder måtte afstedkomme."

Af svarskrift af 6/5 2019 fremgår bl.a.:

"1. Påstand
Frifindelse.

2. Sagsfremstilling

2.1 Forløbet op til kommunens afgørelser

Bygherrens rådgiver anmodede om en kommunal tilladelse til midlertidig råden ved brev af 29. november 2018 (**bilag A**). Kommunen anmodede i den forbindelse om yderligere oplysninger (**bilag B**). Det førte til, at bygherrens rådgiver sendte supplerende oplysninger til kommunen (**bilag C**).

Kommunen sendte ansøgningen om tilladelse til midlertidig råden i høring hos sagsøgerne (**bilag D**), hvilket afstedkom et høringssvar (**bilag E**).

Efter at tilladelsen var meddelt, orienterede kommunen sagsøgerne om afgørelsen (**bilag F** – enslydende brev sendt til begge sagsøgere).

2.2 Forløbet efter kommunens afgørelser

Efter kommunens meddelelse af de to afgørelser, som er genstand for nærværende retssag, og efter, at sagsøgerne har stævnet ... Kommune vedrørende disse to afgørelser, har kommunen modtaget en skrivelse fra bygherrens advokat. Denne skrivelse af 12. april 2019 fremlægges som **bilag G**.

Af dette brev fremgår, at den rådighed over sagsøgernes ejendomme, som ligger til grund for den meddelte tilladelse efter byggeloven, har vist sig at være noget mindre end oprindelig antaget af bygherren. Blandt andet fremgår det af brevet, at facademuren er ændret fra en mur opmuret af mursten til en betonmur med den konsekvens, at der så ikke er behov for at opstille stillads i en periode på sagsøgernes ejendomme.

Kommunen har besvaret denne henvendelse ved brev af 24. april 2019 og bedt om supplerende oplysninger fra bygherren med henblik på at vurdere, om de af bygherren oplyste ændringer af projektet gør, at der skal meddeles en helt ny afgørelse efter byggeloven i relation til rådighed over naboens ejendom, eller om den rådighed, der nu må anses for påkrævet, kan siges at ligge inden for den allerede meddelte tilladelse efter byggeloven. Denne skrivelse fremlægges som **bilag H**.

Den tilladelse efter byggeloven, som er omfattet af sagsøgernes påstand anført i stævningens pkt. 1.1. (afgørelsen af 25. januar 2019), vil således *eventuelt* blive erstattet af en ny afgørelse, og under alle omstændigheder synes det at fremstå som en kendsgerning, at omfanget af den rådighed, som bygherren skal have over sagsøgernes ejendomme for at kunne gennemføre byggeprojektet, bliver mindre end hidtil antaget.

Det findes rimeligt, at sagsøgerne i et processkrift får lejlighed til at forholde sig hertil, herunder hvorvidt det giver anledning til at udsætte sagens forberedelse, til det er klarlagt, om en ny rådighedstilladelse efter byggeloven kræves, eller om der fortsat er et substantielt grundlag for en retssag imod kommunen.

3. Anbringender

3.1 Afgørelsen efter byggeloven

Helt overordnet, så forfægter sagsøgerne det synspunkt, at det ikke er *nødvendigt* for bygherren at råde over sagsøgernes ejendomme for at etablere den mur, der skal placeres mellem de to ejendomme.

Den relevante bestemmelse i BR18, § 14, fastslår, at der kan gives rådighed, når det er *nødvendigt*. Der er tale om en bestemmelse, der bygger på et kommunalt byggefagligt skøn, hvor kommunen må vurdere, om der er nødvendighed eller ej. At regelgrundlaget er opbygget på denne vis er udtryk for, at det ikke vil være muligt mere entydigt at definere, i hvilke situationer og i hvilket omfang der kan gives rådighed.

Når en kommune derfor i en sag som den foreliggende uvægerligt må udøve et skøn, kan retten kun tilsidesætte dette skøn, hvis kommunens skønsudøvelse:

- a) har været båret af usaglige grunde (fx magtfordrejning). Der er intet grundlag for at hævde, at kommunen ved de trufne afgørelser har inddraget usaglige hensyn.
- b) hviler på åbenbart fejlagtige faglige vurderinger. Det bestrides, at det skulle være tilfældet.

3.2 Afgørelsen efter jordforureningsloven

Sagsøgernes anbringende i relation til kommunens afgørelse efter jordforureningsloven ses alene bygget op omkring sagsøgernes opfattelse af, at afgørelsen efter byggeloven er ugyldig. Med henvisning til det ovenfor anførte om, at afgørelsen efter byggeloven er gyldig, afvises dermed samtidig sagsøgernes påstand om, at afgørelsen efter jordforureningsloven er ugyldig.

Hertil kommer, at der ikke ses anført anbringender fra sagsøgernes side imod det forhold, at de arbejder, der ligger til grund for kommunens afgørelse efter jordforureningsloven, rent faktisk kræver en tilladelse efter jordforureningslovens §8. Jeg går på den baggrund ud fra, at parterne er enige om, at i det omfang, de pågældende arbejder rent faktisk skal gennemføres, som det fremgår af grundlaget for kommunens afgørelse efter jordforureningsloven, kræves en tilladelse efter jordforureningslovens §8. Sagsøgerne **opfordres** til at tilkendegive, såfremt sagsøgerne er uenige i, at arbejderne kræver en §8-tilladelse.

Kravet om §8-tilladelse er uafhængig af spørgsmålet omkring rådighed. Heri ligger også, at en tilladelse efter jordforureningslovens §8 ikke i sig selv giver modtageren af tilladelsen adgang til at gennemføre arbejderne, hvis arbejderne skal gennemføres på en ejendom, som modtageren af §8-tilladelsen ikke har rådighed over.

Derfor er den af kommunen udstedte §8-tilladelse gyldig uafhængig af den tvist, der er de private parter imellem omkring rådigheden over den (mindre del) af sagsøgernes ejendomme, som en gennemførelse af det projekt, der ligger til grund for §8-tilladelsen, berører.

3.3 Andre forhold

Det synes at fremgå af sagen, at der er nogle uenigheder imellem bygherren og sagsøgerne, der ligger ud over det, som er adresseret i kommunale afgørelser. Der kan i den forbindelse henvises til bilag B og det heri anførte om dræn og beskæring af træer. Det bemærkes i den forbindelse, at kommunen ikke er rette sagsøgte i forhold til disse temaer, og at der således ikke for så vidt angår disse forhold er truffet afgørelser fra kommunens side, der berører disse forhold."

Af brev af 27/8 2019 fra kommunen til klageren fremgår bl.a.:

"Orientering og svar på bemærkninger til partshøring om byggeriet på ...

I forlængelse af den partshøring kommunen foretog den 13. maj 2019, i relation til råden over nabogrundene i forbindelse med opførelse af byggeriet på ..., og dine bemærkninger hertil af den 28. maj 2019, kan følgende oplyses.

Som bekendt blev byggeprojektet ændret således det ikke blev nødvendig med et råden med et omfang som først antaget. Råden fik i stedet en ganske anden bagatelagtig karakter og projektets rådgivere har ligeledes oplyst at arbejder medførende råden over nabogrunden er afsluttet. På den baggrund har vi besluttet ikke at gøre yderligere, og dermed, at vi ikke vil træffe yderligere afgørelser i sagen i relation til naboejendommene."

Af udateret brev fra klagerens advokat til klageren fremgår bl.a.:

"På det telefoniske retsmøde i dag deltog dommeren samt advokat ... og undertegnede. Sagens status blev drøftet.

Der er enighed om, at arbejderne inde på jeres ejendomme er afsluttet, og at den opførte mur, isoleret set, er i orden, og dermed er lovlig, selvom retten måtte statuere, at kommunens tilladelser til de midlertidige arbejder på jeres ejendomme er ugyldige.

Sagens reelle problem er dermed en stillingtagen til de skader, som arbejderne har medført på Jeres ejendomme, og dermed Jeres potentielle erstatningskrav. Dommeren bemærkede, at erstatningskravene juridisk set vil være et forhold mellem jer og bygherre/entreprenør og dermed ikke direkte mellem jer og ... Kommune. Jeg pointerede, at dette synspunkt kun delvist er rigtigt, idet ... Kommune vil kunne blive medansvarlig, såfremt tilladelserne måtte blive kendt ugyldige, idet kommunen dermed har muliggjort de skadevoldende arbejder netop ved at udstede en ugyldig tilladelse. Der var enighed om denne kobling, men samtidigt, at den primære skadevolder og dermed primære erstatningsansvarlige i alle tilfælde vil være bygherre/entreprenør, og at en retlig afgørelse af erstatningsspørgsmålet vil nødvendiggøre, at bygherre og entreprenøren inddrages i sagen som indstævnt.

Baseret på vores samtale i torsdags meddelte jeg, at der ikke er sket skade på [klagerens] ejendom, hvorimod der er sket skade på træer/planter hos [klagerens nabo], og at disse skader endnu ikke er gjort op. Jeg lagde op til, at der findes en forligsmæssig løsning på dette spørgsmål.

Advokat ... meddelte, at ... Kommune gerne vil initiere et møde på stedet med deltagelse af Jer, en repræsentant fra kommunen (formentlig ...) samt en repræsentant fra bygherren med henblik på en løsning af erstatningsspørgsmålet.

Samtidig tilkendegav ..., at ... Kommune vil være indstillet på, at selve retssagen afsluttes forligsmæssigt ved at sagen hæves fra jeres side mod, at ingen af parterne betaler sagsomkostninger til den anden part. Det vil dog være en forudsætning, at et forliget er etableret, inden der holdes møde på ejendommen. ... lagde op til, at forligsforslaget i givet fald skulle accepteres på telefonmødet. Jeg afslog dette krav.

På rettens forslag blev der herefter fastsat en acceptfrist på 2 uger (mandag, den 3. august). Samtidigt med at jeg melder tilbage på forslaget, skal jeg tilkendegive, om I er indstillet på at gennemføre et møde på ejendommen som nævnt ovenfor.

Jeg er på ferie resten af indeværende uge, men beder jer venligst meddele mig jeres bemærkninger til ovenstående.

Som afslutning på mødet blev der berammet et nyt telefonmøde den 2. september, hvor et forlig skal tilføres retsbogen eller sagen alternativt skal berammes til hovedforhandling."

Af vilkår for retshjælpsforsikring 2016 udstedt af Forsikring & Pension fremgår bl.a.:

"3. Hvad dækker retshjælpsforsikringen

Forsikringen dækker tvister, som er opstået i privatlivet.

3.1 Tvist

Ved tvist forstås en konkret, aktuel konflikt, som parterne ikke selv har kunnet løse, og som kan behandles af en domstol eller ved voldgift.

Forsikringen dækker ikke udgifter til almindelig advokatrådgivning.

3.2 Rimelig grund

Det er en betingelse for dækning, at der er rimelig grund til at indbringe tvisten for domstolene eller voldgift. Hvis der efter selskabets opfattelse ikke er rimelig grund, skal selskabet begrunde det.

7. Hvilke omkostninger er ikke dækket

Følgende omkostninger er ikke omfattet af retshjælpsdækningen:

- a) Omkostninger, som ikke er afholdt med rimelig grund, f.eks. hvis sikrede ikke skønnes at have rimelig grund til at føre sagen, eller fordi omkostningerne ikke står i rimeligt forhold til sagens genstand"

Nævnet udtaler:

Klageren har den 26/8 2019 anmodet om retshjælpsdækning til en verserende retssag mod kommunen. Det fremgår af sagen, at kommunen så vidt ses i begyndelsen af 2019 udstedte tilladelse til midlertidig råden (stilladser o.l.) over klagerens og hans nabos matrikel i forbindelse med opførelse af en støjmur af tegl, der skulle placeres i skellet op mod klageren og hans nabos grunde. Af stævningen fremgår det, at der er nedlagt påstand om, at den af kommunen meddelte tilladelse til midlertidig råden over ejendommene ophæves, og at den meddelte tilladelse til jordarbejde og opførelse af støjmur på ejendommene ophæves.

Klageren har blandt andet anført, at "Sagen drejer sig om to forhold. 1. § 8–tilladelse efter jordforureningsloven. Der er ikke hjemmel i jordforureningsloven til, at der kan udstedes tilladelse til § 8–tilladelse på anden mands ejendom, i dette tilfælde mig som sagsøger af ... Kommune. § 8–tilladelsen er en ulovlig forvaltningsakt. En ulovlig forvaltningsakt kan en myndighed ikke kalde tilbage eller ændre. Denne er en nullitet. En nullitet skal prøves enten ved administrativ rekurs eller domstolsprøvelse, og da der i loven kun er mulighed for domstolsprøvelse er sagen indgivet til Retten i 2. Tilladelse til midlertidig råden på nabo ejendom. En tilladelse til råden forudsætter, at ... Kommune, som tidligere anført af mig, skal undersøge om tilladelse er strid

med anden lovgivning. ... Kommune har ignoreret pligten til, at undersøge om tilladelsen er i strid med anden lovgivning. Her tales om naturbeskyttelsesloven, habitatsdirektivet, jordforureningsloven med flere. Der er konstateret to bilag IV-arter på min ejendom, disse er stærkt beskyttet, dvs. der kan ikke foretages byggeri på stedet. Jeg skal henvise til sag C-98/03 Kommissionen mod Tyskland hvor det blev understreget, at beskyttede arter ynglesteder ikke blot skal beskyttes mod forsætlig skade, men også uagtsom skade. Jf. Peter Pagh, Fast Ejendom, 2. udgave. Og havde ... Kommune undersøgt forholdene, så skulle der være udstedet et forbud mod al færdsel og byggeri på stedet. I sommeren 2019 pålagde ... Kommune ... Kommune, at spærre stranden af for færdsel pga. strandtudser, jeg har også strandtudser på min ejendom. Tilladelsen til råden er givet til forkert adressat, boligforeningen har intet byggeri på stedet, men boligforeningen kan ikke bygge, kun en boligforenings afdeling. Der henvises til dom af 15. december 2017. **Bilag – Dom Boligforening.** Tilladelsen til råden efter BR18 er således en ulovlig forvaltningsakt, der ikke kan ændres eller tilbagekaldes, tilladelse er en nullitet. En nullitet skal prøves enten ved administrativ rekurs eller domstolsprøvelse, og da der i loven kun er mulighed for domstolsprøvelse er sagen indgivet til Retten i ...".

Selskabet har afvist at yde forhåndstilsagn om retshjælpsdækning. Selskabet har bl.a. anført, "Forsikringstagers advokat anmodede om retshjælp til tvisten mod ... Kommune d. 26.08.2019. Af anmodningen fremgik det, at ... Kommune havde meddelt tilladelse til en midlertidig råden over forsikringstagers og naboens matrikel på ... [klagerens adresse] og [naboens adresse], Nødvendigheden i den midlertidige råden bestod i, at lydmurens fundament krævede udgravning fra forsikringstagers grund, fordi lydmuren skulle støde helt op til skellet mellem bygherres matrikel og forsikringstagers matrikel. Forsikringstager som beboer [klagerens adresse], ..., har stævnet ... Kommune med påstand om, at tilladelsen til den midlertidige råden over begge matrikler blev ophævet samt at tilladelsen til Ejendomsselskabet ... til jordarbejder og opførelse af støjmur blev ophævet. Forsikringstager begrundede dette med, at tilladelsen til den midlertidige råden ikke var sagligt begrundet. Forsikringstager og dennes nabo mente ikke, at opførelse af lydmuren nødvendiggjorde råden over deres matrikler. **(Bilag 1)** ... Kommune havde dog midlertidig meddelt forsikringstager, at de var i gang med at revurdere tilladelsen, fordi byggeprojektet var blevet ændret. På denne baggrund afviste vi d. 12.11.2019, at imødekomme anmod-

ningen om retshjælp, fordi betingelsen om tvist ikke var til stede, så længe der ikke var truffet endelig afgørelse om hvorvidt tilladelsen skulle opretholdes eller trækkes tilbage. Der var ved afvisningen, ikke taget stilling til om de øvrige retshjælpsbetingelser var opfyldt, herunder rimelig grund. **(Bilag 2)** D. 27.08.2019 meddelte ... Kommune, at den midlertidige råden havde fået en bagatelagtig betydning og de arbejder der angik råden over nabogrundene var afsluttet. Kommunen ville derfor ikke træffe yderligere afgørelser om sagen. **(Bilag 3)**...

Der er således på nuværende grundlag fortsat ikke en tvist mod kommunen f.s.v.a. tilladelsen til den midlertidige råden. Ydermere er det fortsat vores opfattelse, at forsikringstager ikke har rimelig grund til at føre sagen, fordi kommunen qua sit virke har mulighed for skønsmæssigt at fastsætte, hvornår en rådighed er nødvendig og dermed give tilladelse til rådigheden, som de netop har gjort det i denne sag, indtil de grundet nye oplysninger til sagen ophævede tilladelsen ved ikke at træffe yderligere afgørelse om en den. Der er ikke dokumentation for, at kommunens skønsmæssige tilladelse er givet på et forkert grundlag. I forhold til den nedlagte påstand om at ophæve tilladelsen til jordarbejder og opførelse af støjmur, skal vi bemærke, at det fortsat er vores klare opfattelse, at det er udokumenteret, at kommunens skønsmæssige vurdering af tilladelsen til at udføre jordarbejder og opførelse af støjmur, hviler på et forkert grundlag... Forsikringstager fremfører slutteligt i sin klage til Ankenævnet, at han ønsker at opnå udbetaling af erstatning enten via kommunen eller bygherre, hvilket er en ny påstand, som ikke har været realitetsvurderet hos os, da dette ikke fremgik af advokatens anmeldelse. Vi mener derfor, at denne del af klagen bør afvises af Ankenævnet, idet klagen omfatter en ny påstand, som Købstædernes Forsikring ikke har fået mulighed for at realitetsbehandle. Vi mener ikke, at klagen afspejler det faktuelle grundlag, der er anmeldt til retshjælpsforsikringen, og som har dannet grundlag for vores vurdering af afgørelsen. Vi skal derfor anmode Ankenævnet om at afvise denne del af klagen."

Indledningsvis bemærker nævnet, at da klageren ikke tidligere har anmeldt til selskabet, at han ønsker retshjælpsdækning til at rejse krav over for kommunen eller bygherren om dækning af advokatudgifter, kan nævnet ikke tage stilling til, hvorvidt der er grundlag for retshjælpsdækning hertil.

Ønsker klageren, at selskabet skal realitetsbehandle denne del af sagen, skal han derfor kontakte selskabet.

Efter en gennemgang af sagen finder nævnet ikke grundlag for at kritisere, at selskabet har afvist dækning under henvisning til, at der ikke er rimelig grund til at føre sagen.

For så vidt angår tilladelsen til den midlertidige råden har nævnet endvidere lagt vægt på, at kommunen har haft hjemmel til at give rådighed i BR18 og at kommunen den 27/8 2019 meddelte klageren, at "I forlængelse af den partshøring kommunen foretog den 13. maj 2019, i relation til råden over nabogrundene i forbindelse med opførelse af byggeriet på ..., og dine bemærkninger hertil af den 28. maj 2019, kan følgende oplyses: Som bekendt blev byggeprojektet ændret således det ikke blev nødvendig med et råden med et omfang som først antaget. Råden fik i stedet en ganske anden bagatelagtig karakter og projektets rådgivere har ligeledes oplyst at arbejder medførende råden over nabogrunden er afsluttet. På den baggrund har vi besluttet ikke at gøre yderligere, og dermed, at vi ikke vil træffe yderligere afgørelser i sagen i relation til naboejendommene". Nævnet har også lagt vægt på, at kommunen ikke efterfølgende har truffet afgørelse om yderligere tilladelse til midlertidig råden, og at klageren i øvrigt ikke har bevist, at kommunens tilladelse er givet på et fejlagtigt grundlag.

For så vidt angår tilladelsen til at udføre jordarbejder og opføre støjmur har nævnet lagt vægt på, at klageren ikke har bevist, at kommunen ikke har haft hjemmel hertil. Nævnet bemærker, at det af brev fra klagerens advokat til klageren fremgår, at "På det telefoniske retsmøde i dag deltog dommeren samt advokat ... og undertegnede. Sagens status blev drøftet. Der er enighed om, at arbejderne inde på jeres ejendomme er afsluttet, og at den opførte mur, isoleret set, er i orden, og dermed er lovlig, selvom retten måtte statuere, at kommunens tilladelser til de midlertidige arbejder på jeres ejendomme er ugyldige".

Det, som klageren i øvrigt har anført, kan ikke føre til andet resultat.

Ankenævnet *for* Forsikring

18.

95314

Som følge heraf

b e s t e m m e s :

Klageren får ikke medhold.



Jens Kruse Mikkelsen
formand