

Private Barnehagers Landsforbund
Prinsens gate 91
8003 BODØ

	<i>Vår dato</i>	<i>Vår referanse</i>
	24.10.2018	2018/4128
<i>Saksbehandler, innvalgstelefon</i>	<i>Arkivnr.</i>	<i>Deres referanse</i>
Gjertrud Aas Moen, 62 55 14 14	610	

Behandling av klage på vedtak om krav om tilbakebetaling av tilskudd fra Hornsetvangen familiebarnehage

Vi viser til brev av 04.07.2018 fra Rendalen kommune med oversendelse av klage fra Private Barnehagers Landsforbund (PBL) på vedtak om krav om tilbakebetaling av tilskudd. Fylkesmannen sendte foreløpig svar om saksbehandlingstid 17.07.2018 og PBL sendte kommentarer til klagesaken i brev av 22.08.2018 til Fylkesmannen.

Fylkesmannens kompetanse i klagesaker

Departementet har delegert sin myndighet som klageinstans etter barnehageloven til Fylkesmannen, jf. barnehageloven § 9b. Fylkesmannen kan prøve alle sider av kommunens vedtak, jf. forvaltningsloven § 34, men det skal tas hensyn til det kommunale selvstyret når det frie skjønn vurderes. Klageinstansen har anledning til å ta hensyn til nye omstendigheter.

Sakens bakgrunn/fakta

Rendalen kommune har hatt et økonomisk tilsyn med Hornsetvangen familiebarnehage (Hvfb). I tilsynsrapporten av 26.04.2018 har kommunen fattet vedtak om at de krever tilbakebetaling av tilskudd med 673.000 kr for årene 2014 og 2015 fra Hvfb. PBL som representerer Hvfb har klaget, 18.05.2018, på tilsynsrapporten og vedtaket som kommunen har fattet.

PBLs anførsler i saken

Prinsipalt anfører PBL at det ikke er grunnlag for økonomiske sanksjoner i saken. Det hevdes at overskuddet til barnehagen er å anse som et rimelig årsresultat og at kommunen ikke har hjemmel for å kreve tilbakebetaling av tilskudd.

Subsidiært anfører PBL at det blir feil å sammenligne innehavers godtgjørelse med lønnen til en assistent i 100% stilling, sett i lys av innehavers rolle i virksomheten. PBL hevder i sine brev at barnehagen kan ha et rimelig årsresultat og at dette er arbeidsgodtgjørelse, avkastning og styrking av økonomien i foretaket. De anfører at årsresultatet i dette tilfellet er rimelig. PBL stiller spørsmål ved om kommunen har vurdert eiers personlige ansvar og risiko i barnehagen.

<i>Postadresse:</i>	<i>Kontoradresse:</i>	<i>Telefon Statens hus:</i>	<i>Org.nr.:</i> 974 761 645
Postboks 4034	Parkgt 36		
2306 Hamar	2317 Hamar	<i>Sentralbord:</i> 62 55 10 00	<i>Banknr.</i> 7694.05.01675

E-post: fmhepost@fylkesmannen.no Internett: www.fylkesmannen.no

De skriver også at kommunen ikke har noen hjemmel for å stipulere et rimelig årsresultat på 100.000 kr. PBL etterspør hvordan beløpet har kommet fram.

PBL hevder at barnehagen avtalte muntlig med kommunen i 2011 at eiers lønn kunne tilsvare styrerlønn i kommunale barnehager og et rimelig årsresultat kunne være på noen hundre tusener. PBL hevder også at kommunen har brutt veiledningsplikten overfor barnehagen og at dette har ført til feil i regnskapsføringen, slik at hele årsresultatet har blitt beregnet som lønn.

Kommunens tilsyn og anførsler i saken

Tilsynet som Rendalen kommune har hatt med Hvfb er gjennomført med hjemmel i Barnehageloven (bhl.) § 16. Formålet med tilsynet var å finne ut om barnehagen har overholdt kravene til bruk av offentlig tilskudd mv. som følger av bhl. § 14a. Kommunen har innhentet dokumentasjon fra familiebarnehagen og har hatt intervjuer med en ansatt (pedagogisk veileder) i barnehagen og to representanter fra samarbeidsutvalget. Annen dokumentasjon som er vurdert i tilsynet er resultatregnskap for årene 2014 og 2015 som Hvfb har rapportert inn i Basil (rapporteringsystemet til Utdanningsdirektoratet). Hvfb har i årsmeldingene rapportert 11 barn og 2,7 årsverk i 2014 og 6 barn og 2 årsverk i 2015. Familiebarnehagen har vært i drift med samme eier siden 1993. Våren 2017 ga eier beskjed om at barnehagen ble nedlagt fra august 2017.

Rendalen kommune har i det økonomiske tilsynet vist til flere bestemmelser i barnehageloven. De skriver at det følger av bhl. § 14a første ledd at offentlige tilskudd og foreldrebetaling skal komme barna i barnehagen til gode, det skal også være mulig for barnehagene å ta ut verdier av barnehagedriften gjennom «et rimelig årsresultat»

Kommunen har gått gjennom dokumentasjonen i tilsynet og sett spesielt på årene 2014 og 2015 og foretatt en vurdering av barnehagens drift, resultatregnskap og årsresultat og om dette kan sies å være rimelig årsresultat for barnehagen.

For at barnehagen kan sies å ha et rimelig årsresultat må vilkårene i bhl. § 14 a første ledd bokstavene a, b og c være oppfylt. Kommunen har spesielt vurdert eier/styrers lønn/godtgjørelse i denne sammenhengen, jf. vilkår b. Det er da sett på om eiers lønns/godtgjørelse har vært markedsmessig, og hva eier kunne mottatt av lønn dersom lønnen ble fastsatt markedsmessig mellom uavhengige parter. Vilråene a og c i bhl. § 14a er ikke vurdert spesielt av kommunen, fylkesmannen antar at det er fordi disse vilråene anses oppfylt.

Kommunen viser til PBLs påstand om at kommunen og barnehagen muntlig hadde avtalt at eiers lønn i Hvfb kunne tilsvare styrerlønn i kommunal barnehage. Denne påstanden og denne avtalen kjenner ikke kommunen til, de viser til at dette ikke er dokumentert. De skriver videre at en sammenligning med styrerlønn i kommunal barnehage i Rendalen kommune ikke er rimelig, da styrer i denne barnehagen er utdannet barnehagelærer og har et vesentlig større ansvar ift. antall barn og ansatte.

Kommunen skriver at de oppfatter at eieren i Hvfb har hatt en rolle som daglig leder/styrer, uten å oppfylle kravene til pedagogisk utdanning som stilles for en slik stilling. Barnehagen har derfor hatt en pedagogisk rådgiver med stillingsprosent ift. antall barn. Rendalen kommune har lagt til grunn at barnehageeier ikke ville oppnådd en høyere lønn enn hva en person i stilling som assistent hadde oppnådd i en 100 % stilling. De har satt opp en stipulert årslønn til 100 % assistent med full opptjening ift. lønnstabellen til PBL. Kommunen har så lagt til et stipulert rimelig årsresultat på 100.000 kr som gir uttrykk for eiers fortjeneste.

Det overskytende etter lønn og eiers fortjeneste for 2014 blir 380.069 kr og for 2015 er det 293.930 kr. Dette utgjør til sammen beløpet på 673.000 kr som kommunen krever tilbakebetalt fra barnehagen med hjemmel i bhl. § 16a.

Kommunen skriver at det beløpet barnehageeier har fastsatt til seg selv i lønn er høyere enn hva barnehageeier ville oppnådd dersom lønnen hadde blitt fastsatt mellom uavhengige parter, jf. bhl. § 14a første ledd b, og at denne lønnen/arbeidsgodtgjørelsen ikke kan anses å være et rimelig årsresultat for barnehagen sett i forhold til omsetning/driftsinntekter.

Kommunen avviser at de ikke har vurdert hva organiseringen som enkeltpersonforetak som eier av barnehagen har hatt å si i saken. De skriver at de anser at eiers valg av selskapsform er noe eier selv må bære risikoen for. Ifølge kommunen er det tatt hensyn til eiers pensjonsutgifter, jf. barnehagens årsregnskap 2015.

Rettslig grunnlag

Barnehageloven § 14a. Krav til bruk av offentlige tilskudd og foreldrebetaling i ikke-kommunale barnehager

«Offentlige tilskudd og foreldrebetaling skal komme barna i barnehagen til gode. Barnehagen kan ha et rimelig årsresultat. Dette innebærer at følgende vilkår må være oppfylt:

- a) barnehagen kan bare belastes kostnader som direkte vedrører godkjent drift av barnehagen,*
- b) barnehagen kan ikke overfor eier eller eiers nærstående eller selskap i samme konsern som eier foreta transaksjoner og belastes kostnader på vilkår eller med beløp som avviker fra eller overstiger det som ville vært fastsatt mellom uavhengige parter, og*
- c) barnehagen kan ikke ha vesentlig lavere personalkostnad per heltidsplass enn det som er vanlig i tilsvarende kommunale barnehager*

Som eiers nærstående menes nærstående som nevnt i aksjeloven § 1-5 første ledd. Med konsern menes selskaper som står i slikt forhold til hverandre som beskrevet i aksjeloven § 1-3.

Barnehageeier skal kunne dokumentere at offentlige tilskudd og foreldrebetaling er brukt i samsvar med formålet i første ledd»

§ 16 a. Kommunens adgang til å anvende økonomiske reaksjonsmidler overfor ikke-kommunale barnehager

«Kommunen kan holde tilbake tilskudd til ikke-kommunale barnehager eller redusere tilskudd i kommende terminer dersom krav etter § 14 a eller forskrift i medhold av § 14 a ikke er oppfylt.

Dersom tilskudd er anvendt i strid med § 14 a eller forskrift i medhold av § 14 a, kan kommunen kreve tilbakebetaling av tilskudd.

Tilbakehold av tilskudd, reduksjon i tilskudd eller tilbakebetaling av tilskudd etter første og andre ledd skal stå i forhold til regelbruddets art og økonomiske betydning.»

Fylkesmannens vurderinger og konklusjon

Rendalen kommune skriver i sin tilsynsrapport at Hvfb ikke har et rimelig årsresultat i 2014 og 2015, da eier av barnehagen har tatt ut arbeidsgodtgjørelse/utbytte fra driften som utgjør store beløp sett i forhold til barnehagens omsetning/driftsinntekter. Eiers godtgjørelse har utgjort 54 % av tilskudd og foreldrebetaling i 2014 og 48 % i 2015.

Spørsmålet er om den arbeidsgodtgjørelsen/utbyttet som barnehageeier har tatt ut i 2014 og 2015 kan sies å være en rimelig lønn/godtgjørelse for den stillingen som eier har hatt og for den arbeidsinnsatsen som er nedlagt i barnehagen.

Rettslig utgangspunkt

Det rettslige utgangspunktet i denne saken er barnehageloven § 14 a første ledd bokstav b) En naturlig forståelse av ordlyden tilsier at transaksjoner til eier og/eller dennes nærstående må sammenlignes med det som ville vært fastsatt mellom uavhengige parter. I forarbeidene er det fremhevet at tilfellene der barnehagene kjøper varer og tjenester fra eier eller eiers nærstående er en viktig del av anvendelsesområdet for reglene om bruk av offentlige tilskudd og foreldrebetaling.

I forarbeidene (prop.98 L (2011-2012)) står det følgende:

Når barnehagen kjøper varer og tjenester av eieren eller nærstående, vil det være risiko for at det fastsettes priser og kontraktsvilkår som ikke anses som markedsmessige. Vurderingstemaet etter forslaget vil være om kostnaden for barnehagen i denne typen tilfeller er den samme som den ville vært om transaksjonen hadde blitt gjennomført mellom uavhengige parter.

...

Det må gjøres vurderinger ut fra § 14 a første ledd, bokstav b også ifm. lønnsfastsettelse/styregodtgjørelse til eier av barnehagen eller eiers nærstående.

Lønnen/styregodtgjørelsen kan ikke settes høyere enn hva som ville vært avtalt dersom personene skulle vært ansatt på alminnelige vilkår, og uten den nære forbindelsen med barnehagen og barnehageeier. Videre vil tariffestet lønn med et rimelig tillegg, for eksempel for ekstra ansvar eller innsats, kunne godtas. Dette innebærer at barnehagene må dokumentere at lønn og annen godtgjøring til eier er i samsvar med det som eier ville fått i tilsvarende stilling i en annen barnehage eller i en tilsvarende bedrift.

I forarbeidene er det videre fremhevet at forslaget ikke innebærer begrensninger i adgangen til slike transaksjoner, men det stilles krav om å dokumentere at transaksjonen ikke innebærer overkompensasjon for ytelsen barnehagen kjøper, jf. Prop.98 L (2011-2012). Fylkesmannen kan ikke se at PBL har dokumentert dette i klagesaken.

Det må først klargjøres hvem som er eier eller dennes nærstående. Deretter må det konkretiseres hva som er markedsmessig for transaksjoner eller kostnadsføringer som påstås å være i strid med bestemmelsen. Dersom det er et avvik mellom det markedsmessige og overføringene til eier eller dennes nærstående vil årsresultatet ikke være rimelig. Dokumentasjon på at transaksjoner mellom eier og dennes nærstående tilfredsstillende det som er markedsmessig, påhviler barnehageeier, jf. barnehageloven § 14 a tredje ledd.

PBL viser til at en innehaver av et enkeltpersonforetak drives for en enkelt persons regning og risiko. Personen har det fulle økonomiske ansvaret for forpliktelsene i virksomheten. Som innehaver av et enkeltpersonforetak er en ikke ansatt og følgerlig ikke lønnsinntaker. Innehaver disponerer overskuddet i foretaket og kan gjøre privatuttak.

Spørsmålet er hva organiseringen enkeltpersonforetak og drift for eiers regning og risiko har å si for barnehagedrift. Fylkesmannen anser ikke privat barnehagedrift som så risikofylt som en del annen virksomhet, da driften finansieres av kommunale tilskudd og foreldrebetaling, inntekten er rimelig jevn og stabil så lenge det er barn som går i barnehagen.

Et sentralt vurderingstema her er om offentlige tilskudd og foreldrebetaling i Hvfb har kommet barna i barnehagen til gode, jf. bhl. § 14a. I det økonomiske tilsynet og klagebehandlingen til kommunen er vurderingen at utbyttet som barnehageeieren har tatt ut har redusert midlene, slik at det kan sies at de ikke har kommet barna i barnehagen til gode slik barnehageloven forutsetter.

PBLs fokus på at eier har drevet barnehagen som enkeltpersonforetak med regning og risiko tones noe ned, da det vil være en grense for hva et en eier av et enkeltpersonforetak kan ta av utbytte fra virksomheten. Etter Fylkesmannens vurdering er utbytte som eier har tatt ut i 2014 og 2015 en overkompensasjon av hva barnehagen har «kjøpt» av tjenester fra eieren.

I kommunens beregning av kravet til tilbakebetaling av tilskudd har de tatt utgangspunkt lønn til en assistent i 100 % stilling. Det er så lagt til 100.000 kr som et stipulert rimelig årsresultat og det endelige kravet om tilbakebetaling som kommunen kom fram til for 2014 og 2015 ble 673.000 kr.

Fylkesmannens vurdering er at kommunen har beregnet eiers stipulerte lønn og årsresultat ut fra ganske stramme kriterier. Eier av barnehagen fungerte også som styrer, i tillegg til at hun hadde assistentoppgaver i barnehagen. Det legges til grunn at hun hadde flere oppgaver i barnehagen.

Lønn til daglig leder og eier

Når det gjelder lønn til eier eller daglig leder av en barnehage står det i forarbeidene til barnehageloven § 14a første ledd c) at:

«Kommunen må videre være oppmerksom på at enkelte barnehageeiere velger å ta ut hele eller deler av overskuddet som godtgjørelse for egen arbeidsinnsats i barnehagen, det vil si at eier alternativt kunne regnskapsført dette som en kostnad i regnskapet. I slike tilfeller må en estimert verdi for eiers arbeidsinnsats overføres fra årsresultatet til personalkostnader før kommunen kan vurdere om barnehagen oppfyller kravene som ligger i § 14 a første ledd bokstav c.»

Selv om uttalelsen knytter seg til at overskuddet har gått til godtgjørelse for eier, mener vi det er forutsatt at det aksepteres at det er anledning for eier av barnehagen til å motta vederlag for arbeidsinnsatsen uavhengig av om det er i form av lønn, bonus, godtgjørelser eller uttak av overskudd. Dette henger også sammen med finansieringssystemet der det er lagt til grunn at eier skal ha mulighet til å få rimelig vederlag for den arbeids- og kapitalinnsatsen eier selv yter til barnehagen, jf. høringsuttalelsene.

Bestemmelsen er utformet etter samme prinsipp som den adgangen kommunen tidligere hadde til å redusere det kommunale tilskuddet etter forskrift om likeverdig behandling ved tildeling av offentlige tilskudd til ikke-kommunale barnehager § 6, gitt med hjemmel i barnehageloven § 14, jf. Prop.98 L (2011-2012) s. 21. I forarbeidene fremkommer det ikke hvordan kommunen skal estimere eiers innsats i barnehagen. Utdanningsdirektoratet har per dags dato ikke utarbeidet et rundskriv tilknyttet barnehageloven § 14 a. Ettersom bestemmelsen bygger på den tidligere

reguleringen i forskrift om likeverdig behandling, har Fylkesmannen sett på tidligere rundskriv tilhørende bestemmelsen.

I Rundskriv F-07/2010 fremgår følgende:

Nivået på godtgjørelse for eierens eller nære pårørendes arbeidsinnsats kan vurderes i forhold til nivået på personalkostnader (lønn, godtgjørelser, pensjon og arbeidsgiveravgift) for ansatte styrere i kommunale barnehager. Kommunen kan for eksempel be om dokumentasjon som viser antall timer eieren har arbeidet i barnehagen og hvilken timesats som er benyttet. I og med at en eier har utvidede funksjoner og tar en personlig risiko som ikke ligger til en kommunal styrer, bør arbeidsgodtgjørelse til en barnehageeier kunne ligge en del over de samlede personalkostnadene til en kommunal styrer.

Fylkesmannen er av den oppfatning at eiers innsats i barnehagen kan ta utgangspunkt i hva en ansatt styrer i en kommunal barnehage har som inntekt. I dette tilfelle vil det etter vår oppfatning dekke opp for den innsatsen og risikoen som ligger i en eiers stilling, som en tilsvarende kommunal stilling ikke omfatter. Ved en sammenligning av Hvfb og den kommunale barnehagen må det tas hensyn til at det er vesentlig forskjell på barnehagenes størrelse, antall barn og ansatte noe som innebærer at omfanget av styreroppgaver er vesentlig mindre i denne barnehagen.

Fylkesmannen anser at en beregning som tar utgangspunkt i kommunal styrerlønn for de to årene justert med trekk for skatt kan gi en rimelig godtgjørelse for eier disse to årene ut fra ansvar, oppgaver og arbeidsmengde. Det er da ikke hensyntatt noe rimelig årsresultat i tillegg, se vurderingen over. Fylkesmannen vil påpeke at eiers godtgjørelse etter dette utgjør omlag 40 % av barnehagens tilskudd og foreldrebetaling disse to årene.

Barnehageloven § 16a, 3.ledd

Det følger av barnehageloven § 16a, 3. ledd at «Tilbakehold av tilskudd, reduksjon i tilskudd eller tilbakebetaling av tilskudd etter første og andre ledd skal stå i forhold til regelbruddets art og økonomiske betydning.»

Tilbakebetalingskravet til kommunen må vurderes i lys av denne bestemmelsen også. Ut fra regelbruddets art og den økonomiske betydningen synes Fylkesmannen at et tilbakebetalingskrav på 670.000 kr blir strengt overfor tidligere eier av barnehagen. Det stipulerte lønnsnivået for eier og årsresultatet har kommunen beregnet ut fra egne kriterier som assistentlønn og stipulert årsresultat.

I Fylkesmannens vurdering legges det vekt på den økonomiske betydningen ved at det ikke vil være midler i barnehagen, da det er en barnehage som er nedlagt og det vil kunne bli økonomisk krevende for eier å tilbakebetale. Det er i tillegg flere år siden dette skjedde og det kan ikke sies å være så grove regelbrudd i denne saken.

Fylkesmannens konklusjon er at barnehagen ikke har hatt rimelige årsresultater i 2014 og 2015. Fylkesmannen anser at det er rimelige grunner for å redusere kravet om tilbakebetaling av tilskudd fra eieren av barnehagen fra 673.000 kr til 300.000 kr pga. regelbruddets art og den økonomiske betydningen.

Ifølge forvaltningsloven § 34, 4. ledd kan klageorganet oppheve underinstansens vedtak og fatte nytt vedtak i en sak.

Fylkesmannens vedtak

Fylkesmannen opphever Rendalen kommunes vedtak om krav om tilbakebetaling av tilskudd på 673.000 kr fra Hornsetvangen familiebarnehage. Fylkesmannen fatter nytt vedtak rettet til Hornsetvangen familiebarnehage med krav om tilbakebetaling på 300.000 kr til Rendalen kommune, jf. forvaltningsloven § 34, 4. ledd. Fylkesmannens vedtak er fattet med hjemmel i barnehageloven § 9b og er endelig.

Med hilsen

Anne Cathrine Holth e.f.
utdanningsdirektør

Gjertrud Aas Moen
seniorrådgiver

Dette dokumentet er elektronisk godkjent og sendes ut uten signatur.

Kopi til:

Rendalen kommune

Hanestadveien 1

2485

Rendalen