



Fylkesmannen i Hordaland

Saksbehandler, innvalgstelefon
Jannicke Haaland Haarr, 55572370

Vår dato
30.06.2010
Deres dato
19.04.2010

Vår referanse
2010/5473 611
Deres referanse

Kunnskapsdepartementet
Postboks 8119 Dep
0032 Oslo



Høring av nytt finansieringssystem for ikke-kommunale barnehager i en rammefinansiert sektor

Fylkesmannen i Hordaland viser til Kunnskapsdepartementets høringsbrev av 19. april 2010 samt til departementets høringsnotat.

I Generelle bemerkninger

a. Enkelhet.

Fylkesmannen i Hordaland vil innledningsvis bemerke at det er svært viktig at reglene gjøres så enkle som mulig. Et komplisert system sikrer ikke nødvendigvis rettferdighet. Fylkesmannen i Hordaland har til nå opphevet nesten samtlige innklagede kommunale vedtak om kommunalt tilskudd. Ofte på grunn av forhold som ikke er berørt av klager, jf forvaltningsloven § 34 annet ledd. Dette viser at reglene har vært vanskelige å forstå og at kompliserte regler er en trussel for de ikke-kommunale barnehagenes rettssikkerhet.

b. Forskrift - veileder.

Forskriften bør være utformet slik at det gir mening å lese den *i seg selv*. En veileder må bare presisere nærmere hva som menes med de ulike bestemmelsene i forskriften. (For eksempel: fremgår det klart av § 4 i forskriften at for en nyetablert, godkjent barnehage skal en bruke denne barnehagens budsjett når en skal finne hva denne barnehagen har rett på i kommunalt tilskudd det første året?).

Departementet bør tenke gjennom og kommentere veilederens "status" og adressat. Er den en instruks? I så fall er den vel bindende for fylkesmennene i vår klagesaksbehandling i og med at departementet har instruksjonsmyndighet overfor fylkesmennene. (Dvs. bindende der den ikke åpner for skjønn eller valgfrihet). Men er den også bindende for kommunene jf. det kommunale selvstyret? Dersom den ikke er å regne som bindende må departementet ta stilling til hvordan fylkesmennene skal forholde seg til den ved behandling av klagesaker, ved veiledning samt når vi utfører tilsyn.

For ordens skyld viser vi til at Fylkesmannen i Hordaland ved brev av 04.10.07 til Kunnskapsdepartementet bl.a. spurte om Departementets rundskriv "Utmåling av kommunalt tilskudd til ikke-kommunale barnehager... Veileder til regneark" er bindende for fylkesmannen i klagebehandlingen og dermed indirekte også bindende for kommunen ved deres utmåling av tilskudd. Kunnskapsdepartementet svarte ved brev av 22.07.08. I brevet ble

det ikke skilt mellom hva som er bindende for fylkesmennene og kommunene. Departementet skriver om "sektoren" og "forvaltningen".

c. Forskrift – klare plikter.

Det er viktig at det fremgår klart av regelverket hva som er kommunens plikter.

Legalitetsprinsippet kommer inn når fylkesmannen pålegger en kommune en økonomisk forpliktelse. Der det har vært uklart hvilke plikter kommunen har etter dagens regelverk, har Fylkesmannen i Hordaland ofte i klagesaker falt ned på at vi finner det vanskelig å pålegge kommunen en økonomisk plikt som det ikke går (nokså) klart fram av reglene at den har. Se her bl.a. vår kommentar til forslaget § 8 tredje ledd.

d. Nøyaktighet

Reglene om likeverdig behandling er svært kompliserte. Det er veldig viktig at departementet er nøyaktig i sin informasjon om reglene slik at usikkerhet og misforståelser unngås i størst mulig grad.

I høringsnotatet står det på side 4 til slutt i tredje avsnitt: *"Likeverdig behandling defineres som at ikke-kommunale barnehager får 100 pst. av det tilsvarende kommunale barnehager i den aktuelle kommunen i gjennomsnitt mottar i offentlig tilskudd (per heltidsplass)".* Denne definisjonen gjentas på side 15 i første avsnitt under punkt 6.2 samt på side 18 i nest siste avsnitt.

I forslag til forskrift om likeverdig behandling § 2 bokstav c blir imidlertid likeverdig behandling definert som: *"at alle godkjente barnehager uavhengig av eierskap skal motta offentlige tilskudd etter prinsippene fastsatt i denne forskrift."* Bakgrunnen for dette er bl.a. at det ikke gjennom statsbudsjettet er bevilget nok penger ennå til at alle ikke-kommunale barnehager får 100 pst. av det tilsvarende kommunale barnehager i den aktuelle kommunen i gjennomsnitt mottar i offentlig tilskudd. Dette er, etter det Fylkesmannen i Hordaland forstår, foreløpig bare en del av *regjeringens opptrappingsplan.*

På side 12 i høringsnotatet i tredje avsnitt under punkt 5.1 står noe som vel er riktigere men likevel ikke er helt korrekt: *"Forslag til ny forskrift om likeverdig behandling av barnehager krever imidlertid at ikke-kommunale barnehager får 100 pst. av det tilsvarende kommunale barnehager i den aktuelle kommunen i gjennomsnitt mottar i offentlig tilskudd (per heltidsplass) når full likeverdig behandling er innfaset i statsbudsjettet."* Forslaget til forskriften slik det nå foreligger krever ikke dette. Men forslaget til forskrift/ forskriften kan senere igjen bli endret slik at dette blir et krav.

I høringsforslaget står det nederst på side 26: *"Kommuner som gir ikke-kommunale barnehager et tilskudd for kapitalkostnader som er vesentlig lavere enn de nasjonale gjennomsnittssatsene, må kunne dokumentere at kapitalkostnadene i de kommunale barnehagene reelt sett er lavere enn gjennomsnittet for landet."* Fylkesmannen mener at dette blir misvisende. Dokumentasjonsplikten følger av § 5 og 6 i forslaget og gjelder ikke bare for kommuner som gir ikke-kommunale barnehager et tilskudd for kapitalkostnader som er *"vesentlig lavere enn de nasjonale gjennomsnittssatsene"*.

e. Dokumentasjon.

Fylkesmannen i Hordaland peker på at det er bra at dokumentasjonsplikten er tatt inn i forskriftsforslaget. (Den er i dag bare omtalt i departementets merknader). Vi mener imidlertid

at det bør være en generell, og egen, bestemmelse om kommunenes dokumentasjonsplikt i forskriften. Dokumentasjonsplikten er *særdeles* viktig for barnehagens rettssikkerhet samt for fylkesmannen ved eventuell klagesaksbehandling.

Fylkesmannen mener at dokumentasjonsplikten må innebære at kommunen skal dokumentere sine beregninger på en slik måte at barnehagen og fylkesmannen fullt ut kan kontrollere at reglene er fulgt. Beregningsgrunnlaget skal vedlegges kommunens vedtak om tildeling av kommunalt driftstilskudd.

f. Budsjett eller regnskap

Fylkesmannen i Hordaland mener at det finnes mange gode argumenter for å legge til grunn budsjetterte kostnader til basistilbudet i de kommunale barnehagene. Vi ser også at det finnes motforestillinger mot å legge fjorårets regnskap til grunn, bl.a. *noe* mindre forutsigbarhet for de ikke-kommunale barnehagene. Fylkesmannen i Hordaland har likevel kommet til at forenklingshensyn også her må veie tyngst. Grunnlaget for beregning av kommunens kostnader ved drift av egne barnehager bør da være kommuneregnskapet for foregående år justert etter deflator i statsbudsjettet. Dette fører bl.a. til at kommunen *i utgangspunktet* bare trenger å treffe ett vedtak om kommunalt tilskudd for hver ikke-kommunale barnehage per år. De ikke-kommunale barnehagenes likviditet er etter vår mening sikret i tilstrekkelig grad i og med at den vedtatte endringsloven til barnehageloven § 14 i fjerde ledd har en regel om forskuddsutbetaling.

Som Fylkesmannen i Hordaland har tatt opp med departementet ved flere anledninger gir forvaltningsloven § 11 bokstav a første ledd om at "*Forvaltningsorganet skal forberede og avgjøre saken uten ugrunnet opphold*" etter vår mening ikke nok vern for de ikke-kommunale barnehagene mot at vedtak om tilskudd fattes sent på året. Spørsmål om tidspunkt for vedtak bør muligens reguleres i forskriften.

Se ellers nærmere under punkt 2 nedenfor.

g. Regneeksempler knyttet til lov- og forskriftstekst

Veiledningsmateriale fra departementet bør vise hvordan lov- og forskriftsbestemmelsene munner ut i konkrete handlingsplikter for kommunene. Det er viktig at fylkesmennene ikke får like mange modeller som det er kommuner å forholde seg til i klageomgangen.

II. Kommentarer til enkelte av de foreslåtte bestemmelsene

A: Til forslag til forskrift om likeverdig behandling ved tildeling av offentlige tilskudd:

§ 2 bokstav d:

Det som skal defineres her er vel "kostnader til ordinær drift" og ikke bare "ordinær drift"?

Fylkesmannen i Hordaland mener at unntaket i siste punktum, "*Kommunale barnehager med særskilt høye kostnader til ordinær drift kan holdes utenfor tilskuddsgrunnlaget*", er for vidt formulert. Det vil være mer i tråd med forskriftens formål om ikke alle kommunale barnehager med særskilt høye kostnader kunne holdes utenfor tilskuddsgrunnlaget, men bare de med særskilt høye kostnader som skyldes at kommunen

er pålagt andre plikter etter loven enn de ikke-kommunale barnehagene. Dette kan f.eks gjelde der kommunen må gi tilbud om barnehageplass i grisgrendte strøk eller det at kommunen må ha ledig kapasitet i barnehager for å kunne oppfylle retten til barnehageplass ved svingende etterspørsel.

§ 2 bokstav e):

Vil ikke kapitalkostnader isolert sett gå inn under departementets definisjon av "driftskostnader" ?

§ 2 bokstav g:

Hvilken funksjon får departementets forslag til definisjon av "administrasjonskostnader" i § 2 bokstav g? Det kan vel ikke knyttes noen rett eller plikt til den? Retten ogplikten fremgår vel av forslaget § 5 tredje ledd? Blir funksjonen av definisjonen å si noe om hva som *ikke* er "driftskostnader" jf bokstav e?

§ 4 annet ledd:

Det bør muligens presiseres hva "*kostnader til ordinær drift*" betyr nå når *den ikke-kommunale* barnehagens kostnader til ordinær drift bare får direkte betydning det første året (budsjettet) og ellers bare får "indirekte" betydning.

§ 4 fjerde ledd:

Fylkesmannen i Hordaland er som nevnt positiv til forenkling av reglene.

Det går ikke klart fram av § 4 fjerde ledd at en skal bruke budsjett for nyetablerte, godkjente barnehager det første året. Mener departementet at dette fremgår av § 4 annet ledd? I så fall blir det litt rart at reglene for barnehager som har eksistert i mer enn ett år står i 4 ledd ?

§ 5 første ledd:

Kommunen skal gi tilskudd til drift i godkjente ikke-kommunale barnehager ut fra gjennomsnittlige "*budsjetterte*" driftskostnader, jf første ledd første punktum. Valget mellom regnskap og budsjett ble kommentert generelt under punkt 1.

Fylkesmannen i Hordaland mener altså at første ledd annet punktum "*Kommunale barnehager med særskilt høye kostnader til ordinær drift kan holdes utenfor tilskuddsgrunnlaget*", er for vidt formulert. Se kommentaren til forslaget § 2 bokstav d.

Første ledd nest siste punktum: "*Deltidsplasser omregnes til heltidsplasser*" bør presiseres.

§ 5 annet ledd:

"*Kommunen skal dokumentere hvordan satsene er beregnet*". Se her punkt 1e. Fylkesmannen i Hordaland mener at dette er et så sentralt poeng at det bør være en egen, og mer vidtrekkende, bestemmelse om dokumentasjonsplikt.

§ 5 fjerde ledd:

Fylkesmannen ser at dette forslaget fører til at kommuner som ikke har kommunale ordinære barnehager, familiebarnehager eller åpne barnehager "mister mer kontroll" over sine utgifter sammenlignet med slik reglene er i dag. Fylkesmannen i Hordaland mener

imidlertid at forenklingshensyn også her må veie tyngst. Det har i praksis blant annet vist seg å være problematisk å få sammenligningskommuner til å gjøre jobben med å dokumentere hvordan de har beregnet kostnadene til sine kommunale barnehager. Det har videre skapt merarbeid der sammenligningskommuner, etter at tallene er innhentet, har omgjort vedtak pga feil beregning av kostnadene i de kommunale barnehagene.

§ 5 femte ledd:

Fylkesmannen i Hordaland mener at denne bestemmelsen bør presiseres. Den bør lyde: "Kommunen kan ikke føre separate tilskuddsforhandlinger om driftstilskudd med enkelte barnehager."

§ 6 annet ledd:

Fylkesmannen i Hordaland er enig med departementet i at kommunene bør få velge om de vil fastsette satser selv eller om de vil benytte seg av nasjonale gjennomsnittssatser fastsatt av departementet. Forenklingshensyn må her definitivt veie tyngst. Vår erfaring fra klagesaksbehandlingen tilsier at en del kommuner vil finne det for krevende å foreta beregninger av denne art.

Bokstav a, nest siste punktum: Fylkesmannen i Hordaland mener som nevnt at bestemmelsen om at kommunale barnehager med særskilt høye kostnader til ordinær drift kan holdes utenfor tilskuddsgrunnlaget er for vidt formulert. Se kommentaren til forslaget § 2 bokstav d.

Bokstav a siste punktum om kommunens dokumentasjonsplikt: Se punkt 1e og kommentaren til § 5 annet ledd. Fylkesmannen i Hordaland mener at dette er et så sentralt poeng at det bør være en egen, og mer vidtrekkende bestemmelse, om dokumentasjonsplikten.

§ 8:

Fylkesmannen i Hordaland mener at overskriften ikke er helt "god". Overskriften bør heller f.eks være: "Opplysninger fra barnehagen som danner grunnlag for kommunens plikt til utmåling av kommunalt tilskudd."

§ 8 tredje ledd:

Fylkesmannen mener at denne bestemmelsen av forenklingshensyn muligens bør strykes. Alternativt bør rapporteringsplikten klart framgå av forskriften, samt at konsekvensen for kommunen (at den får plikt til å beregne tilskuddet på nytt) *også* bør framgå klart av forskriftsteksten. Dersom tredje ledd ikke strykes må forskriftsteksten endres slik at "i tillegg til rapporteringen etter første ledd" må bli "i tillegg til rapporteringen etter første og siste ledd".

§ 8 fjerde ledd:

Fylkesmannen i Hordalands erfaring med klagesaksbehandling tilsier at "store aktivitetsendringer" må defineres nærmere/mer nøyaktig/uttømmende. "for eksempel" blir vagt. Når inntre kommunens plikt til å beregne tilskuddet på ny? Hva er "større gruppe"? Gjelder plikten til å beregne tilskuddet på ny ved opprettelse eller nedleggelse av "større gruppe" bare der barnehagen ikke er avdelingsbasert? Hva er "ny barnehage"? Er det nok at et AS får nye eiere? Hva med nyopprettet org/ selskap med endret organisasjonsnummer, men der lokaler, personell og barnegrupper er de samme?

§ 9 første ledd:

Teksten i § 9 første ledd kan leses som at/misforstås dit hen at dette er en uttømmende opplisting av når det må fattes enkeltvedtak. I første punktum bør det vel ikke bare vises til §§ 5 og "6 andre ledd bokstav a" men til hele § 6?

Fylkesmannen i Hordaland mener at reglene i § 8 annet (avhengig av hvordan den endelige formuleringen blir) og tredje ledd også medfører plikt for kommunen til å fatte nye enkeltvedtak i løpet av året. Vi viser her til definisjonen av enkeltvedtak i forvaltningsloven § 2 samt til hensynet til rettssikkerhet for de ikke-kommunale barnehagene. Vi mener videre at kommunen også da har dokumentasjonsplikt.

§ 9

Fylkesmannen i Hordaland ser som nevnt motforestillingene ved ta utgangspunkt i utgifter ut fra fjorårets regnskap. Vi mener likevel at forenklingshensyn her må veie tyngst. Det er illustrerende at (muligens) bortsett fra første setning, kan hele den foreslåtte § 9 i forskriften strykes dersom en tar utgangspunkt i regnskapet i stedet for i budsjettet. Dette vil spare administrasjonen i kommunene samt fylkesmannen for mye arbeid. Vi mener dessuten at fordelene ved å ta utgangspunkt i budsjettet ikke er så store, i og med at det tilskuddet barnehagene da får ved det "første" vedtaket bare blir en minimumssum som kan endre seg mye i løpet av året.

Dersom forslaget om at det er budsjetterte kostnader som skal legges til grunn blir stående, bør det stå i forskriften at selv om det bare etter forskriften er krav om å eventuelt øke tilskuddsgrunnlaget, utarbeide nye tilskuddssatser og fatte nye vedtak om tilskudd én gang i året, så må *virkingen* av bevilgningsøkningene til de kommunale barnehagene inntre samtidig for de ikke-kommunale barnehagene. Hvis ikke kan kommuner spekulere i dette på bekostning av ikke-kommunale barnehager. Dette fører igjen til at beregningen blir svært innviklet i og med at bevilgningsøkninger kan komme i løpet av hele året.

Det departementet skriver i fjerde avsnitt på side 17 i høringsforslaget om at det i tillegg skal foretas "inntil én" etterjustering hvis kommunene gir tilleggsbevilgninger til egne barnehager blir vel ikke korrekt? Dette gjentas på side 20 i annet avsnitt.

Dersom forslaget om at det er budsjetterte kostnader som skal legges til grunn blir stående, mener Fylkesmannen i Hordaland at det er helt nødvendig at forslaget til § 9 tredje ledd blir vedtatt. Hvis ikke vil ikke forutsigbarhet være et argument for å ta utgangspunkt i budsjetterte kostnader.

§ 10:

Erfaring fra klagesaksbehandling i Hordaland viser at det er vanskelig for kommunene å praktisere reglene om vilkår. For et par år siden fattet Fylkesmannen i Hordaland vedtak om bl.a. at flere vilkår en kommune hadde satt var ugyldige. Departementet var på skriftlig forespørsel enige i de fleste av våre vurderinger. Etter dette har Fylkesmannen i Hordaland ikke behandlet saker der kommunen har stilt vilkår. Dersom § 10 i forskriftsforslaget blir vedtatt, er det ønskelig at departementet tar stilling til følgende: Hvilket handlingsrom gir den nå vedtatte endringsloven til Barnehageloven § 14 kommunene til å stille vilkår for kommunalt tilskudd? Forholdet til vilkårlæren i forvaltningsretten bør utredes ordentlig og kommenteres skikkelig. Det bør gis flere

eksemplere på hvilke vilkår departementet finner at det er lovlig å stille i forbindelse med kommunale tilskudd. Få kommuner har jurister som jobber med disse vedtakene.

§ 11:

Fylkesmannen registrerer at departementet her foreslår en regel om tilbakebetaling med objektivt ansvar.

B Forslag til regulering av uttak av verdier i barnehageloven § 14 a:

Dersom muligheten til utbytte blir begrenset, vil dette kunne gi et mulig incitament til ulike former for omgåelse. På privatskoleområdet har man for eksempel sett privatskoler som kjøpt konsulenttenester fra nærstående selskap der vederlaget var innenfor markedspris, men hvor man kunne stille spørsmål ved hensikten med å kjøpe denne tjenesten, jf. John Bauer-saken (Eks. uspesifiserte avtaler om rådgivning, avtale om bistand ved rekruttering osv.). Kravet om at offentlige tilskudd og foreldrebidrag skal komme barna i barnehagen til gode, har sitt motstykke i privatskoleloven § 6–3, som i likhet med forslaget til ny barnehagelov § 14 b regulerer transaksjoner mellom virksomheten og dens eiere/nærstående. Ved praktiseringen av privatskoleloven § 6–3, har man ikke bare vurdert om vederlaget for transaksjonen er «rimelig», men også innfortolket et krav om at varen/tjenesten må være «nødvendig for skolevirksomheten – både i type og av omfang. I det første ligger det et krav om at kostnaden må være relevant for skolevirksomheten, dvs. at den fyller legitime behov ved en skole. I det andre ligger at kostnaden ikke overstiger alminnelig markedspris og at behovet ikke er fylt på annen måte». (Fra utdanningsdirektoratets vedtak 16.05.2008 i John Bauer-saken). På denne bakgrunn mener vi det kan vurderes å stille krav om at varen/tjenesten skal være hensiktsmessig, i tillegg til at vederlaget skal være rimelig.

I fjerde ledd er det foreslått en hjemmel til å gi forskrift om tilbakebetaling av tilskuddsmidler og foreldrebetaling. Slikt krav om tilbakebetaling vil være et enkeltvedtak som gir klagerett. Vi vil anta at det mest naturlige da er at fylkesmannen er klageinstans, slik som etter § 14 mv. Dette bør sies uttrykkelig i loven eller forskriften. Siden fjerde ledd er utformet som en fullmaktsbestemmelse og hjemmelen for å kreve tilbakebetaling forutsettes gitt i forskrift, vil det kanskje være mest hensiktsmessig at også klagebestemmelsen gis i forskrift. Til § 14a fjerde ledd siste punktum kan da tilføyes «herunder bestemmelse om klage».

Tredje ledd:

Fylkesmannen i Hordaland er enig i at dette bør være en ”kan” regel. Vi ser motargumentene om forskjellsbehandling mv. men mener likevel at forenklingssyn også her må veie tyngst.

Ordet ”foreldrebetalingen” bør vel skrives i ubestemt form: ”foreldrebetaling”.

C Forslag til forskrift om bruk av offentlige tilskudd og foreldrebetaling i ikke-kommunale barnehager

§§ 3 og 6 mv:

Det er viktig at det presiseres, og ikke bare forutsettes at alle vet, at § 3 i forslaget om tilbakeføringsrett ikke får tilbakevirkende kraft. Selv om det følger av Grunnloven § 97,

kan det kanskje vurderes å presisere dette i § 3, for eksempel slik: ”Denne bestemmelsen gjelder bare verdier som er bygget opp etter at denne forskriften trådte i kraft.”

§ 4 :

I fortsettelsen av dokumentasjonskravet i § 4, bør det etter vårt syn vurderes å gi en bestemmelse som gir *barnehagen* bevisbyrden for at en transaksjon med eier eller deres nærstående er i samsvar med kravet i lovforslagets § 14a første ledd bokstav b. Vi har lagt et slikt krav om bevisbyrde til grunn i en sak etter nåværende bestemmelser om urimelig utbytte. Vi viser også til departementets brev til Fylkesmannen i Oslo og Akershus av 18.11.05 punkt 3.1: «...Dersom kommunen har mistanke om at godtgjørelsen/ utbytte til eieren overskrider det som er ”rimelig” i henhold til forskriften, må kommunen kunne kreve at barnehageeier dokumenterer hvor mye som totalt tas ut i form av arbeidsgodtgjørelse, konsernavgift/ betaling for administrative tjenester, utbytte, husleie m.m.» En slik bevisbyrderregel synes også å være i tråd med det syn departementet uttrykte på seminarene/konferransene i Trondheim og Oslo i mai.

§ 5 :


Fylkesmannen er som nevnt enig med departementet i at dette bør være en kan - regel for kommunene.

Fylkesmannen registrerer at departementet her foreslår en regel om tilbakebetaling med objektivt ansvar.

Med hilsen



Hjalmar Olseth e.f.
ass. Utdanningsdirektør


Jannicke Haaland Haarr
rådgiver