

Bærum kommune
Plan- og bygningstjenesten
Postboks 700
1304 Sandvika

Sendt til: post@baerum.kommune.no

Ansvarlig advokat: Runar Homble

Vår referanse: 39070

Dato: 12.05.2022

NØTTELITEN OG HAKKEBAKKESKOGEN AS – KLAGE PÅ VEDTAK – REF. 22/2156 – 22/77682/OMRO

1 INNLEDNING

Vi representerer Nøtteliten og Hakkebakkeskogen AS.

Plan- og bygningstjenesten i Bærum kommune innvilget i vedtak 25. april 2022 søknad om dispensasjon fra reguleringsplan for videre drift av familiebarnehagen i Gamle Drammensvei 70A, Stabekk. Dispensasjonen er gitt med en begrenset varighet frem til 31. juli 2023.

I vedtaket er det opplyst at ytterligere forlengelse av dispensasjonen ikke kan påregnes, og det er vist til uttalelse fra barnehagekontoret om at det er overkapasitet på barnehageplasser og et manglende barnehagebehov i Stabekk område.

Nøtteliten og Hakkebakkeskogen påklager vedtaket og anfører at det ikke er grunnlag for å begrense dispensasjonen til 31. juli 2023. I korte trekk mener vi kommunen ved vurderingen av søknad om dispensasjon ikke har anledning til å vektlegge det lokale behovet for barnehageplasser. I denne saken mener vi det må gis en dispensasjon uten tidsbegrensning.

2 SAKENS FAKTISKE FORHOLD

2.1 Kort om familiebarnehagen i Gamle Drammensvei 70A

En familiebarnehage er en barnehageform hvor barna får et tilbud i private hjem, jf. forskrift om familiebarnehager § 1. I motsetning til ordinære barnehager som driftes i egne lokaler, foregår driften av familiebarnehager i små barnegrupper i private boliger. Familiebarnehager utgjør på denne måten et viktig supplement til ordinære barnehager.

Familiebarnehagen i Gamle Drammensvei 70A ble etablert i 2011 i en enebolig i et villastrøk på Stabekk. Barnehagen var en videreføring av familiebarnehagen som tidligere holdt til i Solbergveien. Barnehagen har i dag åtte barn i alderen 1-3 år, to assistenter og en pedagogisk veileder som er til stede én fast dag i uken.

Familiebarnehagen drives i samsvar med reglene i barnehageloven og forskrift om familiebarnehager, og barnehagen opplever at barn og foreldre er godt fornøyde med det pedagogiske tilbudet som gis. Familiebarnehagen

drives godt og gir barna en trygg og innholdsrik barnehagehverdag i tråd med barnehagelovens formål, jf. barnehageloven §§ 1 og 2.

2.2 Familiebarnehagen har tidligere fått dispensasjoner med varighet for fem år

Eiendommen Gamle Drammensvei 70A er i henhold til reguleringsplan R2012024 regulert til småhusbebyggelse. Deler av eiendommen langs veien inngår også i hensynssone for bevaring av kulturmiljø.

I vedtak 20. desember 2011 og 26. januar 2017 har kommunen innvilget dispensasjon fra reguleringsplanen for drift av familiebarnehagen i Gamle Drammensvei 70A. Både i 2011 og i 2017 ble dispensasjonen gitt midlertidig med en varighet på fem år. I vedtakene er det ikke gitt noen begrunnelse for hvorfor det er gitt midlertidig tidsbestemt dispensasjon i stedet for en varig dispensasjon.

3 GRUNNLAGET FOR KLAGEN

3.1 Hva som er relevante hensyn ved dispensasjon etter plan- og bygningsloven

Grunnlaget for å gi dispensasjon følger av plan- og bygningsloven § 19-2. Bestemmelsens andre ledd begrenser kommunens adgang til å gi dispensasjon.

For det første kan ikke dispensasjon gis dersom det vil innebære en «vesentlig tilsidesettelse» av hensynene bak bestemmelsen det søkes om dispensasjon fra, jf. andre ledd første punktum. Med «bestemmelse» skal forstås både lovbestemmelse og bestemmelse i plan (Holth og Winge, Plan- og bygningsrett, kort forklart, 2. utgave, 2019, side 212). Hensynene kan være ulike alt ettersom hvilken bestemmelse det dispenseres fra.

For det andre skal det foretas en samlet vurdering, der fordelene klart må overstige ulempene, jf. andre ledd andre punktum. Ifølge forarbeidene vil det være relevante å vektlegge fordeler og ulemper både for samfunnet, tiltakshaver eller tredjeparter. Fordelene skal imidlertid begrenses til forhold som ivaretar generelle areal- og ressursdisponeringshensyn, jf. Prop.169 L (2020-2021) side 55. Det er bare i spesielle eller særlige tilfeller at individuelle forhold knyttet til tiltakshaver kan vektlegges.

Forarbeidsuttalelsene viser at kommunen ikke har anledning til å vektlegge det lokale behovet for barnehageplasser ved vurderingen av om dispensasjon skal gis. Dette er ikke et forhold som ivaretar generelle areal- og ressursdisponeringshensyn. At det ikke er anledning til å vektlegge behovet for barnehageplasser underbygges også av føringene som gis i barnehageloven, se rett nedenfor.

3.2 Det er ikke grunnlag for å vektlegge det lokale behovet for barnehageplasser

For å drive en barnehage må det gis godkjenning av kommunen, se barnehageloven § 14 første ledd. Kommunen skal ved godkjenningen foreta en konkret vurdering av barnehagens egnethet på bakgrunn av de kravene som kan utledes av barnehagelovens §§ 1 og 2 om barnehagens formål og innhold, jf. Ot.prp.nr.72 (2004-2005) side 121.

I forarbeidene understrekes det at den frie etableringsretten videreføres fra tidligere regelverk, jf. Ot.prp.nr.72 (2004-2005) side 121. Om dette uttales det:

«Det betyr at barnehager som finnes egnet i forhold til formåls- og innholdsbestemmelsen har rett til godkjenning. Kommunen har ved sin vurdering av søknaden ikke adgang til å legge vekt på det lokale

behovet for barnehageplasser eller følgene for det eksisterende barnehage tilbudet i kommunen. Dette gir lik mulighet for etablering for kommunale og ikke-kommunale utbyggere.»

Når det ikke er anledning til å vektlegge det konkrete, lokale behovet for barnehageplasser etter barnehageloven, må det tilsvarende gjelde også etter plan- og bygningsloven. I motsatt fall ville det undergrave den frie etableringsretten som lovgiver her uttrykkelig har valgt å beskytte. Godkjenning av barnehager skal gjøres på bakgrunn av barnehagelovens særlige krav til formål og innhold. Kommunen har ikke anledning til å stille tilleggskrav utover dette, og har ikke anledning til å omgå dette ved å legge vekt på det lokale behovet ved vurdering av dispensasjon etter plan- og bygningslovens regelverk.

At kommunen ikke har anledning til å vektlegge det lokale behovet for barnehageplasser fremgår også av tilskudsreglene i barnehageloven med forskrifter. Etter forskrift om tilskudd til private barnehager plikter kommunen å gi familiebarnehager drifts- og kapitaltilskudd ut fra reglene i § 7. Overkapasitet på barnehageplasser er ikke et forhold som kommunen har anledning til å legge vekt på ved beregningen av tilskudd, og kommunen kan ikke senere trekke tilbake tildeling av tilskudd av hensyn til behovet for barnehageplasser.

4 KOMMUNENS VURDERINGER I DENNE SAKEN

Kommunen innvilget som nevnt i vedtak 25. april 2022 tillatelse til bruksendring og dispensasjon fra reguleringsplanen. I motsetning til vedtakene i 2011 og 2017 som ble gitt for fem år, ble tillatelsen denne gangen begrenset til 31. juli 2023. Kommunen har i vedtaket opplyst at familiebarnehagen ikke kan påregne dispensasjon utover dette.

Et eventuelt avslag på senere søknad om bruksendring og dispensasjon fra reguleringsplanen, vil i praksis innebære at familiebarnehagen i Gamle Drammensvei 70A må avvikle driften. Dette vil naturligvis få store konsekvenser for barn, foreldre, ansatte og eiere av barnehagen.

Plan- og bygningsetaten har i vedtaket lagt stor vekt på uttalelsen fra barnehagekontoret i kommunen. Barnehagekontoret har opplyst at deres prognoser og søkertall gir klare indikasjoner på at kommunen har overkapasitet på barnehageplasser totalt sett, også for opptaksområdet Stabekk hvor familiebarnehagen Gamle Drammensvei 70A ligger. Av hensyn til barn, foreldre, ansatte og eier, har barnehagekontoret anbefalt plan- og bygningstjenesten å forlenge bruksendringen frem til 31. juli 2023, slik at *«alle parter har god tid til å forberede seg på en evt. styrt avvikling.»*

Barnehagekontoret har i sin uttalelse vist til at familiebarnehager normalt har fått midlertidige tillatelser til bruksendring for fem år av gangen, og at barnehagene deretter har søkt om forlengelse. Plan- og bygningstjenesten har i vedtakene fra 2011 og 2017 ikke begrunnet nærmere hvorfor det er gitt midlertidig dispensasjon. Det er derfor uklart hvilke plan- og bygningsrelevante hensyn som begrunner en slik praksis.

I uttalelser fra barnehagekontoret innhentet i forbindelse med vedtakene i 2011 og 2017 er kommunens behov for barnehageplasser vektlagt. Barnehagekontoret har i uttalelsen fra 2017 opplyst at *«(...) Stabekk opptaksområde er et område med stadig etterspørsel etter barnehageplasser, og familiebarnehagen utgjør slik et nødvendig tilskudd til kommunens barnehageportefølje.»*

Uttalelsene fra barnehagekontoret tilsier at praksisen med å gi midlertidige dispensasjoner i henhold til plan- og bygningsloven har vært begrunnet i et ønske om å regulere antall familiebarnehager ut fra behovet for

barnehageplasser. Denne praksisen er etter vårt syn i strid med prinsippet om fri etableringsrett, rett til varig driftstilskudd og likebehandling mellom private og kommunale barnehager.

Praksisen med å gi midlertidig bruksendring og dispensasjon innebærer også en forskjellsbehandling mellom ordinære barnehager og familiebarnehager. Gjennom å gi godkjenning til ordinære barnehager, vil kommunen i praksis kunne avvikle eksisterende familiebarnehager med den begrunnelse at det ikke er behov for barnehageplasser.

Barnehagen anfører at det på denne bakgrunnen må gis en varig tillatelse til bruksendring som familiebarnehage og dispensasjon fra reguleringsplanen. Kommunen har i sin begrunnelse for å gjøre dispensasjonen midlertidig vektlagt hensyn det ikke er lov å vektlegge etter plan- og bygningsloven. Dispensasjonen bør derfor gjøres varig.

Med vennlig hilsen
for Hombre Olsby advokatfirma AS



Maria Skuggevik Slotnes
advokat