



SØR-TRØNDELAG TINGRETT

KJENNELSE

Avsagt: 30.01.2020

Sak nr.: 19-187954TVI-STRO

Dommer: Tingrettsdommer Magnhild Børsting Røe

Saken gjelder: Krav om utsatt iverksettelse av ugyldig vedtak om stenging av barnehage

Gnist Barnehager Trøa AS
Pbl (private Barnehagers Landsforbund)

Advokat Runar Johan Homble
Advokat Einar Brunæs

mot

Kunnskapsdepartementet

Advokat Ida Hjort Kraby
v/advokatfullmektig Hanne Inger
Bjurstrøm Jahren

KJENNELSE

Saken gjelder begjæring om midlertidig forføyning med krav om utsatt iverksettelse av vedtak om varig stenging av barnehage.

Sakens bakgrunn

Saksøker, Gnist Barnehager Trøa AS (heretter kalt Gnist Trøa eller barnehagen) er en privat barnehage i Trondheim som er eid av Gnist Barnehager AS. Gnist Barnehager AS eier 17 barnehager i tre ulike fylker. Gnist Trøa startet opp driften i 2011 og er en avdelingsbarnehage med to småbarnsavdelinger og to storbarnsavdelinger. Saksøker har opplyst at det gjennomgående har gått 115 barn i Gnist Trøa og at det gikk 84 barn her frem til 10. januar 2020. Saksøker har opplyst at det i dag går ca. 74 barn i barnehagen som er besluttet varig stengt med virkning fra 1. mars 2020.

7. mars 2014 ble det gjennomført tilsyn i Gnist Trøa fra tilsynsmyndigheten ved Trondheim kommune. Bakgrunnen var en bekymringsmelding fra Fagforbundet og Utdanningsforbundet som anførte høyt sykefravær, dårlig kommunikasjon mellom ansatte og styrer, uklarheter om barnehagen hadde godkjent leke og oppholdsareal (vognrom), renhold, kjøkkenkapasitet og kvaliteten på det pedagogiske innholdet.

I tilsynsrapporten datert 13. mai 2014 konkluderte kommunen vedrørende sykefravær som følger:

«Barnehagen kan framlegge skriftlige bemannings rutiner ved fravær i barnehagen. Dette er rutiner som skal følges ved alle Grønmyr barnehager, men på grunn av dårlig kommunikasjon mellom leder og de ansatte, har dette ikke fungert tilfredsstillende ved Grønmyr Trøa barnehage.

Oppvekstkontoret finner at rutinene er tilfredsstillende og ber eier sørge for at rutinene blir implementert i barnehagen.»

Vedrørende anførselen om dårlig kommunikasjon mellom styrer og de ansatte konkluderte kommunen som følger:

«Oppvekstkontoret opplever at deler av barnehagen har tatt tak i samarbeidsproblematikken, og at det jobbes med dette.»

Bekymring knyttet til renholdt ble delegert til Miljøenheten i kommunen. Hva gjaldt uklarhet om barnehagen hadde godkjente leke og oppholdsarealer konkluderte kommunen:

«To lekerom på til sammen 36 m² er tatt i bruk til annet formål. Rommene blir brukt til vogn rom, noe som gjør at rommene ikke kan brukes til lekerom slik det var tiltenkt. Disse rommene må enten settes tilbake og innredes slik at de kan regnes med i barnehagens godkjente leke og oppholdsareal, alternativt benytter barnehagen disse rommene til lagringsareal til vogner osv. Oppvekstkontoret vil da gi ny godkjenning av barnehagens netto leke- og oppholdsareal. Arealet vil da bli redusert med 36

m2.»

Hva gjaldt kvaliteten på det pedagogiske innholdet i barnehagen skrev kommunen:

«Oppvekstkantoret har på bakgrunn av framlagt årsplan og samtale med styrer og eier, ikke noe grunnlag for å hevde at det pedagogiske innholdet i barnehagen er for dårlig. Oppvekstkantoret ser at den situasjonen som har vært med dårlig kommunikasjon mellom styrer og de ansatte, kan ha gått ut over det pedagogiske innholdet ved barnehagen, og ber derfor barnehagen om å ha fokus på dette framover.»

Kommunen konkluderte deretter med at den hadde inntrykk av at barnehagen var kommet godt i gang med å kartlegge situasjonen i barnehagen og håpet at prosjektet «*På rett vei*» ville være til hjelp. Kommunen ba deretter om en evalueringsrapport innen 31. desember 2014. Den 3. juli 2014 foretok kommunen et uanmeldt tilsynsbesøk i barnehagen da det ikke var gitt noen tilbakemelding angående disponeringen av lekearealer til vognrom. Tilsynet avdekket at det ikke var foretatt noen endringer angående bruken av rommene. I kommunens brev av 3. juli 2014 ble barnehagen gitt frist for retting til 1. august 2014, alternativt ville kommunen redusere barnehagen med 7 småbarnsplasser. Forholdet ble deretter rettet innen fristen og barnehagen innga rettidig evalueringsrapport innen fristen 31. desember 2014.

Den 23. februar 2015 ble det gjennomført varslet tilsyn i barnehagen. Fra tilsynsrapporten fremgår det at barnehagen ikke hadde tilstrekkelige rutiner knyttet til ansattes varslings/opplysningsplikt til barneverntjenesten og sosialtjenesten. Det ble videre konkludert med at rommene som ble brukt til vognrom ikke var tilstrekkelig tilgjengelig for barna og manglede oppvarming. Barnehagen ble gitt frist til 1. juni 2015 med å redegjøre for hvordan avvikene ville bli fulgt opp, og barnehagen innga rettidig redegjørelse. Den 22. oktober 2015 mottok kommunen en klage fra personalet i Gnist Trøa om at det ikke var satt inn vikarer i barnehagen ved sykdom før etter 16 dager og at formingsrommet ikke ble benyttet og at barn ble lagt ned i kalde vogner. Det ble også klaget over manglende kontakt med ledelsen og personalet håpet på et uanmeldt tilsyn.

Den 5. november 2015 gjennomførte kommunen uanmeldt tilsyn i barnehagen på bakgrunn av klage fra foreldre. Klagen gjaldt bemanningssituasjon i barnehagen ved sykefravær og at sykefraværet blant de ansatte var høyt. Kommunen konkluderte da ikke med avvik, men poengterte nødvendigheten av at interne rutiner og standarder ble implementert. Videre at foreldre måtte få god informasjon slik at de opplevde at barnehagen var et trygt sted for sine barn.

Kommunen mottok ny klage fra forelder i 2016. Klagen gjaldt en sønn som lå gråtende på bakken ved henting med brukket tann. Foreldrene mente de ikke fikk en forklaring på hva som hadde skjedd. Det fremgikk videre av klagen at et annet barn var funnet låst inne i et skur gråtende uten at de ansatte var klar over at han var der. På denne bakgrunn

gjennomførte kommunen den 25. april 2016 en veiledningssamtale med styrer. Styrer redegjorde for hendelsene og hvordan barnehagen har fulgt disse opp. Tilsynsmyndigheten konkluderte med at barnehagen hadde fulgt opp og opprettet ikke tilsyn på bakgrunn av disse hendelsene. Foreldre som hadde klaget valgte å ta barnet ut av barnehagen.

Den 1. mars ble det gjennomført stedlig tilsyn av miljøenheten i Trondheim kommune og avvikene, som blant annet gjaldt måling av radonnivå og sikring av vannkoker, ble lukket 19. januar 2017.

Den 8. desember 2017 mottok kommunen telefon fra Brit Karin Mjøen i PPT Heimdal Barne- og familietjenesten. Hun meldte bekymring for barnehagen som blant annet gikk ut på mobbekultur og krenkelser blant barna og et personale som ble vurdert til ikke å mestre barnegruppa. Den 3. januar 2018 mottok kommunen klage fra foreldre i barnehagen. Det fremgår av klagen at barnet deres hadde blitt bitt ni ganger sine oppstart hvoretter kontroll hos lege var nødvendig en gang. Videre skrev foreldrene at bitingen var tatt opp med personalet som mente at barnehagen hadde god nok bemanning. Foreldrene anmodet om tilsyn.

I desember 2017 sendte barnehagen en forespørsel om systemrettet veiledning til PPT og på samme tidspunkt ble det satt inn veiledningsressurser i barnehagen på eget initiativ fra fra barnehageeier Gnist Barnehager AS.

Den 16. februar 2018 varslet kommunen tilsyn i barnehagen og det fremgår av varselet at formålet var å:

- «• Sikre barn gode oppvekstvilkår
- Sikre at barnehagen drives i henhold til lover, forskrifter og kommunale vedtak
- Sikre at eier av barnehagen er bevisst sitt ansvar for barnehagens virksomhet i henhold til Lov om barnehager med forskrifter»

I brevet begrunnet kommunen bakgrunnen for åpning av tilsyn som følger:

«Fagenhet for oppvekst og utdanning har mottatt bekymringsmelding fra PPT Heimdal som vedrører spesielt en avdeling. I tillegg har vi mottatt en klage fra foreldre som tilhører en annen avdeling ved barnehagen. Begge klagenes vekker bekymring knyttet til den pedagogiske praksisen ved barnehagen.

Gjennom et samarbeid med PPT Heimdal har vi fått innblikk i at barnehagen har, etter anbefaling fra PPT, meldt inn barnehagen på system til PPT. I tillegg vet vi at Gnist sentralt har et " hjelpekorps" som også er satt inn som et hjelpetiltak. Med bakgrunn i dette valgte vi ikke å åpne tilsyn da vi var redd for at et tilsyn kunne føre til manglende ressurser på å følge opp avdelingen som trenger endring. Vi valgte derfor å melde oss inn i prosessen som er planlagt fra PPT sin side i forståelse med ansatte i Gnist sitt "hjelpekorps". Dette informerte vi styrer om i et eget møte uken før første kveldsmøte.

I etterkant av det første kveldsmøtet ble vår bekymring ytterligere forsterket og vi ser meget alvorlig på situasjonen ved barnehagen. Vi er veldig usikre på om kvaliteten på barnehagetilbudet er i tråd med barnehagelov og rammeplan og vi er bekymret for om barn er, og blir skadelidende. Vi velger derfor å åpne et tilsyn for å kunne vurdere om forholdene er lovlige og forsvarlige og innenfor regelverkets intensjoner.

Tilsynet blir ikke et tradisjonelt stedlig tilsyn, men vi bruker kveldsmøtene og evalueringsmøtet som en informasjonsinnhenting for tilstanden og praksisen i barnehagen. I tillegg vil vi ha samtale med styrer og eier 21.mars 2018 kl. 14.00 -15.30 i barnehagens lokaler. På alle våre møtepunkt med barnehagen vil vi veilede de ansatte i henhold til intensjonene i lovverket. Det vil bli skrevet en tilsynsrapport.»

Barnehagen ble deretter gitt frist til 12. mars 2018 med å sende inn en skriftlig redegjørelse fra eier om hvordan de sikret pedagogisk kvalitet, eiers egen vurdering av kvaliteten i barnehagen og en redegjørelse for eventuelle tiltak som var eller skulle igangsettes.

Barnehagen innga sin redegjørelse til kommunen 11. mars 2018. Det fremgår av brevet fra daglig leder i Gnist Barnehager blant annet: «*Det er også tydelig at barnehagen ikke drives etter Gnist Barnehagers standarder og prosedyrer i en tilstrekkelig grad per i dag.*» Det ble deretter redegjort for iverksatte og planlagte tiltak.

Barnehagen mottok ingen kommentarer på sitt brev av 11. mars 2018. Den 17. april 2018 kom kommunens foreløpige tilsynsrapport. Kommunen hadde da gjennomført to kveldsmøter med barnehagen, et evalueringsmøte 21. mars 2018 og et eget møte med eier 21. mars 2018. Det fremgår av den foreløpige tilsynsrapporten fra kommunen at den var begrunnet i følgende grunnlag:

- *Bekymringsmelding mottatt fra PPT Heimdal 08.12.2017.*
- *Anmodning om tilsyn fra foreldre 3.1.2018.*
- *Møte med offentlig melder 19.1.2018.*
- *Møte med foreldre 19.1.2018.*
- *Møte med styrer og pedagogisk leder fra avdeling Haregropa 1.2.2018*
- *Observasjoner gjort av PPT i barnehagen*
- *Informasjon fått gjennom kveldsmøter og evalueringsmøte om praksis ved avdeling Revehiet.*
- *Skriftlig redegjørelse fra barnehageeier.*
- *Informasjon fått i møte med eier og styrer.*
- *Årsmelding 2017*

Fra foreløpig tilsynsrapport datert 17. april 2018 hitsettes kommunens konklusjon:

«Konklusjon

Tilsynsmyndigheten vurderer, på grunnlag av funn som er beskrevet i rapporten, at forhold ved dagens drift ved Gnist Trøa barnehage vurderes å ikke være i tråd med intensjoner og krav som stilles

i barnehagelovens § 1 første ledd første punktum, § 2 første og andre ledd samt deler av tredje ledd og § 7.

Tilsynsmyndigheten skal veilede barnehagene om regelverket, og skal påse etterlevelse av bestemmelsene i barnehageloven. Det følger av § 16 annet ledd at uforsvarlige forhold ved barnehagen kan gi grunnlag for pålegg om retting og/eller tidsbegrenset eller varig stenging av barnehagen. Bestemmelsen skal fungere som en sikkerhet og skal kunne fange opp forhold som ikke direkte er regulert av barnehageloven, men som likevel kan føre til uforsvarlige tilstander for barna.»

Barnehagen ble i samme rapport varslet om at kommunen kunne komme til å vedta følgende pålegg om retting:

«1. Barnehagens eier må sikre at barnehagen greier å ivareta barns behov for omsorg og lek.

Pålegget innebærer at:

- De ansatte må øke sin kompetanse på faglig refleksjon over egen praksis og gjennom det utvide sin handlingskompetanse for varig endring*
- Barnehagens fysiske lekemiljø må gi rom for variert lek*
- Barnehagens ansatte må utvikle en felles forståelse for betydningen av voksenrollen i barns lek og at dette gjennomføres i praksis*

2. Barnehagens eier må sikre at barnehagen greier å fremme læring og danning som grunnlag for allsidig utvikling hos barn.

Pålegget innebærer at:

- De ansatte må bli i stand til å avdekke og forstå ulike barns behov og forutsetninger*
- De ansatte må ta utgangspunkt i barns ulike behov og forutsetninger i planlegging og organisering av den pedagogiske virksomheten*

3. Barnehagens eier må sørge for at barnehagen har den pedagogiske kompetansen som er nødvendig for å sikre en forsvarlig pedagogisk drift og kvalitet ved barnehagen.

4. Barnehagens eier må sørge for at barnehagen har en ledelse med nok kompetanse og kapasitet til å lede barnehagens kvalitetsutvikling over en lengre periode.»

Kommunen ble deretter gitt frist til 2. mai 2018 for å komme med en tilbakemelding på tilsynsrapporten og forhåndsvarselet. Kommunen varslet at de deretter ville vurdere om de opprettholdt sin konklusjon og gi pålegg om retting.

Kommunen ga avslutningsvis barnehagen noen skriftlige anbefalinger og veiledning, jf. rapportens pkt. 7 «Anbefalinger for oppfølging».

Barnehagen innga sin tilbakemelding rettidig 2. mai 2018. Kommunen vedtok 15. mai 2018 pålegg om retting. Følgende pålegg om retting ble fattet:

«1. Barnehagens eier må sikre at barnehagen greier å ivareta barns behov for omsorg og lek.

Pålegget innebærer at:

Tiltak som beskrevet i eiers tilbakemelding på tilsynsrapporten må bidra til økt grunnleggende kompetanse som fører til varig endring i de ansattes pedagogiske praksis og barnehagens fysiske miljø.

2. Barnehagens eier må sikre at barnehagen greier å fremme læring og danning som grunnlag for allsidig utvikling hos barn.

Pålegget innebærer at:

De ansatte må bli i stand til å avdekke og forstå ulike barns behov og forutsetninger

De ansatte må ta utgangspunkt i barns ulike behov og forutsetninger i planlegging og organisering av den pedagogiske virksomheten

3. Barnehagens eier må sørge for at barnehagen har den pedagogiske kompetansen som er nødvendig for å sikre en forsvarlig pedagogisk drift og kvalitet ved barnehagen.

Pålegget innebærer at:

Planlagte kompetansetiltak og lederstøtte må være pedagogisk og faglig forankret slik at tiltak som iverksettes sikrer økt kvalitet og forsvarlig pedagogisk drift av barnehagen.»

Kommunen ved Fagenhet for oppvekst og utdanning ba i samme vedtak om eiers foreløpige vurdering på virkningen av igangsatte tiltak knyttet opp mot påleggene om retting med frist satt til 1.oktober 2018. Det ble samtidig berammet et oppfølgingsmøte med styrer og eier 25.oktober 2018. I begrunnelsen til kommunen fremgår det at tilsynsmyndigheten mener barnehageeiers planer og tiltak viser at eier tar utfordringene på stort alvor. Fra begrunnelsen hitsettes avsluttende del:

«Vi vil likevel understreke at om tiltakene skal ha virkning er det helt nødvendig at tiltakene følges opp med faglig veiledning som bidrar til de ansattes grunnleggende kompetanse. Dette mener vi er helt nødvendig dersom tiltakene skal få varig effekt. Eiers tilbakemelding til tilsynsmyndigheten er lagt til grunn for endelig vedtak om pålegg. Etter tilsynsmyndighetens vurdering foreligger det ikke grunnlag for å endre selve påleggene, men presiseringene tilknyttet påleggene er justert som følge av igangsatte tiltak og eiers plan for videre oppfølging av barnehagen.»

Kommunens vedtak av 15. mai 2018 ble ikke påklaget.

15. juni 2018 kontaktet kommunen daglig leder i barnehagen med ønske om et møte.

Bakgrunnen for møtet fremgår av kommunens brev av samme dato. Fra brevet hitsettes:

«I forbindelse med pågående tilsynssak ved Gnist Trøa barnehage har vi behov for et møte med deg som eier. Bakgrunnen for dette er at Fagenheten for oppvekst og utdanning har mottatt nye henvendelser som uttrykker bekymring for barnehagens ivaretagelse av barnas omsorg og sikkerhet.»

Bakgrunnen for møtet var konkret ny bekymringsmelding fra PPT og to henvendelser fra foreldre som gjaldt bekymring for barnas sikkerhet og omsorg. Møte ble avholdt 18. juni 2018 mellom kommunen og barnehagen. Fra møtereferatet fremgår følgende knyttet til meldinger fra foreldre:

«To henvendelser fra foreldre

Anonym varsler:

- Barn på uteområdet som skriker og gråter, og ansatte bare rusket forbi. Jeg var vitne til dette og så tilslutt at en voksen gikk å hentet en annen voksen som tilslutt kom å trøstet denne lille jenta.
- Barn som slåss uten at ansatte griper inn, har selv grepet inn - både direkte og ved å kontakte ansatte.
- Bitemerker, blåmerker og sår - ingen vet hvordan dette har oppstått
- Stor gjennomtrekk av ansatte.
- Store barn mobber yngre barn
- Mange flotte ansatte, men de som har ansvar bagatelliserer situasjoner som har hendt
- Har snakket med flere foreldre som deler deres oppfatning

Åpen varsler:

- To episoder der de ansatte ikke finner barnet når hun skal hentes'
- Siste episode skjedde nylig og jenta ble funnet igjen på et voksentoalett, hun lekte oppe i toalettet med legoklosser, var gjennom våt»

Bekymringsmeldingen fra PPT er oppsummert i dokument datert 18. juni 2018 og hitsettes i sin helhet:

Hva er bakgrunnen for at PP- tjenesten ville stoppe i inntak av henvisninger fra Gnist Trøa barnehage?

Vurderinger etter observasjoner og intensivt arbeid ved avdeling viser et miljø preget av uro, posisjonering, aggresjon og utrygghet. Hva som er barns iboende vansker og hva som skyldes utrygt psykososiale og fysiske miljø er vanskelig å vurdere. Dette er årsak til at henvisning ble stoppet. Det ble vurdert at behovet for å forbedre systemet, måtte være på plass før man anbefalte spesialpedagogisk hjelp for enkeltbarn.

PP-tjenesten ble også bedt om å gjøre en observasjon angående et barn på avdelingen som har vansker i forhold til utagering. Barnehagen ønsket å ta opp dette i fagteam med tanke på tilmelding. Dette er et barn som er skolestarter til høsten. Vurderingene er de samme som i foregående sak. Barnet var i konstant beredskap i forhold til posisjonering og havnet ofte i konflikter med andre barn. Disse barna ble ofte observert på rom for seg selv, uten personal tilstede. Samspillet var preget av lite lek, mye knuffing og stygg munnbruk. PPT var med på en foreldresamtale på forhenvissningsnivå. Hensikten var da å sikre overlevering av informasjon til skolen. Foreldrene sa at de ble svært overrasket over hvor store utfordringene var i barnehagen og at dette ikke var tilstrekkelig informert om fra barnehagen.

Observasjoner som PP-tjenesten selv har gjort i barnehagen - både før og etter gjennomført tilsyn
PPT har hatt ansvar for oppfølging av enkeltbarn gjennom flere år. Det har over lengre tid vært påpekt og anbefalt til barnehagen, at det har vært behov for å jobbe med system. Spesielt har dette vært tilfelle på Revehiet. Det har vært hyppige skifter av pedagogisk leder de siste årene. Høsten 2016 ble det observert et barn som gikk med en brødpose over hodet. De ansatte på avdelingen la ikke merke til dette, og det var PPT som tilslutt fikk dratt av posen. Barnet begynte da å få panikk, men posen hadde klistret seg fast. Hendelsen ble tatt opp med daværende leder på Gnist Trøa. Denne avdelingen har vært preget av kaos og lite struktur. Det har derfor gjentatte ganger blitt foreslått fra PPT at barnehagen kan sende en systemtilmelding. Daværende leder har gitt til svar at Gnist kjeden har sin egen ressursgruppe, og at det var denne de ønsket å bruke.

6.12.2017: Avtalt observasjon på enkeltbarn med sakkyndig vurdering. Observasjon av enkeltbarn lar seg ikke gjennomføre på grunn av store utfordringer på avdeling.

Observasjonen tas umiddelbart opp med konstituert leder, fagleder og pedagogisk leder ved avdeling.

Systemtilmelding blir sterkt anbefalt. Ved observasjon registreres:

- Svært høyt støynivå
- Barn som er fysisk mot hverandre - bokser hverandre. Høyt aggresjonsnivå - barn virker aktivert og stresset.
- Aggressivt språk blant barna uten at voksne griper inn.
- Barn huler i ørene på hverandre uten av voksne griper inn.
- Leken er delt i en guttegruppe og en jentegruppe, leken er dominert av posisjonering og leken er konsekvensstyrt. Det observeres mange konflikter blant barna som ikke tas tak i og følges opp av personalet.
- Voksen er fysisk mot et barn på avdeling - løfter barnet etter overarm fra sittende på gulv til å løfte det opp på benk. Samme barn blir kort tid etter skjøvet i ryggen over på annen benk - ingen verbalisering fra voksen.
- Voksen har samling (pauseunderholdning som barnehagen kaller det) der voksen uten innlevelse/ inntoning, leser monotont opp fra et ark et barn har med. En bamse er med barna hjem på rundgang og barn/foreldre har skrevet fra besøket, dette leses opp.

Ut over dette har PPT observert:

- Barn sitter på gulvet ca 15 min, ser seg rundt og vifter med hender og flakker med blikket, tydelig utrygg. Flere av personalet fra avdelingen passerer gjentatte ganger uten å møte/ta kontakt med barnet. PPT er den som henvender seg til barnet og påser at han gis støtte av en voksen ved avdeling.
- Gruppen er preget av konkurranse og posisjonering. Personalet snakker "over hodet på barna", mye korrigerer og samtaler om hendelser over hodet på barna. Mye fysisk lek blant guttene. Regelstyrt lek i jentegjeng. Leken er preget av avvising, premissetting, dominering, og en kamp om oppmerksomhet.
- Mye utskifting av personale, har spesielt kjennskap til Fugleskogen, der alt personale er byttet ut i løpet av året.
- Det har vært bytte av ped.leder på Revehiet hvert år, 2015, 2016, 2017 pga vikariat.
- 3 barn fra Revehiet tømte bøtter med iskaldt vann i vogna på et av småbarna som lå og sov.
- Det er gjentatte ganger tatt opp at det er et fattig lekemiljø, spesielt på Revehiet. Imidlertid er dette et generelt inntrykk ved flere av avdelinger. Dette har vært bemerket av flere av de ansatte i PP-tjenesten Heimdal. Ødelagte leker, barn virker ikke å forstå lekemiljøene, leken observeres ofte saboterende på både inventar og på leker.
- Stoler mangler fotstøtte, er ikke regulert riktig i forhold til høyde etc. Det er registrert svært mye uro under måltid.
- Lite variasjon i mat, ikke grønnsaker.
- Mye venting under måltid, dårlig organisering. Allergier er ikke ivaretatt med gode nok prosedyrer. PPT har observert at barn med allergier blir sittende å vente på å få mat. Det er tydelig ikke klargjort på forhånd. Dette fører til at barn ikke kommer i gang med maten før de andre er ferdig. I ventetiden på at brød skal tines, kommer en voksen med et knekkebrød som knuses i små biter over tallerkenen til barnet. Beskjeden er at barnet kan spise dette så

lenge. Barnet blir lei seg og uttrykker at det også vil ha mat.
- PPT har sammen med fagenheten jobbet system på Revehiet. Det har vært avholdt flere møter mellom barnehage, ppt og fagenhet for oppvekst og utdanning. Her vises til møtereferat som ppt og fagenheten har mottatt fra Gnist-kjeden sentralt.

Foreldre til et barn har fortalt om at de ble oppringt fra barnehagen om en hendelse som hadde skjedd. Deres barn på 4 år, samt 2 andre barn fra Revehiet, hadde tømt bøtter med iskaldt vann fra dammer på uteområdet over småbarn som lå og sov i vognene. Foreldrene sier at de stiller spørsmål om rutiner.

Et annet foreldrepar rapporterer om flere hendelser ved Fugleskogen. De har et barn som er litt over 2 år. De har gjentatte ganger kommet til avdelingen, der personalet ikke har visst hvor barnet er. I et møte 08.06.18 tok foreldrene opp en alvorlig hendelse hvor barnet deres var stengt inne på doen. Foreldrene har skrevet en klage på denne hendelsen. De tok også opp at de gjentatte ganger har kommet til barnehagen, hvor barnet da har spist på brødbiter o.l. Dette barnet har sterke matallergier og blir syk selv av små mengder. Barnet har ekstra ressurser knyttet til seg etter barnehageloven.

PP-tjenestens vurdering av ansattes praksis knyttet til ivaretagelse av barns omsorg og sikkerhet i barnehagen.

- Viser til eksempler over.
- Registrert flere ganger at barn forsvinner, eks tynnkledd ut, fra avdeling, fra ut til i inn.
- Ansatte har selv ved møter informert om at barn stikker over gjerdet og ut av barnehagens område.
- Barn sitter lenge utenfor og venter på resten av barnegruppa - ikke voksentsilsyn.
- Alkohol stående på gulvet på personalrom (øl, champagne, vin).
- Observert hendelse der voksen er fysisk mot et barn.
- Barn leker alene på rom over lengre perioder - leken bærer preg av vold og hyling i ørene på hverandre. Ingen voksen griper inn.
- Voksne regulerer ikke enkeltbarn/barnegruppa i situasjoner der det er behov.
- Voksne er ikke tilstede der barn er.
- Lite planlegging av pedagogisk aktivitet - møter ikke barnegruppa der den er med tanke på innramming, forutsigbarhet og struktur. PPT har observert få planlagte aktiviteter. Observasjoner viser aktivitet som er lite tilpasset de behov barnegruppa har. Voksenstyrt aktivitet blir i for store grupper, med for mange avbrudd, for avansert aktivitet.

Konklusjon:

PP-tjenesten har over tid vært tydelig på at barnehagen må jobbe system. Barnehagen har utarbeidet mange planer, men PPT ser lite endring. PPT opplever at alvorlige hendelser blir bagatellisert og forklart med andre ting. Det er liten vilje til å erkjenne egne feil, og ledelsen kan oppleves lite ydmyk i forhold til andres observasjoner og foreldres frykt for at barna ikke har det bra.

Barnehagen er fortsatt preget av sikkerhetsbrudd. PPT vurderer at Revehiet har et psykososialt belastende miljø. Det er grunn til å si at samlet kompetanse og faglig skjønn ikke er vurdert som god nok i forhold til pedagogisk tilrettelegging, dagsrytme og struktur, overganger, sikkerhet, lekemiljø, relasjon mellom barn/barn og barn/personal.»

I møtet mellom barnehagen og kommunen 18. juni 2018 ble det varslet om at det ville bli avholdt foreldremøte i regi av kommunen samme kveld og at kommunen ville sette inn inntil fire observatører pr dag påfølgende tirsdag, onsdag og torsdag. Vedrørende veien

videre ble barnehagen varslet om at kommunen etter dette enten ville opprettholde opprinnelig tenkt prosess eller overta driften av barnehagen i en tidsavgrenset periode.

Foreldremøtet mellom kommunen og foreldre ble avholdt på Quality Panorama hotell 18. juni, jf. innkalling sendt kl 11.16 pr e-post samme dag. Barnehagen ved daglig leder sendte samme dag e-post til kommunen og reagerte på at foreldremøte ville skape uro i foreldregruppa. Den 19. juni 2018 skrev barnehagens advokat brev til kommunen med samme bekymring og etterlyste dialog.

Kommunens observatører i perioden 19. til og med 21. juni 2018 fikk følgende mandat:

«Konkrete forhold som skal observeres: Hva gjør oss trygge på tilbudet barnehagen gir? Hva gjør oss utrygge på tilbudet barnehagen gir? med utgangspunkt i følgende:

- *de ansattes praksis knyttet til ivaretagelse av barns behov for omsorg:*

Personalet skal (fra rammeplan):

- *ivareta barnas behov for fysisk omsorg, inkludert behov for ro og hvile*
- *legge til rette for at barna kan knytte seg til personalet og til hverandre*
- *sørge for at alle barn opplever trygghet, tilhørighet og trivsel i barnehagen*
- *møte alle barn med åpenhet, varme og interesse og vise omsorg for hvert enkelt barn*
- *være lydhør for barnas uttrykk og imøtekomme deres behov for omsorg med sensitivitet*
- *støtte og oppmuntre barna til å vise omsorg for andre og til selv å kunne ta imot omsorg*
- *bidra til at barna kan utvikle tillit til seg selv og andre.*
- *veilede barna hvis leken medfører uheldige samspillsmønstre*

- *de ansattes praksis knyttet til ivaretagelse av barns sikkerhet*

Personalet skal (fra rammeplan):

- *forebygge, stoppe og følge opp diskriminering, mobbing, krenkelser og uheldige samspillsmønstre*

I dette er det rimelig å forvente at personalet jobber for å:

- *ha oversikt over hvor alle barn er ute og inne*
- *unngå skader på barn ute og inne*
- *unngå forsvinninger av barn ute og inne*
- *organisere hverdagen med tanke på sikkerhet for barn*

Observasjoner gjøres fortløpende med korte beskrivelser/stikkord.

Konkrete hendelser observatør reagerer på føres inn i eget observasjonsskjema med observatørens vurdering av situasjonen.»

Barnehagen besluttet samtidig å innhente observasjoner fra Nasjonalt kunnskapssenter for barnehager AS. May Liss Olsen Tobiassen og Hanne Mette Kristiansen Vindik herfra foretok sine observasjoner 20. og 21. juni 2018.

21. juni 2018 ble det avholdt møte mellom kommunen og barnehagen ved daglig leder, organisasjonsdirektør og deres advokat. Konklusjonen fra møtet var blant annet at det skulle avholdes nytt møte 22. juni 2018 for gjennomgang av enkelthendelser. Kommunen

oversendte 21. juni 2018 en oversikt til barnehagen med konkrete hendelser observert etter at rettingsvedtaket ble ilagt. Dette var blant annet:

«● 4 uker siden: Barn stakk av fra barnehagen. Mor leverte barnet i barnehagen og hadde deretter en foreldresamtale. Etter foreldresamtalen dro hun hjem og da møter hun barnet igjen hjemme. Mor ringer barnehagen og får etter flere forsøk kontakt med en annen avdeling. Hun opplyser om at barnehagen mangler et barn og ifølge mor har barnet da vært borte i minimum 30 min. Barna i barnehagen hadde da satt seg ned for å spise uten å merke at de manglet et barn ved bordet. Mor drar tilbake til barnehagen og styrer har da fått en lapp om info. Barnehagen lover at dette ikke skal skje igjen.

- Flere barn opplever å bli slått jevnlig og et spesifikt barn sist 18.juni - er redd for at hennes barn har blitt en hakkekylling fordi han har blitt stille og usikker i barnehagen.

- Episoden med barnet som ble funnet på do og barnehagens innspill på det.

- To uker siden: Observasjon i forbindelse med henting av eget barn: Det står et lite barn bak grinden alene inne og alle andre var ute. Hun står der også når henting er ferdig. Det var ingen voksne der og forelder som så dette prøvde først og rope innover på avdelingen uten å få respons. Måtte deretter gå ut og hente en voksen og gjøre dem oppmerksom på at et barn var inne alene.

- Tre uker siden: hendelse der eget barn datt ut av vogn etter oppvåkning fordi det ikke var noen ansatte der. Ansatt ringte og fortalt om det, men spesifiserte at hun ringte kun fordi foreldre hadde bedt om at barnehagen gjorde det hvis barnet slo seg

- Mandag 18.juni - Ble det igjen kastet vann over en unge som lå og sov i vogna. Ingen som passer på barn på baksiden av huset.»

Kommunen konkretiserte også nye episoder som de anførte skulle ha funnet sted før rettingsvedtaket som de først har blitt kjent med senere tid:

«● Er veldig fornøyde med tilbudet til eget barn på Hestehagen, men opplever at alvorlige hendelser blir bagatellisert. Eksempel: Noen barn gikk ut av barnehagen og var på vei til et anleggsområde i nærheten. Ansatte på anlegget brakte barna tilbake til barnehagen. De ansatte hadde ikke oppdaget at barna var borte. Denne hendelsen fikk forelder informasjon om fra en nabo - barnehagen har ikke informert om den. Forelder har meldt saken til barnehagen, men har ikke fått noen tilbakemelding fra barnehagen.

- Forbipasserende oppdager et barn som ligger ved gjerdet i barnehagen. Den forbipasserende gikk innenfor gjerdet for å sjekke om barnet hadde det bra og lete etter voksne - tilslutt kommer det en vikar ut og tar vare på barnet som hadde sovnet. Barnet var alene ute uten voksne.

Vi ønsker dokumentasjon på registrering av hendelsen og hvordan barnehagen har fulgt opp barn, foreldre, rutiner og de ansatte.

- En forelder observerer fra bil på vei fra barnehagen etter å ha avlevert eget barn at flere store barn dyttet et mindre barn mellom et sykkelsete og baksete - presset flere ganger i magen. Barnet gråt og var tydelig redd. De begynte å dytte sykkelen, jenta

hang på og var på vei til å falle. De fortsatte og mor tutet for oppmerksomhet fra barna eller noen voksne. Sykkelen bikket over barnet som gråt og var redd og de andre barna sto og lo og så på. Ingen voksne som hørte tutingen eller ropene da de sto på andre siden av uteområdet og snakket sammen. Forelderen gikk ut av bilen og prøvde å få kontakt - kjeftet på guttene og de sluttet. Fikk tak i voksen og forklarte situasjonen og fikk beskjed om at barna ikke var på hennes avdeling, men hun skulle si fra. Tok kontakt med styrer i ettertid og forlangte tiltak - så ingen forbedring i voksentetthet eller voksnes plassering på uteområdet.»

I kommunens brev av 21. juni 2018 etterspurte de dokumentasjon på at de ovennevnte hendelsene var registrert som avvik og ba om en redegjørelse for hvordan barnehagen hadde fulgt opp barn, foreldre og ansatte i forbindelse med hendelsene. Barnehagen ba om utsatt frist for å komme med bemerkninger og møtet 22. juni 2018 ble utsatt. Barnehagen kom med sitt svar knyttet til noen av de konkrete hendelsene 26. juni 2018, jf. brev fra advokat Homble og det varsles at det vil bli redegjort for flere senere. Dette ble gjort i brev av 29. juni 2018 fra advokat Homble.

Den 25. juni 2018 inviterte kommunen foreldrene til nytt foreldremøte påfølgende dag. Fra invitasjonen hitsettes:

«Fagenhet for oppvekst og utdanning inviterer som avtalt til nytt foreldremøte om tilsynssaken ved Gnist Trøa barnehage i morgen, tirsdag 26.6.2018, kl 1800 - 1900 på Quality Panorama Hotet.

Vi er kjent med at dere har mottatt informasjon fra eier om saken, og at de nå jobber med et svar til kommunen. Fagenheten har derfor ikke fattet en beslutning i saken.

Fagenheten inviterer likevel til møte for å bidra med informasjon og dialog om fremdrift, samtidig som vi på denne måten ønsker å være tilgjengelig for eventuelle spørsmål fra dere.»

Den 25. juni 2018 forelå rapport fra Nasjonalt Kunnskapssenter for barnehager AS etter observasjonsperioden. Denne viste at de ikke delte kommunens bekymringer. Fra konklusjon etter observasjon 20. juni 2018 hitsettes:

«- De voksne lot ikke til å synlig være påvirket av at 5 ukjente personer var i barnehagen for å observere hverdagen.

- Selv om det ikke er tatt en full Ecers på alle avdelinger så har det gitt et godt bilde på situasjonen på de områdene som har vært fokus i tilsynet. Kartleggingen viser at Trøa Gnist barnehage ligger over nasjonalt gjennomsnitt på Ecers.

- Trøa Gnist barnehage skårer på nivå Good og Exelent på flere indikatorer som måler det som var nevnt som utfordringer i tilsynet fra Trondheim kommune. Det vurderes at barnehagen har utviklet gode rutiner for tilsyn av barn samt et god omsorgs- og læringsmiljø.»

Den 4. juli 2018 forelå kommunens tilsynsrapport etter utvidet stedlig tilsyn. Det fremgår av rapportens konklusjon at kommunen fortsatt var bekymret og valgte å opprettholde innholdet i rettingsvedtaket av 15. mai 2018 med tilføyelser basert på nye funn i tilsynsperioden. Det ble også besluttet å sette inn observatører frem til rettefristen satt til 1.

november 2018. Det ble samtidig berammet møte mellom kommunen og barnehagens eier 25. oktober 2018. I tilsynsrapporten ble det så gitt et forhåndsvarsel om pålegg om retting som hitsetts:

«Etter forvaltningsloven § 16 varsles barnehagen om at Trondheim kommune kan komme til å vedta følgende pålegg:

1. Barnehagens eier må sikre at barnehagen greier å ivareta barns behov for omsorg og lek.

Pålegget innebærer at:

- Tiltak som beskrevet i eiers tilbakemelding på tilsynsrapporten må bidra til økt grunnleggende kompetanse som fører til varig endring i de ansattes pedagogiske praksis og barnehagens fysiske miljø*
- Eier må umiddelbart sette inn tiltak for å forebygge, håndtere og følge opp krenkelser og mobbing som foregår i barnehagen.*
- Eier må sette inn tiltak for å forhindre flere alvorlige hendelser som er gjennomførbare for ansatte*

2. Barnehagens eier må sikre at barnehagen greier å fremme læring og danning som grunnlag for allsidig utvikling hos barn.

Pålegget innebærer at:

- De ansatte må bli i stand til å avdekke og forstå ulike barns behov og forutsetninger*
- De ansatte må ta utgangspunkt i barns ulike behov og forutsetninger i planlegging og organisering av den pedagogiske virksomheten*
- Eier må sørge for et barnehagemiljø som gjør ansatte i stand til å oppfylle rammeplanens intensjoner for pedagogisk arbeid og som kommer barn til gode.*
- Eier og styrer må sørge for at barn får medvirke i sin hverdag.*
- Eier og styrer må umiddelbart sørge for at alle barn opplever en hverdag som er helsefremmende både fysisk og psykisk.*

3. Barnehagens eier må sørge for at barnehagen har den pedagogiske kompetansen som er nødvendig for å sikre en forsvarlig pedagogisk drift og kvalitet ved barnehagen.

- Planlagte kompetansetiltak og lederstøtte må være pedagogisk og faglig forankret slik at tiltak som iverksettes sikrer økt kvalitet og forsvarlig pedagogisk drift av barnehagen.*
- Eier må umiddelbart legge forholdene til rette for at pedagogiske grunnprinsipper kan bli ivaretatt i barnehagen.»*

Kommunen satte samtidig frist til 27. juli 2018 for å komme med tilbakemelding på tilsynsrapporten og forhåndsvarselet.

Barnehagen ba om utsatt tilsvarsfrist og etterspurte nedtegnelser fra kommunens observatører i perioden 19. -21. juli 2018, jf. e-post fra advokat Hoble datert 5. juli 2018. Kommunen innvilget utsatt tilsvarsfrist og oversendte en oppsummering av observasjonene, jf. e-post fra kommunen 9. juli 2018.

Barnehagen sendte sitt svar på tilsynsrapporten og forhåndsvarselet om pålegget om retting den 10. august 2018. Den 23. august 2018 fattet kommunen endelig vedtak etter tilsyn i

barnehagen og valgte å opprettholde sitt vedtak av 15. mai 2018 med de ovennevnte rettingstilføyelser som varslet i forhåndsvarslet datert 4. juli 2018. Det ble samtidig varslet at kommunen ville sette inn observatører i barnehagen fra og med 3. september 2018 og at observasjonene ville danne grunnlag for veiledning og dialog mellom kommunen og barnehagens eier og styrer. Møtet berammet til 25. oktober 2018 ble opprettholdt.

Vedtaket ble ikke påklaget av barnehagen, men barnehagen etterspurte en nærmere konkretisering av rettingspålegget og anførte at de var upresise, jf. brev fra barnehagen ved Skjærvø av 9. september 2018 og advokat Homble datert 13. september 2018.

I perioden fra 1. september til 31. oktober 2018 hadde kommunen observatører i barnehagen. Det ble i samme periode avholdt ukentlige møter mellom barnehagen og kommunen for å gjennomgå observasjonene.

Den 9. september 2018 etterspurte barnehagen en presisering fra kommunen med hensyn til hvordan kommunen ønsket innholdet i erklæringen de skulle levere 1. november 2018, jf. rettingsvedtaket av 23. august 2018. Kommunen besvarte dette i brev av 22. oktober 2018 med overskriften «*Presisering av ønsket erklæring*».

Barnehagen innga rettidig erklæring 1. november 2018. Vedlagt erklæringen lå blant annet resultater fra kartlegging av det pedagogiske miljøet og målingen av kvaliteten i barnehagen fra Nasjonalt kunnskapssenter for barnehager AS basert på deres undersøkelser i september 2018 ved bruk av ECERS/ITERS-tester. Vedlagt erklæringen lå også orientering om igangsatt samarbeidsprosjekt med Dronning Maud høyskole «*Meg i møte med barnet*».

Den 1. november 2018 trakk kommunen ut sine observatører. 12. november 2018 sendte kommunen ved Siv Akre e-post til barnehagens leder med spørsmål om avslutningsmøte kunne berammes til 23. november 2018. Dagen før avslutningsmøtet skulle avholdes, 22. november 2018, sendte avdelingsleder i kommunen ved Fagenheten for oppvekst og utdanning e-post til leder i barnehagen og avlyste møtet på bakgrunn av henvendelse fra en mor i barnehagen samme dag. I e-post av 30. november 2018 fra kommunen ved Siv Akre ble det varslet om ytterligere en foreldreklage mot barnehagen og Gnist Trøa fikk frist til 5. desember 2018 med å komme med redegjørelser for de nye foreldreklagene.

Barnehagen redegjorde for sin opplevelse av, og håndtering av foreldreklagene i brev av 28. november og 5. desember 2018.

Den 13. november 2018 mottok barnehagen klage fra forelder om frostskafer hos barnet. For øvrig hitsettes fra klagen:

«Det bør være første og siste gang jeg henter henne slik. Jeg er dessverre ikke overrasket over at slikt skjer, det er fullstendig kaos der hver eneste dag. De eneste gangene det er kontroll er når halvparten

sitter foran en skjerm og ser ett eller annet. Dette er forøvrig også noe jeg undrer meg over. Jeg betaler ikke for barnehage for at barnet mitt skal sitte å se på en skjerm halve dagen, dessuten bør dere vite at skjermtid ikke er bra for barn!»

4. januar 2019 fattet kommunen vedtak med forhåndsvarsel om varig stenging av Gnist Trøa barnehage med virkning fra 1. mars 2019. Barnehagen fikk frist til 21. januar 2019 for å komme med eventuell uttalelse til forhåndsvarselet. Kommunen avholdt foreldremøte om situasjonen 8. januar 2018. Kommunen satte inn observatører igjen i fra januar 2019 og disse har vært til stede frem til dags dato. Barnehagen innga rettidige merknader til forhåndsvarselet om varig stenging.

Den 1. februar 2019 fattet kommunen vedtak om varig stenging av barnehagen med virkning fra 1. mars 2019. Den 3. februar 2019 begjære barnehagen utsatt iverksettelse av stengingsvedtaket til Fylkesmannen i Trøndelag og varslet at de ville påklage kommunens vedtak. Fylkesmannen i Trøndelag erklærte seg inhabil og Kunnskapsdepartementet oppnevnte Fylkesmannen i Møre og Romsdal (heretter kalt fylkesmannen) som settefylkesmann 5. februar 2019.

15. februar 2019 besluttet fylkesmannen utsatt iverksettelse av stengingsvedtaket frem til en eventuell klagesak var behandlet. 22. februar 2019 påklage barnehagen kommunens stengingsvedtak.

Ved kommunens brev til fylkesmannen av 26. mars 2019 opprettholdt kommunen stengingsvedtaket og oversendte saken til Fylkesmannen for klagesaksbehandling. Den 24. juni 2019 sendte advokat Einar Brunnes inn sine merknader til fylkesmannen på vegne av Private Barnehagers Landsforbund.

Den 16. september 2019 skrev fylkesmannen brev til barnehagen og kommunen med ønske om å avholde møte med henholdsvis kommunen den 18. september og barnehagen den 19. september 2019

Fylkesmannen fattet den 29. november 2019 vedtak i klagesaken og opprettholdt stengingsvedtaket. Vedtaket hitsettes:

«Med hjemmel i barnehageloven § 16 stadfester fylkesmannen Trondheim kommunes vedtak om stenging av Gnist Trøa Barnehage AS. Klagen er avslått.

Varig stenging iverksettes fra og med 1. mars 2020. Vedtaket er endelig og kan ikke påklages jf. fvl. § 28.»

Kommunen avholdt foreldremøte 2. desember 2019 og sendte informasjonsskriv til foreldrene 6. desember 2019 om møtetidspunkter for samtaler om tildeling av nye barnehageplasser.

16. desember 2019 fremsatte Gnist Trøa begjæring om midlertidig forføyning for Sør-Trøndelag tingrett med krav om utsatt iverksettelse av stengingsvedtaket. Barnehagen anførte at det var fare ved opphold og ba tingretten ta stilling til begjæringen uten muntlige forhandlinger og før foreleggelse for saksøkte, jf. tvisteloven § 32-7, annet ledd. Retten tok ikke denne begjæringen til følge.

6. januar 2020 begjærte Private Barnehagers Landsforbund partshjelp. Ved rettens brev av samme dag fikk partene frist til 10. januar 2020 for å komme med merknader til begjæringen. Retten mottok ingen innsigelser og besluttet å akseptere begjæring om partshjelp i saksforberedende rettsmøte 14. januar 2020.

Staten ved Kunnskapsdepartementet innga sine merknader til begjæringen 13. januar 2020. Muntlige forhandlinger ble avholdt over to dager i Trondheim tinghus fredag 17. og mandag 20. januar 2020. Det ble ført slike vitner som fremgår av rettsboken og to vedlagte digitale dokumentsamlinger.

Saksøker, Gnist Barnehager Trøa AS har i hovedtrekk anført

Det anføres at alle vilkår for midlertidig forføyning er oppfylt, jf. tvisteloven § 34-1 og § 34-2, første ledd. Det er sannsynliggjort at fylkesmannens vedtak om varig stenging av barnehagen er forvaltningsrettslig ugyldig av flere årsaker. Staten har ikke bestridt at det i så fall foreligger sikringsgrunn. Det anføres at en midlertidig forføyning i form av utsatt iverksettelse av stengingsvedtaket frem til rettskraftig dom foreligger åpenbart ikke står i noe misforhold til den interesse barnehagen, dens ansatte, barna og foreldrene har i å få utsatt en stengingen av barnehagen.

Det foreligger flere ulike selvstendige grunnlag for at fylkesmannens vedtak er ugyldig. For det første bygger stengingsvedtaket på feil faktum. Det er videre uklart hvilken rettslig norm som er lagt til grunn for å vurdere om lovens krav til minstestandard er oppfylt. Det er uansett lagt en for streng rettslig norm til grunn, og dermed foreligger det feil i rettsanvendelsen. Vedtaket lider også av flere saksbehandlingsfeil som både hver for seg og samlet har virket bestemmende for vedtakets innhold, jf. forvaltningsloven § 41. Vedtaket er videre sterkt urimelig og det er tatt utenforliggende hensyn.

Retten må foreta en prejudisiell vurdering av gyldigheten av fylkesmannens stengningsvedtak. Som følge av at stengingsvedtaket bygger på et forutgående pålegg om retting fra kommunen må retten også ta prejudisiell stilling til om kommunens vedtak om pålegg er gyldig.

Retten kan prøve både forvaltningens rettsanvendelse og faktum fullt ut samt om det foreligger saksbehandlingsfeil. Det anføres at det er staten som har bevisbyrden og i saken vil det gjelde et skjerpet beviskrav i og med at vedtaket er så inngripende. Retten kan også

prøve subsumsjonen fullt ut. Retten har kun en begrenset overprøvingsmyndighet ved forvaltningens hensiktsmessighetsvurdering, jf. fylkesmannens «kan» vurdering i barnehageloven § 16, dvs. om stenging varig eller midlertidig er hensiktsmessig dersom lovens øvrige vilkår er oppfylt. Retten kan uansett fullt ut overprøve om stengingsvedtaket etter en samlet vurdering er sterkt, åpenbart eller grovt urimelig.

- Barnehagelovens vilkår for stenging er ikke oppfylt, jf. barnehageloven § 16
 - Fylkesmannen har ikke vist til at det foreligger «uforsvarlige forhold» som grunnlag for stenging, men det anføres «ulovlige forhold».
 - Retten kan prøve fullt ut om det foreligger ulovlige forhold, jf. barnehagelovens §§ 1 og 2. Barnehageloven § 7 har ingen selvstendig betydning.
 - Tilleggsvilkår for stenging er enten at «forholdet ikke lar seg rette» eller at «fristen for å etterkomme pålegg ikke er oppfylt». Fylkesmannen har, i motsetning til kommunen, lagt til grunn at tilleggsvilkår nr 1 ikke er aktuelt.
 - Tilleggsvilkår nr 2 forutsetter at det underliggende rettingsvedtaket var berettiget og det anføres at det heftet flere feil ved det underliggende rettingsvedtaket.
 - Loven krever også at kommunen har oppfylt sin veiledningsplikt etter barnehageloven § 8, dette er ikke gjort.
 - Rettingspålegget var ikke tilstrekkelig konkretisert. Barnehagens handlingsplikt kan ikke gå lenger enn det som kan utledes av ordlyden i rettingspålegget. Rettingspålegget kan heller ikke gi en handlingspliktnorm eller et krav om resultat som går lenger en barnehagelovens krav om minstenorm.
 - Det anføres at påleggene uansett var rettet, jf. barnehagens erklæring av 1. november 2018.
 - Det bestrides at det forelå «ulovlige forhold» i barnehagen, jf. barnehageloven § 16. Ethvert eventuelt lovbrudd som ikke er rettet innen fristen kan uansett ikke danne grunnlag for stenging, jf. NOU 2012:1 s. 213. Stenging kan kun benyttes i unntakstilfeller der andre tiltak ikke har ført frem. Det fremkommer ikke av fylkesmannens vedtak hvilken norm som er lagt til grunn for denne vurderingen. Dette er i seg selv en saksbehandlingsfeil. Det skal mer til for å beslutte varig stenging enn midlertidig stenging. Fylkesmannens vedtak mangler en drøfting av dette.
- Vedtaket bygger på feil faktum
 - Det er ikke sannsynliggjort et faktum i saken som ga grunnlag for at fylkesmannen skulle opprettholde varig stenging av barnehagen.
 - Fylkesmannen har ukritisk lagt kommunens vurdering av faktum til grunn.
 - Kommunens vurdering av faktum lider av flere mangler, og observatørens informasjonsinnhenting lider også av flere mangler.
 - Fylkesmannens vedtak viser ingen spor av hvordan barnehagens anførsler og vurdering av faktum er vurdert. Det fremgår ikke om fylkesmannen har lagt vekt på faktum langt tilbake i tid, eller det faktum at mange foreldreklager kommer fra de samme foreldrene.

- Vedtaket lider av saksbehandlingsfeil
 - Fylkesmannen har ikke overholdt utredningsplikten, jf. forvaltningsloven § 33, femte ledd, jf. § 17, frøste ledd.
 - Fylkesmannen plikter å forta en selvstendig vurdering av sakens faktiske, rettslige og skjønnsmessige sider og klagers synspunkter. Det er også uklart om fylkesmannen har tillagt nye forhold etter klagetidspunktet vekt. Dette er viktig da det har vært manglende kontradiksjon etter oktober 2018 med hensyn til kommunens observatører.
 - Det er uklart om fylkesmannen har vurdert barnehagens anførsler knyttet til at de først fikk oversendt observatørens notater ved oversendelsen av saken til fylkesmannen.
 - Det er også uklart hvordan fylkesmannen har vurdert observatørens endrede mandat fra januar 2019. Barnehagen har ikke fått mulighet til kontradiksjon i denne etterfølgende tiden.
 - Fylkesmannens vedtak lider også av mangelfull begrunnelse, jf. forvaltningsloven § 25, første og annet ledd. Rettsreglenes innhold er ikke klarlagt, og det blir da umulig å etterprøve hvilken minimumsnorm fylkesmannen har lagt til grunn for sin konklusjon. -
 - Fylkesmannens begrunnelse er også mangelfull da det er umulig å si hvilket faktum som er lagt til grunn, jf. henvisninger til «sakens dokumenter».
 - Saksbehandlingsfeilene har hver for seg og samlet fått betydning for innholdet i stengingsvedtaket, jf. forvaltningsloven § 41.

- Vedtaket er også ugyldig fordi det er sterkt urimelig

Vedtaket er sterkt urimelig for de barna som går i barnehagen og deres foreldre, og særlig sett i lys av grunnlaget som anføres å foreligge for stenging.

- Vedtaket er også ugyldig fordi det er tatt utenforliggende hensyn

-Det vises til Utdanningsforbundets rolle i saken og kommunens dobbeltrolle som barnehageeier og tilsynsmyndighet.

- Interesseavveiningen i tvisteloven § 34-1, annet ledd forhindrer ikke en midlertidig forføyning

Hensynet til barna, foreldrene og de ansatte i barnehagen må veie tyngre enn statens interesse i å få barnehagen stengt 1. mars 2020. Det anføres at det er statens om må sannsynliggjøre at det foreligger et åpenbart misforhold.

Saksøker, Gnist Barnehager Trøa AS' påstand

1. Staten v/ Kunnskapsdepartementet pålegges å utsette iverksettelse av Fylkesmannens i Møre og Romsdals vedtak av 29. november 2019 om stenging av Gnist Trøa barnehage fra og med 1. mars 2020 inntil hovedsaken om gyldigheten av vedtaket er rettskraftig avgjort.

2. Staten v/ Kunnskapsdepartementet plikter å erstatte Gnist Barnehager Trøa AS' sakskostnader.

Saksøkte, Staten v/Kunnskapsdepartementet har i hovedtrekk anført

Saksøker har ikke sannsynliggjort å ha noe hovedkrav, saksøker har ikke sannsynliggjort at fylkesmannens vedtak er ugyldig. Det anføres at fylkesmannens vedtak er gyldig, og begjæringen om midlertidig forføyning kan ta ikke tas til følge. Vedtaket bygger på utfordringer i barnehagen over tid i strid med barnehagelovens minstekrav til barnehager, jf. barnehagelovens §§ 1 og 2, samt krav i rammeplanen. Sakens omfattende dokumentasjon på grunnlag av bekymringsmeldinger, klager og observasjoner gjort av fagpersoner viser mobbekultur, skjevutvikling hos barn, mangelfullt pedagogisk innhold og flere alvorlige hendelser også etter at kommunens observatører ble trukket ut. Barnehagen overhold ikke fristen for å etterkomme pålegg om retting og det forelå hjemmel for stenging i medhold av barnehageloven § 16. Staten bestrider ikke at sikringsgrunn foreligger dersom retten kommer til at det er sannsynliggjort ugyldig vedtak, men interesseavveiningen må gå i favør av staten, tvisteloven § 34-1, annet ledd da det fortsatt foreligger et mangelfullt barnehagetilbud og fortsatt utsettelse vil være en risiko for små barn.

Ved tolkningen av hva som er «uforsvarlige» og «ulovlige» forhold må retten ta hensyn til at innholdskravene i loven er skjønnsmessige og terskelen må følgelig fastsettes etter en skjønnsmessig og faglig vurdering. Kommunen er gitt oppgaven som tilsynsmyndighet og er derfor nærmest til å gjøre denne vurderingen. Retten kan ikke overprøve forvaltningens «kan»-skjønn i barnehageloven § 16. Retten kan overprøve fullt ut om det forelå «ulovlige» forhold i barnehagen og om fristen for å etterkomme pålegget 1. november 2018 var overholdt. Dersom retten kommer til at det forelå ulovlige forhold eventuelt uforsvarlige forhold og at pålegget om retting ikke var overholdt er det uten betydning hvordan tidligere vedtak er formulert, anførte saksbehandlingsfeil etc. Statens valg av reaksjonsform, varig eller midlertidig stenging, er overlagt til forvaltningens hensiktsmessighetsskjønn.

Det er barnehagen som må sannsynliggjøre at vedtaket er ugyldig, jf. tvisteloven § 34-2, første ledd.

- Den konkrete vurdering, subsumsjonen viser
 - barn med knekt tann, uten at barnehagen vet hva som har skjedd
 - barn låst inne i skur, voksen vet ikke hvor han er
 - mange barn bitt og slått uten at barnehagen vet hva som har skjedd
 - flere barn dyttet og sparket barn som lå nede, ingen ansatte oppdaget dette
 - barn kom hjem med frostskafer
 - barn slått og bitt mens han sov i vogn og måtte på legevakten, ansatte vet ikke hva som har skjedd
 - utviklet seg en mobbekultur, jf. PPT ved Møjen
 - fare for skjevutvikling hos barn, jf. PPT
 - barn har ikke hatt behov for spesialped. hjelp etter bytte av barnehage

- dårlig kommunikasjon til foreldre
- bekymring for det pedagogiske innholdet.
- Det anføres at disse forholdene viser at barnehagen over tid har drevet is trid med barnehageloven §§ 1, 2 og 7 og rammeplanen.
- Det bestrides at barnehagen har sannsynliggjort at fylkesmannen eller barnehagen har lagt feil faktum til grunn eller gjort feil faglige vurderinger. Kommunen har gjennom møter, foreldrekontakt og observatører innhentet sin informasjon. Kommunen har også overholdt sin veiledningsplikt.
- Nasjonalt kunnskapssenter er et datterselskap eid av Private barnehagers landsforbund, dvs. saksøkers partshjelper. Det anføres at kommunens barnefaglige kompetanse og PP-tjenestens kompetanse er minst like godt og disse har hatt en lettere oppfølging over tid i barnehagen.
- ECERS/ITERS-testene som er lagt frem er basert på internasjonale standarder, mens Trondheim kommune må gjøre sine vurderinger i henhold til det norske regelverket.

- Det bestrides at fylkesmannens vedtak er ugyldig som følge av utformingen av kommunens rettevedtak
 - uklart hvordan anførselen skal forstås rettslig.
 - barnehageloven § 16, annet ledd oppstiller ingen plikt om å gi konkrete tiltak
 - det er barnehageeiers ansvar å sikre at kravene i barnehageloven og rammeplanen er overholdt.
 - rettingsvedtaket lider ikke av formfeil. Vedtaket må ses i sammenheng med presiseringen av 22. oktober 2018.

- Det foreligger ikke saksbehandlingsfeil
 - Fylkesmannen har overholdt sin utredningsplikt, jf. forvaltningsloven § 17. Fylkesmannen har brukt god tid på sin avgjørelse, grundig gjennomgang av alle dokumenter, og kontradiksjon er løpende sikret i den kommunale prosessen. Fylkesmannen har også avholdt møte med partene. Domstolsprosessen vil i alle tilfeller reparere en eventuell mangelfull utredningsplikt. En eventuell mangelfull utredningsplikt har uansett ikke virket inn på vedtakets innhold.
 - Det foreligger ikke en mangelfull begrunnelse, jf. forvaltningsloven §25. Det bestrides at vedtaket er mangelfullt begrunnet, hverken hva gjelder rettslig redegjørelse eller hvilket faktum som er lagt til grunn.

- Det er ingen holdepunkter for at det foreligger myndighetsmisbruk
 - Det er fylkesmannens vedtak som skal overprøves og staten eier ingen barnehager.

- Vedtaket er ikke sterkt urimelig
 - hensynet til barnas beste må veie tyngst

- Interesseavveiningen i tvisteloven § 34-1, annet ledd må gå i favør av staten
- det foreligger fremdeles et mangelfullt barnehagetilbud, jf. dagens observatører.
- hensynet til barnas beste må veie tyngst
- det er allerede gått for lang tid siden kommunens vedtak ble fattet
- dersom barnehagen gis medhold må den gis frist på 2 uker til å ta ut stevning, og det er i alle tilfeller tilstrekkelig med en forføyning frem til dom i tingretten.

Saksøkte, Staten v/Kunnskapsdepartementets påstand

1. Begjæringen tas ikke til følge.
2. Staten v/Kunnskapsdepartementet tilkjennes sakskostnader.

Partshjelper, Private Barnehagers Landsforbund har i hovedtrekk anført

Det vises til saksøkers anførsler som støttes fullt ut.

- Saksbehandlingsfeil gjør vedtaket ugyldig
 - Fylkesmannen har ikke vurdert klagers anførsler, jf. forvaltningsloven § 34, annet ledd annet punktum.
 - Alvorlighetsgraden i vedtaket tilsier et skjerpet utredningsplikt og plikt til begrunnelse.
 - Fylkesmannens vedtak lider av mangelfull begrunnelse, det viser ikke hvordan lovens vilkår er tolket eller til hvilket faktum fylkesmannen legger til grunn har skjedd eller hvorfor dette legges til grunn.
 - Fylkesmannen burde ha innhentet nye opplysninger om barnehagens drift i dag da den siden vedtaket ble fattet av kommunen har drevet med ett års utviklingsarbeid for å bedre barnehagens kvalitet, jf. forvaltningsloven § 34, første ledd, første punktum.
 - Klageinstansen skal være en reell annen instans prøving av saken. Dette har det ikke vært.
- Stengningsvedtaket er også ugyldig fordi det foreligger feil ved kommunens forutgående utforming av rettingspålegget
 - Pålegget er så diffust utformet at det ikke kan danne grunnlag for stenging. Det blir umulig for fylkesmannen å etterprøve om rettingsfristen er overholdt. Det vises til Rt 1992 s 154 hvor en uteblivelsesdom var så uklar at den ikke ga grunnlag for tvangsfullbyrdelse.

Partshjelper Private Barnehagers Landsforbunds påstand

1. Staten v/ Kunnskapsdepartementet pålegges å utsette iverksettelse av Fylkesmannens i Møre og Romsdals vedtak av 29. november 2019 om stenging av Gnist Trøa barnehage fra og med 1. mars 2020 inntil hovedsaken om gyldigheten av vedtaket er rettskraftig avgjort.
2. Staten v/ Kunnskapsdepartementet plikter å erstatte partshjelpers sakskostnader.

Rettenns vurdering

1. Sakens rettslige ramme og domstolens prøvingsrett

Det følger av tvisteloven § 32-1, tredje ledd at den som har et krav som går ut på noen annet enn betaling av penger, kan begjære midlertidig forføyning dersom det foreligger en såkalt «sikringsgrunn» for dette. Gnist Trøa har begjært midlertidig forføyning med påstand om at retten skal pålegge staten å utsette en iverksettelse av fylkesmannens stengingsvedtak av 29. november 2019 frem til det foreligger rettskraftig avgjørelse om vedtakets gyldighet. For at retten skal kunne ta barnehagens forføyningskrav til følge må Gnist Trøa sannsynliggjøre både sikringsgrunnen og det anførte hovedkravet, jf. tvisteloven § 34-2, først ledd. I herværende sak har staten derimot ikke bestridt at det foreligger sikringsgrunn for det tilfellet at retten finner det sannsynliggjort at fylkesmannens stengingsvedtak av 29. november 2019 er ugyldig.

Gnist Tøras anførte «hovedkrav» er at fylkesmannens vedtak av 29. november 2019, som pålegger varig stenging av barnehagen fra 1. mars 2020, er forvaltningsrettslig ugyldig. Retten må etter dette foreta en såkalt «prejudisiell» vurdering av gyldigheten av fylkesmannens vedtak. En prejudisiell vurdering innebærer at retten ikke skal ta endelig stilling til gyldigheten av fylkesmannens vedtak. Dette må eventuelt må skje ved dom for det tilfellet at Gnist Trøa i fremtiden tar ut stevning mot staten for tingretten.

Det er normalt klageinstansens forvaltningsvedtak som er gjenstand for rettslig overprøving. Dette innebærer at retten skal vurdere gyldigheten av fylkesmannens vedtak. Retten må derimot også foreta en prejudisiell vurdering av det forutgående kommunale rettingspålegget av 23. august 2018, selv om dette vedtaket i seg selv ikke ble påklaget. Bakgrunnen for dette er at det etterfølgende stengingsvedtak som ble påklaget, er begrunnet i at pålegget ikke ble rettet innen fristen 1. november 2020. Gnist Trøa og partshjelper har blant annet anført at pålegget ikke oppfyller kravene til et enkeltvedtak, at det er for uklart og diffust utformet slik at dette vedtaket ikke kan danne grunnlag for et vedtak om varig stenging, jf. barnehageloven § 16.

Domstolskontrollen med forvaltningens vedtak er ulovfestet, men er antatt å ha grunnlovs rang. Retten til å få overprøvd forvaltningsvedtak følger også av Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen artikkel 6.

Retten skal foreta en legalitetskontroll av fylkesmannens vedtak og det underliggende kommunale pålegget om retting. Dette innebærer at retten fullt ut skal prøve både faktisk og rettslig om det forelå «ulovlige» og/eller «uforsvarlige» forhold i barnehagen da det ble vedtatt varig stenging 1. februar 2019 og om forvaltningen har tolket de aktuelle hjemler i barnehageloven korrekt. Retten kan fullt ut prøve om fylkesmannen og kommunen har lagt et korrekt faktum til grunn for sine vedtak. Videre kan retten prøve fullt ut om kommunen hadde hjemmel i loven til å ilegge de pålegg som ble gitt i rettingsvedtaket. Retten kan også fullt ut prøve om barnehagen overholdt fristen 1. november 2018 for å etterkomme

rettingspålegget. Retten kan også prøve fullt ut om forvaltningens saksbehandling har vært forsvarlig. Det er samtidig lang tradisjon for at domstolene er tilbakeholdne med å overprøve forvaltningens konkrete vurdering av vilkår i loven som i stor grad avhenger av et faglig skjønn. Dette kan få betydning i herværende sak hvor vilkårene for stenging i barnehagelovens § 16 i stor grad beror på skjønnsmessige og faglige konkrete vurderinger, jf. om de faktiske beviste forhold i barnehagen utgjør «uforsvarlige» eller «ulovlige» forhold i lovens forstand. Retten viser blant annet til Rt 1995 s 1427. Om noe er et «ulovlig» forhold vil dels kunne være konkrete forhold som retten lettere kan overprøve fullt ut, slik som antall barn pr. pedagog eller mer skjønnsmessige slik som kravene i rammeplanen til «trygge omgivelser», «tilfredsstillende pedagogisk virksomhet» etc.

Dersom retten kommer til at grunnvilkåret og ett av tilleggsvilkårene for stenging i barnehageloven § 16 er oppfylt, er både partene og retten enige om at det er underlagt forvaltningens såkalte «frie skjønn» å vurdere om barnehagen skal stenges, jf. ordlyden «kan». Dette har også støtte i det faktum at hverken barnehageloven eller dens forarbeider oppstiller noen konkrete vilkår eller retningslinjer for forvaltningens vurdering. Retten viser her også til Rt 2014 s 310 avsnitt 54. Det er likevel slik at domstolen fullt ut kan prøve om valget av reaksjon er et resultat av myndighetsmisbruk, om det er tatt utenforliggende hensyn eller om resultatet er sterkt urimelig.

2. Beviskrav og bevisbyrde

Gnist Trøa har anført at det er staten som har bevisbyrden i saken og at det er staten som må sannsynliggjøre at forvaltningsvedtaket er gyldig. Retten finner det derimot klart at det er Gnist Trøa som nå i forføyningssaken for retten må sannsynliggjøre at fylkesmannens vedtak er ugyldig, jf. tvisteloven § 34-2 og Hans Flock «Midlertidig sikring» side 55. En annen sak er at det også er alminnelig antatt at det er forvaltningen som har bevisbyrden i inngrepssaker (tilsyns- og sanksjonssaker).

Retten kan på bakgrunn av vurderingene nedenfor likevel ikke se at ovennevnte problemstilling vil bli avgjørende i saken.

Partene har også et ulikt syn på beviskravet i saken. Retten forstår saksøkers anførsel dit hen at stengningsvedtakets inngripende karakter gjør at det må kunne stilles krav om mer enn alminnelig sannsynlighetsovervekt for det faktum som forvaltningen legger til grunn i disfavør av Gnist Trøa. Retten kan heller ikke se at svaret på dette spørsmålet vil bli avgjørende i saken nå. Det er ikke omtvistet at det alminnelige beviskravet i forvaltningsretten er alminnelig sannsynlighetsovervekt. Retten er likevel enig med Gnist Trøa i at beviskravet etter en konkret vurdering kan skjerpes der konsekvensene av forvaltningsvedtaket er inngripende, jf. artikkel av Hans Petter Graver «*Bevisbyrde og beviskrav i forvaltningsretten*» side 481 flg.

3. Lider forvaltningsvedtaket av innholdsmessige feil – bygger vedtaket på feil faktum?

Saksøker har anført at fylkesmannens vedtak er ugyldig fordi det bygger på feil faktum. Retten kan overprøve både kommunens og fylkesmannens faktumvurdering fullt ut.

Det fremgår flere steder i fylkesmannens vedtak, både direkte og indirekte, at den legger kommunens fremstilling og vurdering av faktum i saken til grunn. Sentralt for retten blir det derfor å vurdere om det foreligger feil ved kommunens vurdering av faktum som ligger til grunn for stengingsvedtaket.

Faktum i saken er omfattende. Retten kan etter endt bevisførsel, basert på de skriftlige dokumenter og bevis i saken samt vitneførsel i retten, og etter en skjønnsmessig helhetsvurdering ikke se at det er sannsynliggjort noen feil ved forvaltningens vurdering av faktum som påvirker gyldigheten av stengingsvedtaket. Dette vil bli begrunnet i det følgende.

Det fremgår av det kommunale stengingsvedtaket hvilke bevis som har vært grunnlaget for kommunes vurdering, blant annet:

- Rapport fra PPT tjenesten av 18. juni 2018
- Møter og samtaler med PPT tjenesten
- Innhenting av informasjon fra foreldre i 18. og 19. juni 2018
- Henvendelser på e-post og telefoner fra foreldre under hele tilsynsprosessen
- Informasjon fra observatører i perioden 19. - 21. juni 2018 og 3. september til 1. november 2018.
- Ukentlige møter med leder i barnehagen i perioden 3. september til 1. november 2018
- Innhenting av barnehagens syn på konkrete hendelser og bekymringer fra foreldre
- Barnehagens erklæringer av 2. mai 2018, 10. august 2018 og 1. november 2018
- Rapport fra Nasjonalt kunnskapssenter for barnehager AS etter deres observasjoner 20. og 21. juni 2018.
- Resultat av ECERS/ITERS-test foretatt av Nasjonalt kunnskapssenter for barnehager

Sentralt for gyldigheten av fylkesmannens vedtak er at det fremgår at selve vedtaket at fylkesmannen har fått med seg Gnist Trøas innsigelser til kommunens faktumbeskrivelse, jf. vedtakets side 6-7. Fylkesmannen har også gått særlig nøye gjennom en drøftelse av observasjon som metode og viser i sitt vedtak side 10 at det forut for stengingsvedtaket er tatt høyde for at observatørene kan ha påvirket både barn og voksnes adferd i barnehagen. Vider viser fylkesmannens vedtak at det er tatt høyde for at observatørenes vurdering av episoder i barnehagen kan bli preget av subjektive oppfatninger og tolkninger av situasjoner. Fylkesmannen har også avholdt møte med begge parter forut for sitt vedtak.

Spørsmålet blir etter dette om Gnist Trøa har sannsynliggjort for retten at kommunen og fylkesmannen har lagt feil faktum til grunn for sine avgjørelser.

Gnist Barnehagen har blant annet vist til svakheter ved observasjon som metode og vist til at både voksne og barn kan bli påvirket av å ha observatører rundt seg. Barnehagen førte også vitneførsel omkring dette. Selv om både barn og voksne kan bli preget av at det er observatører inne i barnehagen finner retten alt i alt at det som er rapportert må kunne tillegges vekt. Retten kan vanskelig se hvordan kommunen ellers kunne å foretatt en forsvarlig informasjonsinnhenting i denne saken enn nettopp ved bruk av observatører. Så vidt retten kan se er observasjoner gjort i henhold til «Metodebok for tilsyn» utgitt av Utdanningsdirektoratet. Observatørene var i den første fasen en viktig kilde til informasjon på de veiledningsmøtene som var mellom kommunen og barnehagen. Retten legger derfor vekt på at observatørenes rapporteringer var gjenstand for kontradiksjon mellom partene høsten 2018. Etter at barnehagen ble besluttet varig stengt har observatørene vært der både for å få innhentet oppdatert informasjon, men også som et sikkerhetstiltak i klagesaksprosessen da fylkesmannen besluttet at barnehagen skulle holde åpent frem til klagesaksbehandlingen var ferdig.

Gnist Trøa har videre vist til at både fylkesmannen og kommunen ukritisk har lagt til grunn versjoner av enkelthendelser rapportert av forelder, PPT eller observatørene og ikke barnehagens kommentarer til disse.

Retten finner at rapporten fra PPT Heimdal er et sentralt bevis, jf. deres notat av 18. juni 2018. Retten mener det må legges betydelig vekt på at PPT Heimdal på et tidspunkt stoppet oppfølging av barn i barnehagen fordi det var umulig å si om enkelte barns utfordrende adferd hadde sin årsak i de psykososiale forholdene i barnehagen eller underliggende forhold hos barnet selv. Rapporten beskriver bekymringsfulle hendelser og forhold i barnehagen både før og etter det ble gitt pålegg om retting første gang i 15. mai 2018. Rapporten er skrevet av avdelingsleder Rita Sand ved PPT Heimdal. Retten mener at rapportens bevisverdi er styrket gjennom vitneforklaringen i retten til Britt Kari Mjøen fra PPT Heimdal. Mjøen har jobbet i PPT de siste 10 årene som spesialpedagog og har god kjennskap til både kommunale- og private barnehager i Trondheim. Retten legger derfor til grunn at Mjøen har et godt faglig grunnlag for å kunne vurdere de forhold barna har i Gnist Trøa, sammenlignet med forholdene i andre barnehager. Mjøen jobbet med system i Gnist Trøa vinter og vår 2018 og uttrykte i retten at hun var i «sjokk» over forholdene i barnehagen. Mjøen beskrev redde barn, mobbekultur blant barn, voldelige barn, et barn som slo seg på ørene i en halv time tydelig mistilpass uten at de ansatte i barnehagen grep inn, en barnehagehverdag uten tilstrekkelig pedagogisk innhold, barn som ikke blir møtt på følelsene sine, barn som var alene over tid uten tilsyn av voksne, barn som gikk ut tynnkledde, lite omsorg, mangelfullt system med få samlingsstunder og voksne som bagatelliserte og bortforklarte utfordringene de ble konfrontert med. Mjøen har også

forklart om ett barn som likevel ikke hadde behov for spesialpedagogisk oppfølging ved bytte av barnehage, og om at skolen i nærmiljøet opplever større atferdsutfordringer med barn som kommer fra Gnist Trøa enn andre barnehager.

Retten finner at PPT Heimdal sine funn i sitt notat av 18. juni 2018 også underbygges av det kommunens observatører har rapportert. Kommunen hadde observatører inne i barnehagen først i perioden 19. til 21. juni 2018 og deretter i perioden fra 3. september til 1. november 2018, for deretter igjen fra januar 2019 og frem til dags dato. Retten mener bevisverdien av deres observasjoner styrkes av at alle observatører som er benyttet har utdannelse som barnehagelærere, bortsett fra en som er barnevernspedagog. Bevisverdien av deres rapporter styrkes også av at noen er ansatte i private barnehager og noen i kommunale. Under de muntlige forhandlingene fikk retten høre vitneforklaringen til Mona Jakola og Thea Rime. Rime har jobbet i en annen barnehage i 20 år og var observatør i Gnist Trøa to dager i uka fra 3. september til 1. november 2018, to dager i uka fra uke 1 til 5 i 2019 og en til to dager i uka fra uke 5 i 2019 og frem til i dag. Rime fortalte i retten at hun observerte oppgitte voksne, kaos, mye vikarer, lite plan på dagen, ikke samlingsstund hver dag, barn som ikke ble møtt på sine følelser mm. Rime forklarte videre at det etter jul 2019 var mye fravær blant voksne, mange vikarer, en eskalerende atferd blant barna, barn med språkutfordringer som det ikke ble tatt tak i og lite spor av barns medvirkning i barnehagehverdagen. Jakola var observatør tre dager i uka fra 18. februar til 12. april 2019, dvs. etter at kommunens stengingsvedtak forelå. Hun forklarte seg om manglende pedagogisk innhold i barnehagehverdagen, travle ansatte på jobb og hun uttalte at hun ikke ville ha hatt sine barn i denne barnehagen.

Retten har heller ingen grunn til å betvile innholdet i alle de foreldreklager som kommunen har mottatt både forut for tilsynet i 2018 og etter at kommunen avholdt foreldremøte 18. juni 2018 og ba om informasjon. Selv om retten som fylkesmannen tar høyde for at det kan finnes en annen versjon av de rapporterte hendelsene så finner retten alt i alt at klagenes innhold og antallet er alvorlige. Retten viser også til forklaring fra vitnet Ragnhild Granskogen, avdelingsleder i kommunens Fagenhet for oppvekst og utdanning som forklarte at barnehagen også før foreldremøtet utmerket seg i antallet foreldreklager.

Retten har ved gjennomgangen av dokumentene og ved vurderingen av vitneforklaringene til foreldrene Aune og Ursulesucu, konkludert med at både kommunen og fylkesmannens vurdering av faktum alt i alt er korrekt hva gjelder de konkrete alvorlige hendelsene de kunne fortelle om. Retten ser at noe av utfordringen til barnehagen er at de i alt for mange av tilfelle ikke har fått med seg hendelser som har skjedd mellom barn i barnehagen, enten fordi de ikke har vært tilstrekkelig voksne tetthet, eller de har ikke hatt gode nok rutiner for å melde avvik på hendelser hvor dette burde vært gjort slik at det i ettertid blir vanskelig å «nøste opp i» hva som kan ha skjedd. Retten kommer tilbake til vitneforklaringene fra Aune og Ursulesucu nedenfor.

Barnehagen har anført at kommunens representanter, PPT og observatørene har blitt farget av et negativt syn på private barnehager og at de har et ulikt syn på hva som er god pedagogisk praksis. Retten kan ikke se at denne anførselen er sannsynliggjort og viser til avsnittet nedenfor vedr. anførselen om at forvaltningen har tatt utenforliggende hensyn.

Barnehagen har videre anført at faktum som legges til grunn i vedtaket blir feil fordi de foreldre som har klaget til kommunen ikke gir et representativt bilde av foreldregruppas syn på barnehagen. Retten betviler ikke at flere foreldre er godt for nøyd med Gnist Trøa og de ansatte her, og det ble under de muntlige forhandlingene ført to foreldre som vitner som underbygger dette. Retten kan likevel ikke se at dette argumentet sannsynliggjør at kommunens eller fylkesmannens har lagt et feil faktum til grunn for vedtaket. Retten viser her til vitneforklaringer fra Granskogen og fylkesmannen ved Aaland som viser at dette er et argument det er tatt høyde for forut ved vurderingen av steningsvedtaket.

Under de muntlige forhandlingene ble det som nevnt ført vitneforklaring fra Aune som forklarte seg om to episoder i november 2018 hvor hennes sønn ble utsatt for alvorlig vold i barnehagen. Retten mener at vitneforklaringen underbygger at fylkesmannens vurdering av faktum er korrekt. Den 5. november 2018 skjedde den en hendelse mellom to barn. En far kontaktet ansatt i barnehagen om at to barn var uenige bak brua. Der lå sønnen til vitnet Aune på bakken mens et annet barn satt på ryggen hans og dunket hodet hans gjentatte ganger i bakken. Hendelsen ble registret i avvikssystemet til barnehagen. Senere samme måned ble den samme gutten bitt og slått mens han lå og sov i vogna av det som trolig var den samme gutten som ved hendelsen 5. november 2018. Gutten måtte til legevakten med mistanke om hjernerystelse og det oppsto store hevelser i ansiktet som retten har sett bilde av. Selv om retten legger barnehagens versjon til grunn, dvs. at barna maksimalt kan ha vært alene sammen i 60 sekunder, så finner retten at eksemplene i november 2018 underbygger at hverken utfordringene med krenkelser og mobbing blant barna i barnehagen var løst i slutten av november 2018, ei heller eller utfordringene med tilstrekkelig voksentetthet. Retten viser også til Aunes forklaring om at det i etterkant av hendelsen tok for lang tid før hun oppnådde kontakt med barnehagen og at hun først fikk tilbud om møte med barnehagen om hendelsen fem dager etterpå. Aune valgte å ta gutten ut av barnehagen etter hendelsene, og Aune beskrev at den nye barnehagen var som «natt og dag» i forhold til Gnist Trøa. Retten mener at Aunes forklaring underbygger det forvaltningen har pekt på som et problem, nemlig at alvorlige hendelser bagatelliseres eller ikke blir sett på som alvorlig nok.

Gnist Trøa har videre vist til at barnehagen i det store og hele har scoret over landsgjennomsnittet på ECERS/ITERS testene utført av Nasjonalt Kompetansesenter for Barnehager AS. Retten kan ikke se at disse testene endrer på rettens samlede bevisvurdering og viser til at kommunens observatører har et langt bredere erfaringsgrunnlag etter over 1 år med observasjoner i barnehagen.

Retten konkluderer etter dette med at det ikke er sannsynliggjort at fylkesmannens vedtak bygger på feil faktum som kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold. Omfanget og innholdet i bekymringene over tid underbygger at saken ikke dreier seg om enkeltepisoder eller uhell, men underbygger en overordnet systemsvikt.

4. Er det sannsynliggjort feil ved kommunen og/eller fylkesmannens rettsanvendelse eller subsumsjon?

Domstolen kan alltid overprøve om forvaltningen har tolket lov og forskrift korrekt. Retten kan også som den klare hovedregel overprøve om forvaltningen har anvendt reglene på det foreliggende faktum i saken korrekt, dvs. subsumsjonen eller den konkrete vurderingen. Det er alminnelig antatt at det er unntak fra denne hovedregelen som må særskilt begrunnes.

Fylkesmannens stengingsvedtak er hjemlet i barnehageloven § 16 og begrunnet med at det foreligger «*ulovlige*» forhold i barnehagen, nærmere bestemt brudd på barnehageloven §§ 1 og 2 med rammeplan gitt i forskrifts form, og at disse anførte ulovlige forholdene ikke ble rettet innen fristen 1. november 2018, jf. kommunens i rettingsvedtak av 23. august 2018 og presisert i brev av 22. oktober 2018. På bakgrunn av Gnist Trøas anførsler må retten foreta en legalitetskontroll av både rettingsvedtaket og fylkesmannens vedtak.

Det følger av barnehageloven § 8, første ledd at kommunen er lokal barnehagemyndighet. Det følger videre av samme bestemmelse at kommunen skal gi veiledning og påse at barnehagene, både de kommunale og de private, drives i samsvar med gjeldende regelverk. Kommunen som barnehagemyndighet skal føre tilsyn med både kommunale og private barnehager, jf. barnehageloven § 16, første ledd. Det konstateres etter dette at kommunen har hjemmel i loven til å føre tilsyn slik de har gjort i Gnist Trøa. Det fremgår ikke av loven hvordan eller hvor ofte tilsyn skal gjennomføres. Retten konstaterer derfor at det i stor grad er opp til kommunenes skjønn med hensyn til hvor ofte og hvordan kommunene velger å følge opp sin tilsynsplikt i loven. Utdanningsdirektoratet har likevel utgitt en «*Metodebok for tilsyn*» som skal sikre likebehandling ved anbefalt tilsynsmetode. Fylkesmannen kan føre tilsyn med at kommunene oppfyller sin tilsynsoppgave.

Grunnvilkåret for å kunne veda stenging av en barnehage er at det foreligger «*uforsvarlige eller ulovlige forhold*», jf. barnehageloven § 16, annet ledd. Bestemmelsen videreførte i all hovedsak tilsynsbestemmelsen i den forrige barnehageloven slik at de eldre forarbeidene fortsatt har relevans. Det følger av ot.prp.nr. 68 (1993-1994) side 61 at loven med «*uforsvarlige*» forhold mener forhold som ikke er direkte regulert i barnehageloven, men som kan føre til uforsvarlige tilstander for barna. Hva som utgjør «*uforsvarlige*» forhold vil i stor grad gi anvisning på skjønnsmessige vurderinger der barnefaglige vurderinger og sakkyndighet vil måtte tillegges stor vekt. Med ordlyden «*ulovlige*» forhold fremgår det av forarbeidene at lovgiver har tenkt på forhold i en barnehagen som er i strid med reglene i barnehageloven eller rammeplanene som er vedtatt i forskrifter med hjemmel i lovens § 2.

Det fremgår av forarbeidene til gjeldende barnehagelov, ot.prp.nr.72 (2004-2005) kap. 8.5.5 at departementet mener at tilsynet også skal omfatte tilsyn med en barnehages innhold og kvalitet. Dette vil si at et tilsyn skal omfatte noe mer en areal, uteområde og mer tekniske forhold i en barnehage.

Dersom kommunen oppdager «*uforsvarlige eller ulovlige forhold*» i en barnehage følger det av loven at kommunen «*kan*» gi pålegg om retting. Retten forstår ordlyden «*kan*» tolket i sammenheng med bestemmelsens neste punktum, dit hen at dette gir kommunen hjemmel til tre ulike fremgangsmåter. For det første kan kommunen unnlate å gi pålegg om retting, for eksempel der det avdekkes kun bagatellmessige forhold som kan løses ved for eksempel veiledning, jf. barnehageloven § 8. For det andre kan kommunen velge å gi et pålegg om retting. Dersom kommunen gir et pålegg om retting så er dette et enkeltvedtak som skal følge forvaltningslovens saksbehandlingsregler for slike vedtak. For det tredje, for eksempel der det avdekkes svært alvorlige forhold som ikke lar seg rette, velge å straks vedta varig eller midlertidig strenging.

Det følger deretter av barnehageloven § 16, annet ledd, annet punktum at dersom et pålegg om retting ikke overholdes innen fristen som er satt så «*kan*» kommunen vedta varig eller tidsbegrenset stenging av barnehagen. I herværende sak er det dette alternativet som er anført av staten som hjemmel for stengingsvedtaket. Det andre alternativet for tidsbegrenset eller varig stenging er som nevnt ovenfor at «forholdet ikke lar seg rette» en konklusjon som kommunen enten kan trekke etter at forutgående pålegg om retting er gitt men ikke overholdt, eller dersom det «*uforsvarlige eller ulovlige*» forholdene er av en slik art at de ikke lar seg rette.

Retten bemerker at loven ikke stiller noen krav til hvor lang rettetid som skal gis, og dette må derfor vurderes konkret i hver enkelt sak alt etter som hva som skal rettes.

Vedtaket som skal overprøves vil ramme barn og det følger da at Grunnloven § 104, annet ledd at barnets beste vil være et grunnleggende hensyn. Dette vil både kunne få betydning ved tolkning av bestemmelsene i barnehageloven og ved rettens samlede vurdering av vedtakets gyldighet. Barna som går i barnehagen er ikke hørt direkte med hensyn til hva de mener om saken, men retten mener de indirekte er blitt hørt ved at flere foreldre er ført som vitner for retten.

Fylkesmannen har slått fast at det foreligger ulovlige forhold i Gnist Trøa som ikke er rettet innen fristen som ble satt 1. november 2018. De ulovlige forholdene i barnehageloven § 16, første ledd, er begrunnet i brudd på barnehageloven § 1, første ledd, første punktum, barnehageloven § 2, første, annet og tredje ledd og forskrifter om rammeplan gitt med hjemmel i barnehageloven § 2.

Barnehageloven § 1, første ledd, første punktum lyder som følger:

«Barnehagen skal i samarbeid og forståelse med hjemmet ivareta barnas behov for omsorg og lek, og fremme læring og danning som grunnlag for allsidig utvikling.»

Denne formålsbestemmelsen må tolkes i sammenheng med barnehageloven § 2.

Barnehageloven § 2 stiller innholdskrav til norske barnehager. Bestemmelsens første til tredje ledd lyder som følger:

*«§ 2. Barnehagens innhold
Barnehagen skal være en pedagogisk virksomhet.*

Barnehagen skal gi barn muligheter for lek, livsutfoldelse og meningsfulle opplevelser og aktiviteter.

Barnehagen skal ta hensyn til barnas alder, funksjonsnivå, kjønn, sosiale, etniske og kulturelle bakgrunn, herunder samiske barns språk og kultur.»

Fra ot.prp.nr. 72 (2004-2005) side 60 hitsettes det følgende knyttet til forståelsen av § 2:

«Bestemmelsen fastsetter nasjonale standarder for innholdet i barnehagen, samtidig som det gis mulighet for lokal tilpasning og variasjon. Bestemmelsen redegjør nærmere for hva et barnehagetilbud skal innebære og skal bidra til å sikre at alle barn får et fullverdig pedagogisk tilbud – uavhengig av bosted. Innholdsbestemmelsen forteller foreldrene hva de kan forvente og angir nærmere vurderingstemaer for godkjenning og tilsyn.»

Innholdskravene i barnehageloven §§ 1 og 2 er deretter nærmere presisert i rundskriv og rammeplanen gitt som forskrift i medhold av bestemmelsens sjuende ledd. Rammeplanen er ment som et grunnlag for tilsynsmyndighetens kontrollvirksomhet med barnehagene. I rammeplanenes kapittel 3 gis det en rekke «skal»-bestemmelser.

Hva gjelder barnehageloven § 1 sin bestemmelse om at barnehagen skal ivareta barnas krav til «omsorg og lek» så er dette nærmere utdypet i rammeplanen kapittel 3 som følger hva gjelder «omsorg»:

«Personalet skal

- ivareta barnas behov for fysisk omsorg, inkludert behov for ro og hvile*
- legge til rette for at barna kan knytte seg til personalet og til hverandre*
- sørge for at alle barn opplever trygghet, tilhørighet og trivsel i barnehagen*
- møte alle barn med åpenhet, varme og interesse og vise omsorg for hvert enkelt barn*
- være lydhør for barnas uttrykk og imøtekomme deres behov for omsorg med sensitivitet*
- støtte og oppmuntre barna til å vise omsorg for andre og til selv å kunne ta imot omsorg*
- bidra til at barna kan utvikle tillit til seg selv og andre»*

Og hva gjelder «lek»:

«Personalet skal

- organisere rom, tid og lekemateriale for å inspirere til ulike typer lek
- bidra til at barna får felles erfaringer som grunnlag for lek og legge til rette for utvikling av leketemaer
- fremme et inkluderende miljø der alle barna kan delta i lek og erfare glede i lek
- observere, analysere, støtte, delta i og berike leken på barnas premisser
- veilede barna hvis leken medfører uheldige samspillsmønstre
- være bevisst på og vurdere egen rolle og deltakelse i barnas lek
- ta initiativ til lek og aktivt bidra til at alle kommer inn i leken»

Hva gjelder kravet til å fremme «danning» og «læring» i barnehageloven § 1 utdypes også dette i rammeplanen som følger hva gjelder «danning»:

«Personalet skal

- tilrettelegge for meningsfulle opplevelser og støtte barnas identitetsutvikling og positive selvforståelse
- støtte barnas aktivitet, engasjement og deltakelse i fellesskapet
- synliggjøre og verdsette ulike behov, meninger og perspektiver i fellesskapet
- legge merke til, anerkjenne og følge opp barnas perspektiver og handlinger
- utfordre barnas tenkning og invitere dem inn i utforskende samtaler
- synliggjøre og fremheve mangfold og ulikhet som grunnlag for opplevelser, utforskning og læring»

Og hva gjelder «læring»:

«Personalet skal

- sørge for et inkluderende fellesskap og legge til rette for at barn kan bidra i egen og andres læring
- legge til rette for helhetlige læringsprosesser som fremmer barnas trivsel og allsidige utvikling
- være oppmerksomme på barnas interesser og engasjement og legge til rette for læring i ulike situasjoner og aktiviteter
- støtte og berike barnas initiativ, undring, nysgjerrighet, kreativitet, læringslyst og tiltro til egne evner
- utvide barnas erfaringer og sørge for progresjon og utvikling i barnehagens innhold
- støtte barnas refleksjoner rundt situasjoner, temaer og fenomener og skape forståelse og mening sammen med dem
- sørge for at alle barn kan få rike og varierte opplevelser og erfaringer, utfordringer og mestringsopplevelser»

Rammeplanen inneholder videre krav til at barnehagen skal fremme kommunikasjon og språk, sikre barns medvirkning og et godt samarbeid med hjemmet.

Det følger også av rammeplanen at barnehagen har en plikt til å sørge for at barn som trenger ekstra støtte, for eksempel i form av spesialpedagogisk eller fysisk tilrettelegging, skal få dette i nødvendig utstrekning slik at de får et likeverdig tilbud i barnehagen som andre barn. Kommunens skal på sin side stille med den sakkyndige kunnskapen om hvilke tiltak som det enkelte barn eventuelt har krav på og innholdet i dette, jf. barnehageloven § 19 c. Denne oppgaven overlatt til PPT.

Det er videre ingen tvil om at plikten til å sørge for at barnehagen drives i henhold til lov og forskrift påhviler barnehagens eier, jf. barnehageloven § 7, det vi i vår sak si Gnist Barnehager Trøa AS.

Retten vurderer først om kommunen hadde hjemmel i loven til å gi de pålegg som ble utformet i vedtaket 23. august 2018 med nærmere presisering i brev av 22. oktober 2018. Barnehagen har anført at påleggene var for uklare eller upresise og dermed for krevende å operasjonalisere eller dokumentere at de var oppfylt.

Pålegget med frist 1. november 2018 lød som følger:

1. Barnehagens eier må sikre at barnehagen greier å ivareta barns behov for omsorg og lek.

Pålegget innebærer at:

- Eier må sikre at tiltak som beskrevet i barnehagens tilbakemelding på tilsynsrapporten, tiltaksplan og straktiltak bidrar til varig endring i barnehagens pedagogiske praksis og fysiske lekemiljø.
- Eier må umiddelbart sette inn tiltak for å forebygge, håndtere og følge opp krenkelser og mobbing i barnehagen.
- Eier må sette inn tiltak for å forhindre flere alvorlige hendelser.

2. Barnehagens eier må sikre at barnehagen greier å fremme læring og danning som grunnlag for allsidig utvikling hos barn.

Pålegget innebærer at:

- De ansatte må avdekke og forstå ulike barns behov og forutsetninger
- Barns ulike behov og forutsetninger må legges til grunn for planlegging og organisering av den pedagogiske virksomheten
- Eier og styrer må sørge for at barn får medvirke i sin hverdag.
- Eier og styrer må umiddelbart sørge for at alle barn opplever en hverdag som er helsefremmende både fysisk og psykisk.

3. Barnehagens eier må sørge for at barnehagen har den pedagogiske kompetansen som er nødvendig for å sikre en forsvarlig pedagogisk drift og kvalitet ved barnehagen.

Pålegget innebærer at:

- Eier må sikre at planlagte kompetansetiltak og lederstøtte gir økt kvalitet og forsvarlig pedagogisk drift av barnehagen.

Retten er enig i at påleggene som ble gitt kunne være krevende å operasjonalisere, men innholdskravene i barnehageloven §§ 1 og 2 og tilhørende rammeplaner er skjønnsmessige og beror på faglige vurderinger. De utfordringer som er i Gnist Trøa er blant annet på det psykososiale plan og ikke arealstørrelse eller tekniske krav og det blir derfor også utfordrende å måle resultatoppnåelse. Retten mener at de pålegg som ble gitt av kommunen var basert på korrekt tolkning av barnehageloven §§ 1 og 2 med tilhørende rammeplan. Retten mener altså at kommunen hadde hjemmel til å gi slike pålegg som ble gjort.

Retten finner at pålegg nr 1 er tilstrekkelig hjemlet i barnehageloven § 1, første ledd første punktum. Retten finner videre at pålegg nr 2 er tilstrekkelig hjemlet både i barnehageloven § 1, første ledd, første punktum og § 2, første til tredje ledd og tilhørende rammeplan kapittel 3. Det tredje pålegget er tilstrekkelig hjemlet i barnehageloven § 7.

Retten kan heller ikke se at Gnist Trøa har sannsynliggjort feil ved kommunens eller fylkesmannens subsumsjon som ledet til konklusjonen om at de iverksatte tiltak ikke var rettet innen fristen 1. november 2018.

Hva gjelder pålegg nr 1 så avdekket observatører og nye foreldreklager i november 2018 at det fortsatt var alvorlige hendelser som fant sted i barnehagen som igjen underbygget at barnehagen ikke i tilstrekkelig grad klarte å ivareta barnas behov for omsorg og lek. Retten viser til vurderingen av faktum ovenfor. Retten mener det var relevant av kommunen og fylkesmannen å legge vekt på hendelser etter rettefristen ved vurderingen av om påleggene var oppfylt innen fristen. Det vises til voldsepisoder i november 2018 blant barn som beskrevet ovenfor, foreldre i kontakt med PPT knyttet til mangelfull oppfølging av spes.ped hjelp og allergi, og bekymring om frostskaade, bemanning og pedagogisk innhold i barnehagen. Rettens deler fylkesmannens oppfatning av at voldshendelsene i november 2018 er å anse som en alvorlige hendelse.

Retten deler fylkesmannens vurdering av at det er bevist at det pr 1. november 2018 fortsatt er for mye som blir tatt «på sparket» i barnehagehverdagen, slik som aktiviteter og samlinger, og at de ansattes praksis bærer preg av å være for dårlig planlagt. Noe som igjen medfører tøying av grenser, konfliktsituasjoner og uro blant barna og noen barn som blir usynlige med liten oppmerksomhet. Både kommunen og fylkesmannen har konkludert med at Gnist Trøa hadde i gang satt viktige tiltak innen rettefristen som blant annet samarbeid med DMMH, gjennomgang av prosedyre for mobbing på planleggingsdag og foreldresamarbeid. Hverken kommunen eller fylkesmannen har noe å si på barnehagens skriftlige system for kvalitetskrav og pedagogiske standarder, men observasjoner og foreldreklager viser at dette ikke gjennomføres i tilstrekkelig grad i praksis. Retten deler denne oppfatningen.

Hva gjelder pålegg nr 2 så mener retten at bevisførslene også her underbygger at dette ikke var rettet innen fristen. Vitner og observatører har beskrevet lite medvirkning i hverdagen for barna, ikke samlingsstunder hver dag, barn som går hvileløst rundt uten å bli fanget opp eller inkludert, og generelt manglende implementering av eiers intensjoner for barnehagen. Det psykososiale miljøet som observatørene melder om i barnehagen vil ikke være helsefremmede. Retten legger stor vekt på de faglige vurderingene til kommunen og observatørene her og har lite grunnlag for å betvile disse.

Hva gjelder pålegg nr 3 så mener retten at også her har bevisførselen vist at barnehageeier innen fristen ikke har sørget for å sikre forsvarlig pedagogisk drift og kvalitet selv om barnehagen har økt bemanningen. Vurderingen av hva som er forsvarlig kvalitet og forsvarlig pedagogikk vil i stor grad bero på faglig skjønn. Retten kan ikke se at Gnist Trøa har sannsynliggjort feil ved denne skjønnutøvelsen.

Hva gjelder barnehagens anførsel om at påleggene ikke innebar noen plikt til endelig måloppnåelse innen 1. november 2019 så viser retten til at både det faktum at det er satt en frist i pålegget og benyttelsen av ord som «umiddelbart», «hindre flere alvorlige» med tydelig viser et krav om måloppnåelse innen fristen. Retten tolker heller ikke kommunens eller fylkesmannens vedtak dit hen at de har lagt til grunn et krav om total måloppnåelse, men at de likevel har funnet at påleggene ikke var tilstrekkelig rettet og at forholdene i barnehagen var for alvorlige til å forsvare fortsatt drift.

Retten har heller ikke noe å si på lengden av rettesfristen som ble satt. Forholdene i barnehagen var alvorlige for de barna som gikk der og hadde vært det over tid. Dette må også ses i lys av at pålegget om retting av august 2018 var en opprettholdelse av pålegget gitt i 15. mai 2018. Videre at det var jobbet med de samme tingene siden desember 2017.

Når de lovlig hjemlede påleggene ikke var rettet innen fristen 1. november 2018 så hadde kommunen hjemmel i loven til å vedta varig stenging da retten mener det forelå «ulovlige» forhold. Retten mener at minstekravene som stilles til barnehager i barnehageloven §§ 1 og 2 og forskrift om rammeplan ikke var oppfylt, og disse forholdene var av en slik alvorlig karakter at forholdene må anses for å være «ulovlige» i barnehagelovens forstand. Retten viser her til at barnehagen også var klar over at kommunen anså manglene i barnehagen som alvorlige nok for å danne et grunnlag for stenging allerede senest i august 2018, jf. kommunens pålegg om retting fra 23. august 2018 side 14. Dette vedtaket ble ikke påklaget.

Retten kan ikke overprøve det såkalte «kan» skjønnet i barnehageloven § 16, dvs. selve vurderingen av om de ulovlige forholdene burde innebære en varig eller midlertidig stenging. Retten vil nedenfor vurdere anførselen om at det er tatt utenforliggende hensyn og/eller om vedtaket er sterkt urimelig.

Retten har etter dette konkludert med at det ikke er sannsynliggjort feil ved fylkesmannens eller kommunens subsumsjon eller lovtolkning knyttet til vilkårene for stenging i medhold av barnehageloven.

5. Lider stengingsvedtaket av saksbehandlingsfeil?

Innledning

Gnis Trøa har påberopt at fylkesmannens vedtak og den kommunale prosessen lider av flere ulike saksbehandlingsfeil som hver for seg og samlet må lede til at fylkesmannens vedtak er ugyldig.

Forvaltningsloven § 41 regulerer virkningen av saksbehandlingsfeil. Bestemmelsen er tolket i flere avgjørelse fra Høyesterett. Retten viser blant annet til Rt 2009 s 661 hvor Høyesterett i avsnitt 71 konkluderer med at forvaltningsloven § 41 ikke kan tolkes slik at det kreves sannsynlighetsovervekt for at saksbehandlingsfeilen har fått betydning for

vedtakets innhold. *«Det er tilstrekkelig med en ikke helt fjernliggende mulighet.»* Retten går så over til den konkrete vurderingen.

5.1 Mangelfull veiledning?

Barnehagen har anført at kommunen ikke har gitt tilstrekkelig veiledning forut for stengingsvedtaket. Retten kan ikke se at dette er sannsynliggjort.

Det følger av barnehageloven § 8 at *«kommunen skal gi veiledning og påse at barnehagen drives i samsvar med gjeldende regelverk»*. Bestemmelsen presiserer kommunens overordnede ansvar for å sikre at barna får et godt og forsvarlig barnehagetilbud, jf. Ot.prp.nr.72 (2004-2005). Bestemmelsen må likevel tolkes i lys av barnehageeiers ansvar for å drive virksomheten i samsvar med regelverket, jf. barnehageloven § 7.

Retten mener bestemmelsen ikke kan tolkes slik at kommunen plikter å gi barnehagen løpende og konkrete forslag til tiltak for hvordan barnehagen kan sikre det pedagogiske innholdet tilstrekkelig. Retten finner etter endt bevisførsel at kommunen har sørget for tilstrekkelig veiledning forut for stengingsvedtaket. PPT jobbet med system i barnehagen vinter og vår 2018. Kommunen hadde ukentlige møter med barnehagen hvor observasjoner ble gjennomgått og evaluert med veiledning fra 3. september til 1. november 2018. I alt har kommunen hatt 17 møter med barnehagen med veiledning i tilsynsperioden. Retten viser også til at kommunen og barnehagen har hatt en løpende dialog gjennom hele prosessen og kommunen presiserte også sitt pålegg 22. oktober 2018. Det er etter dette ikke sannsynliggjort noen saksbehandlingsfeil knyttet til manglende veiledning.

6. Har fylkesmannen overholdt sin utredningsplikt?

Barnehagen har anført at fylkesmannen ikke har overholdt sin utredningsplikt i saken da den ukritisk har lagt kommunens versjon av faktum til grunn. Det vises til at fylkesmannen burde ha iverksatt egne tiltak for å undersøke forholdene i barnehagen og at det ikke var tilstrekkelig å avholde ett møte med hver part i klagesaksprosessen og gjennomgå saksdokumentene.

Det følger av forvaltningsloven § 17 at fylkesmannen plikter å påse at saken er *«så godt opplyst som mulig før vedtak treffes»*.

Plikten innebærer at fylkesmannen på en betryggende måte skal gjennomgå informasjonen i saken på en upartisk måte. Det er også på det rene at plikten skjerpes der faktum er omfattende og der virkningen av vedtaket er av inngripende karakter, slik om i herværende sak. Gjeldende rett på området er oppsummert i forarbeidene til ny forvaltningslov NOU 2019:5. Fra side 328 hitsettes:

«Et annet spørsmål er i hvilken grad forvaltningsorganet må kontrollere opplysninger som innkommer fra parten eller andre. Etter gjeldende rett kreves det

ikke mye kontroll, særlig hvis kilden fremstår som troverdig. Dette kan stille seg annerledes der informasjonen kan gi et skjevt eller usant bilde av virkeligheten. Denne faren er mindre hvis informasjonen kommer fra andre forvaltningsorganer.»

Retten mener denne uttalelsen er relevant i herværende sak. I saken forelå det omfattende dokumentasjon fra både Gnist Trøa og kommunen og retten finner at Gnist Trøa hadde fått omfattende anledning til å imøtegå kommunens syn på saken ved en rekke anledninger, en rett som også var benyttet i stor grad. Retten vil derfor mener at saken var godt opplyst da den ble oversendt til fylkesmannen. Retten vil mene at kommunen har gjort grundige vurderinger over tid på bakgrunn av korrekt faglig kompetanse. Også for fylkesmannen ble saken ytterligere opplyst med innlegg fra barnehagen, jf. brev fra advokat Homble av 26. juni 2019 og 12. august 2019.

I herværende sak hadde fylkesmannen liten grunn til å betvile troverdigheten av informasjon innhentet av barnehagen selv, PPT og kommunen, og retten kan ikke se at var nødvendig for fylkesmannen å sette inn egne observatører i barnehagen for å få et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag. Under hele klagesaksbehandlingen hadde kommunen observatører inne i barnehagen og fylkesmannen avholdt også møter med begge parter. Retten kan ikke se at fylkesmannen pliktet å iverksette egne undersøkelser eller andre tiltak for informasjonsinnhenting ut over det avholdte møtet med partene forut for det endelige vedtaket.

Under de muntlige forhandlingene møtte direktør hos fylkesmannen Maren Ørjasæter Aaland. Aaland forklarte om fagkompetansen som ble satt inn på saken som var løftet til direktørnivå. Retten mener at fylkesmannen hadde den tilstrekkelige faglige kompetansen for å avgjøre klagesaken forsvarlig. Retten viser også til at fylkesmannen har brukt lang tid på klagebehandlingen, noe som tyder på en grundig behandling av saken.

Retten kan heller ikke se at det er sannsynliggjort manglende kontradiksjon i klagesaksprosessen. Barnehagen fikk riktignok ikke kopi av møtereferatet mellom kommunen og fylkesmannen forut for fylkesmannens vedtak. Men retten kan ikke se at dette inneholder noen nye opplysninger som ikke allerede var imøtegått av barnehagen ved en rekke anledninger.

7. Er fylkesmannens vedtak mangelfullt begrunnet?

Gnist Trøa har anført at fylkesmannen ikke har overholdt plikten i forvaltningslovens § 25, første og annet ledd. Det er for det første vist til at fylkesmannen ikke i tilstrekkelig grad har redegjort for innholdet i barnehageloven §§ 1, 2 og 16.

Retten finner at fylkesmannen i tilstrekkelig grad har vist til lovhjemmelen for vedtaket og vist til hvilke lov og forskriftsbestemte regler som anses for ikke å være oppfylt. Ved vurderingen av hvilken plikt fylkesmannen hadde til å redegjøre for sin tolkning av

reglene, så er det relevant å legge vekt på at Gnist Trøa var bistått av advokat under prosessen som selv hadde redegjort for forståelsen av reglene. Retten kan ikke se at fylkesmannen her har begått en saksbehandlingsfeil som det er noen mulighet for har påvirket på resultatet i saken på dette punkt.

Gnist Trøa har også anført at fylkesmannen ikke i tilstrekkelig grad har vist til de faktiske forhold som vedtaket bygger på. Retten finner det klart at fylkesmannen ikke pliktet å vise til sin bevisvurdering knyttet til hver enkeltepisode som var rapportert av enten foreldre eller observatører. Det følger av forvaltningsloven § 25, annet ledd at dersom de faktiske forhold er beskrevet av parten selv eller i et dokument som er gjort kjent for parten, så er en henvisning til tidligere fremstilling tilstrekkelig.

Retten kan være enig med Gnist Trøa i at det er en svakhet ved fylkesmannens vedtak at det i begrunnelsen ikke alltid er et tydelig nok skille mellom hva fylkesmannen legger til grunn og hvorfor. Etter en samlet vurdering av vedtakets begrunnelse, og da særlig under «Fylkesmannens samla vurdering» er det likevel ingen tvil om at fylkesmannen har fått meg seg barnehagens innsigelser til sakens faktum, og at fylkesmannen i all hovedsak ikke har funnet svakheter ved kommunens saksfremstilling i sitt stengingsvedtak. Retten kan ikke se at det er noen mulighet for at måten fylkesmannen har begrunnet sitt vedtak på kan ha hatt noen innvirkning på vedtakets innhold. Retten har også lagt vekt på egen bevisvurdering gjengitt ovenfor hvor retten har konkludert med at det ikke er sannsynliggjort noen feil ved det faktum som er lagt til grunn for stengingsvedtaket.

8. Er det sannsynliggjort myndighetsmisbruk?

Gnist Trøa har anført at vedtaket bygger på utenforliggende hensyn, og viser til at det har skjedd en sammenblanding av kommunens rolle som tilsynsmyndighet og barnehageeier.

Retten kan ikke se at dette er sannsynliggjort. Kommunens rolle som tilsynsmyndighet følger direkte av barnehageloven, jf. barnehageloven § 16, første ledd. Retten mener at kommunen også har sannsynliggjort at den har klare skillelinjer mellom rollen som eier og tilsynsmyndighet. Alle vurderinger knyttet til tilsynssaken er foretatt av Fagenheten for oppvekst og utdanning hos kommunen. Det vises for øvrig til kommunens redegjørelser om dette i bilag 90 til begjæringen (side 996-997).

Gnist Trøa har også antydnet at saken er et resultat av politikk, og viser blant annet engasjement fra Utdanningsforbundet og at ansatte i kommunen har et negativt syn på private barnehager. Retten kan ikke se at det er ført noen bevis som støtter opp under denne anførselen eller at det er sannsynliggjort forskjellsbehandling mellom tilsyn av kommunale og private barnehager. Utdanningsforbundet har ikke vært involvert i saken siden 2014, dvs. mange år før tilsynsprosessen som ledet til stenging. Retten nøyer seg med å bemerke at det er flere private barnehager i Trondheim kommune, også en eid av

Gnist Barnehager AS, hvor kommunen ikke har innsigelser til det pedagogiske innholdet i barnehagen.

9. Er vedtaket sterkt urimelig?

Som nevnt ovenfor tillegger det i stor grad forvaltningens «frie» skjønn å avgjøre om barnehagen skal stenges eller ikke så lenge vilkårene i barnehageloven § 16 for øvrig er oppfylt. Det følger likevel av ulovfestet rett at domstolene kan underkjenne forvaltningsvedtak som har fått et sterkt urimelig resultat. Domstolen skal likevel være tilbakeholdne med å overprøve forvaltningens skjønn på dette punktet. Retten har ovenfor konstatert at det ikke er grunn til å tro at det i denne saken er tatt utenforliggende eller usaklige hensyn ved forvaltningens avgjørelse.

Retten bemerker først at det er på det rene at vedtaket om varig stenging av Gnist Trøa er et svært inngripende vedtak for de ansatte, for eier av barnehagen og ikke minst de barna som trives i barnehagen og deres foreldre. Retten kan likevel ikke se at vedtaket er sterkt urimelig sett i forhold til de alvorlige forhold som er avdekket i tilsynsprosessen og som fortsatt synes å være et problem i barnehagen. Det er viktig at tilsynsmyndigheten sørger for at alle barns behov for omsorg blir ivaretatt på tilstrekkelig måte i landets barnehager og at innholdet i barnehagen holder en pedagogisk minimumsstandard. Det er også viktig at tilsynsregelverket, kan håndheves effektivt når tilsynsmyndigheten avdekker alvorlige mangler ved kvaliteten og innholdet i en barnehage. Dette vil være til barns beste, jf. Grunnloven § 104, annet ledd.

Kommunen har under de muntlige forhandlingene gjort rede for hvordan de har og vil igangsette av tiltak for å sikre at alle barn i barnehagen vil få et nytt barnehagetilbud etter iverksettelsen av vedtaket 1. mars 2020.

Retten kan etter en samlet vurdering ikke se at retten må sette stengingsvedtaket til side som sterkt urimelig.

10. Oppsummering

På bakgrunn av ovennevnte vurdering har retten kommet til at Gnist Trøa ikke har sannsynliggjort at fylkesmannens vedtak, eller det underliggende kommunale vedtaket med pålegg om retting, er forvaltningsrettslig ugyldig. Gnist Trøa har da ikke sannsynliggjort sitt hovedkrav og kan da ikke få medhold i sitt forføyningskrav om utsatt iverksettelse av fylkesmannens vedtak. Begjæringen om midlertidig forføyning tas etter dette ikke til følge.

Sakskostnader

Staten har vunnet saken fullt ut og har da som den klare hovedregel rett til å få erstattet sine sakskostnader av saksøker, jf. tvisteloven § 20-2, første og annet ledd.

Retten har vurdert om det foreligger tungtveiende grunner som gjør det rimelig at Gnist Trøa eller partshjelper helt eller delvis kan fritas for erstatningsansvar, jf. tvisteloven § 20-2, tredje ledd.

Retten har kommet til at det foreligger slike tungtveiende grunner som tilsier at sakskostnader ikke bør idømmes og viser til at saken er av stor betydning for saksøker sammenholdt med at saken er av prinsipiell interesse både for partshjelper og Gnist Trøa, jf. Rt 2011 s 586 avsnitt 22. Retten kan ikke se at det finnes noen rettspraksis knyttet til et stengingsvedtak i medhold av barnehageloven § 16, eller at de øvrige relevante lovbestemmelsene i barnehageloven tidligere er behandlet av retten.

Hver av partene dekker etter dette egne sakskostnader.

SLUTNING

1. Begjæringen om midlertidig forføyning tas ikke til følge.
2. Hver av partene dekker egne saksomkostninger.

Magnhild Børsting Røe

Veiledning om anke i sivile saker vedlegges.

Veiledning om anke i sivile saker

I sivile saker er det reglene i tvisteloven kapitler 29 og 30 som gjelder for anke. Reglene for anke over dommer, anke over kjennelser og anke over beslutninger er litt ulike. Nedenfor finner du mer informasjon og veiledning om reglene.

Ankefrist og gebyr

Fristen for å anke er én måned fra den dagen avgjørelsen ble gjort kjent for deg, hvis ikke retten har fastsatt en annen frist. Disse periodene tas ikke med når fristen beregnes (rettsferie):

- fra og med siste lørdag før palmesøndag til og med annen påskedag
- fra og med 1. juli til og med 15. august
- fra og med 24. desember til og med 3. januar

Den som anker, må betale behandlingsgebyr. Du kan få mer informasjon om gebyret fra den domstolen som har behandlet saken.

Hva må ankeerklæringen inneholde?

I ankeerklæringen må du nevne

- hvilken avgjørelse du anker
- hvilken domstol du anker til
- navn og adresse på parter, stedfortredere og prosessfullmektiger
- hva du mener er feil med den avgjørelsen som er tatt
- den faktiske og rettslige begrunnelsen for at det foreligger feil
- hvilke nye fakta, bevis eller rettslige begrunnelser du vil legge fram
- om anken gjelder hele avgjørelsen eller bare deler av den
- det kravet ankesaken gjelder, og hvilket resultat du krever
- grunnlaget for at retten kan behandle anken, dersom det har vært tvil om det
- hvordan du mener at anken skal behandles videre

Hvis du vil anke en tingrettsdom til lagmannsretten

Dommer fra tingretten kan ankes til lagmannsretten. Du kan anke en dom hvis du mener det er

- feil i de faktiske forholdene som retten har beskrevet i dommen
- feil i rettsanvendelsen (at loven er tolket feil)
- feil i saksbehandlingen

Hvis du ønsker å anke, må du sende en skriftlig ankeerklæring til den tingretten som har behandlet saken. Hvis du fører saken selv uten advokat, kan du møte opp i tingretten og anke muntlig. Retten kan tillate at også prosessfullmektiger som ikke er advokater, anker muntlig.

Det er vanligvis en muntlig forhandling i lagmannsretten som avgjør en anke over en dom. I ankebehandlingen skal lagmannsretten konsentrere seg om de delene av tingrettens avgjørelse som er omtvistet, og som det er knyttet tvil til.

Lagmannsretten kan nekte å behandle en anke hvis den kommer til at det er klart at dommen fra tingretten ikke vil bli endret. I tillegg kan retten nekte å behandle noen krav eller ankegrunner, selv om resten av anken blir behandlet.

Retten til å anke er begrenset i saker som gjelder formuesverdi under 125 000 kroner

Hvis anken gjelder en formuesverdi under 125 000 kroner, kreves det samtykke fra lagmannsretten for at anken skal kunne bli behandlet.

Når lagmannsretten vurderer om den skal gi samtykke, legger den vekt på

- sakens karakter
- partenes behov for å få saken prøvd på nytt
- om det ser ut til å være svakheter ved den avgjørelsen som er anket, eller ved behandlingen av saken

Hvis du vil anke en tingretts kjennelse eller beslutning til lagmannsretten

En *kjennelse* kan du som hovedregel anke på grunn av

- feil i de faktiske forholdene som retten har beskrevet i kjennelsen
- feil i rettsanvendelsen (at loven er tolket feil)
- feil i saksbehandlingen

Kjennelser som gjelder saksbehandlingen, og som er tatt på bakgrunn av skjønn, kan bare ankes dersom du mener at skjønnsutøvelsen er uforsvarlig eller klart urimelig.

En *beslutning* kan du bare anke hvis du mener

- at retten ikke hadde rett til å ta denne typen avgjørelse på det lovgrunnlaget, eller
- at avgjørelsen åpenbart er uforsvarlig eller urimelig

Hvis tingretten har avsagt dom i saken, kan tingrettens avgjørelser om saksbehandlingen ikke ankes særskilt. Da kan dommen isteden ankes på grunnlag av feil i saksbehandlingen.

Kjennelser og beslutninger anker du til den tingretten som har avsagt avgjørelsen. Anken avgjøres normalt ved kjennelse etter skriftlig behandling i lagmannsretten.

Hvis du vil anke lagmannsrettens avgjørelse til Høyesterett

Høyesterett er ankeinstans for lagmannsrettens avgjørelser.

Anke til Høyesterett over *dommer* krever alltid samtykke fra Høyesteretts ankeutvalg. Samtykke gis bare når anken gjelder spørsmål som har betydning utover den aktuelle saken, eller det av andre grunner er særlig viktig å få saken behandlet av Høyesterett. Anke over dommer avgjøres normalt etter muntlig forhandling.

Høyesteretts ankeutvalg kan nekte å ta anker over *kjennelser* og *beslutninger* til behandling.

Hvis de blir tatt til behandling, er det som regel hvis spørsmålet har betydning utover den aktuelle saken, hvis andre hensyn taler for at anken bør prøves, eller hvis saken reiser omfattende bevisspørsmål.

Når en anke over kjennelser og beslutninger i tingretten er avgjort ved kjennelse i lagmannsretten, kan avgjørelsen som hovedregel ikke ankes videre til Høyesterett.

Anke over lagmannsrettens kjennelser og beslutninger avgjøres normalt etter skriftlig behandling i Høyesteretts ankeutvalg.