



SVEA HOVRÄTT
Mark- och miljööverdomstolen
060201

DOM
2018-06-20
Stockholm

Mål nr
M 1926-17

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Växjö tingsrätts, mark- och miljödomstolen, dom 2017-02-21 i mål nr M 2022-16, se bilaga A

PARTER

Klagande

Miljönämnden i Malmö stad

Motpart

Cymbalens förskola AB

SAKEN

Förbud mot utökning av förskoleverksamhet på fastigheten XX i Malmö kommun

MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLENS DOMSLUT

Mark- och miljööverdomstolen avslår överklagandet.

Dok.Id 1396336

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 2290 103 17 Stockholm	Birger Jarls Torg 16	08-561 670 00 08-561 675 50	08-561 675 59	måndag – fredag 09:00–15:00
		E-post: svea.hovratt@dom.se www.svea.se		

YRKANDEN I MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLEN

Miljönämnden i Malmö stad har yrkat att Mark- och miljööverdomstolen ska upphäva mark- och miljödomstolens dom och fastställa Miljönämndens beslut.

Cymbalens Förskola AB har motsatt sig att mark- och miljödomstolens dom ändras.

UTVECKLING AV TALAN I MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLEN

Parterna har anfört detsamma som i underinstanserna med i huvudsak följande tillägg och förtydliganden:

Miljönämnden

Schemaläggning av verksamheten för att kompensera brister i utemiljö påverkar förskolans planering av den dagliga verksamheten på ett negativt sätt. Verksamheten borde anpassas endast efter barnens behov, pedagogiken och vädret.

De tillgängliga utomhusytorna är så små att förskolan egentligen borde förbjudas men med hänsyn till att det är en pågående verksamhet har det inte ansetts rimligt. Detta kan inte kompenseras genom daglig vistelse i närliggande parker. Sammantaget med den kraftigt ökade tid som barn och unga spenderar stillasittande inomhus kan det medföra stora samhällsproblem i framtiden avseende befolkningens fysiska och psykiska hälsa.

Cymbalens Förskola AB

Det ingår i personalens arbetsuppgifter att vara delaktiga i planeringen av den pedagogiska verksamheten. Det finns schemalagd tid i fasta rutiner för barnens utevistelse oavsett om det gäller att vara ute på gården eller i parker i närområdet. I rapporten från den tillsyn som gjordes i mars 2017 av förskoleförvaltningen uppges inga avvikelser vad gäller planering, administration, barnens utveckling och välbefinnande.

REMISS

Mark- och miljööverdomstolen har inhämtat yttrande från Folkhälsomyndigheten.

MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLENS DOMSKÄL

Mark- och miljööverdomstolen anser att enbart det faktum att utearean vid en förskola uppgår till ett visst kvadratmeterantal per förskolebarn inte i sig kan anses innebära en olägenhet för barnens hälsa. Stort antal barn på en mindre area kan emellertid leda till konsekvenser som kan innebära olägenhet för barnens hälsa. Exempel på det kan vara höga bullernivåer. Att främja fysiska aktiviteter är visserligen ett angeläget intresse i ett folkhälsoperspektiv men sådana hälsofrämjande aktiviteter, eller frånvaron av dessa, är inte något som regleras i miljöbalken. Avsaknad av fysisk aktivitet kan således inte betraktas som en sådan störning som enligt miljöbalken kan anses utgöra en olägenhet för människors hälsa.

Mark- och miljööverdomstolen delar i övrigt mark- och miljödomstolens bedömning och vad som framkommit vid Mark- och miljööverdomstolen föranleder ingen annan bedömning.

Domen får enligt 5 kap. 5 § lagen (2010:921) om mark- och miljödomstolar inte överklagas.

I avgörandet har deltagit hovrättsråden Fredrik Ludwigs, Roger Wikström och Johan Svensson, referent, samt tekniska rådet Yvonne Eklund.

Föredragande har varit Malin Blohm.



VÄXJÖ TINGSRÄTT
Mark- och miljödomstolen

DOM
2017-02-21
meddelad i
Växjö

Mål nr M 2022-16

KLAGANDE

Miljönämnden i Malmö kommun

MOTPART

Cymbalens förskola AB

ÖVERKLAGAT BESLUT

Länsstyrelsen i Skåne läns beslut 2016-04-14, dnr 505-25128-14, se bilaga 1

SAKEN

Utökning av förskoleverksamhet på fastigheten XX, Malmö kommun

DOMSLUT

Mark- och miljödomstolen avslår överklagandet.

Dok.Id 392678

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 81 351 03 Växjö		0470-560 100 E-post: mmd.vaxjo@dom.se www.vaxjotingsratt.domstol.se	0470-560 290	måndag – fredag

BAKGRUND

Miljönämnden i Malmö kommun (nämnden) beslutade den 16 september 2014 att förbjuda Cymbalens förskola AB (Cymbalen) att utöka antalet barn från 30 till 35 i befintliga förskolelokaler på fastigheten XX. Beslutet överklagades av Cymbalen till Länsstyrelsen i Skåne län (länsstyrelsen), som den 14 april 2016 beslutade att upphäva det överklagade beslutet.

Nämnden har nu överklagat länsstyrelsens beslut till mark- och miljödomstolen.

YRKANDEN M.M.

Nämnden yrkar att mark- och miljödomstolen, med undanröjande av länsstyrelsens beslut, ska fastställa nämndens aktuella beslut. Nämnden vidhåller sitt av länsstyrelsen upphävda beslut och vad den tidigare anfört i yttrande till länsstyrelsen samt tillägger bl.a. följande.

Förbudet mot den anmälda ökningen är befogad och rimlig eftersom utökningen innebär en risk för olägenhet för barnens hälsa och strider mot kravet om att lokaler för allmänna ändamål ska brukas på ett sätt att olägenheter inte uppkommer enligt 9 kap. 9 § miljöbalken (MB). Mark- och miljööverdomstolen (MÖD) har fastställt att hälsoskyddsbestämmelsen i 9 kap. 9 § MB är tillämplig även på utomhusmiljön vid en öppen förskola. Mot bakgrund av den förtätning som pågår och den markkonkurrens som råder brottas i princip alla storstäder med frågan om hur liten vistelseyta utomhus per barn som kan accepteras från hälso- och olägenhets-synpunkt. Malmö kommuns riktlinje om 30 m² friyta per barn är baserad på verksamhetens egen uppfattning om var gränsen för en väl fungerande gård samt Socialstyrelsens upphävda allmänna råd om rekommenderade 40 m² friyta per barn. Vidare rekommenderar Boverket en friyta om 40 m² per barn och en total yta på minst 3 000 m².

Cymbalen har en uteyta på totalt 190 m² vilket ger ca 6,3 m² per barn. Den anmälda ökningen innebär att uteytan minskar till ca 5,4 m² per barn. Förskolegården är alltså redan innan utökningen för liten för det totala antalet barn som kommer att

vistas där. Det gynnar inte barnens hälsa och utveckling att tillbringa merparten av sin vardag på en förskola där barnens rörelsefrihet begränsas.

Mark- och miljödomstolen i Växjö måste i sin dom den 15 mars 2016 i mål nr M 3937-15 anses ha gjort en felaktig tillämpning av miljöbalken. Domstolen bedömde nämligen i detta mål en markyta om ca 8 m² per förskolebarn såsom en ringa olägenhet, och tog i sin bedömning inte alls hänsyn till vad detta innebär för barnens hälsa genom stress, smittspridning, buller, säkerhetsrisker och minskade lek- och rörelsemönster. Vidare ansåg domstolen bl.a. att det föreligger en slags ortsvanlighet på sådana små ytor med hänvisning till att bl.a. Stockholms kommun godtar så små ytor. Detta utan närmare bevisning om att det verkligen är ortsvanligt och trots att t.ex. Boverkets och Malmö kommuns egna rekommendationer talar emot en sådan ortsvanlighet. En sådan bedömning verkar mer ta sikte på att främja förtätning än att bedöma vad som är lämpligt för barnens hälsa.

Länsstyrelsen har motiverat sitt beslut bl.a. med att uteytan kommer att minska med knappt 1 m² per barn, att det går att planera verksamheten på sådant sätt att alla barn inte behöver vara ute samtidigt och att det därutöver finns tillgång till ett flertal grönområden i förskolans närmiljö.

Vad gäller den meningen att ytan endast minskas med ca 1 m² ska dock noteras att ytan redan innan utökningen är extremt begränsad, och en ytterligare minskning får således anses som en väsentlig försämring. Nämnden anser vidare att Cymbalen inte har förmått bevisa att de vidtagna försiktighetsåtgärderna är tillräckliga för att undvika att olägenheter uppstår för barnen. Det är dessutom extremt påfrestande och begränsande för barnen om de inte kan vara ute samtidigt, t.ex. då vissa barn skulle tvingas att vistas inomhus vid fint väder eller tvärtom. Dessa omständigheter har länsstyrelsen inte tagit någon hänsyn till i sin bedömning.

Vad gäller det som anges om att närliggande parker kompenserar den lilla lekytan kan schemalagda utevistelser i närområdet inte fullt ut ersätta den spontana, fria rörelsen. På förskolor är det varken lämpligt eller möjligt att schemalägga hela

dagarna, utan anpassningar behöver göras till väder, barnens dagsform m.m. Även om det inte är fel att ha schemalagda utevistelser kan det således bli fel om verksamheten är helt beroende av dessa i den dagliga verksamheten. Dessutom är parkernas allmänna lekplatser inte dimensionerade för mer än ungefär en förskolegrupp åt gången, och de ger heller inte samma kontinuitet som en stor, egen gårdsyta för med sig. De kan därtill inte inhägnas och hållas säkra från hundar, obehöriga personer, avfall m.m. på samma sätt som en förskolegård, och mer personal krävs för att upprätthålla barnsäkerheten. Vidare är faktorer som avsaknad av egna toaletter, behov av blöjbyten, behov av skydd från solstrålning m.m. sådant som bör ingå i avvägningen. Inget av detta synes länsstyrelsen ha beaktat i sin bedömning. Förskolor i stadsmiljö kan i detta avseende heller inte jämföras med s.k. uteförskolor, bl.a. med tanke på trafiksituationen i en tät stadsmiljö.

Att fysisk aktivitet av flera anledningar är av vital betydelse för barns hälsa har uppmärksammats i forskningen sedan 1990-talet. I ett svenskt forskningsprojekt som studerade förskolemiljöns inverkan på olika hälsovariabler påvisades att förskolans utemiljö i form av yta och tillgång till vegetation är förknippad med flera hälsofrämjande faktorer för barn. Till skillnad från allmänna parker har en förskolegård dessutom kvaliteter i form av att t.ex. den sociala pressen för barnen är mindre, samt kontinuitet med t.ex. egna, lösa leksaker. Forskning har även visat att förskolor ofta inte kompenserar en bristande utemiljö med vistelse i andra naturmiljöer, utan i stället låter barnen vistas utomhus i mindre utsträckning överhuvudtaget.

Vid en jämförelse med annan lagstiftning kan nämnas att det följer av såväl 8 kap. 9-10 §§ plan- och bygglagen (PBL) som Skolverkets allmänna råd för öppen förskola (2000:1) att det vid förskolor bör finnas tillgång till en lämplig utemiljö. Boverket har tillsammans med Tankesmedjan Movium under år 2015 dessutom utarbetat en vägledning vari anges lämpliga dimensionerade mått för att man ska kunna klara kvalitetskraven i de allmänna råden.

Mot bakgrund av vad som framkommit i ärendet, barns särskilda känslighet samt de risker som aktuella störningar kan innebära för barns hälsa, anser nämnden att utomhusmiljön på Cymbalens förskolas uteplats respektive vid dess nyttjande av närbelägna parker är så otillräcklig att det kan innebära en olägenhet för barnens hälsa och välbefinnande. Den anmälda utökningen måste således anses utgöra en så stor risk för barnens hälsa att det av nämnden beslutade förbudet ska anses rimligt. En gradvis minskning av de utemiljöer som förskolebarn har tillgång till i den dagliga verksamheten kan inte anses förenligt med 1 kap. 1 § MB och det av riksdagen fastställda nationella miljö kvalitetsmålet att städer, tätorter och annan bebyggd miljö ska utgöra en god och hälsosam livsmiljö.

Till stöd för sin talan åberopar nämnden ett flertal svenska och utländska forskningsstudier daterade mellan 1988-2013.

Cymbalen bestrider bifall till överklagandet samt anför bl.a. följande.

Cymbalens förskola arbetar aktivt med barnens välbefinnande och hälsa. Deras gårdsyta är 190 m², och för barnen 1-3 år har de en yta på ca 20 m² vilket uppfyller rekommendationerna. Därtill har man fått förvärva ca 45 m² i direkt anslutning till gården där barnen odlar bär och potatis. Gruppen 3-6 år, ca 20 barn, är alltid ute direkt på morgonen i parken varför kontinuitet finns både för barnen och föräldrarna. Vid personalfrånvaro arbetar förskolechefen eller en fast vikarie. Övrig tid vistas barnen spontant på gården som de kan gå ut direkt på. Där kan de spela bollspel, cykla, odla grödor, leka hinderbana m.m. Barnens uteyta på eftermiddagen är ca 12,6 m² per barn men blir större och större efterhand som barnen blir hämtade. Parker och lekplatser i närområdet fungerar som komplement till gården.

Utegården består av asfalt för att barnen ska kunna cykla obehindrat, stötdämpande plattor under lekredskap av säkerhetsskäl samt konstgjort gräs då asfalten inte kan tas upp för att lägga ut riktigt gräs.

Nämndens förbudsbeslut är märkligt bl.a. i ljuset av att kommunala förskolor har fått starta nya och utöka barngrupper trots deras brist på friytor. Även förskolegårdar på tak har godkänts. Någon skillnad mellan kommunala och privata förskolor torde inte finnas.

Vid nämndens undersökning kommenterade dess representant endast att gården behövde mer växter. Härvid har dock gården sedermera växt markant.

Cymbalens förskolegård är genomtänkt utefter dess yta och förutsättningar och man har tagit del av *Utemiljö vid förskolor i Malmö* och *Lekvärdesfaktor för förskolegårdar i Malmö*. Vidare har Miljöförvaltningen i Malmö i sin skrift *Miljöförvaltningen informerar* bl.a. angett att närbelagda parker eller grönytor kan vara ett tillskott till verksamheten, och att uteytor som är mindre än den av miljöförvaltningen rekommenderade ska kompenseras med bra lekvärdesfaktor på den tillgängliga uteplatsen och med tydlig planerad utevistelse vid andra rekreationsytor. Vidare anger Miljöförvaltningen i dess vägledning *Starta förskola* att om det inte finns tillräckliga ytor utomhus ska det motiveras hur förskolan har tänkt erbjuda barnen en fullgod utomhusmiljö, vilket Cymbalen får anses ha gjort.

Cymbalen instämmer i att gården inte är hälsosam för 30 eller 35 lekande barn samtidigt men tyvärr saknas annan mark de kan utnyttja. Man får dessutom anses ha visat att ingen av de parker man besöker innebär att man går längs med några större, trafikerade vägar. Alla 30 barn är ute samtidigt i alla väder men på olika platser. Det är en liten förskola med god kommunikation både inom personalen och med föräldrarna. Att förskolan har en liten gård innebär inget hinder för daglig utomhusvistelse. Detta tillsammans med daglig gymnastik, god hygien och bra mat samt att barnen lär sig om trafiken till och från parkerna medför att riskerna för olägenheter för barnens hälsa minimeras. Förskolan arbetar medvetet med hälsa och både barn och personal har en låg sjukfrånvaro. Därtill har barnen alltid med sig lösa leksaker till parkerna och plockar även med sig material till förskolan som de kan vidareutveckla på gården.

När det gäller barnsäkerheten kan bl.a. nämnas att det alltid är en fråga om personalen som "säkrar" platsen, oavsett om det är på gården eller ute i en park eller lekplats. Blöjbyten för de små barnen görs på förskolan. Om någon ur personalen behöver gå iväg med ett barn för toalettbestyr ute i en park bistår förskolechefen om barngruppen är fulltalig. Vidare får det anses bättre att promenera med barnen till och från parker m.m. än att man skjutsar barnen. Därtill är det naturligt inte bara för deras förskola utan för alla förskolor i stadsmiljö att tvingas passera en del småvägar och att bil- och cykeltrafik är ett ofrånkomligt inslag.

Nämnden pekar på forskning som anger att förskolor med bristande utemiljöer "ofta inte" kompenserar detta med vistelse i andra naturmiljöer. Detta stämmer emellertid inte i Cymbalens fall, de är ute med barnen minst en gång varje dag förutom den spontana utevistelsen på gården under resten av dagen. Förskolan kommer att arbeta lika mycket med utomhusvistelse och barnens hälsa även om verksamheten utökas med fem barn till. Här kan dessutom tilläggas att det inte kommer att vara fem barn till samtidigt året om.

Det är svårt att tillämpa alla aktuella riktlinjer när det gäller yta eftersom Cymbalens förskola ligger i en storstad och i ett bebyggt område. Det kan inte vara meningen att flytta förskolor och göra barn och föräldrar otrygga. Det måste vara så att man utgår från olika förutsättningar när det redan finns en befintlig förskola som arbetar aktivt med rörelse och hälsa. Barnens bästa kommer alltid i första hand i enlighet med Barnkonventionen.

Från och med augusti 2016 har Cymbalen ett barn mindre inskrivet då ett syskon behöver plats i januari 2017. Ett annat barn har fått plats i november 2016 på 15 timmar. I augusti 2017 slutar vissa barn varför platser då blir lediga, och både 15 timmars-barnet och syskonet kan då få heltidsplatser. Nu önskar dock mamman till dessa barn utökad tid då hon ska börja studera i januari 2017. Lämnas ansökan och intyg in ska barnen inte kunna nekas. Det blir ett extra barn i juni/juli 2017 då ett annat barn slutar för att börja skolan. Anledningen till behovet av ett utökat antal platser är således att, för att kunna godkänna utökad vistelsetid så behövs fler

platser som står tomma till dessa oförutsedda händelser. Om beskedet blir att plats inte kan upplåtas åt barnet i fråga finns en hög risk för olägenhet för barnets hälsa, då det behöver bryta upp från sin trygghet på förskolan med alla vuxna och kompisar vilket i sin tur leder till stress. Barnet ska inte behöva ”straffas” för att det får ett syskon eller för att något förändras i föräldrarnas vardag. Förskolan vill i stället kunna ge alla barn en lång och trygg vistelse där fokus inte ligger på antalet kvadratmeter utan på välbefinnandet hos såväl barn som vuxna. Det är inte meningen att förskolan ska ha 35 barn året runt utan de utökade platserna är till för oförutsedda händelser som i ovan nämnda exempel. Detta skulle leda till en trygghet för personal och föräldrar som i sin tur leder till minskad risk för stress hos barnen.

Sammanfattningsvis motsätter sig Cymbalen inte den forskning som finns men anser att domstolen ska se till hur de arbetar förebyggande med barnens välbefinnande och utveckling, samt anledningen till att utöka antalet platser vilket är för att garantera en god hälsa även vid oförutsedda händelser. Cymbalen arbetar aktivt med olika regler och styrdokument för att tillgodose barnens hälsosamma framtid. Oavsett väder väljer förskolan alltid att gå ut med barnen i stället för att stanna inne. Miljön är hälsosam både inomhus och utomhus och komplement finns i form av parker i närmiljön. Barnen får den utomhusvistelse och rörelseaktivitet de behöver, dvs. minst 1 timme fysisk aktivitet om dagen. Dessutom tas barnen kontinuerligt med på utflykter ut i naturen med buss. Förskolan har ett gott betyg i form av nöjda föräldrar och glada barn. Som nämnts ovan önskar förskolan inte ha 35 barn året runt utan endast vissa delar av året då det behövs p.g.a. oförutsedda händelser. Detta leder till ökad trygghet både för barnen och för föräldrarna.

Till stöd för sin talan åberopar Cymbalen bl.a. följande:

- Fotografier och karta
- Daglig utomhusvistelse
- Riskanalys utanför Cymbalen
- Hälsa på Cymbalen
- Trafiksäkerhetspolicy med checklista

- Rapport och blankett för olycka/tillbud
- Utflyktsrutiner och checklista respektive information för utflykter

Nämnden har beretts tillfälle att yttra sig över Cymbalens skrivelse och anför därvid bl.a. följande.

Nämnden ifrågasätter inte förskolepersonalens engagemang och att man arbetar för att få en så bra förskola som möjligt för barnen, utan menar endast att antalet barn leder till att de får tillgång till en för liten yta. I dagsläget har förskolan redan en väldigt liten uteyta, ca 6,3 m² per barn, vilket avviker med 23,7 m² från nämndens riktlinjer. Några slutsatser från Folkhälsomyndighetens yttrande kan inte dras då det bara gällde i generella ordalag, annat än att stöd finns för att en liten uteyta kan innebära olägenhet för barns hälsa. Nämnden anser att verksamhetens rutiner inte behöver begäras ut eftersom det rör sig om så små ytor att det inte fullt ut kan kompenseras med rutiner. Att ställa ytterligare krav på rutiner för att kompensera de för små ytorna kan vidare leda till att den pedagogiska verksamheten begränsas. Det riskerar även leda till svårigheter att tillmötesgå de enskilda barnens behov samt fler tillsynstimmar för att tillse att rutinerna följs. Detta skulle således leda till ökade kostnader för verksamheten. Vidare bedömer nämnden kommunala och privata förskolor lika, det är samma lagstiftning och riktlinjer som används. I t.ex. ett ärende där en kommunal förskola saknat förskolegård har nämnden fattat beslut om att förbjuda utövande av förskoleverksamhet. Samtidigt måste alltid en individuell bedömning göras utifrån bestämmelserna i miljöbalken, varför barnantal, yta, rutiner m.m. kan skilja sig åt mellan olika förskolor. Angående den nyetablerade takförskolan som Cymbalen tar upp som exempel uppfyller denna nämndens riktlinjer på 30 m² per barn. I de fall där undantag gjorts från riktlinjerna angående utemiljö har det gällt tillfälliga förskolor.

REMISSYTTRANDEN

Mark- och miljödomstolen har på begäran av nämnden inhämtat remissyttranden i målet från Folkhälsomyndigheten, Boverket, Sveriges Lantbruksuniversitet (SLU) samt Arbets- och miljömedicin Syd vid Region Skåne (AMM Syd).

Folkhälsomyndigheten har i yttrande framfört huvudsakligen följande.

Barns tillgång till en bra utemiljö vid förskolor är en viktig faktor för barns hälsa. Forskare har i ett antal studier funnit negativa hälsoeffekter såsom sämre sömnkvalitet och bristande koncentrationsförmåga i de fall då förskolegården varit av sämre kvalitet. Vidare finns studier som pekar på att barns fysiska aktivitet ökar om utemiljön utformas så att den stimulerar barnens fysiska aktivitet, samt att mindre gårdar, oavsett antalet barn som vistas där, kan medföra att barngrupper får svårt att utveckla lek och socialt samspel på ett sätt som tillgodoser deras behov. Den tillgängliga utemiljön bör således vägas in som en viktig parameter i bedömningen av om en förskola kan utöka antalet barn. Vidare bör den vägledning som Boverket tagit fram – *Gör plats för barn och unga* – utgöra ett viktigt underlag för prövning enligt 9 kap. MB.

Trots att en risk för olägenhet kan föreligga är det viktigt att ha i beaktande att närhet till grönområden och rutiner för utevistelse delvis kan kompensera en liten förskolegård och därmed eventuella olägenheter. Verksamhetsutövarens egenkontroll och fungerande rutiner blir därför särskilt viktiga för att få till en kvalitativ utevistelse. Folkhälsomyndigheten gör i det aktuella fallet ingen bedömning av huruvida förskolans rutiner och dess närhet till grönområden kan anses tillräckliga för att kunna undanröja eventuella risker för olägenhet enligt 9 kap. MB, utan överlåter detta till domstolens bedömning.

Boverket har i yttrande framfört huvudsakligen följande.

Boverket konstaterar att målet rör en prövning enligt miljöbalkens bestämmelser och kan därför inte uttala sig i sak i målet. Då nämnden hänvisar till Boverkets vägledning *Gör plats för barn och unga! – En vägledning för planering, utformning och förvaltning av skolans och förskolans utemiljö (2015)* finns skäl att översiktligt redovisa för relevanta bestämmelser i PBL, Boverkets allmänna råd (BFS 2015:1) om friyta för lek och utevistelse vid fritidshem, förskolor, skolor eller liknande verksamhet samt aktuell vägledning.

För att uppnå en god och långsiktigt hållbar livsmiljö enligt 1 kap. 1 § PBL ska enligt 2 kap. 7 § 4 PBL vid planläggning av sammanhållen bebyggelse hänsyn tas till behovet av lämpliga platser för lek, motion och annan utevistelse inom eller i nära anslutning till området. Av 8 kap. 9 § andra stycket PBL framgår att om en obebyggd tomt ska bebyggas med byggnadsverk som innehåller en eller flera bostäder eller lokaler för fritidshem, förskola, skola eller annan jämförlig verksamhet, ska det på tomten eller i närheten av den finnas tillräckligt stor friyta som är lämplig för lek och utevistelse. Av 8 kap. 10-11 §§ PBL framgår att om det inte finns tillräckliga utrymmen att anordna både friyta och parkering ska man i första hand ordna friyta, och om tomten är bebyggd gäller att samma regler ska tillämpas i skälig utsträckning.

I Boverkets allmänna råd (BFS 2015:1) till 8 kap. 9 § andra stycket och 10-11 §§ PBL preciseras vad som bör känneteckna en friyta vid skola och förskola som är tillräckligt stor och lämplig för lek och utevistelse. För att friytan ska kunna rymma de kvaliteter som är viktiga för barns lek, lärande och hälsa samt uppfylla de allmänna råden, bör friytan ha en viss storlek, vilket framgår av aktuell vägledning. En prövning enligt PBL, med beaktande av Boverkets allmänna råd (BFS 2015:1) samt aktuell vägledning, skulle resultatet sannolikt bli att angiven yta inte är tillräcklig i förhållande till antalet förskolebarn. Huruvida en analog tillämpning i förevarande mål är möjlig har domstolen att bedöma.

SLU har i yttrande framfört huvudsakligen följande.

SLU delar nämndens uppfattning att trycket på befintliga grönytor ökar och att barns dagliga vistelseytor utomhus minskar till förmån för andra intressen. Detta leder på sikt till att möjligheterna att skapa en god bebyggd miljö, som är ett övergripande mål inom ramen för både miljöbalken och PBL, utarmas. Länsstyrelsen synes i sin bedömning inte ha tagit hänsyn till Barnkonventionens artikel 31, som reglerar barns rätt till lek och fritid och samhällets ansvar för att erbjuda möjligheter till detta där barnen bor och lever.

I arbetet bakom Boverkets allmänna råd (BFS 2015:1) gjordes bedömningen att det centrala avseende ytrekommendationer är att varje kommun upprättar sina egna riktlinjer. På så sätt kommer de lokala förutsättningarna i första rummet, med syfte att fungera som beslutsstöd och rättesnöre i kommunens egen tillståndsprovning på olika nivåer. I Malmö kommun regleras detta i *Friytor vid förskolor och skolor; riktlinjer från stadsbyggnadsnämnden i Malmö*. Att som i Cymbalens fall bedriva förskoleverksamhet med 6,3 m² per förskolebarn avviker kraftigt från kommunens egna riktlinjer som stadgar 30 m² per barn. Med utökningen minskar friytan till 5,4 m² per barn, dvs. endast 18 % av riktlinjerna. SLU:s bedömning är att detta är en orimligt stor avvikelse från det Malmö kommun själv definierat som en tillräckligt stor friyta för lek och utevistelse. Länsstyrelsens beslutsmotivering att ytan minskar med ”knappt en kvadratmeter per barn” får således anses obetänkt.

SLU har gjort en okulärbesiktning på plats och fann därvid stora brister i tillämpningen av de kvalitetskrav som Boverket preciserat i dess allmänna råd (BFS 2015:1). SLU anser att mark- och miljödomstolen bör förrätta syn på plats innan beslut fattas i målet. Inget i handlingarna styrker om den angivna ytan per barn avser lekbar yta eller om plats för angöring, varuleveranser, parkering med mera ingår, vilket utgör ytterligare en riskfaktor i bedömningen. Hur det förhåller sig i Cymbalens fall bör således undersökas och vägas in i beslutet.

Forskningsstudier visar att barn på förskolor som i direkt anslutning till verksamheten har utemiljöer som är gröna, rymliga och varierade generellt har bättre hälsa. I internationella studier har ingått förskolor från den aktuella stadsdelen, vilket utgör ytterligare en styrka vid tillämpningen av forskningen i det aktuella fallet. Nyckeln till den hälsofrämjande leken i förskolors utemiljö är kombinationen av fysisk aktivitet och goda möjligheter för barnen att på eget initiativ växla över till mer lugna utforskande former för lek och samspel. En bedömning utifrån de kriterier som tillämpas i denna forskning och som utfördes vid den okulära besiktningen på Cymbalen ger vid handen att dess utemiljö får lägsta betyg i de tre parametrar som mäts: 1) yta, 2) andel kuperad terräng/vegetation respektive 3) variation på gården.

Boverkets allmänna råd slår fast att friyta i förskolor bör placeras i direkt anslutning till byggnadsverk som innehåller lokaler för förskola, förskoleklass etc. och att barnen självständigt ska kunna ta sig mellan byggnadsverket och friytan. Att hänvisa till åtkomliga grönområden i närområdet i stället för egen friyta är således inget argument. För Cymbalens del ligger närmaste grönyta ca 150-200 meter från förskolan, en grönyta utan speciella lekvärden omgiven av verksamheter och bostäder. Övriga närliggande grönytor är avskilda från Cymbalen med större trafikerade vägar.

Friytan bör, enligt Boverkets allmänna råd (BFS 2015:1), vara så rymlig att det utan svårighet eller risk för omfattande slitage går att ordna varierande terräng- och vegetationsförhållanden. Vegetationens lekvärde har svårare att behållas eller återetableras vid ett större antal barn, oaktat om barnen vistas ute samtidigt eller schemaindelat, och i sådana fall har ibland t.ex. gummiasfalt eller andra hårdgjorda material såsom asfalt och plattor ersatt vegetation och annat material med högt lekvärde. Cymbalens utemiljö består uteslutande av en kombination av asfaltsytor, gummimattor och plastmattor av olika slag. Kemikalieinspektionen intar en generellt sett kritisk hållning till användandet av detta slags material eftersom risken för ohälsa ökar i närkontakt med materialet. Dessutom har en studie vid SLU visat att gummiasfalt kan nå mycket höga temperaturer i solsken, i vissa fall över 60°C, vilket inte kan anses som hälsosamt. I Cymbalens fall saknas gräs och vegetation i markplan, och växterna återfinns i ett antal odlingslådor.

Att Cymbalen argumenterar för att mindre friyta per barn inte kommer att innebära några olägenheter för barnens hälsa ska ses i ljuset av att skolan önskar få bättre ekonomi. SLU:s erfarenhet pekar på att utemiljön inte alltid ses som en pedagogisk resurs utan lika ofta som en tärande kostnadspost. Att för små ytor utomhus bidrar till mer stillasittande och inomhusvistelse är inget orimligt antagande. En rymlig och i barnets perspektiv attraktiv, utmanande och tillräckligt stor friyta i omedelbar anslutning till förskolebyggnad borde vara en självklarhet i ett samhälle som följer sin egen lagstiftning om en god och hälsosam byggd miljö.

Det kan vara värt att nämna att det åberopande om ortsvanlighet att godta mindre ytor för barn som nämns i Växjö's tingsrätts dom den 15 mars 2016, mål nr M 3937-15, bör ifrågasättas. Studier visar att rekommendationer och praxis för barns utemiljöer varierar i stor grad mellan olika orter och kommuner med olika storlek och förutsättningar. Bestämmelsen i 1 kap. 1 § miljöbalken syftar till att främja en hållbar utveckling och tillförsäkra en hälsosam och god bebyggd miljö. I detta fall bör man tydligare sätta barnets bästa i första rummet i enlighet med Barnkonventionen. En gradvis minskning av de utemiljöer som förskolebarn har tillgång till kan inte anses överensstämma med detta mål. SLU håller på denna punkt helt med nämnden, och menar att dess argument vilar både på juridisk och på forskningsmässig grund. Länsstyrelsens beslut bör därför upphävas.

SLU åberopar en okulärbesiktning daterad den 23 september 2016 av de faktiska förutsättningarna för förskolebarnens lek och utevistelse på Cymbalens förskola i Malmö.

AMM Syd har i yttrande framfört huvudsakligen följande.

AMM Syd instämmer i nämndens bedömning rörande olämpligheten i att utöka barngruppen med ytterligare fem barn, från 30 till 35. En utökning av barngruppen skulle medföra en minskning av varje barns fria lekryta på förskolegården med 0,9 m² till ca 2,5x2 m/barn samt ytterligare begränsa möjligheterna till fri tillgång och utevistelse för förskolans samtliga barn. Betydelsen av fysisk aktivitet för barn och unga för deras fysiska, psykiska och kognitiva utveckling och hälsa är välbelagt. Detta gäller även vikten av tillgång till en god utemiljö för att främja och möjliggöra sådan aktivitet. I Boverkets vägledning *Gör plats för barn och unga* rekommenderas att en förskola bör tillhandahålla en uteyta om minst 40 m²/barn. Malmö kommuns egna riktlinjer är 30 m²/barn. Små barn är känsligare än större barn och vuxna för den yttre miljöns påverkan på fysisk och mental utveckling. Till skillnad från skolbarn, vars skolmiljö regleras i skollagen, saknas ett regelverk som tar hänsyn till dessa aspekter för de riktigt små barnen. Förskolans miljö regleras i de allmänna lagtexterna i miljöbalken vilken saknar ett barnperspektiv, och det är

därför av extra stor vikt att vidmakthålla och beakta de evidensbaserade riktlinjer och rekommendationer som finns kring de minsta barnens miljö.

Cymbalens utemiljö har i dagsläget endast 15 % av den yta Boverket rekommenderar och 20 % av Malmö kommuns riktlinjer för förskolemiljö, vilket i sig är anmärkningsvärt. Denna yta skulle ytterligare reduceras till att endast utgöra 12,5 respektive 16 % om barngruppen utökades. Att kringgå kommunens riktlinjer genom att hänvisa till att barnen på Cymbalen redan i dagsläget har en så pass liten uteyta att en ytterligare minskning av denna inte kan anses påverka deras förhållanden nämnvärt är inte acceptabelt från miljömedicinsk synpunkt. Allmänna parkmiljöer kan och bör inte likställas med en egen förskolegård utan snarare ses som ett komplement. Länsstyrelsen hänvisar till ett tidigare domslut (M 3937-15) som lutar sig mot det faktum att stadsbarn i de större städerna generellt sett har mycket små förskolegårdar att tillgå. Enligt AMM Syds mening är detta snarare ett skäl att mer strikt tillämpa kunskapsbaserade riktlinjer på området.

Tillgång till barntillsyn är en viktig faktor för att småbarnsföräldrar ska finna en balans mellan familj och arbete. Det finns därför även ur arbets- och miljömedicinsk synpunkt en balans mellan detta och de krav som ställs på lokaler för sådan omsorg och som eventuellt kan begränsa tillgången. Mot detta står dock kunskapen om betydelsen av fysisk aktivitet redan från mycket låg ålder för kommande hälsa och mental och motorisk utveckling. Denna aspekt överväger klart då det rör sig om ställningstagande till så små ytor för uteaktiviteter som i det aktuella fallet. Stadsbarns tillgång till "egna" trygga utemiljöer och utevistelse i anpassade sådana är ytterst begränsad. För de minsta barnen i våra storstäder utgör ofta förskolans gård den enda egna uteyta de har fri tillgång till större delen av året.

AMM Syd bedömer följaktligen att aktuell barngrupp inte ska utvidgas eftersom ytterligare minskning av den redan mycket begränsade utemiljön riskerar att inverka menligt på deras fysiska och psykiska utveckling.

DOMSKÄL*Handläggningen i mark- och miljödomstolen*

SLU har i sitt remissyttrande till mark- och miljödomstolen anfört att domstolen bör förrätta syn på plats innan beslut fattas i målet. Domstolen finner emellertid med hänsyn till den utredning som finns tillgänglig att målet får anses tillfredsställande utrett utan att syn företas.

Bedömning i sak

Tillämpliga bestämmelser framgår av det överklagade beslutet.

Frågan i målet är om nämnden haft fog för sitt beslut att förbjuda Cymbalen att utöka sin förskoleverksamhet med fem platser, dvs. från 30 till 35 barn, med motiveringen att den minskning av antalet kvadratmeter uteyta per barn som utökningen skulle innebära riskerar att skada eller medföra olägenheter för barnens hälsa.

Domstolen vill inledningsvis anmärka att den inte ifrågasätter den forskning som har åberopats i målet och som utvisar att barn som redan i förskoleåldern vistas mycket utomhus och har tillgång till goda utomhusmiljöer för lek m.m. generellt uppvisar en bättre hälsa och utveckling, både fysiskt och psykiskt. Vidare är det ostridigt att Cymbalen redan i dagsläget underskrider såväl Malmö kommuns som Boverkets riktlinjer gällande minsta antalet kvadratmeter uteyta för förskolebarn. Domstolen ifrågasätter, i likhet med länsstyrelsen, inte att en sådan omständighet i och för sig skulle kunna riskera att inverka menligt på barns hälsa på sätt som avses i 9 kap. 7 § MB.

Vad som framkommit om de aktuella förhållandena på Cymbalens förskola, såväl i dagsläget som i samband med den planerade utökningen, kan enligt domstolens mening emellertid inte anses riskera att medföra sådan skada eller olägenhet för barnens hälsa och utveckling så som nämnden har anfört. Mark- och miljödomstolen instämmer således i länsstyrelsens bedömning härom, samt tillägger för egen del följande.

Cymbalen får anses ha visat att den arbetar aktivt och på daglig basis med att tillse att dess förskolebarn bereds väl tilltagna möjligheter att vistas utomhus, såväl på förskolans egen utegård som i närliggande parker och lekplatser samt i form av utflykter i naturen. Det är ett vanligt inslag i städer att förskolebarn tas ut för att leka i offentliga parker och på lekplatser, och även om det finns generella risker med detta i form av trafik, lösspringande hundar, farliga föremål m.m. så måste fördelarna med att barnen tas ut på detta sätt anses överväga nackdelarna. Cymbalen har enligt domstolens mening utarbetat tydliga policys och rutiner för att se till så att detta sker på ett så säkert och tillfredsställande sätt som möjligt, och domstolen finner inte heller att förskolan är belägen på ett sådant sätt att det kan anses olämpligt från trafiksynpunkt att på daglig basis ta ut barnen till de närliggande parkerna och lekplatserna. Sammantaget anser domstolen i denna del att Cymbalen har ett både säkert och tillfredsställande komplement till sin egen utegård i form av närliggande parker och lekplatser, vilket således åtminstone delvis väger upp det förhållandet att förskolegårdens yta understiger Malmö kommuns och Boverkets riktlinjer.

Vad gäller förskolegårdens storlek finner domstolen vidare, i likhet med mark- och miljödomstolens bedömning i mål nr M 3937-15, att denna i förhållande till det antal förskolebarn Cymbalen har i dagsläget respektive planerar att utöka till inte väsentligt skiljer sig från vad som är vanligt i stora och medelstora städers innerstadsområden. Dessutom har framgått att Cymbalen ser till så att alla barnen inte är ute samtidigt på gården. Dessa omständigheter tillsammans med det som Cymbalen i målet har pekat på avseende barnens tillgång till utegården i fråga och dess utbud och variation av utomhusleksaker, samt de lek- och lärandeaktiviteter som barnen bereds tillfälle till på gården, leder enligt domstolens mening till att den störning det innebär för Cymbalens förskolebarn att ha en utegård vars yta understiger tillämpliga riktlinjer inte kan anses utgöra en sådan risk för deras hälsa eller olägenhet för dem som avses i 9 kap. 7 § MB.

Därtill har framgått att motivet till utökningen av antalet platser synes vara att Cymbalen vill förhindra att det uppstår oväntade, negativa situationer ur ett

trygghetsperspektiv i form av att barn, t.ex. syskon till barn som redan har plats på aktuell förskola, av olika anledningar riskerar bli utan berättigad och erforderlig förskoleplats under kortare eller längre tid. Således minskas den reella verkan av platsutökningen genom att alla platser inte tas i anspråk samtidigt utan endast tillfälligt- och undantagsvis. Nämnden har såvitt framgår inte bestritt detta. Vid ett sådant förhållande – och mot bakgrund av den redan begränsade negativa effekt som den aktuella förskolegårdens yta i relation till det aktuella antalet barn får anses ha för barnens hälsa och utveckling i enlighet med domstolens ställningstaganden ovan – anser domstolen i likhet med länsstyrelsen respektive mark- och miljödomstolen i mål nr M 3937-15 att det måste anses orimligt att förbjuda en utökning av verksamheten med fem platser jämlikt 2 kap. 7 § MB.

Vid en sammantagen bedömning finner mark- och miljödomstolen således att länsstyrelsen har haft fog för sitt beslut att upphäva nämndens aktuella beslut att förbjuda Cymbalen att utöka sin förskoleverksamhet från 30 till 35 platser i befintliga lokaler på fastigheten XX. Vad nämnden i övrigt anfört och åberopat i målet föranleder ingen annan bedömning. Överklagandet ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 2 (DV427)

Överklagande senast den 14 mars 2017.

Cecilia Giese Hagberg

I domstolens avgörande har deltagit rådmannen Cecilia Giese Hagberg, ordförande, och tekniska rådet Catharina Hederström. Föredragande har varit beredningsjuristen Martin Nyberg.



SVERIGES DOMSTOLAR

ANVISNING FÖR HUR MAN ÖVERKLAGAR - DOM I MÅL SOM HAR ÖVERKLAGATS TILL MARK- OCH MILJÖDOMSTOLEN

Den som vill överklaga mark- och miljödomstolens dom ska göra detta skriftligen. **Skrivelsen ska skickas eller lämnas till mark- och miljödomstolen.** Överklagandet prövas av Mark- och miljööverdomstolen vid Svea hovrätt.

Överklagandet ska ha kommit in till mark- och miljödomstolen **inom tre veckor** från domens datum. Sista dagen för överklagande finns angiven på sista sidan i domen.

För att ett överklagande ska kunna tas upp krävs att Mark- och miljööverdomstolen lämnar **prövningstillstånd**. Det görs om:

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som mark- och miljödomstolen har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som mark- och miljödomstolen har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står mark- och miljödomstolens avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Mark- och miljööverdomstolen varför klaganden anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla uppgifter om:

1. den dom som överklagas med angivande av mark- och miljödomstolens namn, datum för domen samt målnummer,
2. den ändring av mark- och miljödomstolens dom som klaganden vill få till stånd,
3. grunderna (skälen) för överklagandet,
4. de omständigheter som åberopas till stöd för att prövningstillstånd ska meddelas, samt
5. de bevis som åberopas och vad som ska styrkas med varje bevis.

Skriftliga bevis som inte lagts fram tidigare ska ges in samtidigt med överklagandet.

Om ni tidigare informerats om att **förenklad delgivning** kan komma att användas med er i målet/ärendet, kan sådant delgivningssätt också komma att användas med er i högre instanser om någon överklagar avgörandet dit.

Ytterligare upplysningar lämnas av mark- och miljödomstolen. Adress och telefonnummer finns på första sidan av domen.