



Utdanningsdirektoratet
post@udir.no

Einar Brunnes
advokat
Juridisk avdeling
75553822/95227552
einar@pbl.no

Vår ref.
Advokat Brunnes

Deres ref.

Bodø, 25. mars 2022

INNSPILL TIL VEILEDER OM BRUK AV OFFENTLIGE TILSKUDD OG FORELDREBETALING

Viser til veilederen som er lagt ut på Utdanningsdirektoratets hjemmesider.

Det er positivt at Utdanningsdirektoratet nå tar føringen for klargjøring av regelverkets nærmere rammer.

PBL er opptatt av at de private barnehagene skal ha et best mulig grunnlag for å drifte i samsvar med regelverket. Gjennom konkrete tilsynssaker de senere år har barnehagelovens rammer for bruken av offentlige tilskudd og foreldrebetaling blitt bedre klarlagt. Det har vært problematisk at klargjøringen av regelverket har kommet gjennom enkeltsaker, og ikke som ledd i overordnet en veiledning fra ansvarlige myndigheter.

Helhetlig veiledning inn mot de private barnehagene knyttet til kravene til bruken av offentlige tilskudd og foreldrebetaling, er det sentrale elementet for å oppnå regeletterlevelse. Veilederens ambisjon må være å tydeliggjøre innholdet i reglene, og vil gi private barnehager et bedre grunnlag for å overholde lovkravene som gjelder.

Overordnet registrerer vi at veilederen på enkelte punkter legger en annen lovforståelse til grunn enn det som har vært gitt i tidligere praksis fra statsforvaltere og gjennom tolkningsuttalelser fra Utdanningsdirektoratet. Mange private barnehager har innrettet seg etter lovforståelsen/veiledningen som kan utledes av tidligere avgjørelser, noe vi ber Utdanningsdirektoratet være oppmerksom på.

Vi er usikre på om det er en bevisst praksisendring som Utdanningsdirektoratet nå legger opp til gjennom veilederen.

På de punktene hvor Utdanningsdirektoratet nå endrer etablert praksis/tidligere tolkningsresultater savner PBL en nærmere rettslig redegjørelse for konklusjonene. Det vil være fordelaktig om PBL kan få oversendt de rettslige vurderingene som ligger til grunn. Det kan bidra til færre klagesaker.

PBLs innspill gis kronologisk fra veilederen. Gjengivelser fra veilederen i *kursiv* uten innrykk.

1. HVILKET HANDLINGSROM LIGGER I Å DISPONERE ET OVERSKUDD FRITT

«Kravene i barnehageloven

Dersom kravene som er listet opp ovenfor er fulgt, kan barnehagen disponere et eventuelt overskudd fritt. Å ta ut utbytte eller overføre konsernbidrag er eksempler på hvordan barnehagen kan disponere et overskudd.»

Det vil være fordelaktig om Utdanningsdirektoratet kan klargjøre ytterligere hvordan overskudd som ikke tas ut som utbytte eller på annen lovlig måte, men som blir liggende igjen i barnehageselskapet, kan disponeres i selskapet.

Kan en privat barnehage gjennom disponering av overskuddet pådra seg kostnader mv som ikke er direkte nødvendige for godkjent barnehagedrift. Eksempelvis investere overskuddet for å oppnå mer avkastning på barnehagens midler enn for eksempel bankinnskudd? Renter på bankinnskudd har vært svært lave de senere år og gir liten avkastning. Det vil i mange tilfeller være fordelaktig å investere overskudd på annen måte for bedre barnehagens økonomiske stilling og likviditet. Dette punktet vil primært dreie seg om formuesforvaltning, og ikke pådragelse av kostnader. Veilederen bør kommentere dette ytterligere.

Det er fokus på aksjeselskap i veiledningen. Veilederen bør også konkretisere opp mot øvrige selskapsformer. Veilederen bør synliggjøre hvordan stiftelser, samvirkeforetak og foreninger kan disponere overskudd.

Enkeltpersonsforetak står i en spesiell situasjon. Overskudd i enkeltpersonsforetak skiller ikke mellom overskudd og eiers godtgjørelse. Det er et behov for klargjøring på hvordan enkeltpersonsforetak skal håndtere overskudd.

2. KRAV TIL KOSTNADEN

«Omfang av kostnaden: Er omfanget av kostnaden relevant for barnehagedriften?

Selv om en type kostnad kan være relevant for barnehagedriften, må også omfanget av kostnaden vurderes.»

Denne veiledningen bryter med veiledning gitt av Utdanningsdirektoratet 31. august 2017 og etablert praksis. I tolkningsuttalelsen 31. august 2017 skrives det følgende:

«Etter en samlet vurdering, hvor vi har lagt vekt på ordlyden i § 14a og bestemmelsens forarbeider, mener vi at det er klart at det ikke kan utledes et krav om at omfanget av kostnadene skal vurderes under barnehageloven § 14 a. første ledd bokstav a.»

PBL etterlyser en rettslig redegjørelse, som viser hvordan rettskildene er benyttet ved denne nye tolkningen.

«I vurderingen av om omfanget av kostnaden er relevant for barnehagedriften, vil det være et viktig moment om kostnaden kommer barna i barnehagen til gode. Et eksempel på dette er husleiekostnader. Dette er en relevant kostnad for de fleste barnehager, fordi det direkte gjelder godkjent barnehagedrift. Dersom barnehagen leier mer areal enn hva den har behov for (areal utover godkjent leke- og oppholdsareal og nødvendige rom som personalrom, garderobe og kontor), vil ikke hele leiekostnaden gjelde godkjent barnehagedrift.»

PBL oppfatter det slik at Utdanningsdirektoratet i dette utdraget sammenblender nærstående problematikk med kravet til at kostnader skal direkte gjelde barnehagens godkjente drift.

Ordlyden legger ikke opp til en behovsprøving. PBL mener at private barnehager står fritt til å leie mer areal enn den har behov for, dersom det anses å være hensiktsmessig. Det kan eksempelvis være nødvendig å leie et helt leieobjekt/eiendom, selv om ikke hele eiendommen er tenkt benyttet til barnehagedrift (krav fra utleier om å leie hele objektet).

Det kan også være ønskelig å leie mer areal enn driftens behov tilsier fordi eier ønsker å ha handlingsrom til å kunne foreta fremtidige utvidelser av driften. Det kan også eksempelvis være gunstig å ha tilgang og kontroll på et stort uteområde til barnehagedriften, selv om det ikke er behov for det.

«Bil er en kostnad som kan være relevant for barnehagedrift. Dersom barnehagen har flere biler enn hva barnehagen har behov for, vil ikke hele omfanget av bilkostnadene være relevant for driften av denne barnehagen.»

Denne tolkningen oppfattes å bryte med lovforståelsen i flere klageavgjørelser av statsforvaltere. Etter praksis er ikke behovet funnet å være avgjørende. Avgjørende er om bruken reelt sett har vært knyttet til barnehagedriften. Viser trekker frem klageavgjørelse fra Statsforvalteren i Oslo og Viken 19. mai 2020, ref. 2019/2052.

«Fylkesmannen utelukker ikke at kostnader i forbindelse med bruk av biler kan belastes barnehagen. Dette forutsetter imidlertid at bruken reelt sett er knyttet til drift av Gråtass barnehage avdeling Torp og såldes angår barnehagens godkjente drift.»

Barnehagelovgivningen legger opp til at barnehageeier og styrer som tar avgjørelser knyttet til driften. Det bør utvises varsomhet med tolkninger som legger opp til at myndighetene skal inn å etterprøve hensiktsmessigheten på driftsavgjørelser eier har tatt.

Private barnehager har svært forskjellige driftssituasjoner. Det er forskjell i barnehagetilbud, tilskuddsgrunnlag, kundegrunnlag, barnegrupper, foreldregrupper mv. Det er eier og styrer som har best kunnskap om hva som vil være riktige driftsbeslutninger i den enkelte barnehage. Etterprøvende behovsprøving fra det offentlige, skaper usikkerhet for eiere og styrere når det skal tas driftsmessige avgjørelser.

3. BRUK AV FORDELINGSNØKKLER

*«Eksempler på ulike tilfeller hvor fordeling er nødvendig:
Morselskapet kjøper inn en vare eller tjeneste for bruk i flere barnehageselskaper. Kostnadene fordeles på barnehagene med utgangspunkt i valgt fordelingsnøkkel. Rene utlegg skal fordeles uten påslag.»*

Her må de generelle regler om transaksjoner med nærstående gjelde. Det kan ikke uten hjemmel oppstilles nye kriterier om «uten påslag». Morselskap eller andre kan heller ikke slik pålegges å indirekte subsidiere barnehagedrift.

4. KOSTNADER TIL ETABLERING AV BARNEHAGE/OPPKJØP AV EGEN BARNEHAGE

*«Kostnader som ikke gjelder godkjent barnehagedrift
Kostnader som ikke skal føres i barnehagens resultatregnskap kan for eksempel være:*

Kostnader for oppkjøp av barnehager. Dette gjelder både kostnader knyttet til oppkjøp av egen barnehage og til oppkjøp av andre barnehager. Lånekostnader som finansierer oppkjøp av barnehager, skal heller ikke føres i barnehagens resultatregnskap.»

Oslo kommune har vurdert disse problemstillingene i sak tilknyttet Læringsverkstedet, Oslo kommunes sak 20/998. Konklusjonen da var at kostnader til oppkjøp av andre barnehager ikke kunne belastes barnehagens regnskap. Ble bl.a. vist til redegjørelsen for gjeldende rett i Prop. 96 L (2019-2020). Etter en grundig gjennomgang konkluderte Oslo kommune med at kostnader og lånekostnader som finansierer oppkjøp av egen barnehage var innenfor regelverket. PBL er enig i Oslo kommunes konklusjoner.

5. AVSKRIVINGER AV GOODWILL

«Avskrivinger på goodwill. Renter på lån benyttet til anskaffelse av goodwill ved oppkjøp av både egen barnehage og andre barnehager, gjelder heller ikke godkjent barnehagedrift.»

Utdanningsdirektoratets standpunkt bryter også med Oslo kommunes vurderinger i samme sak. Oslo legger til grunn at avskrivninger av goodwill er kostnader relatert til oppkjøpet av barnehagene. Dette ut fra tolkningen av gjeldende rett i Prop. 96 L (2019-2020), hvor Oslo kommer til at det er anledning til å belaste barnehagen med slike kostnader når de gjelder oppkjøpet av den konkrete barnehagen.

6. KOSTNADER TIL PRIVAT BRUK

«Kostnader som gjelder privat bruk. Dersom barnehagen har bil, som i praksis kun brukes privat og ikke i driften av barnehagen, er det i strid med barnehageloven hvis barnehagen dekker disse kostnadene.»

PBL mener det må tas et forbehold om tilfeller hvor firmabil er en del av lønnsbetingelsene. Dette er tidligere tatt stilling til av Utdanningsdirektoratet, viser til Utdanningsdirektoratets klageavgjørelse i sak 2018/17002.

Det samme vil gjelde også for andre naturalytelser som gis som gjennom jobben. Eksempelvis i tilknytning til lønnsbetingelser, eller andre goder som er tilknyttet arbeidsforholdet.

7. EIERS HANDLINGSROM VED DRIFTSAVGJØRELSER MED NÆRSTÅENDE

*«Barnehagen skal velge det rasjonelle alternativet
I vurderingen av hva som er rasjonelt ved handel med nærstående må barnehagen vurdere hvilke handlingsalternativer den har. Barnehagen må velge det alternativet som er mest fordelaktig basert på barnehagens behov.»*

Ordlyden innfører ikke noe vilkår om å velge det rasjonelle alternativet. Etter bestemmelsens ordlyd kan barnehagen ikke foreta transaksjoner og dekke kostnader på vilkår eller med beløp som avviker fra eller overstiger det som ville vært fastsatt mellom uavhengige parter. PBL er derfor ikke uten videre enig i at det ligger noe krav om vilkår om å velge rasjonelt alternativ.

Det vil kunne oppstå problemstillinger i tilfeller der det ikke skiller i kostnader og vilkår mellom flere avtaletilbydere. Det kan også være ulike årsaker til å tilby avtaleinngåelse med den ene parten, hvor det i ettertid kan argumenteres med at et annet valg ville vært mer rasjonelt.

Et lovkrav om å velge det rasjonelle alternativet kan også skape problematikk i forhold til dokumenteringsplikten. Det er uklart hvordan private barnehager skal dokumentere at det rasjonelle alternativet er valgt. Hva kreves av dokumentasjon? Kravet skaper etter PBLs syn en unødvendig administrativ merbelastning i driften.

Er valget av avtalepart noe offentlige myndigheter skal og bør etterprøve? PBL oppfatter ikke at lovgiver har lagt opp til at tilsynsmyndighetene skal gjør slike vurderinger. Poenget er at valget av avtalepart er fritt, men at det er særskilte begrensninger ved avtaler med nærstående. Begrensningene er at det da ikke kan inngås avtale med avtalevilkår eller med beløp som avviker fra eller overstiger det som ville vært fastsatt mellom uavhengige parter. Det er naturlig at en privat barnehage i ettertid kan synliggjøre at lovkravene om pris og avtalevilkår er overholdt, men ikke at det offentlige skal overprøve valget.

Næringslivet i Norge har ikke noe krav om rasjonalitet ved driftsvalg. PBL ser ikke behovet for at et slikt krav skal innføres i barnehagesektoren. Det bør kunne antas at eiere av private barnehager gjennomfører egen drift på den måte eier å være beste løsning ut fra bedriftens nåværende og fremtidige behov.

Hver enkelt transaksjon må være til markedspris. Det har ingen betydning om barnehagen samlet sett har lave kostnader. Lav pris på ett område gir ikke rett til overbetaling på et annet.

Dersom en privat barnehage oppnår gunstige markedsmessige vilkår gjennom å samle flere transaksjoner opp mot én avtalepart, vil dagens lovbestemmelse ikke hindre dette. Poenget må være at avtalen som sådan ikke avviker fra eller overstiger det som ville vært fastsatt mellom uavhengige parter. Enkelte transaksjoner i avtaleforholdet vil da kunne ha høyere eller lavere pris enn markedet tilsier.

8. MARKEDSMESSIG PRIS

«Disse punktene kan være til hjelp for å vurdere hva som er markedsmessig pris:

...

5. Hva er innkjøpsprisen til det nærstående selskapet?»

Det avgjørende er hva selskapet selv kunne kjøpe for i markedet, ikke hva andre / nærstående selskaper kan kjøpe for.

9. LØNN TIL EIER OG NÆRSTÅENDE

Lønn til nærstående

En barnehageeier som er barnehagelærer og jobber heltid som barnehagelærer i egen barnehage, kan ta ut samme lønn som en kommunalt ansatt. Tariffestet lønn med et rimelig tillegg, for eksempel for ekstra ansvar eller innsats, vil også godtas.

Når det gjelder lønn til eier for arbeid utført i barnehagen har dette vært tematikk i tidligere tilsynssaker. PBL mener veiledningen her bør utdypes, slik at det blir enklere for eiere å forholde seg til avlønning for eget arbeid.

Det er viktig at offentlige myndigheter gjennom tilsynsavgjørelser ikke hindrer en naturlig lønnsutvikling for de som jobber i barnehagesektoren.

Lønnsnivået i kommunale barnehager kan ikke være en begrensning for lønnsnivået i private barnehager.

PBL gjør oppmerksom på at Hovedtariffavtalen mellom PBL (Private Barnehagers Landsforbund) på den ene side og Utdanningsforbundet, Fagforbundet og Delta er bygget opp som et minstelønssystem. Lønnsnivået er ikke uttrykk for markedslønn. Fra Hovedtariffavtalen pkt. 3.1.1:

*«Lønssystemet er et minstelønssystem.
Det kan inngås avtale om høyere avlønning ved den enkelte barnehage.»*

Eiere jobber ofte som styrer i egen barnehage. Når det gjelder lønnstabellen for styrer, er det viktig å være oppmerksom på at PBL lønnstariff for daglig leder/styrer gir en garantert minstelønn, hvor endelig fastsatt lønn vil være basert på forhandling. Minstelønnen i lønnstabellen for daglig leder/styrer er derfor ikke en markedslønn.

For å forstå lønns-systemet er det også viktig å se hen til hvordan øvrige stillinger avlønnes i hovedtariffavtalen. Øvrige lønnstabeller er bygget opp ut fra ansiennitet, noe lønnstabellen for daglig leder/styrer ikke er. Det innebærer at minstelønnen for styrer vil være lik for en som kommer rett fra studiet og en som har for eksempel 30 års erfaring som daglig leder/styrer i en barnehage. Poenget er at daglig leder/styrer har krav på minstelønnen etter tariffen, men endelig fastsatt årslønn beror på hva som blir resultatet av de forutsatte forhandlinger.

Arbeidsoppgavene til eier kan også være mer omfattende enn for en person i ren styrerstilling. Det er forutsatt at arbeidsoppgaver og arbeidsbelastningen som kan følge med eierrollen også kan godtgjøres som et tillegg til lønnsnivået for styrer.

I tillegg til lønn for arbeidet i egen barnehage, er det forutsatt at eier kan godtgjøres for selve ansvaret som ligger i eierrollen.

Veilederen bør også gi noe veiledning knyttet til avlønning for arbeid som utføres i egenskap av å være en del av et styre (styrehonorar).

10. KRAVET TIL PERSONALKOSTNADENE

*Krav om å ikke ha vesentlig lavere personalkostnader
Regelen skal hindre at barnehager sparer kostnader ved å ha lavere bemanning eller dårligere lønns- og arbeidsvilkår enn de kommunale barnehagene.*

PBL presiserer at regelen skal hindre urimelige innsparinger gjennom å ha lavere bemanning eller dårligere lønns- og arbeidsvilkår. Dette følger direkte av forarbeidene.

*Dette skal regnes som en personalkostnad i sammenligningsgrunnlaget
Hvis barnehagen har ansatt en kjøkkenassistent som bruker deler av arbeidstiden på å jobbe direkte med barna, vil denne delkostnaden inngå i beregningen av personalkostnader i sammenligningsgrunnlaget. Kjøkkenassistentens arbeid med måltider i barnehagen, skal dekkes av kostpengene.*

PBL er ikke uten videre enig i denne tolkningen. Ordlyden i bestemmelsen skiller ikke mellom ulike personalkostnader i driften. Den skiller heller ikke mellom hvilken finansieringskilde inntekten

kommer fra. Det er heller ikke gitt at kostnader til kokk/kjøkkenassistent er dekket gjennom kostpenger. Det kan være gjennom det ordinære driftstilskuddet eller andre finansieringskilder.

Kommunens pensjonskostnader skal holdes utenfor grunnlaget for beregningen av tilskuddet til de private barnehagene.

Siden administrasjonsutgiftene i kommunale barnehager holdes utenfor beregningen av driftstilskuddet, skal heller ikke administrasjonsutgifter være med i grunnlaget for personalkostnader i private og kommunale barnehager.

Dette er i samsvar med tidligere veiledning fra KD. Men, PBL er ikke uten videre enig i at dette er en korrekt regelforståelse.

PBL anser det som uklart hvilke konkrete arbeidsoppgaver som anses å ligge i administrasjonspåslaget. Generaliserende begreper som IKT, revisjon, regnskap, HMS og bedriftshelsetjeneste er lite konkrete. Kommuner er organisert forskjellig. Det samme gjelder for private barnehager. Veilederen bør konkretisere nærmere hvilke administrasjonsoppgaver som anses dekket gjennom administrasjonspåslaget.

«Administrasjonsutgifter kan også være felles administrative utgifter som kommunen har knyttet til eieroppgaven. Dette kan for eksempel være overordnet eierstyring av de kommunale barnehagene.»

Det er et behov for klargjøringer av hva som anses å være eieroppgaver.

Det er uklart hvordan eieroppgaver konkret er avgrenset. Hva er det nærmere skillet mellom administrasjonsoppgaver som ligger i administrasjonspåslaget og administrative oppgaver kommunen har som eier?

Det kan være avvik i personalkostnader som ikke er naturlig å anse som innsparingstiltak. Dagens praksis har for eksempel sett hen til forskjeller i ansiennitet og personalsammensetning. Dette bør også konkretiseres i veilederen.

11. KRAV TIL DOKUMENTASJON

Barnehageloven krever at barnehagen skal kunne dokumentere at offentlige tilskudd og foreldrebetaling er brukt i samsvar med barnehageloven § 23 og økonomiforskriften. Barnehageeier er til enhver tid ansvarlig for å ha nødvendig og tilstrekkelig dokumentasjon om driften slik den er godkjent etter barnehageloven. Dette gjelder uavhengig av om det er åpnet tilsyn med barnehagen.

PBL mener det vil være fordelaktig om veilederen gir eiere og styreere noe mer informasjon om hva som anses å være tilstrekkelig dokumentasjon utover det som allerede følger av bokføringsloven og andre lovregler.

12. HANDEL MED NÆRSTÅENDE

Barnehagen må også kunne dokumentere at transaksjonen i det hele tatt ville funnet sted mellom uavhengig parter.

PBL savner en veiledning på hvordan type dokumentasjon Utdanningsdirektoratet ser for seg når det skal dokumenteres at en transaksjon i det hele tatt ville funnet sted mellom uavhengige parter.



PBL ser ikke at barnehageloven hjemler et slikt krav. Dokumenteringsplikten gjelder vilkår og pris. Dette punktet bør tas ut.

13. TILBAKEBETALING AV TILSKUDD

Barnehagen kan ikke bruke offentlige tilskudd og foreldrebetaling til å betale tilbake tilskudd.

PBL er kjent med at et slikt lovforslag har vært på høring, men det er ikke vedtatt. Veilederen bør ikke forskuttere løsninger før lovgiver har tatt stilling til hvordan fremtidig regelverk skal være. Dette punktet bør tas ut av veilederen.

En problemstilling som aktualiseres, er hva som er det reelle handlingsrommet for private barnehager når offentlige tilskudd og foreldrebetaling ikke kan benyttes til å betale tilbake tilskudd. Eksempelvis for barnehager organisert som samvirkeforetak (kan være eid av foreldrene til barna i barnehagen) synes muligheten for å innhente finansiering fra eierne å være mindre enn for foretak organisert som aksjeselskap eller stiftelse.

Med vennlig hilsen
PBL

Einar Brunnes
advokat, MNA
elektronisk signatur