



Fylkesmannen i Sør-Trøndelag

Postboks 4710 Sluppen, 7468 Trondheim
Sentralbord: 73 19 90 00, Telefaks: 73 19 91 01
Besøksadresse: E. C. Dahls g. 10

Saksbehandler
Christian Spets
Oppvekst- og utdanningsavdelingen

Innvalgstelefon
73 19 93 03

Vår dato
15.06.2017
Deres dato
16.05.2017

Vår ref. (bes oppgitt ved svar)
2017/3720-323
Deres ref.

Trondheim kommune
Bystyresekretariatet
Postboks 2300, Sluppen
7004 TRONDHEIM

Vedtak i krav om lovlighetskontroll - bystyrets vedtak i sak 4/17 verbalt forslag 13 - Trondheim kommune

Fylkesmannen viser til oversendelse av krav om lovlighetskontroll i brev av 16. mai 2017 fra Trondheim kommune.

Fylkesmannen har gjort følgende vedtak i saken:

Vedtak i sak 4/17 verbalt forslag 13 kjennes ugyldig og oppheves, jf. kommuneloven § 59 nr. 4 andre ledd

Fylkesmannens vedtak kan ikke påklages.

Sakens bakgrunn

Bystyret i Trondheim kommune fattet i møte 26. januar 2017 vedtak i sak 4/17 verbale forslag. Bystyret fattet følgende vedtak i verbalforslag nr. 13:

«Bystyret ønsker at alle nye barnehager som etableres skal være drevet av kommunen eller ideelle aktører og ber rådmannen følge opp dette så langt som mulig bl.a. gjennom reguleringsplaner.»

Bystyrerepresentantene Elin Marie Andreassen (FrP), Morten Ellefsen (FrP), Sivert Bjørnstad (FrP) og Maria Alseth (FrP) har sammen i epost av 30. januar 2017 satt fram krav om lovlighetskontroll av vedtakets verbalforslag nr. 13.

I begjæringen skriver bystyrerepresentantene at:

«... vedtaket fattet av flertallet i bystyret i Trondheim kommune kan være i strid med Lov om barnehager § 14. Kommunalt tilskudd til godkjente ikke-kommunale barnehager.»

Dette blir underbygget med en uttalelse fra Fylkesmannen i Oslo og Akershus som har veiledet om tolkningen av barnehageloven §§ 14 og 14a i brev til Byrådet i Oslo kommune av 23. september 2016. I tillegg blir det vist til at Kommunadvokaten i Oslo har uttalt at det med nokså stor sannsynlighet ikke kan lages et skille mellom ideelle og kommersielle aktører. Kommunadvokaten har uttalt seg i brev av 12. september 2016.

I tillegg ble også professor i rettsvitenskap ved Universitet i Oslo, Tarjei Bekkedal, bedt av partiet Rødt om å foreta en juridisk vurdering av om barnehageloven med forskrifter tillater en politikk hvor nye offentlige økonomiske tilskudd til drift av private barnehager forbeholdes ideelle aktører.

Etter kommunevalget høsten 2015 skjedde det en endring i hvem som hadde det politiske flertallet i Oslo kommune. Det nye Byrådet i Oslo kommune har inngått en politisk samarbeidsavtale med partiet Rødt som i punkt 2 d lyder slik:

«Disse partiene er enige om at kommunen og ideelle virksomheter skal stå for drift av alle nye barnehager i Oslo. Kommunen må realisere dette prinsippet i tråd med gjeldende lov- og regelverk.»

I notat av 1. september 2016 konkluderer professor Bekkedal med at barnehageloven åpner for en slik politikk.

Bystyret i Trondheim behandlet verbalforslaget på nytt i møte 26. april 2017 og det ble fattet vedtak i sak 58/17 om å opprettholde vedtaket i sak 4/17, verbalforslag nr. 13.

Saken ble deretter oversendt Fylkesmannen for lovlighetskontroll.

Vilkår for å ta saken under behandling

I henhold til kommuneloven § 59 nr. 1, kan tre eller flere medlemmer av kommunestyret sammen bringe «avgjørelser» truffet av kommunalt organ inn for «departementet» til kontroll av avgjørelsens lovlighet. Departementets myndighet etter kommuneloven § 59 nr. 1-6 er lagt til det departement som forvalter den aktuelle loven, på grunnlag av de til enhver tid gjeldende organisatoriske bestemmelser. Departementets myndighet er delegert til Fylkesmannen, jf. revidert versjon av rundskriv H-25/92.

Vilkåret om antall medlemmer som skal til for å bringe en sak inn for lovlighetskontroll er oppfylt. Kravet om lovlighetskontroll er også satt fram innenfor fristen på tre uker, jf. forskrift om tidsfrist for lovlighetskontroll § 1.

Det er videre et vilkår at lovlighetskontrollen gjelder en «avgjørelse». I saksframlegg av 6. mars 2017 uttaler Ordføreren i Trondheim kommune at:

«Verbale forslag er å anse som en politisk føring, i dette tilfellet et ønske om at nye barnehager skal være kommunalt eller ideelt drevet. De videre formuleringer er forholdsvis runde: «følge opp dette så langt som mulig» og «blant annet gjennom reguleringsplaner». Bystyret tar her forbehold om at lovverket kan sette begrensninger for hvilke midler som kan brukes. Det politiske synspunktet står imidlertid fast.»

Kommunal- og moderniseringsdepartementet har i veileder H-2299, til lovlighetskontroll etter kommuneloven § 59, tolket begrepet «avgjørelse». I underkapittel 6.1.3.2, nest siste avsnitt, uttales det at:

«Det kan reises spørsmål om vedtak om kommunale retningslinjer kan være gjenstand for lovlighetskontroll etter § 59. Fastsettelse av retningslinjer har isolert ikke selvstendige rettsvirkninger og er heller

ingen realitetsavgjørelse i en sak. Retningslinjene er imidlertid ment som autoritative utsagn som skal legge føringer for kommunens saksbehandling. Det er naturlig at den kommunale administrasjonen anser seg forpliktet til å følge retningslinjene i behandlingen av sakene og bruker dem som en del av normgrunnlaget for sine vedtak. Autoritative utsagn som er ment å få betydning for andres saksbehandling kan anses å falle inn under avgjørelsesbegrepet i fvl. § 6. Disse forholdene taler etter departementets vurdering samlet for at vedtak om kommunale retningslinjer også kan anses som en «avgjørelse» og være gjenstand for lovlighetskontroll etter § 59.»

Fylkesmannen er enig i ordførerens resonnement om at det vedtatte forslaget er å anse som en politisk føring. Vi er videre av den oppfatning at en slik føring vil ha en autoritativ betydning, i form av instruks, for hvordan kommuneadministrasjonen vil forsøke å styre etableringen av nye barnehager i kommunen.

Fylkesmannen finner etter dette at vilkåret om at lovlighetskontrollen må gjelde en «avgjørelse» er oppfylt.

Av kommuneloven § 59 nr. 4 fremgår det at lovlighetskontrollen etter denne bestemmelsen er begrenset til følgende forhold:

- Om avgjørelsen er innholdsmessig lovlig (materiell kompetanse)
- Om avgjørelsen er truffet av kompetent organ (personell kompetanse)
- Om saksbehandlingsreglene er fulgt (prosessuell kompetanse)

Kontrollen kan ikke begrense seg til ett av de ovennevnte forholdene, men må omfatte alle. Kontrollen vil omfatte alle alminnelige krav til forvaltningsavgjørelser, herunder ulovfestede forvaltningsrettslige prinsipper. Dersom Fylkesmannen kommer til at avgjørelsen er ugyldig, skal avgjørelsen oppheves. Fylkesmannen har ikke kompetanse til å fatte ny avgjørelse ved lovlighetskontroll, bare til å oppheve den foreliggende avgjørelse dersom den er ugyldig, jf. kommunelovens § 59 nr. 4 andre ledd.

Når det gjelder feil ved saksbehandlingen gjelder det forvaltningsrettslige prinsipp om at det bare er feil som kan ha hatt innvirkning på vedtakets innhold som fører til ugyldighet.

Fylkesmannens vurdering

Avgrensning

I saksfremlegget til behandlingen i Bystyret er det vedlagt et notat fra Rådmannen i Trondheim kommune av 2. mars 2017. I dette notatet konkluderer Rådmannen blant annet med at:

«Plan- og bygningsloven gir klare rettslige rammer for regulering av nye barnehager. Det er rådmannens oppfatning at kommunen gjennom reguleringsplaner kan legge til rette for at nye barnehager som etableres skal være kommunale, men at et krav om at private barnehager skal være ideelle faller utenfor reguleringshjemmelen.»

Fylkesmannen ser her at Trondheim kommune konkluderer med at verbalforslaget ikke kan gjennomføres innenfor plan- og bygningsloven sine rettslige rammer.

I kravet om lovlighetskontroll går det videre fram at:

«Vi er av den oppfatning at vedtaket fattet av flertallet i bystyret i Trondheim kommune kan være i strid med Lov om barnehager § 14. Kommunalt tilskudd til godkjente ikke-kommunale barnehager.»

Fylkesmannens lovlighetskontroll avgrenses derfor mot vurderinger etter plan- og bygningsloven. Kontrollen vil omhandle barnehageloven med tilhørende forskrifter.

Personell kompetanse

Det følger av barnehageloven § 8 første ledd første setning at kommunen er lokal barnehagemyndighet. Bystyret, som øverste organ i kommunen, har myndighet til å fatte avgjørelser som barnehagemyndighet etter barnehageloven.

Vedtaket i sak 4/17, verbalforslag 13 er fattet av kompetent organ.

Prosessuell kompetanse

Denne vurderingen skal omfatte de aktuelle saksbehandlingsreglene som gjelder på området, både i kommuneloven, forvaltningsloven og eventuell særlovgivning. I tillegg må de ulovfestede prinsipper for god forvaltningsskikk være fulgt.

I og med at vedtaket oppheves på annet grunnlag har ikke Fylkesmannen gått langt i denne vurderingen. Vi kan ikke umiddelbart se at det foreligger prosessuelle mangler ved kommunens saksbehandling.

Materiell kompetanse

Det vedtatte verbalforslaget som er gjenstand for lovlighetskontrollen sier at:

«Bystyret ønsker at alle nye barnehager som etableres skal være drevet av kommunen eller ideelle aktører og ber rådmannen følge opp dette så langt som mulig bl.a. gjennom reguleringsplaner.»

Det er ikke regulert i barnehageloven hva som menes med «ideell» aktør. Barnehageloven sonderer mellom «kommunale» og «ikke-kommunale» (heretter omtalt som private barnehager) barnehager. I saksfremlegget til behandlingen av lovlighetskontrollen i Bystyret blir det skilt mellom kommunalt drevne barnehager på den ene siden, og «ideelle» og «kommersielle» på den andre. Det blir ikke redegjort nærmere for hva som legges til grunn i forskjellen på en «ideell» og «kommersiell» barnehage.

I rapport «Ideelle organisasjoners særtrekk og merverdi på helse- og omsorgsfeltet»ⁱ blir det uttalt om «ideelle» aktører at:

ⁱ Ideelle organisasjoners særtrekk og merverdi på helse- og omsorgsfeltet, Håkon Dalby Trætteberg og Karl Henrik Sivesind, Senter for forskning på sivilsamfunn og frivillig sektor, rapport 2015:2.

«I Norge har vi ikke noen juridisk kategori for ideelle virksomheter slik de har i en del andre land. Forskriften for offentlige anskaffelser har heller ikke noen definisjon av hva som utgjør en ideell virksomhet. Begrepet som brukes om disse virksomhetene er ideelle organisasjoner, og fra regjeringens veileder for offentlige anskaffelser heter det at disse er:

Virksomhetene skiller seg fra kommersielle virksomheter ved at de ikke har profitt som formål, eventuelt at overskudd utelukkende benyttes til å drifte og tilby humanistiske og sosiale tjenester til allmennheten eller spesielle grupper uten at mottager yter et fullt ut regningsvarende vederlag (s. 99)

Det understrekes at manglende mulighet til å ta utbytte fra virksomheten ikke er et tilstrekkelig kriterium for å bli ansett som ideell, da det er en rekke andre måter å lede midler ut av virksomheten på. ... her er det John Hopkins Comparative Nonprofit Sector Study som har utviklet den mest anerkjente definisjonen på ideelle virksomheter. Denne definisjonen består av fem punkter og tilpasset norske forhold har Sivesind (2008) formulert det slik:

- Organisert. Aktiviteten er varig og regelmessig for eksempel ved at organisasjonene har møter, medlemskap og prosedyrer for beslutningstaking som deltakerne oppfatter som legitime. Dette inkluderer også uformell aktivitet, det spiller ingen rolle om organisasjonsformen er formelt vedtatt eller representerer en lovfestet kategori.*
- Privat. Organisasjonen er ikke formelt underlagt offentlig styring, selv om den kan motta betydelige inntekter fra det offentlige.*
- Videreforder ikke fortjeneste. Organisasjonen har ikke primært et kommersielt fokus, og deler ikke ut fortjeneste til direktører, aksjeeiere, medlemmer eller andre. Overskudd må brukes i tråd med organisasjonens hovedformål.*
- Selvstyrt. Organisasjonen har en styringsstruktur, kan nedlegges på eget initiativ og står ansvarlig for sine aktiviteter.*
- Frivillig. Medlemskap eller deltakelse er ikke lovpålagt eller obligatorisk.*

Det overordnede poenget i forståelsen av hva som utgjør en ideell aktør er at disse ikke har profitt som motiv, men heller har en virksomhetside som går ut på å fremme andre goder for samfunnet. Hvilke goder dette er kan variere da det er de ideelle selv som utformer sin virksomhetside og som rekrutterer til innsats med basis i denne ideen.»

Fylkesmannen legger etter dette Sivesind sin definisjon av hva som utgjør en ideell aktør til grunn. Kort gjengitt er de ideelle aktørene de som ikke har profitt som motiv, i motsetning til de kommersielle.

Det bemerkes at også ideelle aktører kan ta verdier ut av virksomheten de driver uten å miste sin status som ideell aktør. Dette kan de gjøre så lenge verdiene blir brukt til å fremme andre goder for samfunnet, i motsetning til at de blir tatt ut som ren profitt til fordeling mellom direktører, aksjeeiere og andre.

Det blir etter dette for enkelhets skyld skilt mellom ideelle og kommersielle aktører ved at de kommersielle kjennetegnes av at de vil søke å ta verdier ut av virksomheten i form av profitt der dette er mulig.

Med dette lagt til grunn vil Fylkesmannen ta stilling til om verbalforslaget kan gjennomføres innenfor rammene av barnehageloven med tilhørende forskrifter.

Det følger av barnehageloven § 6 at dersom man oppfyller bestemmelsens kumulative vilkår i første ledd bokstav a til c, plikter virksomheten å søke kommunen om godkjenning som «barnehage».

Det er kommunen som lokal barnehagemyndighet som avgjør søknader om godkjenning som barnehage, jf. barnehageloven §§ 10 og 11. Det går fram av § 10 første ledd at søknaden skal avgjøres etter en vurdering av barnehagens «egnet i forhold til formål og innhold, jf. §§ 1, 1a og 2.».

I forarbeidende til bestemmelsen, Ot.prp.nr.72 (2004-05), er i det i merknadene til § 10 uttalt at:

«Dagens frie etableringsrett videreføres. 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 barnehagetilbudet i kommunen. Dette gir lik mulighet for etablering for kommunale og ikke-kommunale utbyggere.»

Dette betyr at en virksomhet som søker om godkjenning som barnehage og oppfyller kravene til egnethet har rett på godkjenning fra barnehagemyndigheten.

Barnehagemyndigheten kan med andre ord ikke nekte en virksomhet godkjenning som barnehage med bakgrunn i om eieren er en ideell eller kommersiell aktør, jf. § 10 første ledd.

En måte å gjennomføre den politiske føringen i verbalforslaget er at barnehagemyndigheten stiller vilkår ved godkjenningen som i realiteten ekskluderer alle søkere som ikke er kommunale eller ideelle.

Av § 10 andre ledd går det fram at kommunen ved godkjenning «kan sette vilkår for driften med hensyn til antall barn, barnas alder og oppholdstid». Det er således en åpning for kommunen til å sette vilkår ved godkjenningen.

Utdanningsdirektoratet har imidlertid i sin tolkningsuttalelse av 13. januar 2015 uttalt at § 10 andre ledd uttømmende regulerer hvilke vilkår kommunen kan stille når de godkjenner barnehager. Kommunen kan derfor ikke stille vilkår som vil ekskludere andre søkere enn de kommunale eller ideelle ved godkjenningsprosessen av barnehager etter barnehageloven § 10.

Med hjemmel i barnehageloven § 15 er det gitt forskrift om foreldrebetaling i barnehager. Det følger av forskriften at det er en maksimalgrense for hva en barnehage kan ta i foreldrebetaling for en plass i sin barnehage. Maksimalgrensen blir fastsatt i Stortingets årlige budsjettvedtak. Maksimalprisen for

2017 er 2 730 kroner per måned, og totalt 30 030 per år. Det er mulig å gjøre unntak fra maksimalprisen når nærmere vilkår er oppfylt, jf. forskriften § 4.

De aller fleste private barnehager vil likevel ikke overleve økonomisk sett med inntekter kun gjennom foreldrebetalingen. De fleste er avhengig av tilskudd fra kommunen for å kunne finansiere barnehagedriften.

Kommunens tilskuddsforvaltning til de private barnehagene vil derfor kunne styre etableringen og driften av nye barnehager, dersom det ikke gis tilsagn om tilskudd til finansiering av barnehagedriften, eller det settes vilkår for bruken av tilskudd.

Det er barnehageloven §§ 14 og 14 a med tilhørende forskrifter som regulerer den kommunale tilskuddsforvaltningen til godkjente private barnehager og bruken av tilskuddet. I § 14 første til tredje ledd heter det at:

«Kommunen skal yte tilskudd til ordinær drift av alle godkjente, ikke-kommunale barnehager i kommunen, forutsatt at barnehagen har søkt om godkjenning før barnehagesektoren er blitt rammefinansiert.

Kommunen kan yte tilskudd til barnehager som søker om godkjenning etter at barnehagesektoren er rammefinansiert.

Godkjente ikke-kommunale barnehager, jf. første og andre ledd, skal behandles likeverdig med kommunale barnehager i forhold til offentlig tilskudd. Kongen kan gi forskrifter med nærmere bestemmelser om hva som menes med likeverdig behandling.»

Etter første ledd «skal» kommunen yte tilskudd. Denne bestemmelsen gjelder imidlertid kun for de barnehagene som søkte om godkjenning før barnehagesektoren ble rammefinansiert i 2011. Bystyrets føring i verbalforslaget gjelder etablering av nye barnehager.

Etter andre ledd «kan» kommunen yte tilskudd til barnehager som søker om godkjenning etter at barnehagesektoren ble rammefinansiert. Det fremgår av forarbeideneⁱⁱ til bestemmelsen at uttrykket «kan» her innebærer at det tilligger kommunens frie skjønn å vurdere om tilskudd skal gis eller ikke.

Det følger av den ulovfestede vilkårlæren at når forvaltningen har en viss frihet til å bestemme om en søknad skal innvilges eller ikke, har den kompetanse til å sette vilkår innenfor visse grenser. Av denne følger det at vilkår som stilles må ha saklig sammenheng med begunstigelsen (de må være «rimelige og relevante») og de må ikke være uforholdsmessig tyngendeⁱⁱⁱ.

Spørsmålet er dermed om den politiske føringen i verbalforslaget kan gjennomføres ved at kommunen ved tilsagn om tilskudd setter vilkår om at mottaker ikke kan ta ut verdier e.l. av barnehagedriften, og på den måten ekskluderer de kommersielle barnehageeierne til fordel for de ideelle aktørene.

ⁱⁱ Innst.O.nr.103 (2008-2009) s. 3, og Ot.prp.nr.57 (2007-2008) merknader til § 14.

ⁱⁱⁱ Eckhoff/Smith, Forvaltningsrett, 10. utgave, 2014, s. 414.

Et slikt vilkår innebærer en begrensning i eiers forvaltning og bruk av det kommunale tilskuddet. I barnehageloven § 14 a er det gitt nærmere regler om krav til bruk av tilskudd og foreldrebetaling i ikke-kommunale barnehager. Bestemmelsens første ledd uttaler at:

«Offentlige tilskudd og foreldrebetaling skal komme barna i barnehagen til gode. Barnehagen kan ha et rimelig årsresultat. Dette innebærer at følgende vilkår må være oppfylt:

- a) barnehagen kan bare belastes kostnader som direkte vedrører godkjent drift av barnehagen,*
- b) barnehagen kan ikke overfor eier eller eiers nærstående eller selskap i samme konsern som eier foreta transaksjoner og belastes kostnader på vilkår eller med beløp som avviker fra eller overstiger det som ville vært fastsatt mellom uavhengige parter, og*
- c) barnehagen kan ikke ha vesentlig lavere personalkostnad per heltidsplass enn det som er vanlig i tilsvarende kommunale barnehager.»*

Det må derfor først avgjøres om et vilkår om at mottaker ikke kan ta verdier e.l. ut av barnehagedriften er forenlig med § 14 a. Dette får betydning for hvordan de øvrige kravene som stilles etter den ulovfestede vilkårsræren blir vurdert med hensyn til om et slikt vilkår kan stilles eller ikke.

Ordlyden i første ledd første setning sier at tilskudd skal «komme barna i barnehagen til gode». Et vilkår om at mottaker av tilskudd ikke kan ta verdier ut av barnehagedriften vil kunne medvirke til å sikre at absolutt alt tilskuddet kommer barna i barnehagen til gode, i tråd med ordlyden. Ordlyden i første ledd første setning kan derfor tilsi at et slikt vilkår vil kunne være forenlig med § 14 a.

I Ot.prp.nr.57 (2007-2008), hvor regjeringen diskuterte hvordan de skulle innlemme det øremerkede statstilskuddet til barnehager i rammetilskuddet til kommunene, kommer det i punkt 5.7.2 fram at de lot «det være opp til hver enkelt kommune å eventuelt regulere mulighet for utbytte i de lokale forskriftene». Dette kan tilsi at et vilkår som regulerer adgangen til å ta verdier ut av barnehagedriften er forenlig med § 14 a.

Adgangen til å ta ut utbytte, ble imidlertid ikke gjentatt ved ny drøftelse av hvorvidt det skulle innføres et fullstendig utbytteforbud i 2012, jf. Prop. 98L (2011-12). Det ble i stedet fremhevet i merknadene til § 14 a at det:

«skal være rom at barnehagen tar ut verdier av barnehagedriften gjennom et «rimelig årsresultat.»»

I § 14 a første ledd andre setning går det imidlertid fram at barnehagen «kan» ha et rimelig årsresultat. Uttrykket «kan» indikerer ofte i forvaltningslovgivningen at avgjørelsen tilligger kommunens «frie skjønn».

Det kan derfor reises spørsmål om det tilligger kommunens frie skjønn å avgjøre om mottakere av tilskudd skal kunne ta ut verdier av barnehagedriften eller ikke, dersom de har et «rimelig årsresultat», eller om dette er en lovfestet rettighet for mottaker.

Hvorvidt det foreligger et fritt skjønn eller ikke, må imidlertid alltid tolkes i lys av kompetansegrunnlaget. Ordlyden er et viktig utgangspunkt, men denne må ses i lys av forarbeidene, sammenhengen i loven, reelle hensyn og andre relevante rettskildefaktorer.

I Prop. 98L (2011 – 2012) heter det i kapittel 1 Hovedinnholdet i proposisjonen, om innføringen av barnehageloven § 14 a:

«Forslaget i lovproposisjonen sikrer at kommunalt tilskudd og foreldrebetalingen i ikke-kommunale barnehager kommer barna til gode. Det gir kommunen adgang til å anvende økonomiske sanksjoner der det kommunale tilskuddet og foreldrebetalingen ikke brukes i samsvar med intensjonen og formålet fastsatt i barnehageloven. [...]

Kunnskapsdepartementets generelle inntrykk er at de ikke-kommunale barnehagene drives godt, og at eierne er opptatt av å gi et tilbud av god kvalitet til barna. Forslagene sikrer videreføring av dette i den fremtidige utviklingen av barnehagesektoren, samtidig som de legger til rette for at ikke-kommunale barnehageeiere også i tiden fremover kan drive forretningsmessig med et rimelig årsresultat.»

Videre uttales det i kapittel 6 om Forslaget i høringsnotatet, under punktet Offentlige tilskudd og foreldrebetaling skal komme barna i barnehagen til gode:

«I høringen forslår departementet at det fortsatt skal være rom for at barnehagene tar ut verdier av barnehagedriften gjennom «et rimelig årsresultat». Det har for barnehagesektoren vært lagt til grunn at ikke-kommunale barnehageeiere skal ha mulighet til å få et rimelig vederlag for den arbeids- og kapitalinnsatsen de yter til barnehagen. Grensene for uttaket av verdier har ikke vært presisert i regelverket, men det har i praksis vært gitt aksept for at barnehagen har adgang til å dekke lønnskostnader og kapitalkostnader over virksomhetens regnskap, eventuelt disponere et overskudd ved for eksempel utbytte. Høringsforslaget til departementet viderefører dette ved at formålet i lovbestemmelsen konkret utdypes med at formålet ikke er til hinder for at barnehagen har et rimelig årsresultat innenfor nærmere angitte vilkår som er uttrykkelig formulert i loven. Systematikken i lovforslaget er dermed at i de tilfellene barnehagen oppfyller vilkårene i den nye § 14 a første ledd bokstavene a til c er årsresultatet å anse som rimelig, og utgjør ikke brudd på formålet.»

Dette fastholdes etter høringsrunden, i punkt 6.4 Departementets vurdering heter det:

«Flere instanser har påpekt at det ikke bør være rom for at ikke-kommunale barnehager kan ta ut utbytte. Departementet vil bemerke at det i dagens finansieringssystem er lagt til grunn at barnehageeier skal ha en adgang til å få rimelig vederlag for arbeids- og kapitalinnsatsen som ytes barnehagen. Dette betyr at barnehagen skal ha mulighet til å dekke lønnskostnader og kapitalkostnader over virksomhetens regnskap, eller

disponere et overskudd, for eksempel gjennom uttak av utbytte. Departementet vurderer at denne adgangen bør videreføres i den form og med de begrensninger som er foreslått i høringsnotatet. De særskilte vilkårene som adgangen til uttak er begrenset av i lovforslaget til ny § 14 a første ledd, bokstavene a, b og c medfører at foreldrebetalingen og det offentlige tilskuddet blir sikret brukt til formålet, samtidig som det videreføres en begrenset mulighet til disponering av utbytte.

Flere instanser viser til at formuleringer som «rimelig årsresultat» og «vesentlig lavere personalkostnader» er av en så skjønnsmessig karakter at de vil føre til ulik praktisering i landets kommuner. Departementet vil presisere at vurderingstemaet knyttet til uttrykket «rimelig årsresultat» ligger i å gjøre en konkret vurdering av om vilkårene oppstilt i den nye § 14 a første ledd, bokstavene a til c er oppfylt. Forutsatt at vilkårene er oppfylt, vil årsresultatet etter lovforslaget anses å være innenfor kravet til rimelighet, og den ikke-kommunale barnehagen kan dermed disponere over et eventuelt positivt årsresultat slik barnehagen vurderer ønskelig.»

I merknadene til ny § 14 a uttaler departementet:

«Bestemmelsens første ledd presiserer prinsippet om at offentlige tilskudd og foreldrebetaling skal komme barna i barnehagen til gode, og at det skal være rom for at barnehagene tar ut verdier av barnehagedriften gjennom «et rimelig årsresultat». Med rimelig årsresultat siktes det til virksomheter med positivt årsresultat eller overskudd. Systematikken i bestemmelsen er at dersom barnehagen oppfylder de kumulative vilkårene i § 14 a første ledd bokstav a, b og c, anses årsresultatet som rimelig.»

På bakgrunn av uttalelsene i forarbeidene, Prop 98L (2011-2012), fremstår det som lovgivers intensjon at formålet om at tilskuddet skal komme barna i barnehagen til gode, er ivaretatt også der mottaker av tilskuddet tar ut verdier av barnehagedriften gjennom «et rimelig årsresultat», så lenge vilkårene i § 14 a første ledd bokstavene a til c er oppfylt.

Lovgiver åpner altså for at det er adgang til å drive kommersielle barnehager med «rimelig årsresultat». Vilkårene for når årsresultatet er «rimelig», er lovfestet.

Fylkesmannen konkluderer derfor med at det ikke tilligger kommunens frie skjønn å avgjøre om mottakere av tilskudd skal få ta ut verdier av barnehagedriften eller ikke. Dette er en adgang barnehagen har, såfremt vilkårene i § 14 a første ledd bokstav a til c er oppfylt. Et vilkår om at mottaker ikke kan ta ut verdier av barnehagedriften, er derfor ikke forenlig med § 14 a. Et slikt vilkår vil stå i direkte motstrid med tilskuddsmottakers lovfestede rettighet.

En kan også stille spørsmål ved om det vil være behov for å sette ytterligere vilkår som skal fremme samme formål, nemlig at tilskuddet skal komme barna til gode, da dette ifølge forarbeidene er ivaretatt i § 14 a. Et vilkår som ikke er forenlig med barnehagelovgivningens øvrige bestemmelser, herunder § 14 a som konkludert ovenfor, kan derfor vanskelig sies å være saklig, eller forholdsmessig.

Fylkesmannen konkluderer etter dette derfor med at det ved tilsagn om tilskudd etter barnehageloven § 14 andre ledd ikke kan stilles vilkår om at det ikke kan tas verdier e.l. ut av barnehagedriften. Den politiske føringen i verbalforslaget kan dermed ikke gjennomføres på denne måten.

Som nevnt tidligere tilligger det kommunens frie skjønn å avgjøre søknader om tilskudd etter § 14 andre ledd.

Ved statlig overprøving av kommunens frie skjønn er det et prinsipp om at det skal bli tatt hensyn til det kommunale selvstyret, slik det er uttrykt i forvaltningsloven § 34 andre ledd.

I Kommunal- og moderniseringsdepartementets nevnte veileder, H-2299, skriver de i kapittel 6.2.5 «Prøving av kommunalt skjønn – forholdet til det kommunale selvstyret», underkapittel 6.2.5.2 at:

«Når kommunen innenfor lovens rammer er gitt en viss frihet til å bestemme avgjørelsens innhold, kan dette som utgangspunkt ikke være gjenstand for lovlighetskontroll. Det kan likevel tenkes at den lokale skjønnsutøvelsen må antas å ligge i grenseområdet for hva som er forsvarlig som følge av ulovfestede prinsipper og læren om myndighetsmisbruk. Selv om man befinner seg innenfor området for den frie kommunale skjønnsutøvelsen, kan Fylkesmannen i alle tilfeller prøve om det for eksempel er utøvd vilkårlig forskjellsbehandling, grovt urimelig skjønn eller om det i saken er tatt utenforliggende hensyn. Dersom Fylkesmannen ikke kommer over indikasjoner på at vedtaket strider mot myndighetsmisbrukslæren, foreligger det ingen plikt til å sette i verk omfattende undersøkelser for å vurdere dette spørsmålet.»

Det «frie skjønnet» er med andre ord ikke helt fritt, selv om det skal tas hensyn til det kommunale selvstyret. I vurderingen av om det skal gis tilsagn om tilskudd eller ikke, kan det ikke tas utenforliggende hensyn. Kommunen kan kun legge vekt på hensyn som er saklige eller relevante i relasjon til kompetansegrunnlaget. Videre er det forbud mot usaklig forskjellsbehandling, vilkårlige avgjørelser og sterkt urimelig avgjørelser.

Spørsmålet er dermed om den politiske føringen i verbalforslaget kan gjennomføres ved at kommunen kun gir tilsagn om tilskudd til de ideelle aktørene og prinsipielt avslår søknadene fra de kommersielle.

Ordlyden i § 14 andre ledd legger ingen føringer på hvilke hensyn som kan tas i vurderingen av om det skal gis tilsagn om tilskudd eller ikke. Slik sett kan det se ut til at det ikke er noe som hindrer kommunen i å legge vekt på driftsformen til aktørene som ønsker å etablere en barnehage i vurderingen om det skal gis tilsagn om tilskudd eller ikke.

I forarbeidene til endringene i barnehageloven § 14 blir det imidlertid lagt føringer for utøvelsen av det frie skjønnet. I Ot.prp.nr.57 (2007-2008) kapittel 5.7.2 uttales det at:

«Kommunen bør ved søknad om finansiering undersøke det reelle behovet for barnehagen. Kommunen bør etter departementets vurdering finansiere

en nyetablert barnehage som er ønsket av brukerne, har en gunstig beliggenhet i forhold til boligbebyggelse mv.

...

... barnehagelovens øvrige bestemmelser pålegger kommunen å tilpasse barnehagetilbudet i tråd med lokale forhold og behov. Kommunen skal fra 2009 oppfylle en individuell rett til barnehageplass for alle barn fra ett år som er bosatt i kommunen, jf. [Ot.prp.nr.52 \(2007-2008\)](#) om lov om endringer i barnehageloven (rett til plass i barnehage). Dette vil etter departementets vurdering føre til at kommunen til enhver tid må sikre et tilstrekkelig antall barnehageplasser, og at den dermed ikke kan si nei til å finansiere barnehager som etableres der det er etterspørsel.»

I merknadene til § 14 blir det videre uttalt at:

«... Kommunen avgjør søknaden etter eget skjønn. Det kommunale skjønnnet må se hen til barnehageloven § 8 annet ledd som forplikter kommunen til å tilpasse utbyggingsmønster og driftsformer til lokale forhold og behov. ...»

Barnehageloven § 8 definerer kommunens oppgaver som barnehagemyndighet. Etter bestemmelsens andre ledd har kommunen en plikt til å tilby barnehageplass til de som har rett til slik plass, jf. § 12 a, samt et ansvar for at utbyggingsmønster og driftsformer tilpasses lokale behov.

I departementets merknader til barnehageloven § 8 andre ledd i rundskriv F-08/2006 går det fram at det med driftsformer her, så menes, «*åpningstid, daglig organisering mv., må også søkes tilpasset brukernes behov så langt det er mulig*». Med andre ord, ikke organisasjonsformen, ideell eller kommersiell.

Kommunens frie skjønn etter § 14 andre ledd, tolket i lys av forarbeidene og rundskriv fra departementet, er således noe begrenset. Kommunen må i sin vurdering av om det skal gis tilsagn til tilskudd ta hensyn til at de har en plikt til å tilby barnehageplass jf. § 12 a. I tillegg må det tas hensyn til at utbyggingsmønster og driftsformer skal tilpasses lokale behov.

Kommersielle søkere kan derfor ikke prinsipielt avslås tilsagn om tilskudd, dersom det i lys av de overnevnte forholdene er et reelt behov for denne barnehagen. Det samme vil gjelde overfor ideelle søkere.

På den andre siden vil det i lys av overnevnte være saklig å avslå søknader om finansiering dersom retten til barnehageplass er sikret, og barnehagetilbudet er utbygd med driftsformer som er i tråd med lokale behov. Dette er også lagt til grunn av Fylkesmannen i Oslo og Akershus i to avgjørelser av 5. mai 2017 (ref.: 2017/9626 og 2017/7062).

Det er i forarbeidene til § 14 videre ingen holdepunkter som tilsier at det kan legges vekt på organisasjonsformen i vurderingen av om det skal gis tilsagn om tilskudd eller ikke.

Ordlyden i § 14 andre ledd og forarbeidene til denne løser derfor ikke spørsmålet.

Barnehagelovens formålsbestemmelse og øvrige bestemmelser har imidlertid også betydning som tolkningsmomenter.

Formålet med barnehager som etableres er at de skal «ivareta barnas behov» for nærmere angitte forhold, jf. § 1 første ledd. I tillegg skal foreldrebetalingen og det offentlige tilskuddet, som tidligere nevnt, komme «barna i barnehagen til gode», jf. § 14 a første ledd.

Dersom det legges til grunn en forståelse som innebærer at ideelle aktører vil kanalisere alle verdier tilbake i barnehagevirksomheten, kan det antas at disse midlene følgelig vil komme barna til gode for å ivareta deres behov. Forstått slik, kan det derfor anføres at de ideelle aktørene i større grad vil ivareta barnehagelovens formål sammenlignet med de kommersielle som kan være motivert av profitt. Slik sett kan det dermed være saklig å legge vekt på organisasjonsformen.

En slik forståelse av de ideelle aktørene harmonerer imidlertid ikke med Sivesinds definisjon av hva som kjennetegner en ideell aktør.

Også ideelle aktører som får tilsagn om tilskudd etter § 14 andre ledd kan ta verdier ut av barnehagevirksomheten dersom de har et rimelig årsoverskudd, jf. § 14 a første ledd, uten at de mister sin status som «ideell aktør». Forskjellen mellom de ideelle og kommersielle er som tidligere nevnt at de ideelle vil måtte bruke verdiene til å fremme andre goder for samfunnet for å beholde sin status som «ideell». Dette medfører at ideelle aktører kan ta verdier ut av barnehagevirksomheten for å fremme andre formål enn de som fremgår av barnehagelovens formål.

Kommunen kan da komme i en situasjon slik Kommuneadvokaten i Oslo beskriver:

«Hvis kommunen forskjellsbehandler ved bare å gi tilskudd til ideelle, vil man kunne havne i en situasjon der man har nektet å gi tilskudd til kommersielle barnehager under henvisning til at pengene skal komme barna til gode, mens man aksepterer at ideelle virksomheter bruker deler av tilskuddet på annet enn barnehagedrift.»

En slik forskjellsbehandling er det, slik Kommuneadvokaten i Oslo uttrykker det, «vanskelig å forene med barnehagelovens formål».

Spørsmålet blir deretter om det er adgang til å gi tilskudd utelukkende til virksomheter som beholder alt av verdier i barnehagedriften. Det er ovenfor lagt til grunn at en slik forståelse av de ideelle aktørene vil kunne være et saklig hensyn i lys av barnehagelovens formålsbestemmelse.

Ovenfor er det konkludert at private barnehager har adgang til å ta verdier ut av barnehagedriften dersom de har et «rimelig årsresultat», jf. 14 a første ledd. Det er videre konkludert med at denne rettigheten forhindrer kommunen i å stille vilkår ved tilsagn om tilskudd om at alle verdier skal beholdes i barnehagen.

Dersom kommunen velger å gi tilsagn om tilskudd kun til virksomheter som kjennetegnes av at de vil beholde alle verdier i barnehagedriften, vil kommunen innføre et faktisk forbud mot å ha et «rimelig årsresultat» som barnehagen etter § 14 a disponerer fritt.

Dette gir en dårlig sammenheng mellom lovbestemmelsene i § 14 andre ledd og § 14 a. Barnehageloven § 14 a taler derfor mot lovligheten av å legge vekt på hensyn som i praksis medfører at tilskudd kun blir gitt til virksomheter hvor alle verdier blir beholdt i barnehagedriften.

Fylkesmannen konkluderer derfor med at barnehageloven ikke åpner for å avslå tilskudd basert på hensyn som det ikke etter loven er anledning til å stille etter den ulovfestede vilkårs læren. Et slikt hensyn anses etter vår vurdering for å være utenforliggende i lys av barnehagelovens rammer.

Det er etter Fylkesmannens vurdering konkludert med at å legge vekt på barnehagens organisasjonsform innebærer en usaklig forskjellsbehandling som ikke er forenlig med det skjønnsrommet kommunen har etter barnehageloven § 14 andre ledd.

Konklusjon

Fylkesmannen finner etter sin lovlighetskontroll med vedtak i sak 4/17 verbalt forslag 13 at den politiske føringen ikke vil kunne gjennomføres lovlig innenfor barnehagelovens rammer.

Kommunen har følgelig ikke materiell kompetanse til å gjennomføre den politiske føringen. Vedtak i sak 4/17 verbalt forslag 13 kjennes derfor ugyldig og oppheves, jf. kommuneloven § 59 nr. 4 andre ledd.

Med hilsen

Jostein Magne Krutvik (e.f.)
utdanningsdirektør

Christian Spets
fagkoordinator barnehage

Dette dokumentet er elektronisk godkjent og har derfor ingen signatur.

Kopi:

Trondheim kommune, v/Rådmannen	Postboks 2300, Sluppen	7004	TRONDHEIM
Trondheim kommune, v/ bystyrerepresentantene Elin Marie Andreassen, Morten Ellefsen, Sivert Bjørnstad, Maria Alseth	Postboks 2300, Sluppen	7004	TRONDHEIM