



PBL (PRIVATE BARNEHAGERS LANDSFORBUND)
Prinsens gate 91
8003 BODØ
Advokat Hans-Are Nyheim

Saksbehandler, innvalgstelefon
Katrinn Sørlandsengen, 22003874

Statsforvalteren opphever kommunens vedtak om avkorting av tilskudd til private barnehager - Halden - 2022

Statsforvalteren i Oslo og Viken viser til Halden kommunes oversendelse av klage på kommunens vedtak om avkorting av tilskudd 2022. Oversendelsen er datert 14.12.2023.

Vi viser videre til vårt foreløpige svar av 18.12.2023, der vi informerte om at klagesaken trolig ville bli behandlet innen utgangen av februar 2024. I brev av 16.01.2024 informerte vi om at saken trolig ville bli behandlet innen utgangen av april 2024. Videre skrev vi i brev av 06.05.2024 at saken trolig ville bli behandlet innen utgangen av juni 2024.

Vi beklager den lange saksbehandlingstiden.

Statsforvalterens vedtak

Vi opphever kommunens vedtak av 02.11.2023 om avkorting av tilskudd 2022 for følgende barnehager (heretter kalt barnehagene):

- NLM-barnehage Tryggheim Halden barnehage
- Espira Oreid barnehage
- Læringsverkstedet DoReMi barnehage AS
- Solbakkeparken barnehage AS
- Trolltangen Naturbarnehage AS
- Solbakken Naturbarnehage AS
- Skogkanten Dyr & Naturbarnehage AS
- Høvleriet barnehage AS
- Alfheim barnehage AS

Vårt vedtak er endelig og kan ikke påklages.¹

¹ Jf. forvaltningsloven § 28 tredje ledd.



Statsforvalterens myndighet

Statsforvalteren legger til grunn at barnehageeier har rett til å klage på vedtaket og at klagen er kommet inn i rett tid. Vilkårene for å behandle klagen er oppfylt.²

Statsforvalteren kan prøve alle sider av saken. Statsforvalteren kan treffe nytt vedtak i saken, eller oppheve vedtaket og sende saken tilbake til kommunen for helt eller delvis ny behandling.³

Sakens bakgrunn

Halden kommune fattet 02.11.2023 vedtak om avkorting av driftstilskudd gitt til barnehagene i 2022. Kommunen viser til forskriften § 12, og at de private barnehagene får tildelt driftstilskudd på grunnlag av det antall barn som mottar et barnehage tilbud. I tillegg viser kommunen til at Statsforvalteren i Rogaland har fastslått at kommunen har et handlingsrom til å avkorte tilskudd dersom forutsetningene som lå til grunn for tilskuddet endres.

På vegne av barnehagene, anmodet Private barnehagers landsforbund (PBL) den 03.11.2023 om utsatt iverksettelse av vedtakene inntil sakene er avgjort. Kommunen imøtekom anmodningen i sitt brev av 09.11.2023, og ga utsatt iverksettelse av vedtakene frem til saken er endelig avgjort.

PBL sendte inn en utfyllende klage 29.11.2023. I brevet skriver PBL at barnehagene ikke kan finne igjen begrepet avkorting av tilskudd i barnehageloven eller forskriften gitt med hjemmel i barnehageloven. Videre viser PBL til at forskriften § 12 ikke er hjemmel for tilbakebetaling av tilskudd, og at vedtaket dermed er ugyldig. Videre påpeker PBL:

Forskriftens § 12 er ikke hjemmel for tilbakebetaling av tilskudd. Vedtaket er dermed ugyldig og må oppheves.

Jeg ser grunn til å påpeke at forskriften § 12 gir kommunen hjemmel til å beregne tilskuddet på nytt, dersom vilkåret om «store aktivitetsendringer i barnehagen» er oppfylt. Det er sikker rett at et slikt vedtak skal fattes med virkning framover i tid og kan ikke gis tilbakevirkende kraft/med virkning bakover i tid.

Kommunen opprettholdt vedtakene og oversendte saken til Statsforvalteren for endelig avgjørelse 14.12.2023.

I brev datert 22.12.2023 ba vi barnehagene om en oversikt over lønnskostnader for de ansatte som var tatt ut i streik. Vi viste til at vårt vedtak vil være endelig, og at vedtaket ikke kan påklages. Barnehagene besvarte anmodningen 02.02.2024. Besvarelsene ble sendt til kommunen for uttalelse 05.02.2024, før kommunen ga sine kommentarer 15.02.2022. Kommunens kommentarer ble deretter sendt til barnehagene ved PBL for uttalelse. Barnehagene uttalte seg om kommunens kommentarer 07.03.2024 og 08.03.2024.

Etter forespørsel, mottok vi 08.05.2024 vedtaket om avkorting knyttet til Alfheim barnehage.

Rettslig grunnlag

Grunnlaget for tildeling av kommunalt tilskudd til godkjente private barnehager er fastsatt i barnehageloven § 19, der det fremgår følgende i første og andre ledd:

² Jf. forvaltningsloven §§ 28 og 29.

³ Jf. forvaltningsloven § 34.



Kommunen kan gi tilskudd til godkjente private barnehager.

Kommunen skal behandle private barnehager som mottar tilskudd, likeverdig med kommunale barnehager. Departementet kan gi forskrift om hva som er likeverdig behandling.

I forskrift om tildeling av tilskudd til private barnehager (heretter kalt forskriften) § 1 første og andre ledd står det at:

Kommunen skal uten ugrunnet opphold fatte vedtak om tilskudd til private barnehager én gang i året, i samsvar med forskriften her.

Kommunen skal uten ugrunnet opphold fatte nytt vedtak om tilskudd til private barnehager hvis det følger av lokale retningslinjer eller det foreligger store aktivitetsendringer etter § 12.

Ifølge forskriften § 12 tredje ledd skal de private barnehagene «rapportere til kommunen om store aktivitetsendringer i barnehagen. Kommunen skal i disse tilfellene beregne tilskuddet på nytt.»

Videre er tilbakebetaling av tilskudd regulert i § 13, der det står at: «[k]ommunen kan fatte vedtak om tilbakebetaling mot private barnehager som grunnet feil fra barnehagens side, mottar høyere tilskudd enn den har krav på.»

Statsforvalterens vurdering

Problemstillingen i saken er om kommunen har rettslig grunnlag for å kreve utbetalt tilskudd tilbake fra barnehagene som hadde redusert tilbud på bakgrunn av streik.

Prinsippet om likeverdig behandling

Ved tildeling av kommunalt tilskudd til private barnehager, skal kommunen behandle de private barnehagene likeverdig med kommunale barnehager.⁴ Videre har departementet kompetanse til å gi forskrift om hva som er likeverdig behandling.⁵ Vi vil nedenfor vurdere hva som menes med «likeverdig behandling».

Barnehageloven inneholder ikke en definisjon av hva som ligger i uttrykket «likeverdig behandling». Ordlyden kan imidlertid forstås slik at kommunene må «sørge for at private barnehager ikke skal måtte drive på dårligere økonomiske vilkår enn kommunale barnehager».⁶

Lovgiver har tilsynelatende gitt departementet kompetanse til å fritt bestemme hva som skal anses som likeverdig behandling. På bakgrunn av en slik forståelse, vil departementet ha en vid adgang til å regulere beregningen og utmålingen av tilskuddene, kun med de begrensninger som alminnelige forvaltningsrettslige saklighetskrav gir. En slik fri adgang vil imidlertid kunne stride mot selve prinsippet som følger av samme ledd, om at kommunale og private barnehager skal behandles likt økonomisk.⁷

⁴ Jf. barnehageloven § 19 andre ledd.

⁵ Jf. barnehageloven § 19 andre ledd.

⁶ Dom fra Oslo tingrett, saksnr. 23-090558TVI-TOSL/01 s. 12.

⁷ Dom fra Oslo tingrett, saksnr. 23-090558TVI-TOSL/01 s. 7.



Forarbeidene til dagens bestemmelse inneholder ingen uttalelser som knytter seg konkret til forståelsen av likeverdig behandling og rekkevidden av departementets kompetanse til å definere betydningen. Imidlertid står det i merknadene til bestemmelsen at den viderefører tidligere § 14 tredje ledd.⁸ Merknader og uttalelser knyttet til den tidligere bestemmelsen vil derfor være relevant for tolkningen.

Barnehageforliket på Stortinget i 2003 forutsatte full barnehagedekning i løpet av 2005⁹. I forbindelse med den etterfølgende endringen av barnehageloven, uttalte departementet at økonomisk likebehandling av private og offentlige barnehager «er et mål i seg selv og et virkemiddel for å nå full behovsdekning». Videre uttalte departementet at det «må fremgå av forskrifter hva som menes med likeverdig behandling».¹⁰

Da barnehagesektoren ble innlemmet i rammefinansieringen av kommunene i 2011, viste departementet til at «barnehageforliket [hadde] som mål å innføre full økonomisk likeverdig behandling av kommunale og ikke-kommunale barnehager». I tillegg uttalte departementet at «[i]nnføring av full økonomisk likeverdig behandling vil utjevne forskjellene i offentlig finansiering mellom ikke-kommunale og kommunale barnehager».¹¹ Når det gjelder departementets kompetanse, fremgår det av lovinnstillingen at «det fortsatt skal være nasjonale forskrifter som skal legge føringer for hvordan begrepet likeverdig behandling skal forstås». Samtidig står det at «kommunen skal dekke kostnader til drift av barnehager som ikke dekkes av andre offentlige tilskudd og foreldrebetaling».¹²

Økonomisk likebehandling av private og kommunale barnehager var altså et mål i seg selv, men det var i tillegg ment som et virkemiddel for å nå full barnehagedekning. Målet om å oppnå full barnehagedekning hadde også betydning for ønsket om å lovfeste likebehandlingsplikten. Det å lovfeste denne plikten «var viktig blant annet for å gi private aktører trygghet om at finansieringen ville forbli mer eller mindre uendret uavhengig av hvilken regjering som hadde ansvaret for barnehagesektoren».¹³ Videre var det sentrale i forarbeidene til de tidligere bestemmelsene at kommunene måtte sørge for at de private barnehagene fikk dekket de kostnadene som ikke ble dekket av andre tilskudd eller foreldrebetalingen.¹⁴

På bakgrunn av det som er nevnt ovenfor, er vi enige i konklusjonen som Oslo tingrett kommer til i sin dom:¹⁵

Retten har kommet til at barnehageloven § 19 annet [ledd] skal forstås slik at den første setningen – at private barnehager skal behandles «likeverdig med kommunale barnehager» - har selvstendig betydning, ved at uttrykket må tolkes for seg, og uanfektet av reguleringen i finansieringsforskriften..

⁸ Prop. 96 L (2019-2020) s. 143.

⁹ Innst. S. nr. 255 (2001–2002).

¹⁰ Ot.prp. nr. 76 (2002–2003) s. 36 og 37.

¹¹ Ot.prp. nr. 57 (2007–2008) s. 28.

¹² Innst.O.nr. 103 (2008-2009).

¹³ Dom fra Oslo tingrett, saksnr. 23-090558TVI-TOSL/01 s. 7.

¹⁴ Dom fra Oslo tingrett, saksnr. 23-090558TVI-TOSL/01 s. 10.

¹⁵ Dom fra Oslo tingrett, saksnr 23-090558TVI-TOSL/01 s. 12.



Likebehandlingen skulle ta utgangspunkt i kommunens finansiering av egne barnehager. Hvis det skulle gis lavere tilskudd til en privat barnehage enn til en kommunal, måtte dette begrunnes særskilt.¹⁶

Høyesterett har uttalt at likeverdighetsprinsippet handler om økonomisk likebehandling mellom offentlige og private barnehager, og at de private barnehagene skal sikres den samme finansieringen per oppholdstime som de kommunale barnehagene får.¹⁷ Høyesterett uttaler videre at det «avgjørende er at likeverdige tilbud behandles likt ved fastsettelsen av tilskuddet til de private barnehagene».¹⁸

Kunnskapsdepartementet har uttalt følgende om utbetaling av tilskudd til private barnehager som er rammet av streik:

Barnehageloven og forskrift om tildeling av tilskudd til private barnehager regulerer ikke særskilt hvordan det kommunale tilskuddet skal utmåles når en privat barnehage er midlertidig stengt eller har et redusert tilbud. Den enkelte kommune må derfor ta stilling til dette ut fra det generelle regelverket om tilskudd og de konkrete forholdene i de aktuelle barnehagene.

Det overordnede kravet i barnehageloven § 19 er at det skal være økonomisk likeverdig behandling mellom offentlige og private barnehager. Utgangspunktet er at de private barnehagene skal sikres den samme offentlige finansieringen per oppholdstime som kommunale barnehager får. Den økonomiske likeverdige behandlingen tar derfor utgangspunkt i kommunens finansiering av egne barnehager. De private barnehagene skal ikke stilles dårligere økonomisk enn de kommunale barnehagene, men heller ikke bedre.

Dersom det er tvil om hvordan forskriften om tildeling av tilskudd til private barnehager skal forstås, kan dette overordnede kravet om likeverdig behandling i barnehageloven § 19 gi føringer for hvordan man skal tolke forskriften.¹⁹

På bakgrunn av dette vurderer vi at prinsippet om «likeverdig behandling» må forstås slik at de private barnehagene som får tilskudd, har krav på at tilskuddet sikrer at de ikke blir dårligere økonomisk stilt enn kommunale barnehager i tilsvarende situasjon.²⁰ I tillegg kan kravet til likeverdig behandling fungere som et tolkningsprinsipp.

Videre vil vi vurdere om det etter forskriften er grunnlag for å kreve tilskudd tilbakebetalt dersom barnehagetilbudet er redusert, og betydningen prinsippet om likeverdig behandling har i den sammenhengen.

Tilbakebetaling av utbetalt driftstilskudd – forskriften

Sakene gjelder tilskudd som allerede er tildelt barnehagene. Vi vurderer dermed at det vil være forskriftsbestemmelsene som regulerer endringer eller tilbakebetaling av tilskuddet som er aktuelle å tolke på bakgrunn av prinsippet om likeverdig behandling. Dette gjelder § 12 tredje ledd om endring på grunn av store aktivitetsendringer og § 13 om tilbakebetaling av tilskudd.

¹⁶ Ot.prp. nr. 76 (2002-2003) s. 5, 36 og 37.

¹⁷ Se bl.a. HR-2021-62-A og 23-090558TVI-TOSL/01.

¹⁸ HR-2021-62-A.

¹⁹ Kunnskapsdepartementets svar til KS av 11.11.2022: «Svar på henvendelse om utbetaling av tilskudd til private barnehager som er rammet av streik.»

²⁰ Dom fra Oslo tingrett, saksnr. 23-090558TVI-TOSL/01 s. 12-13.



Kommunen har knyttet sine vedtak til forskriften § 12 om rapportering av barn i private barnehager, og nærmere bestemt tredje ledd om endring i tilskuddet som følge av store aktivitetsendringer. I vedtakene skriver kommunen at de private barnehagene får tildelt tilskudd på grunnlag av det antall barn som mottar et barnehagetilbud. Det ble gjort streikeuttak i totalt ni private barnehager i Halden, og dermed gikk det vesentlig færre barn i disse barnehagene i den perioden.

Når det gjelder endring i tilskuddet som følge av store aktivitetsendringer, skal kommunen beregne tilskuddet på nytt.²¹ Et nytt vedtak om tilskudd kan kun gjelde fremover i tid.²² I dette tilfellet er vedtakene om avkorting fattet i etterkant av tilskuddsperioden. Det er i realiteten et vedtak med krav om tilbakebetaling. Sett at vilkåret om store aktivitetsendringer er oppfylt, gir det uansett ikke hjemmel til å kreve tilbakebetalt tilskudd basert på forhold som ligger bakover i tid. Vi kan ikke se at prinsippet om likeverdig behandling gir grunnlag for å tolke denne begrensningen utvidende. Forskriften § 12 hjemler ikke krav om tilbakebetaling.

For å kunne kreve tilskudd tilbakebetalt etter forskriften, er det et vilkår at barnehagen har mottatt høyere tilskudd på grunn av en *feil* fra barnehagens side.²³ Barnehageeier har altså ikke rett til å beholde tilskudd den urettmessig har mottatt når dette skyldes feil fra barnehagen. Tilskuddet barnehagen mottar beregnes på bakgrunn av det antall barn som går i barnehagen, og barnehageeier plikter å gi korrekte opplysninger om barna ved rapporteringstidspunktene. Eksempler på feil som er nevnt i merknadene til bestemmelsen, er feilrapportering av barnetall eller aldersfordeling av barn over og under tre år. Etter vår vurdering tilsier disse eksemplene at departementet ikke har siktet til situasjoner der tilbudet er redusert på bakgrunn av streik. Bestemmelsen gjelder feil der ansvaret for denne ligger hos barnehagen. Streik er et fullt lovlig virkemiddel som kan tas i bruk av partene i arbeidslivet. Etter vårt syn er dette i utgangspunktet ikke en *feil* som barnehagen har ansvar for. Vi kan heller ikke her se at prinsippet om likeverdig behandling kan benyttes for å tolke ordlyden utvidende.

Både forskriften §§ 12 og 13 innebærer at private barnehager i enkelte tilfeller kan ende opp i en bedre økonomisk stilling sammenlignet med de kommunale.

Det er vårt syn at det etter forskriften ikke er grunnlag for å kreve tilskudd tilbake som følge av et redusert barnehagetilbud.

Nedenfor vil vi videre vurdere om det finnes et annet rettslig grunnlag for å kreve tilskudd tilbake på bakgrunn av at barnehagetilbudet var redusert.

Tilbakebetaling av utbetalt driftstilskudd – annet grunnlag

Kommunen har videre vist til at de berørte barnehagene har fått kommunalt tilskudd ut fra at barnehagene er godkjent og drives i tråd med barnehagelovens krav, men at driften i streikeperioden ikke har oppfylt lovens krav som er vilkår for tilskuddet.

Kommunen har vist til lovlighetskontroll gjennomført av Statsforvalteren i Rogaland²⁴. I vurderingen skriver Statsforvalteren i Rogaland at tilskuddet kan endres dersom forutsetninger som lå til grunn for tilskuddet endres. I tillegg skriver Statsforvalteren i Rogaland at kommunen må ivareta prinsippet

²¹ Jf. forskriften § 12 tredje ledd.

²² Jf. forskriften § 1 andre ledd og Utdanningsdirektoratets artikkel av 10.05.2017: «Finansiering av private barnehager».

²³ Jf. forskriften § 13.

²⁴ Referanse 21/9514 – 80.



om økonomisk likeverdig behandling, og at kommunen må sørge for at finansieringen under streik eller annen nedstenging i kommunale barnehager er tilsvarende som for de private barnehagene.

Vedtakene der tilskudd ble gitt inneholder verken vilkår eller forbehold om at tilskudd vil kunne kreves tilbakebetalt dersom barnehagedriften ikke er i tråd med barnehageloven og tilhørende forskrifter. Vi må derfor vurdere om tilskuddet likevel er gitt under forutsetning om at barnehagedriften skal være i tråd med regelverket, og at tilskudd ellers kan kreves tilbakebetalt.

Som nevnt ovenfor har Høyesterett uttalt at de private barnehagene ikke skal stilles dårligere økonomisk enn de kommunale barnehagene. De skal heller ikke stilles bedre.

Dommen er gitt i forbindelse med hvordan tilskuddet er beregnet. Etter vårt syn gir ikke denne uttalelsen i seg selv grunnlag for at tilskudd kan kreves tilbakebetalt i etterkant for å sørge for at de private barnehagene ikke stilles i en bedre økonomisk situasjon enn de kommunale barnehagene.

Det er vår vurdering at prinsippet om likeverdig behandling i seg selv ikke kan hjemle et krav om tilbakebetaling. Barnehageloven og forskrift om tildeling av tilskudd til private barnehager er bygget opp slik at de regulerer selve beregningen av tilskuddet, bruken av tilskuddet og når tilskudd kan justeres eller kreves tilbake. Lovens systematikk går vi nærmere gjennom nedenfor.

Utgangspunktet er at barnehagene tildeles tilskudd etter en beregningsmodell som i all hovedsak baserer seg på driftsutgiftene i de kommunale barnehagene.²⁵ Når en privat barnehage har fått tildelt tilskudd, vil et krav om tilbakebetaling gripe inn i den private barnehagens rett til slikt tilskudd. Et slikt vedtak er inngripende. Private barnehager får tildelt tilskudd for å drive barnehage, og regelverket stiller krav til barnehagedriften. Som vi var inne på tidligere, var det et viktig hensyn bak barnehageforliket og prinsippet om likebehandling at finansieringen skulle være forutsigbar for de private barnehagene. Bakgrunnen var at det var behov for de private barnehagene, dersom man skulle oppnå full barnehagedekning.

Barnehageloven med forskrifter stiller krav til barnehagedriften i de private barnehagene. Kommunen som barnehagemyndighet skal påse regelverksetterlevelse i barnehagen, og kan følge opp regelverksbrudd gjennom å veilede eller føre tilsyn med barnehagen. I forbindelse med tilsyn kan kommunen pålegge barnehagen å rette uforsvarlige eller ulovlige forhold, og eventuelt fatte vedtak om tidsbegrenset eller varig stenging av virksomheten hvis forholdet ikke blir rettet innen fristen eller ikke lar seg rette.²⁶

Videre stiller barnehageloven krav til de private barnehagenes bruk av offentlig tilskudd.²⁷ Bakgrunnen for disse reglene er å sørge for at tilskuddet har kommet barna i barnehagen til gode. Dersom barnehagene har brukt tilskudd i strid med disse kravene, kan Utdanningsdirektoratet følge opp dette gjennom tilsyn. Ved brudd på reglene kan direktoratet pålegge retting av ulovlige forhold, og vedta tidsbegrenset eller varig stenging av barnehagen dersom forholdet ikke kan eller blir rettet innen fristen som er gitt. Dersom de økonomiske forholdene er i strid med regelverket, kan direktoratet også vedta at tilskudd skal holdes tilbake eller at barnehagen skal betale tilskudd tilbake til kommunen.²⁸

²⁵ I tillegg kommer påslag for pensjonskostnader, administrasjon og kapitalkostnader etter sats, se mer i forskriften.

²⁶ Jf. barnehageloven § 53.

²⁷ Jf. barnehageloven § 23.

²⁸ Jf. barnehageloven § 56.



Vi viser også til de foran nevnte reguleringene i forskriften §§ 12 og 13.

Lovens systematikk setter allerede rammer for tilskuddet som ytes til private barnehager. Etter vår vurdering må det derfor foreligge et konkret grunnlag for å avkorte eller kreve tilbake tilskudd som allerede er utbetalt.

På bakgrunn av det som er nevnt ovenfor, er det vår vurdering at barnehageloven og forskrift om tildeling av tilskudd til private barnehager uttømmende regulerer i hvilke tilfeller det er grunnlag for å kreve tilbake tilskudd som allerede er utbetalt.

Konklusjon

På bakgrunn av det som er nevnt ovenfor, opphever vi Halden kommunes vedtak om å avkorte tilskudd tildelt barnehagene i 2022. Vi har konkludert med at det ikke foreligger rettslig grunnlag for å kreve tilbakebetalt tilskudd som følge av at barnehagene i forbindelse med streik har hatt redusert barnehagetilbud.

Sakskostnader

Når et vedtak blir endret til gunst for en part, skal parten tilkjennes dekning for vesentlige kostnader som har vært nødvendige for å få endret vedtaket.²⁹ Et eventuelt krav sendes til Statsforvalteren innen tre uker etter at dette vedtaket er mottatt.

Øvrig informasjon

Som part i saken har barnehagene, med noen unntak, rett til å gjøre seg kjent med alle sakens dokumenter.³⁰

Vedtaket er sendt til barnehagenes representant, advokat Hans-Are Nyheim hos Private barnehagers landsforbund.³¹ Barnehagene anses dermed underrettet.³²

Kopi av vedtaket er sendt til Halden kommune.

Med hilsen

Grethe Hovde Parr
avdelingsdirektør
Barnehage- og utdanningsavdelingen

Monica Hermansen
fung. seksjonssjef

Dokumentet er elektronisk godkjent

Kopi til:

HALDEN KOMMUNE

Postboks 150

1751

HALDEN

²⁹ Jf. forvaltningsloven § 36.

³⁰ Jf. forvaltningsloven §§ 18 og 19.

³¹ Jf. forvaltningsloven § 12 tredje ledd.

³² Jf. forvaltningsloven § 27 første ledd.