

Fra: Kåre Jørgensen
Sendt: 27. maj 2014 12:31
Til: Byrådet - Teknisk Udvalg
Cc: Søren Pape Poulsen; Lasse Jacobsen
Emne: Lukket dagsorden på TU's møde i morgen vedr Jafi A/S - mail nr. 2

Til medlemmerne af Teknisk Udvalg

Hermed som lovet mail fra Finn Kjærsgaard vedr. "supplerende retlig vurdering i forhold til mulighederne for retlig lovliggørelse henholdsvis retsfortabende myndighedspassivitet".

Med venlig hilsen

Kåre Jørgensen
Direktør for Teknik & Miljø



Viborg Kommune
Teknik & Miljø
Direktør
Prinsens Alle 5
8800 Viborg
Direkte tlf : 87 87 55 00

Sikker e-mail sikkerpost@viborg.dk
<http://www.viborg.dk>

----- Videresendt af Kåre Jørgensen/TM/VIBORG den 27-05-2014 12:18 -----

Fra: Finn Kjærsgaard <finn@fkmanagement.dk>
Til: <borgmesterkontoret@viborg.dk>, 'Søren Pape Poulsen' <pape@viborg.dk>,
Cc: "'Lasse Jacobsen'" <laj@viborg.dk>, 'Kåre Jørgensen' <k1j@viborg.dk>, "'Johannes F. Vesterby'" <jfv@viborg.dk>
Dato: 26-05-2014 22:57
Emne: Vedr. Jafi A/S

Til Borgmester Søren Pape Poulsen,

Kære Søren Pape Poulsen,

Jafi A/S har anmodet adv. Håkun Djurhuus, advokatfirmaet Bech-Bruun, om en supplerende retlig vurdering i forhold til mulighederne for retlig lovliggørelse henholdsvis retsfortabende myndighedspassivitet.

I forlængelse af vores tidligere korrespondance og drøftelser omkring en lovliggørelse af Jafi A/S, fremsendes til behagelig information til Viborg Kommune, et notat der belyser begrebet passivitet i relation til sagen omkring lovliggørelse af Jafi A/S.

Samtidigt anmoder Jafi A/S Viborg Kommune om at foretage en retlig lovliggørelse, jf. vedlagte notat.

Viborg Kommune stillingtagen og forventlige retlige lovliggørelse imødeses.

Skulle Viborg Kommune behøve yderligere information for at kunne behandle anmodningen, kan undertegnede kontaktes.

Venlig hilsen/Best regards

Finn Kjaergaard

Bestyrelsesformand Jafi A/S

Tlf/Phone: (+45) 86 67 26 50

Mobil/Mobile: (+45) 40 85 68 65

Denne e-mail og enhver vedhæftet fil er fortrolig. Hvis De ikke er rette modtager, bedes De venligst omgående underrette os og derefter slette e-mailen og enhver vedhæftet fil uden at beholde kopi og uden at videregive oplysninger om indholdet. På forhånd tak.

This e-mail and any attachment are confidential and may also be privileged. If you are not the intended recipient, please notify us immediately and then delete this e-mail and any attachment without retaining copies or disclosing the contents thereof to any other person. Thank you.



Notat om
myndighedspas...

København · 26. maj 2014

Håkun Djurhuus
Partner

T +45 72 27 33 44
djur@bechbruun.com

Sagsnr. 058985-0001 djur/djur/gsc
Dok.nr. 11974445.1

Notat vedrørende myndigheds passivitet mv.

1. Indledning

Jeg er blevet anmodet om en supplerende retlig vurdering i forhold til mulighederne for retlig lovliggørelse henholdsvis retsfortabende myndighedspassivitet.

2. Fysisk eller retlig lovliggørelse

Det bestrides som nævnt, at der foreligger et ulovligt forhold.

Bemærkningerne i dette notat er alene medtaget, fordi Viborg Kommunes forvaltning finder, at der er tale om et ulovligt forhold.

Det følger af planlovens § 51, stk. 5, at tilsynsmyndigheden; Viborg Kommune, skal foranledige et ulovligt forhold lovliggjort, med mindre forholdet har underordnet betydning.

Loven angiver imidlertid ikke, hvorvidt lovliggørelse skal ske retlig eller fysisk.

Beslutning herom tilkommer kommunen som planmyndighed.

Det er på det planretlige område den praktiske hovedregel, at der meddeles retlig lovliggørelse i form af eksempelvis en efterfølgende dispensation i henhold til planlovens § 19, en lokalplan eller et lokalplantillæg.

De relevante forhold vedrørende overvejelserne om retlig eller fysisk lovliggørelse er fortsat bedst beskrevet i betænkning fra 1983 om håndhævelse af bygge- og miljølovgivningen.

København

Langelinie Allé 35
2100 København Ø
Danmark

Aarhus

Frue Kirkeplads 4
8000 Aarhus C
Danmark

Shanghai, rep. kontor

83 Loushanguan Road
Suite 2635, 26/F
Shanghai, Kina

T +45 72 27 00 00
F +45 72 27 00 27
E info@bechbruun.com

Advokatfirma
CVR-nr. 25089944
www.bechbruun.com

Det fremgår heraf, og af den ledende dom vedrørende Holte Midtpunkt (Højesteretsdom fra 1986), at overvejelser om værdispild er et retligt relevant forhold, såfremt der ikke er tale om bevidste tilsidesættelser af lovgivningen.

Det tillægges central betydning – af retshåndhævelsessenssyn – at der foreligger god tro, i dette tilfælde hos brugeren.

JAFI A/S indgik i god tro en lejeaftale i forbindelse med forretningens opstart for efterhånden ganske mange år siden.

JAFI var ikke bekendt med planretlige problemer af nogen art, og JAFI gik, ud fra som det er sædvanligt for lejere, at de fornødne udnyttelsesmuligheder i planretlig henseende forelå.

Udlejer og angiveligt også kommunen var helt opmærksomme på, hvilken forretningsmæssig aktivitet der bl.a. var tale om.

Virksomheden har været drevet fra den nuværende adresse i mere end 5 år. Der er oparbejdet en betydelig goodwill og lukning, henholdsvis mulig flytning, vil påføre lejeren JAFI A/S et meget betydeligt tab.

Da JAFI A/S har handlet i god tro, og da der vil være tale om et eksorbitant værdispild, såfremt forretningen lukkes, og da der er rejst betydelig juridisk tvivl om grundlaget for et drastisk standsningspåbud, bør JAFI A/S overveje at anmode kommunen om, under de i denne sag foreliggende helt særlige omstændigheder, at foretage en retlig lovliggørelse, jf. også nærmere nedenfor.

Der henvises eksempelvis til afgørelsen fra Højesteret gengivet i UfR.2000.2412H/MAD2000.291H.

3. Retsfortabende myndigheds passivitet

Jeg er i besiddelse af dokumenter, herunder ansøgning fra JAFI's udlejer til Viborg Kommune, der dokumenterer, at Viborg Kommune har haft fuldt kendskab til forretningens planlagte anvendelse siden i hvert fald det tidlige forår 2009, altså mere end 5 år siden.

Viborg Kommune har været fuldstændig bekendt med JAFI's samlede forretningssammensætning, siden JAFI etablerede sig på adressen Ærøvej 21 midten af 2007, altså for nu næsten 7 år siden.

Disse forhold skulle fremgå af bl.a. forvaltningens indstilling og referatet af Teknisk Udvalgs møde dateret den 2. april 2012.

Der findes i øvrigt i området en del anden virksomheder, der har detailsalg. Så vidt vides har Viborg Kommune ikke grebet ind over for nogen af disse virksomheder, bortset fra sagen vedrørende Music To You, hvori Statsforvaltningen underkendte kommunens fraflytningspåbud ved en afgørelse i december 2013.

Det er i forvaltningsret almindeligt anerkendt, at en offentlig myndighed; tilsynsmyndigheden, kan fortabe mulighederne for håndhævelse, såfremt myndigheden har været bekendt med et ifølge myndigheden ulovligt forhold gennem flere år uden at have iværksat håndhævelse i form af, i dette tilfælde, standsningspåbud og/eller fraflytningspåbud.

Ofte vil to-tre års manglende håndhævelse kunne bevirke, at passivitet med rette kan gøres gældende over for kommunen med den virkning, at kommunen ikke længere har mulighed for at håndhæve over for virksomheden, i den form virksomheden har haft i den periode, hvor passiviteten er indtruffet. Planloven opererer i forhold til grundejere/brugere med et nu direkte lovfæstet kontinuitetsbrud, jf. planlovens § 56, stk. 2, når en retslig udnyttelse ikke har været udnyttet i tre på hinanden følgende år.

Om betydningen af god tro og myndighedspassivitet henvises til fremstillingen i den kommenterede planlov fra 2013 side 574, hvorefter:

"Derimod kan myndighedens tidligere tilkendegivelser, særlige omstændigheder eller passivitet, der kan begrunde god tro eller berettigede forventninger hos ansøger i særlige tilfælde begrunde en lovliggørende landzonetilladelse."

Fra praksis kan nævnes MAD2011.120NMK, MAD2011.1161NMK, MAD2009.3102NKN, MAD2006.2135NKN, MAD2005.1804NKN, MAD1999.247NKN og KFE1998.145NKN. Afgørelsen i MAD1997.495NKN, hvor der var passivitet efter 3,5 år er ligeledes relevant som praksisgrundlag.

I den kommenterede planlov på side 708 anfører Helle Tegner Anker, at:

"Nævns-praksis er således ganske restriktiv i relation til spørgsmålet om passivitet, hvis det kan påvises, at kommunen har haft kendskab til et servitutstridigt forhold, om end det er vanskeligt at opstille en fast tidsmæssig grænse. Passivitet i længere perioder end ca. tre år vil så vidt ses normalt føre til, at adgangen til håndhævelse er fortabt, medmindre der foreligger særlige omstændigheder, jf. fx U.1993.821H, eller hvis det må lægges til grund, at kommunen ikke har haft kendskab til forholdet eller anledning til at gribe ind."

Problemstillingen er udførligt omtalt i den kommenterede planlov kapitel 12, punkt 4, om fortabelse af håndhævelsesadgang.

Da retshåndhævelsessensyn ikke gør sig gældende over for lederen JAFI A/S i denne sag, og da JAFI A/S' tab ved lukning af forretningen vil være eksorbitant stort, ses der ikke at være væsentlige samfundsmæssige hensyn, der taler for at kræve fysisk lovliggørelse.

Det forvaltningsretlige proportionalitetsprincip skal lægges til grund ved alle forvaltningsafgørelser, selvom princippet er ulovfæstet.

Der vil i denne sag i givet fald være tale om, disproportionalitet mellem det eksorbitante formuetab JAFI A/S vil lide ved at skulle lukke forretningen, og på den anden side den samfundsmæssige interesse i, at der i denne sag skal ske fysisk lovliggørelse.

Viborg Kommune kunne rejse spørgsmålet om, hvorvidt kommunen har den fornødne hjemmel til retlig lovliggørelse.

Dette er imidlertid ikke afgørende i situationer, hvor der foreligger erkendt myndigheds-passivitet, idet retlig lovliggørelse kan ske ved, at kommunen konstaterer, at der foreligger retsfortabende passivitet, og herefter undlader at foretage sig yderligere i fuld overensstemmelse med nævns- og retspraksis herom.

I relation til praksis vedrørende inddragelse af proportionalitetsprincippet henviser jeg til MAD2008.1143NKN og til KFE2001.345NKN.

Jeg mener, at der i praksis er grundlag for en de facto retlig lovliggørelse som anført.

København, den 26. maj 2014

Håkun Djurhuus
