

Ankestyrelsens brev til Hvidovre
Kommune

**Tilsynsudtalelse om administrationstilskud til selvejende
daginstitutioner i Hvidovre Kommune**

Ankestyrelsen vender hermed tilbage i sagen om, hvorvidt Hvidovre Kommune overholder dagtilbudslovens regler om administrationstilskud til selvejende daginstitutioner.

Resumé

Ankestyrelsen kan ikke behandle sagen for så vidt angår spørgsmålet om Hvidovre Kommunes overholdelse af driftsaftalen med den selvejende daginstitution [A]. Det skyldes, at det er et privatretligt forhold, som falder uden for Ankestyrelsens kompetence.

Ankestyrelsen finder ikke grundlag for at fastslå, at Hvidovre Kommune har tilsidesat dagtilbudslovens regler om administrationstilskud til selvejende daginstitutioner.

Vi gør ikke mere i sagen.

Vi beklager den lange sagsbehandlingstid.

Sagens oplysninger

Ankestyrelsen blev i forbindelse med behandlingen af en klage over et afslag på aktindsigt opmærksom på Hvidovre Kommunes fastsættelse af administrationstilskuddet til selvejende daginstitutioner.

Det fremgik af klagen af 4. september 2018 fra brancheforeningen Selveje Danmark, at Hvidovre Kommune havde foreslået at nedsætte

17. august 2021

J.nr. 18-59327

Ankestyrelsen
7998 Statsservice

Tel +45 3341 1200

ast@ast.dk
sikkermail@ast.dk

EAN-nr:
57 98 000 35 48 21

Åbningstid:
man-fre kl. 9.00-15.00

administrationstilskuddet til de selvejende daginstitutioner i kommunen til 1,08 af institutionens samlede driftsudgifter eksklusiv ejendoms- og administrationsudgifter. Efterfølgende blev det politisk besluttet, at administrationstilskuddet i Hvidovre Kommune skulle fastsættes til 1,5 procent.

Ankestyrelsen bad den 13. november 2018 Hvidovre Kommune om en udtalelse.

Hvidovre Kommune sendte den 29. november 2018 en udtalelse.

Følgende fremgår bl.a. af udtalelsen:

"Baggrund

Hvidovre Kommunalbestyrelse behandlede den 29. maj 2018 sagen om "Administrationstilskud til selvejende dagtilbud - forhandlingsresultat".

Kommunalbestyrelsen besluttede, at administrationstilskuddet til samtlige selvejende dagtilbud og klubber på dagtilbudslovens område fremover skal fastsættes til 1,5 %.

Det blev samtidig besluttet, at ændringen af administrationstilskuddet skulle indføres med 9 måneders varsel til den 1. i en måned, idet der efter forhandling ikke havde kunnet opnås enighed.

Den politisk vedtagne ændring af administrationstilskuddet blev meddelt forhandlingsgruppen for de selvejende dagtilbud og klubber ved et brev af den 31. maj 2018, og ændringen blev sideløbende varslet til institutionerne.

[...]

Hvidovre Kommune kan ikke ensidigt træffe beslutning om at varetage administrationen for et selvejende dagtilbud. Det kræver en aftale med disse om enten hel eller delvis varetagelse af administrationsopgaven.

I dagtilbudsbekendtgørelsen findes en tilbagefaldsregel på 2, 1 % som alene finder anvendelse i de tilfælde, hvor en kommune ikke forud for reglernes ikrafttræden havde selvejende eller udliciterede

institutioner som modtog et administrationstilskud efter en aftale med kommunen.

Hvidovre Kommunes aktuelle administrationstilskud til de selvejende dagtilbud, som selv varetager alle fem opgaver, er 2,35 %. Denne sats er oprindeligt aftalt inden ikrafttræden af reglerne på området.

Det har i Hvidovre Kommune således aldrig været relevant at anvende tilbagefaldsreglen på 2, 1 % angivet i dagtilbudsbekendtgørelsen, og der er i øvrigt aftalefrihed mellem kommunen og de selvejende dagtilbud.

[...]

Anvendelsen af nævnte lovregler skal ses i sammenhæng med de indgåede driftsoverenskomster mellem kommunen og de selvejende institutioner på dagtilbudsområdet.

For sådanne driftsoverenskomsters indgåelse gælder generelt, at kommunen handler på et privatretligt grundlag, hvor driftsoverenskomsten regulerer aftaleforholdet.

Kommunen er dog også, når den handler på privatretligt grundlag, underlagt offentligretlige retsgrundsætninger, herunder princippet om saglighed i forvaltningen samt proportionalitets- og lighedsprincippet.

Af driftsoverenskomsterne for 9 ud af de i alt 10 selvejende daginstitutioner og 2 ud af de i alt 3 selvejende klubber fremgår følgende bestemmelse:

"§ 9, stk. 6

Til dækning af den selvejende institutions administrationsudgifter, udbetales et beløb svarende til en af Kommunalbestyrelsen fastsat procent af institutionens samlede driftsudgifter eksklusive ejendoms- og administrationsudgifter.

Foruden dette beløb, betaler Kommunalbestyrelsen moms på revisionshonorar.

Administrationsbeløbet kan kun ændres efter forhandling. Såfremt der ikke kan opnås enighed, kan ændringen indføres med 9 måneders varsel til den 1. i en måned."

I medfør af denne bestemmelse kan administrationstilskuddet for 11 af de i alt 13 selvejende institutioner ændres ensidigt af kommunalbestyrelsen med 9 måneders varsel til den 1. i en måned, hvis der efter forhandling ikke kan opnås enighed.

For de 2 selvejende institutioner, hvor der ikke er en tilsvarende bestemmelse i driftsoverenskomsten – [B] og [A] - finder almindelige aftaleretlige regler samt offentligretlige retsgrundsætninger anvendelse.

[...]

Grundet uenigheden blev det ved den efterfølgende politiske behandling besluttet at lande sagen ved - efter forudgående varsling med 9 måneder til den 1. i en måned som aftalt i driftsoverenskomsterne - at fastsætte administrationstilskuddet til 1,5%.

Dermed har kommunen handlet økonomisk forsvarligt og samtidig erkendt, at det har været et vanskeligt forhandlingsforløb, som nødvendigvis skulle løses, da et administrationstilskud på 2,35% utvivlsomt må anses som en overkompensation og dermed en form for skjult støtte fra kommunen til de selvejende institutioner.

Varslingen er sket med henvisning til de privatretlige aftaler som driftsoverenskomsterne er udtryk for, og det er i den forbindelse værd at bemærke, at reglerne om administrationstilskud til selvejende institutioner på dagtilbudsområdet oprindeligt blev indsat i lovgivningen i 2005.

Det vil sige længe efter, at de nævnte driftsoverenskomster blev indgået, og længe efter, at administrationstilskuddet blev genforhandlet første gang."

Ankestyrelsen modtog den 7. januar 2019 Selveje Danmarks bemærkninger til Hvidovre Kommunes udtalelse. Heraf fremgår bl.a. følgende:

"I sit svar til Ankestyrelsen anfører Hvidovre Kommune, at en ensidig nedsættelse af driftstilskuddet kan ske med 9 måneders varsel, svarende til varslet for opsigelsen af driftsoverenskomsten jf. princippet om "det mindre i det mere" (side 4).

Det at opsiges en driftsoverenskomst udgør i sig selv en forvaltningsretlig beslutning, i forhold til hvilken der skal være såvel en konkret begrundelse og proportionalitet mellem begrundelsen og konsekvenserne af opsigelsen. Spørgsmålet er om det faktum, at en selvejende daginstitution ikke er enig med kommunens i kommunens beregning af sine omkostninger i sig selv er tilstrækkelig begrundelse for en opsigelse af driftsoverenskomsten.

Det synes iht. Selveje Danmark ikke at være tilfældet, særligt ikke når daginstitutionsbekendtgørelsen anfører en klar tilbagefaldsregel.

Da det "mere" således slet ikke vil være en hjemlet reaktion, virker det ikke korrekt at anvende princippet om det "mindre i det mere".

Det skal i øvrigt bemærkes, at det vil skabe en helt urimelig situation, for alle selvejende tilbud med driftsoverenskomst, hvis en kommune kan gennemtvinge et hvert krav mod det selvejende tilbud under trussel om at driftsoverenskomsten ellers bare kan opsiges, og dermed med henvisning til princippet om "det mindre i det mere".

På baggrund af Hvidovre Kommunes udtalelse og Selveje Danmarks bemærkninger hertil bad Ankestyrelsen den 24. september 2019 om en udtalelse fra Børne- og Undervisningsministeriet. Anmodningen blev genfremsendt den 29. maj 2020, da Børne- og Undervisningsministeriet ikke havde modtaget det første brev.

Børne- og Undervisningsministeriet sendte den 18. marts 2021 en udtalelse. Følgende fremgår bl.a. af udtalelsen:

"5. Sammenfattende må det konkluderes, at hovedreglen om fastsættelse af administrationstilskud til selvejende daginstitutioner i kommuner, der i forvejen har selvejende daginstitutioner, der modtager administrationstilskud, er, at administrationstilskuddet svarer til det gennemsnitlige administrationstilskud pr. barn, som kommunalbestyrelsen giver til selvejende og udliciterede

daginstitutioner i kommunen, jf. agtilbudslovens § 35, stk. 2. Såfremt begge parter er interesserede i at aftale et andet administrationstilskud end det, der gives til de andre selvejende daginstitutioner i Hvidovre Kommune, kan der til enhver tid indgås aftale om størrelsen af administrationstilskuddet, hvis der kan opnås enighed herom, jf. dagtilbudsbekendtgørelsens § 14, stk. 3.

Hvis der ikke kan opnås enighed mellem parterne om administrationstilskuddet, fastsættes administrationstilskuddet, så det svarer til det gennemsnitlige administrationstilskud pr. barn, som kommunalbestyrelsen giver til selvejende og udliciterede daginstitutioner i kommunen i henhold til hovedreglen i dagtilbudslovens § 35, stk. 2, da der i dette tilfælde i kommunen i forvejen er selvejende dagtilbud, der modtager administrationstilskud i henhold til driftsaftale.

Det er ministeriets vurdering, at såfremt en af parterne ønsker at ændre i driftsaftalen, og der ikke kan opnås enighed, vil det, uagtet, at driftsaftalen er indgået før § 14, stk. 3, trådte i kraft, være driftsaftalens bestemmelser om varsling, der finder anvendelse.

[...]

Selvejende daginstitutioner er kendetegnet ved, at de har indgået en driftsaftale med kommunen, jf. dagtilbudslovens § 19, stk. 3. Ministeriet har i forbindelse med nærværende svar lagt til grund, at spørgsmålet vedrører, i hvilket omfang selvejende daginstitutioner uden aftale om administrationstilskud ligeledes omfattes af samme vilkår (vedrørende fastsættelse af administrationstilskud), som de selvejende daginstitutioner, som har indgået en aftale med kommunen om et administrationstilskud.

Da selvejende daginstitutioner uden aftale om administrationstilskud ikke er aftalepart, omfattes de ikke af de vilkår (vedrørende fastsættelse af administrationstilskud), som er aftalt med andre selvejende daginstitutioner i kommunen, som har indgået aftale om et administrationstilskud.

Det må antages, at de aftaler, der er indgået med selvejende institutioner om fastsættelse af administrationstilskud, vil have afsmittende virkning på eventuelle nye selvejende institutioner, der ønsker at modtage et administrationstilskud, idet

administrationstilskuddet til selvejende daginstitutioner efter hovedreglen i dagtilbudslovens § 35, stk. 2, svarer til det gennemsnitlige administrationstilskud pr. barn, som kommunalbestyrelsen giver til selvejende og udliciterede daginstitutioner i kommunen.”

Reglerne

Følgende fremgår af dagtilbudslovens § 19, stk. 3:

”§ 19. [...]

Stk. 3. Daginstitutioner kan efter aftale med kommunalbestyrelsen drives af private leverandører som selvejende daginstitution. Reglerne i denne lov om selvejende daginstitutioner finder anvendelse for daginstitutioner som nævnt i 1. pkt.”

Følgende fremgår af dagtilbudslovens § 35:

”§ 35. Når en selvejende daginstitution ønsker at varetage administrationen, skal kommunalbestyrelsen give et administrationstilskud til den selvejende daginstitution.

Stk. 2. Administrationstilskuddet svarer til det gennemsnitlige administrationstilskud pr. barn, som kommunalbestyrelsen giver til selvejende og udliciterede daginstitutioner i kommunen.”

Følgende fremgår af dagtilbudsbekendtgørelsens § 14:

”§ 14. En selvejende daginstitution har ret til et administrationstilskud efter dagtilbudslovens § 35, når institutionen administrerer følgende opgaver

- 1) løn,
- 2) bogføring,
- 3) budget/regnskab,
- 4) revision og
- 5) personalejuridisk bistand.

Stk. 2. Har kommunen ikke selvejende eller udliciterede institutioner, der modtager et administrationstilskud fastsat ved aftale med kommunalbestyrelsen, eller der varetager administrationen af alle fem opgaver efter stk. 1, udgør kommunalbestyrelsens administrationstilskud til en selvejende daginstitution i stedet et beløb på 2,1 pct. af kommunens gennemsnitlige budgetterede bruttodriftsudgift, jf. dagtilbudslovens

§§ 32, 33 og 34, pr. barn i et alderssvarende dagtilbud efter dagtilbudslovens § 19, stk. 2-4, og § 21, stk. 2 og 3.

Stk. 3. Selvejende daginstitutioner kan uanset stk. 2 og dagtilbudslovens § 35, stk. 2, til enhver tid indgå aftale med kommunalbestyrelsen om størrelsen af administrationstilskuddet, hvis der kan opnås enighed herom.

Stk. 4. En selvejende daginstitution kan efter aftale med kommunalbestyrelsen modtage et forholdsmæssigt administrationstilskud for at varetage enkelte af de administrationsopgaver, der fremgår af stk. 1."

Følgende fremgår af vejledning nr. 9109 af 27. februar 2015 om dagtilbud m.v. (dagtilbudsvejledningen):

"71. Selvejende daginstitutioner er ikke direkte en del af den kommunale forvaltning, men er selvstændige juridiske enheder, der drives på et privatretligt grundlag i form af en aftale om drift med kommunalbestyrelsen. Aftalen kaldes en driftsaftale."

"215. Efter dagtilbudsloven baseres driften af en selvejende daginstitution på en aftale mellem kommunen og bestyrelsen for den selvejende daginstitution – en driftsaftale. Driftsaftalen er kendetegnet ved at være en gensidigt bebyrdende aftale."

"217.[...] I forhold til den selvejende daginstitution handler kommunen på privatretligt grundlag i henhold til den mellem parterne indgåede driftsaftale. Aftalen hviler således på aftaleretlige principper."

"220. Generelt gælder det, at dansk rets almindelige regler i kontraktforhold finder anvendelse på driftsaftalen mellem den selvejende daginstitution og kommunalbestyrelsen, herunder misligholdelsesbeføjelser såsom ophævelse på grund af væsentlig misligholdelse (ophør uden varsel) og krav om erstatning. Konkret bør driftsaftalen indeholde bestemmelser svarende til de bestemmelser, der er medtaget i standarddriftsaftalen i bilag 1."

"223. Adgangen til opsigelse eller ændring af en driftsaftale vil først og fremmest afhænge af, hvad der er aftalt i driftsaftalen. Hvis den selvejende daginstitution og kommunalbestyrelsen imidlertid er enige om det, vil driftsaftalens opsigelsesvarsel kunne fraviges."

"225.[...] Tvivlsspørgsmål om driftsaftalens indhold afgøres efter dansk rets almindelige aftaleretlige principper, og uenigheder om aftalegrundlaget må i sidste ende afgøres ved domstolene."

Sådan vurderer vi sagen

Driftsaftale med den selvejende daginstitution [A]

Hvidovre Kommune har oplyst, at der i driftsaftalen for ni ud af ti selvejende daginstitutioner er givet kommunen mulighed for at ændre størrelsen på administrationstilskuddet med ni måneders varsel, hvis det ikke er muligt at opnå enighed om en ændring.

For så vidt angår den selvejende daginstitution [A] er der ikke en bestemmelse i driftsaftalen om, at kommunen kan varsle en ændring i størrelsen på administrationstilskuddet, hvis der ikke kan opnås enighed.

Det fremgår af sagen, at Hvidovre Kommune tidligere har givet alle selvejende daginstitutioner et administrationstilskud på 2,35 procent. Kommunalbestyrelsen besluttede den 29. maj 2018 at nedsætte administrationstilskuddet til 1,5 procent for samtlige selvejende dagtilbud. Det blev samtidig besluttet, at ændringen skulle indføres med ni måneders varsel, da der ikke kunne opnås enighed om størrelsen på tilskuddet.

Vi lægger vægt på, at det er Børne- og Undervisningsministeriets vurdering, at hvis en part ønsker at ændre i en driftsaftale, og der ikke kan opnås enighed om det, så vil det være driftsaftalens bestemmelser, der er gældende. Det gælder uanset, at dagtilbudsbekendtgørelsens § 14, stk. 3, forudsætter enighed.

Vi lægger desuden vægt på, at det fremgår af dagtilbudsvejledningen, at en driftsaftale indgås på privatretligt grundlag, og at aftalen hviler på aftaleretlige principper. Det medfører, at tvivlsspørgsmål om en driftsaftales indhold skal afgøres efter dansk rets almindelige aftaleretlige principper, og at uenigheder om aftalegrundlaget i sidste ende må afgøres ved domstolene.

Ankestyrelsen vurderer på den baggrund, at vi ikke har kompetence til at tage stilling til, om Hvidovre Kommune kunne nedsætte administrationstilskuddet for den selvejende daginstitution [A], når der ikke var enighed mellem parterne.

Saglighed i forvaltningen

Ankestyrelsen vil dog altid - også når en kommune handler på privatretligt grundlag - kunne påse, at almindelige forvaltningsretlige grundsætninger om saglighed i forvaltningen overholdes.

På baggrund af sagens oplysninger finder vi ikke grundlag for at antage, at Hvidovre Kommune har inddraget usaglige hensyn eller handlet i strid med lighedsgrundsætningen i forbindelse med beslutningen om at nedsætte administrationstilskuddet til de selvejende daginstitutioner.

Vi lægger i den forbindelse vægt på, at Hvidovre Kommune har oplyst, at kommunen varetager de tilsvarende administrationsopgaver til lavere udgifter, end det administrationstilskud de selvejende daginstitutioner modtager.

Vi lægger desuden vægt på, at Hvidovre Kommune har besluttet at nedsætte administrationstilskuddet for alle de selvejende daginstitutioner.

Dagtilbudsloven

Vi lægger vægt på, at en kommune efter dagtilbudslovens § 19, stk. 3, har mulighed for at indgå en aftale med en selvejende daginstitution om at drive daginstitution i kommunen. I den forbindelse skal kommunen og den selvejende daginstitution indgå en driftsaftale.

Vi lægger også vægt på, at hvis en selvejende daginstitution ønsker at varetage administrationen, så følger det af dagtilbudslovens § 35, at kommunalbestyrelsen skal give et administrationstilskud til den selvejende daginstitution. Det følger af dagtilbudsbekendtgørelsens § 14, stk. 3, at der til enhver tid kan indgås aftale mellem kommunen og den selvejende daginstitution om størrelsen af administrationstilskuddet, hvis der kan opnås enighed herom.

Hvidovre Kommune har indgået aftale om størrelsen på administrationstilskuddet med de selvejende daginstitutioner i kommunen.

Vi finder derfor ikke grundlag for at fastslå, at Hvidovre Kommune har tilsidesat dagtilbudslovens regler om administrationstilskud til selvejende daginstitutioner i forhold til de selvejende daginstitutioner, hvor

kommunen ifølge driftsaftalen har mulighed for at ændre størrelsen på administrationstilskuddet med ni måneders varsel, hvis det ikke er muligt at opnå enighed om en ændring.

Vi offentliggør denne udtalelse på www.ast.dk i anonymiseret form.

Ankestyrelsens kompetence som tilsynsmyndighed

Ankestyrelsen fører tilsyn med, at kommunerne overholder den lovgivning, der særligt gælder for offentlige myndigheder. Det står i § 48, stk. 1, i kommunestyrelsesloven.

Vi kan ikke behandle en sag, hvis den handler om lovgivning, som både gælder for offentlige myndigheder og private.

Ankestyrelsen kan udtale sig om lovligheden af kommunale dispositioner eller undladelser. Det står i § 50 i kommunestyrelsesloven.

Venlig hilsen

Nanna Borggaard Rasmussen

Kopi er sendt til:

Selveje Danmark

Vi har anvendt:

Lovbekendtgørelse om kommunernes styrelse (kommunestyrelsesloven)
nr. 47 af 15. januar 2019

Lovbekendtgørelse om dag-, fritids- og klubtilbud m.v. til børn og unge
(dagtilbudsloven) nr. 1326 af 9. september 2020

Bekendtgørelse om dagtilbud (dagtilbudsbekendtgørelsen) nr. 1542 af
19. december 2019