

Tildeling av tilskudd til "kommersielle" eller "ideelle" barnehager

Kunnskapsdepartementet er gjort kjent med at det har oppstått spørsmål om kommunens adgang til å stille vilkår som innskrenker de private barnehagenes lovfestede mulighet til å ta midler ut av barnehagedriften.

TOLKNINGSUTTALELSE 13.06.2017

Gjelder

- Barnehageloven - § 10. Barnehagemyndighetens ansvar
- Barnehageloven - § 16. Rett til plass i barnehage
- Barnehageloven - § 19. Kommunalt tilskudd til godkjente private barnehager

Det er videre oppstått spørsmål om adgangen til å skille mellom «ideelle» og «kommersielle» barnehager ved tildeling av tilskudd. Kunnskapsdepartementet mener det er nødvendig med en nasjonal avklaring av problemstillingene som har oppstått.

I den videre drøftingen er det å ta midler ut av barnehagedriften omtalt kun som «utbytte».

Departementet vil her bemerke at i denne uttalelsen vil «utbytte» dermed likestilles med delen av overskuddet som ikke føres tilbake til barnehagedriften, og derfor også omfatte selskapsformer som ikke har utbytte som et begrep.

I dette notatet har Kunnskapsdepartementet tatt stilling til følgende hovedproblemstillinger:

1. Kan kommunen ved tildeling av tilskudd kreve at barnehagen ikke tar utbytte?
2. Kan kommunen ved avgjørelsen om å tildele tilskudd vektlegge om barnehagen tar sikte på å ta utbytte eller ikke?

Konklusjon: Kommunene har ikke hjemmel til å innskrenke barnehageeiers adgang til et rimelig årsresultat, verken gjennom vilkår for tilskudd eller vektlegging av driftsform ved avgjørelsen om å tildele tilskudd.

I drøftelsen nedenfor er departementets konklusjoner nærmere begrunnet. Departementet påpeker at drøftelsen knytter seg til tildeling av tilskudd til nye barnehager som søker om tilskudd, og ikke til barnehager som allerede mottar tilskudd.

Adgangen til å stille vilkår om at det ikke kan tas utbytte

Avgjørelsen om å tildele tilskudd til nye barnehager er regulert av barnehageloven § 14 andre ledd hvor det følger at (vår understrekning) «Kommunen **kan** yte tilskudd til barnehager som søker om godkjenning etter at barnehagesektoren er rammefinansiert.» Kommunen er således ikke pliktige til å gi tilskudd til nye barnehager selv om disse barnehagene oppfyller vilkårene for godkjenning etter § 10. Kommunen kan videre avslå søknader om tilskudd fra nye private barnehager på bakgrunn av et ønske om at alle nye barnehager skal drives i kommunal regi. Dette forutsetter imidlertid at kommunen klarer å oppfylle sin plikt til å tilby barnehageplasser, jf. §§ 8 andre ledd og 12 a.

Spørsmålet videre er i hvilken grad kommunen kan knytte vilkår til avgjørelsen om å tildele tilskudd. Ordlyden i § 14 andre ledd er taus om adgangen til å stille vilkår. Det anses likevel

som sikker rett at når forvaltningen har en viss frihet til å bestemme om en avgjørelse skal treffes, eller hva den skal gå ut på, har den også kompetanse til å sette vilkår selv om dette ikke framgår direkte av loven. § 14 andre ledd overlater det i utgangspunktet til kommunens frie skjønn å avgjøre om de vil tildele tilskudd nye private barnehager eller ikke¹.

Selv om kommunen som hovedregel har anledning til knytte tyngende vilkår til avgjørelser som er hjemlet i fritt skjønn bestemmelser, kan ikke kommunen sette hvilke som helst vilkår. Vilkårene må blant annet ha saklig sammenheng med begunstigelsen, de må ikke være uforholdsmessige tyngende og de må ikke begrense mottakerens handlefrihet på en urimelig måte. Dette blir ofte uttrykt som at vilkårene må være «rimelige og relevante». Om et vilkår er rimelig og relevant, må blant vurderes ut fra lovens formål og de rammene som hjemmelsloven setter. I forarbeidene til § 14 er kommunens adgang til å regulere barnehagenes bruk av tilskuddet drøftet² (vår understrekning):

«Departementet merker seg at flere instanser støtter Utdanningsforbundets og Fagforbundets syn på at muligheten for å ta utbytte bør fjernes. **Departementet vurderer det slik at det ikke er nødvendig med en nasjonal bestemmelse, men la det være opp til hver enkelt kommune å eventuelt regulere mulighet for utbytte i de lokale forskriftene.**»

Isolert sett kan dette tolkes som at departementet har ment at kommunen selv skal kunne begrense de private barnehagenes mulighet til å ta utbytte. Det er imidlertid grunn til å være oppmerksom på at departementets opprinnelige forslag til finansieringsordning, jf. § 14 og Ot.prp. nr. 57 (2007-2008), senere ble endret i Stortinget. Departementet foreslo i nevnte proposisjon en finansieringsordning hvor kommunen selv skulle utarbeide lokale forskrifter hvor tilskuddet til de private barnehagene ble regulert. Det var dermed lagt opp til at kommunene selv i stor grad kunne avgjøre hvordan tilskuddet skulle beregnes. Dette forslaget fikk ikke flertall i Stortinget. Stortinget fattet senere vedtak om at finansieringen av de private barnehagene skulle reguleres gjennom nasjonale forskrifter, jf. Innst. O. nr. 103 (2008-2009) og lovfestet kravene til de private barnehagenes bruk av tilskuddet., jf. § 14 a. Det betyr at innholdet i proposisjonen knyttet til § 14 i liten grad kan vektlegges i tolkningen av § 14 og spørsmålet om kommunens adgang til å stille vilkår.

Kravene som stilles til de private barnehagenes bruk av det kommunale tilskuddet er regulert i § 14 a. Denne bestemmelsen krever at «tilskudd og foreldrebetaling skal komme barna i barnehagen til gode.» Det følger likevel av § 14 a første ledd andre punktum at barnehagen kan ha et «rimelig årsresultat». Med dette menes det at barnehagen kan ha et rimelig overskudd, og at dette kan tas ut av barnehagedriften. Loven inneholder tre

kumulative vilkår for når årsresultatet er rimelig og kan tas ut av barnehagedriften. Dersom barnehagen ikke har vesentlig lavere personalutgifter enn kommunen, kun har belastet barnehagen relevante kostnader og lagt til grunn markedsmessige transaksjoner, er årsresultatet etter loven «rimelig». Lovgiver har på denne måten selv definert i hvilke tilfeller barnehageeier kan ta utbytte. Forarbeidene til § 14 a gir ikke grunn til å anta at lovgiver har ment å gi kommunene adgang til å stille strengere krav til bruken av tilskudd enn det som følger av bestemmelsen. Selv om det av ordlyden i § 14 a er vanskelig utlede om de private barnehagene har noen form for rett til å ha et rimelig årsresultat, viser forarbeidene relativt klart at det skal være en adgang til et rimelig årsresultat, jf. Prop. 98 L (2011-2012) s. 24 (vår understrekning):

«Departementet vil bemerke at det i dagens finansieringssystem er lagt til grunn at barnehageeier **skal ha en adgang til å få rimelig vederlag for arbeids og kapitalinnsatsen som ytes barnehagen**. Dette betyr at barnehagen skal ha mulighet til å dekke lønnskostnader og kapitalkostnader over virksomhetens regnskap, eller disponere et overskudd, for eksempel gjennom uttak av utbytte. Departementet vurderer at denne adgangen bør videreføres i den form og med de begrensninger som er foreslått i høringsnotatet.»

Bestemmelsen gir barnehageeier adgang til å ha et «rimelig årsresultat» og kommunen er ikke gitt hjemmel til å innskrenke dette gjennom vilkår. Vilkår som innebærer et utbytteforbud er derfor ikke forenlig med barnehageloven § 14 a.

Adgangen til å vektlegge at barnehagen skal ta utbytte ved avgjørelsen om å tildele tilskudd

Departementet vil innledningsvis påpeke at barnehageloven ikke inneholder noe skille mellom «ideelle» eller «kommersielle» barnehager. Det fremstår videre som noe uklart hvilke kriterier aktuelle kommuner vil legge til grunn for å skille «ideelle» eller «kommersielle» barnehager. Det kan synes som at skillet gjøres ut fra en antakelse om at «ideelle» barnehager ikke tar midler ut av driften, mens «kommersielle» har et motiv for å gjøre det. I vurderingen av om kommunen kan vektlegge om barnehagen skal ta utbytte, viser departementet til vurderingen ovenfor. Vurderingen viser at kommunen ikke kan stille vilkår som innebærer en form for forbud om å ta midler ut av barnehagevirksomheten. Det ville

vært svært dårlig sammenheng i loven dersom den åpnet for å avslå søknader om tilskudd basert på hensyn som det etter loven ikke vil være anledning til å sette som vilkår for tilskudd. Det foreligger ikke rettslige holdepunkter som tilsier at lovgiver har ment å gi kommunene hjemmel til å innskrenke adgangen til et rimelig årsresultat, verken gjennom vilkår for tilskudd eller vektlegging av driftsform ved avgjørelsen om å tildele tilskudd.

Kopi:

KS

Private Barnehagers Landsforbund

Utdanningsdirektoratet

Kunnskapsdepartementets referanse: 17/1003

1) *Ot.prp. nr. 57 (2007-2008) pkt. 5.7.2*

2) *Ot.prp. nr. 57 (2007-2008) pkt. 5.7.2*