

Responsum om de retlige rammer for fastsættelse og regulering af kommunale administrationstilskud til selvejende daginstitutioner og privatinstitutioner

1. juni 2025

Professor, dr.jur. Rasmus Grønved Nielsen

Indholdsfortegnelse

1.	Baggrund og opdrag.....	2
2.	Sammenfattende konklusion	3
3.	Retsgrundlaget	7
3.1	Lovgivning (dagtilbudsloven mv.).....	7
3.2	Driftsoverenskomster	15
3.3	Retspraksis	21
3.4	Administrativ praksis	30
4.	Vurdering	38
4.1	Indledning om retsforholdet i almindelighed.....	38
4.2	Fastsættelse af administrationstilskud (spørgsmål A).....	40
4.2.1	Selvejende daginstitutioner	41
4.2.2	Privatinstitutioner.....	45
4.3	Ændring af administrationstilskud (spørgsmål B)	46
4.3.1	Ændring af aftalt administrationstilskud (selvejende daginstitutioner)	47
4.3.2	Ændring af ensidigt fastsat administrationstilskud	49
4.3.3	Særligt om effektivisering og hensynet til økonomisk forsvarlig forvaltning	50
4.4	Forholdet mellem driftsoverenskomster og lovgivning (spørgsmål C)	51
4.5	Opsigelse af driftsoverenskomster (spørgsmål D)	53
4.6	Forholdet mellem forskellige institutioner og driftsoverenskomster (spørgsmål E)	56
4.7	Kollektiv opsigelse og tilbagefaldsreglen (spørgsmål F).....	56
4.8	Klageadgang (spørgsmål G).....	57
4.8.1	Rekursprøvelse efter dagtilbudslovens § 97	57
4.8.2	Kommunaltilsynsprøvelse.....	60
4.8.3	Ombudsmandsprøvelse	62
4.8.4	Domstolsprøvelse.....	62

1. Baggrund og opdrag

Dette responsum er udarbejdet efter anmodning fra paraplyorganisationerne Landsorganisationen Danske Daginstitutioner (LDD), Børneringen (BR) og Daginstitutionernes Landsorganisation (DLO). De har i fællesskab anmodet mig om min uvildige vurdering af en række spørgsmål vedrørende de retlige rammer for fastsættelse og regulering af kommunale administrationstilskud til selvejende daginstitutioner og privatinstitutioner.

Kommunalbestyrelserne har det overordnede forsyningsansvar for dagtilbuddene i kommunen. Dagtilbud kan være organiseret som kommunale, selvejende, udliciterede og private daginstitutioner. Grundlæggende følger det af dagtilbudslovens regler, at når en selvejende daginstitution eller en privatinstitution ønsker selv at varetage administrationen (vedrørende løn, bogføring, budget/regnskab, revision og personalejura), skal kommunalbestyrelsen i opholdskommunen give institutionen et administrationstilskud. Nogle selvejende daginstitutioner og privatinstitutioner vælger på denne baggrund at »hjemtage« administrationen, som kommunen ellers varetager, og eventuelt overlade det til paraplyorganisationer som f.eks. LDD og BR.

Baggrunden for henvendelsen er, at opdragsgiverne oplever, at de omtalte institutioner i stigende omfang får nedreguleret administrationstilskud af kommuner til niveauer og under omstændigheder, der efter deres opfattelse er problematisk i henhold til retsgrundlaget, herunder dagtilbudsloven, gældende driftsoverenskomster og almindelige retsgrundsætninger.

De syv spørgsmål, jeg forholder mig til, er som følger:

- A. Hvorledes fastsættes administrationstilskud for 1) selvejende daginstitutioner, der drives i henhold til en driftsoverenskomst efter dagtilbudslovens § 19, stk. 3, og 2) privatinstitutioner, der drives i henhold til dagtilbudslovens § 19, stk. 5?
- B. Under hvilke betingelser kan der ske ændring af de under spørgsmål A nævnte administrationstilskud? Såfremt en ændring ikke kan ske ensidigt af en kommunal forvaltning, men kræver enighed, jf. vejledning til dagtilbudslovens punkt 393, ønskes beskrevet, inden for hvilke rammer en kommune kan agere i forhold til at ændre et administrationstilskud, hvis antallet af opgaver omfattet af tilskuddet i øvrigt er uændrede.
- C. Der ønskes en redegørelse vedr. forholdet mellem en bestemmelse i en gældende driftsoverenskomst, som efter sit indhold måtte give en kommune ret til enten ensidigt eller efter forhandling at reducere et administrationstilskud uden institutionens accept, og senere vedtaget lovgivning.

- D. I det tilfælde, at en kommune på baggrund af manglende enighed om administrationstilskuddets størrelse opsiger en driftsoverenskomst, ønskes en nærmere redegørelse for de forvaltningsmæssige krav til opsigelsens begrundelse, relevante processuelle krav forbundet hermed
- E. I det tilfælde, at en kommune opsiger, genforhandler eller foretager en ensidig ændring i en driftsoverenskomst med en enkelt selvejende institution, ønskes en nærmere redegørelse for, hvorvidt dette har en afsmittende effekt på administrationstilskuddet ved en genforhandling af driftsoverenskomsten med de øvrige selvejende daginstitutioner i den pågældende kommune.
- F. Såfremt en kommune opsiger samtlige driftsoverenskomster med selvejende institutioner i den pågældende kommune, ønskes en redegørelse for hvorvidt tilbagefaldsreglen i dagtilbudsbekendtgørelsens § 15, stk. 2, hhv. § 14, stk. 2, finder anvendelse i mangel af andet aftalegrundlag.
- G. Der ønskes en redegørelse for hvorledes og i hvilket omfang kommunale beslutninger i forlængelse af ovennævnte spørgsmål kan påklages eller udfordres juridisk, herunder også eksempelvis beslutninger som kommuner har ageret på baggrund af i en årrække.

Disse spørgsmål forholder jeg mig til på et generelt niveau, idet jeg ikke skal vurdere konkrete sager. Rundt omkring forholder jeg mig dog til konkrete sager og synspunkter fremsat for at eksemplificere generelle pointer. Jeg har selv udvalgt de tematikker, der efter min vurdering er nødvendige for at kunne tage stilling til spørgsmålene. Jeg har kun forholdt mig til juridiske elementer, idet jeg ikke har grundlag at forholde mig til de tekniske beregningsmæssige spørgsmål i forhold til administrations-tilskud.

Til brug for min vurdering har jeg modtaget en række eksempler på konkrete driftsoverenskomster, ligesom jeg har modtaget korrespondance mellem forskellige aktører og andet materiale, herunder bl.a. vejledende udtalelser fra Indenrigsministeriet og et juridisk notat af 4. juli 2024 fra Horten Advokatpartnerselskab. I det omfang jeg har fundet tilsendt materiale relevant for min vurdering, fremgår det af de følgende afsnit.

Responsummet er opbygget på følgende måde: Først findes en sammenfattende konklusion (afsnit 2). Bagefter redegøres for centrale dele af retsgrundlaget, som min vurdering bygger på (afsnit 3). Til sidst findes min vurdering af de syv konkrete spørgsmål i sin fulde længde sammen med en indledende beskrivelse af rammerne herfor (afsnit 4).

2. Sammenfattende konklusion

Spørgsmålene handler overordnet om den indbyrdes retsstilling mellem på den ene side selvejende daginstitutioner (og privatinstitutioner) og på den anden side kommunerne med hensyn til fastsættelse

og reguleringen af administrationstilskud i de tilfælde, hvor institutionerne selv varetager administrationsopgaver vedrørende løn, bogføring, budget/regnskab, revision og personalejura.

Kommunalbestyrelsen har det overordnede ansvar for dagtilbuddene og forsyningspligten i forhold hertil, jf. dagtilbudslovens §§ 3 a og 4. Kommunalbestyrelsen kan efter § 19 opfylde dette ansvar og denne pligt bl.a. ved at indgå driftsoverenskomster med selvejende daginstitutioner og godkende privatinstitutioner. Selvejende daginstitutioner og privatinstitutioner fik med en lovændring i 2005 retskrav på at kunne hjemtage administrative opgaver fra kommunen og i så fald ret til at modtage et kommunalt administrationstilskud hertil, jf. nu dagtilbudslovens §§ 35 og 38 og dagtilbudsbekendtgørelsens §§ 14 og 15. Det fremgår af motiverne, at reglerne blev indført for at styrke institutionernes retsposition over for kommunen, herunder i lyset af Højesterets dom af 20. december 2002 i den såkaldte Allerød-sag (UfR 2003 s. 646), og mere generelt for at understøtte diversiteten og fleksibiliteten i dagtilbuddene, jf. hertil også formålsbestemmelsen i dagtilbudslovens § 1, nr. 2.

Disse regler og deres samspil med driftsoverenskomster og almindelige retsgrundsætninger indebærer, at området er endog meget komplekst. Efter min vurdering har dette tilsyneladende givet anledning til flere misforståelser.

Med hensyn til de selvejende daginstitutioner eksisterer der efter min opfattelse en grundlæggende fejllantagelse, der kommer til udtryk i både dagtilbudsvejledningen og kommunal tilsynspraksis, at driftsoverenskomsten og visse dispositioner angående administrationstilskud har en »privatretnlig« karakter. Efter min opfattelse er der tale om forvaltningskontrakter, fordi aftalerne i udpræget grad vedrører og reguleres af offentligretlige regler, herunder regler som er udtryk for myndighedsudøvelse, og hvor kommunen i mangel af enighed kan træffe ensidige afgørelser om forholdet. Som det vil fremgå, har dette flere afledte konsekvenser.

Det er i forlængelse heraf min overordnede konklusion, at flere aktører, herunder kommuner, deres rådgivere og Ankestyrelsen, tilsyneladende – i varierende omfang – har fejlfortolket centrale dele af det materielle retsgrundlag angående administrationstilskud (særligt tilbagefaldsreglens betydning) og/eller har overset væsentlige processuelle regler relateret hertil (særligt som følge af, at ensidige fastsættelser af administrationstilskud er udtryk for forvaltningsretlige afgørelser). Efter min opfattelse kan der på denne baggrund sættes spørgsmålstegn ved de to udtalelser fra kommunaltilsynet, der foreligger angående opsigelse af driftsoverenskomster og ændring af administrationstilskud.¹

Idet der henvises til mine svar på de enkelte spørgsmål i deres helhed (afsnit 4) er mine centrale konklusioner – på tværs af de stillede spørgsmål – følgende:

¹ Statsforvaltningens udtalelse af 30. april 2009, j.nr. 2007-613/16 og Ankestyrelsens udtalelse af 17. august 2021, j.nr. 18-593227.

1. For selvejende daginstitutioners vedkommende skal administrationstilskuddet som udgangspunkt fastsættes ved aftale mellem den enkelte institution og kommunen, jf. dagtilbudsbekendtgørelsens § 14, stk. 3. Hvis parterne ikke kan blive enige, skal kommunen ensidigt fastsætte administrationstilskuddet svarende til det gennemsnitlige administrationstilskud pr. barn, som kommunalbestyrelsen *ifølge aftaler* giver til selvejende og udliciterede daginstitutioner i kommunen (omfattende alle fem administrationsopgaver), jf. dagtilbudslovens § 35, stk. 2, og dagtilbudsbekendtgørelsens § 14, stk. 1 og 2. Hvis der ikke findes sådanne aftaler, skal kommunen ensidigt fastsætte et beløb på 2,1 pct. af kommunens gennemsnitlige budgetterede bruttodriftsudgift (tilbagefaldsreglen), jf. dagtilbudsbekendtgørelsens § 14, stk. 2.
2. For privatinstitutioners vedkommende skal kommunen som udgangspunkt ensidigt fastsætte administrationstilskuddet svarende til det gennemsnitlige administrationstilskud pr. barn, som kommunalbestyrelsen *ifølge aftale* giver til selvejende og udliciterede daginstitutioner i kommunen (omfattende alle fem administrationsopgaver), jf. dagtilbudslovens § 38, stk. 2, og dagtilbudsbekendtgørelsens § 15, stk. 1 og 2. Hvis der ikke findes sådanne aftaler, skal kommunen ensidigt fastsætte et beløb på 2,5 pct. af kommunens gennemsnitlige budgetterede bruttodriftsudgift (tilbagefaldsreglen), jf. dagtilbudsbekendtgørelsens § 15, stk. 2.
3. Kommunen har ikke hjemmel til at fastsætte eller nedregulere et administrationstilskud til en procentsats under tilbagefaldsreglerne (2,1 henholdsvis 2,5 pct), medmindre den konkrete selvejende institution indgår aftale herom, eller den gennemsnitlige sats ifølge eksisterende aftaler er under de respektive tilbagefaldssatser. Synspunkter i forarbejderne om, at reglerne ikke skal blokere for kommunale effektiviseringer mv., ændrer ikke herpå, da realiserede effektiviseringer i sagens natur får betydning *nominelt* for administrationstilskud, der er fastlagt som en procentsats (i modsætning til et fast beløb), jf. Allerød-dommen (UfR 2003 s. 646).
4. Uanset om administrationstilskuddet er fastlagt ved aftale eller ensidig afgørelse, har kommunen efter omstændighederne mulighed for senere ensidigt at ændre satsen med et passende varsel, hvis parterne ikke kan enes om en ændring. Det skyldes, at der er tale om et løbende retsforhold, som parterne har adgang til at opsige, jf. pkt. 6. De nærmere rammer herfor afhænger af, om der findes en aftalt ændringsadgang. I alle tilfælde skal en ændring være i overensstemmelse med retsgrundlaget (dagtilbudsloven og -bekendtgørelsen) og almindelige retsgrundsætninger, herunder kravet om saglighed, lighed og proportionalitet, loyalitetspligten og officialprincippet. Kommunen kan ikke ensidigt nedregulere satsen under tilbagefaldsreglerne, medmindre det sker med henvisning til andre aftaler, jf. pkt. 1 og 2. Mere generelt er det tvivlsomt, om besparelseshensyn isoleret set kan begrunde en nedregulering, når administrationstilskuddet er fastsat som en procentsats (i modsætning til et fast beløb), jf. pkt. 3, medmindre procentsatsen afviger betydeligt fra øvrige aftalte procentsatser eller tilbagefaldssatsen. Det kommunalretlige forbud mod begunstiggelse af

enkeltvirksomheder kan endvidere ikke begrunde en nedregulering over for selvejende daginstitutioner, da disse ikke genererer profit (hvile i sig selv-princippet).

5. Når en kommune *ensidigt* fastsætter eller ændrer et administrationstilskud, er det udtryk for forvaltningsretlige afgørelser. Forvaltningslovens partsgarantier (ret til partshøring, partsaktindsigt, vejledning, repræsentation, begrundelse, klagevejledning osv.) skal derfor iagttages over for den enkelte institution, ligesom klageordningen i dagtilbudslovens § 97 gælder, jf. pkt. 10. Hverken kommunerne eller Ankestyrelsen er så vidt ses opmærksomme herpå. At en opsigelse ikke isoleret set er en afgørelse, jf. pkt. 6, ændrer ikke herpå, hvis den vel at mærke kombineres med en ensidig ændring. Specifikt med hensyn til ensidige ændringer, der er *udtrykkeligt aftalehjemlede*, er ovenstående vurdering dog behæftet med en vis usikkerhed.
6. Uanset om det er særskilt aftalt eller ej, kan parterne opsige en driftsoverenskomst eller et vilkår heri med et passende varsel (typisk 9 måneder i praksis). En opsigelse er ikke en forvaltningsretlig afgørelse isoleret set, jf. dog pkt. 5. Kommunen skal i alle tilfælde overholde lovgivningen og almindelige retsgrundsætninger, herunder proportionalitets- og officialprincippet, når den udøver deres opsigelsesbeføjelse. Det skal i den forbindelse bemærkes, at en opsigelse af en driftsoverenskomst indebærer, at grundlaget for at drive en selvejende daginstitution forsvinder, jf. dagtilbudslovens § 19, stk. 3. Det er næppe lovligt uden videre at skride til opsigelse, alene fordi en selvejende daginstitution ønsker at benytte sin ret til at hjemtage administrationen.
7. Retstilstanden beskrevet oven for gælder også for driftsoverenskomster og aftaler om administrationstilskud, der måtte være indgået, *før* reglerne trådte i kraft. Hvis et eksisterende aftalevilkår kan fortolkes sådan, at den giver kommunen hjemmel til ensidigt nedregulere administrationstilskuddet i strid med reglerne i dagtilbudslovens § 35 og dagtilbudsbekendtgørelsens § 14 (herunder tilbagefaldsreglen), jf. pkt. 1 og 3, må det pågældende vilkår efter min opfattelse anses for bortfaldet enten som stridende mod loven eller efter forudsætningslæren.
8. Det er i reglerne om administrationstilskud klart forudsat, at tilskudssatsen kan variere mellem forskellige institutioner, og at det ikke er et problem i forhold til lighedsgrundsætningen. At en kommune opsiger, ændrer eller genforhandler et aftalt administrationstilskud med én selvejende daginstitution, har således ikke *direkte*, endsige automatisk, betydning for øvrige institutioner i kommunen. Indirekte kan det dog få en sådan betydning for fremtiden, da et opsagt eller ændret aftalt administrationstilskud ikke længere indgår i grundlaget for beregning af tilskuddet for andre institutioner i dagtilbudslovens § 35, stk. 2, og § 38, stk. 2, mens en ny aftale om et administrationstilskud omvendt vil indgå i beregningen efter disse bestemmelser.
9. Det er tvivlsomt, om en kommune lovligt vil kunne kollektivt opsige driftsoverenskomster eller aftalte vilkår om administrationstilskud med samtlige selvejende daginstitutioner i kommunen, herunder med henvisning til effektiviseringshensyn (medmindre administrationstilskuddet efter

aftale er et fast beløb), jf. pkt. 3. Hvis en kommune lovligt skulle kunne gøre dette, er retsvirkningen, at tilbagefaldsreglen med et administrationstilskud på 2,1 pct. henholdsvis 2,5 pct., jf. dagtilbudsbekendtgørelsens § 14, stk. 2, og § 15, stk. 2, skal lægges til grund (medmindre for de selvejende daginstitutioners vedkommende der indgås aftale om andet). En kollektiv ensidig nedregulering under tilbagefaldssatsen er således ulovlig.

10. Eftersom ensidige fastsættelser og ændringer af administrationstilskud er udtryk for forvaltningsretlige afgørelser, jf. pkt. 5, kan den enkelte daginstitution klage herover til Ankestyrelsen efter dagtilbudslovens § 97. Kommunerne og Ankestyrelsen er så vidt ses ikke opmærksomme herpå. Klagefristen på 4 uger gælder som udgangspunkt ikke, når kommunerne ikke har vejledt herom. Indgåelse og opsigelse af driftsoverenskomster (eller andre aftalevilkår) kan derimod ikke isoleret påklages efter dagtilbudslovens § 97, men kan indbringes for Ankestyrelsen efter reglerne om kommunaltilsyn i styrelsesloven. Selv om Ankestyrelsen ikke efter disse klageregler har direkte kompetence til at tage stilling til »privatretlige« forhold, skal styrelsen i alle tilfælde påse, at den relevante lovgivning (dagtilbudsloven mv.) og almindelige retsgrundsætninger er overholdt, hvilket efter omstændighederne forudsætter, at styrelsen tager præjudicielt stilling til forhold som aftalefortolkning og opsigelse. Når rekursmulighederne er udtømt, kan forholdet inden for et år indbringes for Folketingets Ombudsmand, der har en bred formel kompetence til at føre kontrol med, om myndigheder overholder gældende ret, men som i praksis har afvist at gå ind i den type sager. Daginstitutioner har en grundlovssikret ret til at sagsøge forvaltningsmyndigheder angående ovenstående forhold, og domstolene kan (og skal) tage stilling til både offentligretlige og privatretlige forhold i det omfang, parterne ønsker det.

3. Retsgrundlaget

3.1 Lovgivning (dagtilbudsloven mv.)

I dette afsnit omtales de særlige regler i dagtilbudsloven mv., der gælder for administrationstilskud mv. Almindelige regler i forvaltningsloven (lovbekendtgørelse nr. 433 af 22. april 2014), aftaleloven (lovbekendtgørelse nr. 193 af 2. marts 2016) osv. omtales ikke her, men inddrages i relevant omfang i vurderingen i afsnit 4.

Reglerne om dagtilbud er reguleret i dagtilbudsloven (lovbekendtgørelse nr. 988 af 27. august 2024 om dag-, fritids- og klubtilbud m.v. til børn og unge). Med den oprindelige hovedlov (lov nr. 501 af 6. juni 2007) blev reglerne herom flyttet fra serviceloven til dagtilbudsloven.²

Kommunalbestyrelsen har ansvaret for dagtilbuddene i kommunen, ligesom kommunen skal sørge for det nødvendige antal pladser i dagtilbuddene (forsyningspligt), jf. dagtilbudslovens §§ 3 a og 4. Ifølge lovens § 19 kan dagtilbud drives i forskellige etableringsformer:

»§ 19. Dagtilbud kan etableres som daginstitutioner.

Stk. 2. Daginstitutioner kan drives af en eller flere kommuner som kommunal daginstitution.

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.

Stk. 4. Daginstitutioner kan efter aftale med kommunalbestyrelsen drives af private leverandører som udliciterede daginstitutioner. Reglerne i denne lov om udliciterede daginstitutioner finder anvendelse for daginstitutioner som nævnt i 1. pkt.

Stk. 5. Daginstitutioner kan med kommunalbestyrelsens godkendelse drives af private leverandører som privatinstitution. Reglerne i denne lov om privatinstitutioner finder anvendelse for daginstitutioner som nævnt i 1. pkt.

Stk. 6. Daginstitutioner, som drives efter stk. 2-5, kan bestå af flere enheder.«

I de specielle bemærkninger til den oprindelige udformning af bestemmelsen anføres om de selvejende daginstitutioner (stk. 3) og privatinstitutionerne (dengang stk. 4, nu stk. 5) følgende:

»Stk. 3 fastsætter, at private leverandører kan etablere og drive daginstitutioner efter aftale med kommunalbestyrelsen. Selvejende daginstitutioner er selvstændige juridiske enheder, der oprettes på et privatretligt grundlag. Selvejende daginstitutioner drives på grundlag af en aftale mellem institutionen og kommunalbestyrelsen om de økonomiske og indholdsmæssige rammer for driften af institutionen. Selvejende daginstitutioner er drevet af en bestyrelse, der blandt andet kan bestå af forældrene. Selvejende daginstitutioner er non-profit institutioner og kan derfor kun anvende overskud fra institutionen til institutionens drift eller et andet formål fastsat i institutionens vedtægter.

² Bl.a. §§ 20-31 i dagældende servicelov (lovbekendtgørelse nr. 58 af 18. januar 2007). Disse regler kan i nogen udstrækning spores tilbage til den oprindelige servicelov (lov nr. 454 af 10. juni 1997).

Stk. 4 [svarende til den gældende stk. 5] fastsætter, at daginstitutioner kan oprettes og drives af en privat leverandør med kommunalbestyrelsens godkendelse som privatinstitutioner. Der stilles ikke i lovforslaget krav til, hvilke juridiske personer eller enheder, der kan oprette privatinstitutioner, idet dette følger af anden lovgivning.

Privatinstitutioner drives efter godkendelse fra kommunalbestyrelsen, jf. § 20.

Privatinstitutioners økonomi sker på eget ansvar. Det er institutionens bestyrelse, der er ansvarlig over for sine ejere efter reglerne om f.eks. aktieselskaber eller anpartsselskaber. Dette indebærer, at ejerne kan anvende et eventuelt overskud fra privatinstitutionen til andre formål end egentlig institutionsdrift.«³

Tilsvarende fremgår af dagtilbudsvejledningen (vejledning nr. 1909 af 27. februar 2015) pkt. 212 og er i overensstemmelse med den almindelige forståelse af begreberne.

En privatinstitution, som opfylder lovgivningens og kommunalbestyrelsens betingelser for godkendelse, har retskrav herpå, jf. daginstitutionslovens § 20.

Reglerne om de forskellige driftsformer skal ses i lyset af et af dagtilbudslovens overordnede formål, nemlig at »give familien fleksibilitet og valgmuligheder med hensyn til forskellige typer af tilbud og tilskud«, jf. lovens § 1, nr. 2. Ifølge forarbejderne omfatter dette formål valgfrihed »mellem offentlige og private tilbud«. ⁴

Spørgsmålet om kommunens administrationstilskud (tidligere kaldt »administrationsbidrag«) til selvejende daginstitutioner er reguleret i 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.«

Herom anføres i de specielle bemærkninger i det fremsatte lovforslag:

»Efter *stk. 1* skal kommunalbestyrelsen give et administrationstilskud til selvejende institutioner, når en selvejende daginstitution ønsker at varetage administrationen. [...]

³ Folketingstidende 2006/07, Tillæg A, L 170, s. 5855 f. (min understregning).

⁴ Folketingstidende 2006/07, Tillæg A, L 170, s. 5839.

Hensigten med at indføre et lovkrav om administrationstilskud er at styrke variationen af dagtilbud ved at sikre selvejende daginstitutioner med en driftsaftale med kommunalbestyrelsen ret til at modtage et administrationstilskud, såfremt de ønsker selv at varetage administrationen.

Administration indebærer følgende opgaver: løn, bogføring, budget og regnskab samt revision og personalejuridisk bistand. En selvejende institution kan aftale med kommunalbestyrelsen, at kommunen varetager institutionens administration, og at den selvejende daginstitution derfor ikke modtager et administrationstilskud.

Ligeledes kan den selvejende daginstitution og kommunalbestyrelsen aftale, at den selvejende daginstitution får et forholdsmæssigt tilpasset administrationstilskud for at varetage nogle af de nævnte administrationsopgaver.

Stk. 2 fastsætter regler for tilskuddets størrelse. For kommuner, der allerede yder et administrationstilskud til selvejende daginstitutioner, skal administrationstilskuddet til en selvejende daginstitution, der selv ønsker at varetage administrationen, svare til det gennemsnitlige administrationstilskud pr. barn, kommunalbestyrelsen yder til selvejende daginstitutioner i kommunen, i det omfang administrationen omfatter administrationsopgaverne, løn, bogføring, budget og regnskab, revision samt personale juridisk bistand. Kommunernes beregning af administrationstilskud baseres således på et vægtet gennemsnit baseret på eksisterende aftaler med selvejende institutioner, der indeholder alle fem administrationsopgaver.

Hvis kommunen ikke tidligere har haft selvejende daginstitutioner eller ikke tidligere har ydet administrationstilskud til en selvejende daginstitution i kommunen eller administrationstilskuddet ikke har omfattet alle fem administrationsopgaver, på det tidspunkt, hvor en selvejende daginstitution ønsker at varetage administrationen og modtage et administrationstilskud herfor, skal administrationstilskuddet beregnes efter en tilbagefaldsregel, der fastsættes ved bekendtgørelse, jf. § 44. Det følger af tilbagefaldsreglen, at driftstilskuddet til den selvejende daginstitution skal forhøjes med et beløb, der udgør en procentdel af de gennemsnitlige budgetterede bruttodriftsudgifter pr. barn i et alderssvarende dagtilbud i kommunen efter lovforslagets § 19, stk. 2 og 3, § 21, stk. 2 og 3. Procentsatsen afspejler kommunernes gennemsnitlige administrationstilskud til selvejende daginstitutioner og regnskabstal fra selvejende daginstitutioner.⁵

Dagtilbudslovens § 35 viderefører servicelovens § 23, stk. 2 og 3, der blev indsat som § 9, stk. 2 og 3, i den tidligere servicelove, jf. lov nr. 400 af 1. juni 2005 (§ 1, nr. 4). Af forarbejderne hertil fremgår:

⁵ Folketingstidende 2006/07, Tillæg A, L 170, s. 5868 f. (min understregning).

»Efter gældende regler indgår udgifter til administration ikke i de gennemsnitlige, budgetterede bruttodriftsudgifter i dagtilbud og dermed heller ikke i beregningsgrundlaget for forældrenes egenbetaling.

Selvejende daginstitutioner har i dag mulighed for at få et administrationsbidrag, hvis det indgår i driftsaftalen med kommunen. Det er således kommunen, der afgør, om selvejende institutioner har mulighed for at administrere sig selv.

For at sikre, at alle private institutioner får denne mulighed foreslås det, at selvejende daginstitutioner og privatinstitutioner får ret til et administrationsbidrag, medmindre de ikke ønsker at varetage administrationen.«⁶

Under udvalgsbehandlingen besvarede ministeren et spørgsmål, der var foranlediget af en henvendelse fra DLO, op som er trykt i Socialudvalgets tillægsbetænkning. Af svaret fremgår bl.a.:

»Det fremgår således af bemærkningerne til lovforslaget, som er identisk med bemærkningerne i det lovforslag, [...] at ministeren ikke ville fastsætte et administrationsbidrag til et ensartet beløb eller procentsats for alle de selvejende daginstitutioner, der ønsker at varetage administrationen selv. Derimod fremgår det klart, at der vil blive tale om et tilskud, som svarer til kommunernes gennemsnitlige udgifter hertil. [...]

De selvejende daginstitutioner får ret til et administrationsbidrag fra kommunen, som baseres på det beløb kommunen bruger på administration i forhold til selvejende og kommunale daginstitutioner i dag. Det er vigtigt at understrege, at intentionen med lovforslaget ikke er – eller på noget tidspunkt har været – at forårsage en prisspiral, hvor de selvejende daginstitutioner får et fast beløb og hvor kommunerne på ingen måder har mulighed for at foretage effektiviseringer (enten ved øget digitalisering eller som følge af kommunalreformen). Hvis kommunerne kan godtgøre, at det er muligt at effektivisere i forhold til administrationsopgaven skal dette stadigvæk være en mulighed. [...]

Ministeriet er ikke bekendt med, at kommunerne giver et mindre administrationsbidrag, end det faktisk koster og ministeriet mangler konkrete eksempler på at dette er tilfældet.«⁷

⁶ Folketingstidende 2004/05, 2. samling, Tillæg A, L 25, s. 707 (min understregning). Se også de specielle bemærkninger s. 709. Tilsvarende bemærkninger findes i et tidligere forslag, der bortfaldt som følge af folketingsvalg, jf. Folketingstidende 2004/05, 2. samling, L 85, s. 2514 og 2516. Også dette forslag var delvist en genfremsættelse af et delvist bortfaldet forslag, der dog ikke indeholdt regler om administrationsbidrag, jf. Folketingstidende 2003/04, Tillæg A, L 207, s. 7085 ff.

⁷ Ministerens svar på spørgsmål 8, jf. Folketingstidende 2004/05, 2. samling, Tillæg B, L 25, s. 465 f. (min understregning).

I et andet ministersvar givet under udvalgsbehandlingen af det tidligere, enslydende lovforslag (L 85), anføres, at hensigten med sammenhængen i reglerne er at sikre kommunerne en bedre forhandlingsposition i relation til spørgsmålet om administrationsudgifter:

»Jeg kan ikke forstille mig, at en kommune vil opsige en driftsaftale med en selvejende daginstitution alene fordi den selv ønsker at varetage administrationen. Det vil jo give kommunen et kapacitetsproblem, hvis den i øvrigt har behov for pladserne.

Kommunen har dog fortsat det overordnede ansvar for dagtilbuddene og skal foretage en kapacitetsstyring. I forbindelse med et faldende børnetal kan kommunen vælge at nedlægge institutioner.

selvejende daginstitutioner står med lovforslaget om private leverandører af dagtilbud i en bedre forhandlingssituation end tidligere, idet de ved en eventuel opsigelse af en driftsaftale kan vælge at etablere sig som privatinstitutioner.«⁸

Lovreguleringen af administrationstilskuddet trådte i kraft 1. oktober 2005, jf. § 3 i lov nr. 400 af 1. juni 2005.

Den parallelle bestemmelse, der gælder for privatinstitutioner, fremgår af dagtilbudslovens § 38:

»§ 38. Når en privatinstitution ønsker at varetage administrationen, skal kommunalbestyrelsen i opholdskommunen give et administrationstilskud pr. barn, der er optaget i privatinstitutionen.

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

Forarbejderne til denne bestemmelse har et nogenlunde tilsvarende indhold som til § 35, jf. ovenfor.⁹

Med hjemmel i dagtilbudslovens § 44 har ministeren udstedt dagtilbudsbekendtgørelsen (bekendtgørelse nr. 2058 af 15. november 2021 om dagtilbud med senere ændringer). §§ 14 og 15 heri udmønter reglerne om administrationstilskud til selvejende daginstitutioner og privatinstitutioner:

»Administrationstilskud til selvejende daginstitutioner

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

- 1) løn,
- 2) bogføring,

⁸ Ministerens svar på spørgsmål 18, Socialudvalget 2004/05, 1. samling, L 85.

⁹ Jf. Folketingstidende 2006/07, Tillæg A, L 170, s. 5870.

- 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.

Tilskud til privatinstitutioner

§ 15. En godkendt privatinstitution har ret til et administrationstilskud efter dagtilbudslovens § 38, når institutionen administrerer følgende opgaver: Løn, bogføring, budget/regnskab, revision og 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 den godkendte privatinstitution i stedet et beløb på 2,5 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. En privatinstitution kan efter aftale med kommunalbestyrelsen modtage et forholdsmæssigt administrationstilskud for at varetage enkelte af de administrationsopgaver, der fremgår af stk. 1.«

Disse regler kan spores tilbage til §§ 10 og 11 i bekendtgørelse nr. 979 af 23. juli 2007, der trådte i kraft 1. august 2007, jf. bekendtgørelsens § 110. Frem til 1. januar 2019 var tilbagefaldssatsen for privatinstitutioner i § 15, stk. 2, dog 2,1 pct., men denne fra og med bekendtgørelse nr. 1542 af 19. december 2019 hævet til de nuværende 2,5 pct. Ændringen skyldes, at Skattestyrelsen traf en

afgørelse om, at organisationer og virksomheder, der løser administrationsopgaver for privatinstitutioner, skal afregnes moms.¹⁰

Reglerne om administrationstilskud i dagtilbudslovens §§ 14 og 15 uddybes i dagtilbudsvejledningens pkt. 390-393:

»Administrationstilskuddets størrelse

390. Ved fastsættelsen af administrationstilskuddets størrelse sondres der mellem to situationer:

1) Når der i kommunen allerede er selvejende og udliciterede daginstitutioner, der modtager administrationstilskud for varetagelsen af alle fem administrationsopgaver, jf. det foregående afsnit, og størrelsen af tilskuddet er fastsat på grundlag af en aftale mellem den selvejende daginstitution eller udliciterede daginstitution og kommunalbestyrelsen, der omfatter alle fem administrationsopgaver.

2) Når der i kommunen ikke er selvejende og udliciterede daginstitutioner, der modtager administrationstilskud på grundlag af en aftale med kommunalbestyrelsen, eller hvor der ikke er selvejende daginstitutioner og udliciterede daginstitutioner, der varetager alle fem administrationsopgaver.

I de følgende to afsnit gennemgås, hvordan administrationstilskuddet beregnes i hver af de to situationer.

Administrationstilskud i henhold til en aftale

391. Ønsker en selvejende daginstitution at varetage administrationen selv, og findes der allerede i kommunen selvejende daginstitutioner og/eller udliciterede daginstitutioner, der modtager administrationstilskud på grundlag af en aftale mellem kommunalbestyrelsen og den selvejende og/eller udliciterede daginstitution, anvendes tilskudsniveauet i disse aftaler ved beregningen af administrationstilskuddet til selvejende daginstitutioner. Det er en forudsætning, at alle fem administrationsopgaver varetages.

Således udgør administrationstilskuddet til selvejende daginstitutioner, der ønsker at varetage administrationen, et beløb svarende til gennemsnittet af de aftalte administrationstilskud pr. barn, som kommunen allerede yder til selvejende daginstitutioner og/eller udliciterede daginstitutioner i kommunen, der varetager alle fem administrationsopgaver.

Tilbagefaldsregel

¹⁰ Jf. Børne- og Socialministeriets høringsbrev af 25. april 2019, j.nr. 2019-2139.

392. Når kommunen ikke i forvejen yder administrationstilskud til selvejende og/eller udliciterede daginstitutioner på grundlag af en aftale med kommunalbestyrelsen om tilskuddets størrelse, er de selvejende daginstitutioner, der ønsker at varetage alle fem administrationsopgaver, sikret et administrationstilskud efter en tilbagefaldsregel.

Tilbagefaldsreglen anvendes således i tilfælde, hvor der ikke er selvejende og/eller udliciterede daginstitutioner, der efter aftale varetager alle fem administrationsopgaver, eller hvor de selvejende daginstitutioner, der allerede varetager administrationen selv, modtager tilskud efter tilbagefaldsreglen.

Efter tilbagefaldsreglen skal kommunalbestyrelsens administrationstilskud udgøre et beløb svarende til 2,1 pct. af de gennemsnitlige budgetterede bruttodriftsudgifter pr. barn i et alderssvarende dagtilbud for en fuldtidsplads i kommunen efter dagtilbudslovens § 19, stk. 2-4, og § 21, stk. 2 og 3. [...]

Aftalefrihed

393. Der er mulighed for, at en selvejende daginstitution kan have eller indgå en aftale med kommunalbestyrelsen om tilskuddets størrelse, hvis der kan opnås enighed herom.«

Lignende rammer gælder ifølge vejledningens pkt. 401 for privatinstitutionerne. Det må være en fejl, at vejledningen ikke nævner, at parterne dog ikke har mulighed for at aftale administrationstilskuddet.

Dagtilbudslovens § 97 indeholder lovens klageordning:

»§ 97. Kommunalbestyrelsens afgørelser efter denne lov kan, medmindre andet er fastsat i denne lov eller lov om retssikkerhed og administration på det sociale område, indbringes for Ankestyrelsen efter reglerne i kapitel 10 i lov om retssikkerhed og administration på det sociale område.«

3.2 Driftsoverenskomster

Selvejende daginstitutioner skal indgå en aftale, normalt kaldet driftsaftale eller -overenskomst, med kommunen, jf. dagtilbudslovens § 19, stk. 3, der sammen med en vedtægt og lovgivningen i øvrigt regulerer institutionens forhold. Herom anføres i dagtilbudsvejledningens pkt. 215 ff.:

»Aftale som grundlag for driften af den selvejende daginstitution

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. [...]

Det er kommunalbestyrelsen i den enkelte kommune, der beslutter, om kommunen vil indgå aftale med en selvejende daginstitution for at opfylde forpligtelsen til at levere det nødvendige antal dagtilbud. Det er således også kommunalbestyrelsen, der har kompetencen til at vælge, hvilke selvejende daginstitutioner der indgår driftsaftale med. [...]

Indgåelse af aftale

217. Indgår kommunalbestyrelsen aftale med en selvejende daginstitution, indgår den selvejende daginstitution i den kommunale forsyning og får dækket den budgetterede udgift ved drift af ordningen, ligesom kommunalbestyrelsen som udgangspunkt anviser børn til den selvejende daginstitution. [...]

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.

Kommunens forpligtelse til at udbetale driftstilskud til den selvejende daginstitution følger af driftsaftalen. Endvidere indeholder aftalen de nærmere økonomiske og indholdsmæssige rammer for driften af den selvejende daginstitution. Kommunens adgang til at regulere tilskud til en selvejende daginstitution i løbet af et budgetår reguleres af driftsaftalen.

Aftaleretligt har en selvejende daginstitution alene krav på driftstilskud til dækning af de faktiske udgifter, der er afholdt inden for rammerne af budgettet. Tilsvarende har en selvejende daginstitution krav på driftstilskud i forhold til det faktiske børnetal, uanset om driftsaftalen måtte nævne et bestemt antal børn for institutionen. [...]

Gennem aftalen skal det sikres, at selvejende daginstitutioner på samme måde som kommunale daginstitutioner overholder reglerne i den kommunale styrelseslov om budgetlægning, regnskabsførelse med videre og revision. [...]

Aftalens indhold

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. [...]

Opsigelsesvilkår

221. Opsigelse af en driftsaftale mellem kommunalbestyrelsen og en selvejende daginstitution er reguleret ved aftalens bestemmelser herom. Driftsaftalen bør derfor indeholde bestemmelser om opsigelse. Et eksempel herpå kan være, at aftalen kan opsiges af begge parter med ni måneders varsel. En sådan bestemmelse giver såvel kommunalbestyrelsen som den selvejende

daginstitution mulighed for til enhver tid at opsige aftalen om driften med ni måneders varsel og herefter være frigjort fra aftalen. Opsigelse af en driftsoverenskomst er ikke omfattet af forvaltningslovens afgørelsesbegreb.

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

Indeholder driftsaftalen undtagelsesvist ikke en bestemmelse om opsigelse, finder de almindelige aftaleretlige regler samt offentligretlige retsgrundsætninger anvendelse, hvilket betyder, at aftalen kan opsiges på grundlag af saglige kriterier og med et passende opsigelsesvarsel, medmindre det ud fra forholdene ligger klart, at parterne har tilsigtet uopsigelighed. Opsigelsesvarslets længde bør i disse tilfælde fastsættes i forhold til den konkrete situation og under hensyn til blandt andet de økonomiske konsekvenser, en opsigelse kan få for kontraktparten. [...]

Ændring eller opsigelse af en driftsaftale

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.

Opsiges en driftsaftale mellem kommunalbestyrelsen og en selvejende daginstitution, ophører grundlaget for den selvejende daginstitutions etablering og drift som en selvejende daginstitution efter dagtilbudsloven. Dette betyder, at den selvejende daginstitution ikke længere eksisterer som daginstitution i dagtilbudslovens forstand.« (min understregning).

Noget tilsvarende med hensyn til opsigelse er lagt til grund i skrivelse nr. 10180 af 21. december 2018, afsnit 2.2.

I vejledningens bilag 1 findes et eksempel på en driftsoverenskomst, der i vejledningens pkt. 215 angives som en »standarddriftsaftale indgået af parterne KL og de selvejendes organisationer i 2004«. Aftalen er således udformet før de særskilte regler om administrationstilskud, jf. afsnit 3.1. I aftalen findes dog vilkår om driftsudgifter samt opsigelse og ændringer mv.:

»§ 9. Stk. 1. Kommunen afholder institutionens udgifter til driften som daginstitution til børn på grundlag af det af kommunen godkendte årsbudget og i henhold til retningslinjer fastsat af kommunen. Institutionen er således omfattet af de af kommunalbestyrelsen fastsatte retningslinjer for personalenormering, evt. retningslinjer om vippenormering, ”pengene følger barnet” samt andre retningslinjer om anvendelse af driftsmidlerne, herunder økonomisk selvforvaltning, rammestyring m.v.

Stk. 2. Budget udarbejdes af kommunen på baggrund af oplysninger fra den selvejende institution. Hvor lønudbetalingen sker af en administrator, udformes budget på baggrund af oplysninger fra administrator. Bestyrelsen er forpligtet til, på ethvert tidspunkt, at meddele kommunen de oplysninger, som forlanges til brug for tilsyn med at forpligtelserne i § 10 stk. 1 overholdes.

Hvor bestyrelsen vælger at lade administrationen, herunder lønudbetaling, varetage af en administrator, er bestyrelsen forpligtet til at sikre, at administrator holder institutionens driftstilskud adskilt fra andre midler – herunder administrators egne midler - på en særlig konto. Bestyrelsen skal overholde de af Indenrigsministeriet fastsatte regler om budget og kasse-/regnskabsspørgsmål. [...]

§ 16. Stk. 1. Overenskomsten kan af begge parter opsiges med 9 måneders varsel til den første i en måned. Dansk rets almindelige regler om misligholdelse i kontraktsforhold finder i øvrigt anvendelse. [...]

§ 17. Stk. 1. Aftaler indgået mellem kommunen og institutionens bestyrelse vedrørende nærmere enkeltheder om institutionsdriften, f.eks. aftaler om sociale kontrakter, kan indeholdes i protokollerede tillæg til overenskomsten.

Stk. 2. Overenskomstparterne kan anmode om genforhandling af nærværende driftsoverenskomst samt om tillæg til driftsoverenskomsten.

Stk. 3. Nærværende driftsoverenskomst henviser til bestemmelser i lovgivningen. I det omfang lovgivningen ændres, skal der tages stilling til, om driftsoverenskomsten alene skal ændres redaktionelt, eller om en ændret lovgivning giver anledning ændringer i medfør af § 15 stk. 1, § 16 stk. 1 eller § 16 stk. 2.«

Jeg har gennemset fem konkrete driftsoverenskomster, der skulle være nogenlunde dækkende for deres almindelige indhold. Alle disse er så vidt ses indgået før lovreguleringen af tilskudsspørgsmålet i 2004, idet den ene dog er udateret. Nedenfor følger nogle eksempler på regulering af de for responsummet relevante spørgsmål. Jeg lægger til grund, at kommunen har været den primære koncipist til aftalerne.

Af driftsoverenskomst af 17. oktober 1990 mellem Hvidovre Kommune og Børnehavehuset fremgår bl.a.:

»**§ 9.** [...] *Stk. 2.* Kommunalbestyrelsen afholder institutionens udgifter - efter reduktion med forældrebetaling m.v. – til driften som daginstitution for børn og unge på grundlag af det af kommunalbestyrelsen godkendte årsbudget og i henhold til retningslinier fastsat af kommunalbestyrelsen. [...]

§ 10. Stk. 1. Institutionens bogholderi og regnskabsførelse varetages af institutionen. Regnskabets indsendes til kommunalbestyrelsen inden en af denne fastsat frist. [...]

§ 16. Overenskomsten kan af begge parter opsiges med 9 måneders varsel til den første i en måned.«

Af driftsoverenskomst af 12. november 1996 mellem Hvidovre Kommune og Børnehavehuset og driftsoverenskomst af 22. februar 1996 mellem Hvidovre Kommune og Bredalsparkens børnehaven fremgår (enslydende) bl.a.:

»§ 9. [...] stk. 2. Institutionens udgifter til driften som daginstitution for børn og unge, afholdes af Kommunalbestyrelsen på grundlag af det af Kommunalbestyrelsen godkendte, og inden driftsårets start, fremsendte årsbudget, jvf. desuden stk. 5 om tillægsbevillinger. [...]

stk. 6. Til dækning af den selvejende institutions administrationsudgifter, udbetales et beløb, svarende til en af Kommunalbestyrelsen fastsat procent af institutionens samlede driftsudgifter eksklusiv 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. [...]

§ 10. stk. 1. Institutionens bogholderi og regnskabsførelse varetages af institutionen. Det reviderede årsregnskab fremsendes til Kommunalbestyrelsen inden en af denne fastsat frist.

stk. 2. Den selvejende institution kan indgå aftale med trediepart om varetagelse af administrative opgaver. Opsigelsesfristen for sådanne aftaler kan højst være 9 måneder til den første i en måned. [...]

§ 15. stk. 1. I forbindelse med forslag til ændringer i overenskomstens bestemmelser, skal bestyrelsen inddrages i form af en skriftlig høringsrunde, jfr. stk. 3.

Ændringer og/eller tilføjelser kan indføres som protokollater til overenskomsten.

stk. 2. Frivillige aftaler mellem overenskomstparterne om individuelle forhold vedr. driften som daginstitution, kan ligeledes tilføjes som protokollater til overenskomsten.

stk. 3. Kan der ikke opnås enighed om ændringer eller tilføjelser, kan overenskomsten opsiges i henhold til § 16, med mindre der i overenskomsten er aftalt et varsel for ændringens ikrafttræden.

Før der skrives til opsigelse eller varsles om en ændrings ikrafttræden skal kommunalbestyrelsen skriftligt meddele bestyrelsen ændringens indhold. Hvis bestyrelsen ikke kan tilslutte sig ændringen, skal bestyrelsen inden 21 dage meddele kommunalbestyrelsen, at der ønskes forhandling om ændringen.

Forhandlingen afholdes på kommunalbestyrelsens foranledning med henblik på så vidt muligt at opnå enighed.

§ 16. Overenskomsten kan af begge parter opsiges med mindst 9 måneders varsel til den første i en måned.«

Af driftsoverenskomst af 19. december 2003 mellem Hvidovre Kommune og Danalund Ungdomshus fremgår bl.a.:

»§ 3 Økonomi

Stk. 1 Driftsudgifter / budget

Kommunalbestyrelsens andel af udgifterne til klubbens drift tildeles på grundlag af det af Kommunalbestyrelsen godkendte årsbudget excl. ejendomsudgifter og administrationsbidrag. Ejendomsudgifter og administrationsbidrag tildeles efterfølgende. [...]

Kommunalbestyrelsen fastsætter beløb til dækning af selvejende institutioners administrationsudgifter. [...]

§ 13 Ikrafttræden

[...] Ændringer og/eller tilføjelser til kontrakten kan indføres som tillæg til kontrakten.

Kontrakten kan af begge parter opsiges med mindst 9 måneders varsel til den 1. januar.

Kontrakten er omfattet af dansk rets almindelige regler ved misligholdelse.«

Af driftsoverenskomst (udateret) mellem Frederiksberg kommune og Rolfgården fremgår bl.a.:

»§ 9. Kommunen betaler institutionens udgifter til driften på grundlag af det af kommunen vedtagne årsbudget, og i henhold til retningslinier herfor. [...]

Stk. 5. Kommunen kan justere institutionens budget i løbet af regnskabsåret på grundlag af ændrede pris- og lønforudsætninger i forhold til det anvendte ved budgetlægningen. [...]

§ 10. Bestyrelsen har ansvaret for institutionens bogholderi og regnskabsføring. Kommunen kan fastsætte regler herfor. Bestyrelsen indsender regnskabet til kommunen inden for en af denne fastsat frist. [...]

§ 15. Overenskomsten med tillæg kan af begge parter opsiges med 9 måneders varsel til den i. i en måned.

§ 16. Hvis en af parterne ønsker revision af overenskomstens eller tillæggets bestemmelser eller anser strukturændring af institutionen - herunder en ændring af pladstallet og børneenheder for at være nødvendig, kan forhandling herom optages uden at opsigelse efter § 15 finder sted.«

3.3 *Retspraksis*

I det følgende omtales retspraksis, der direkte vedrører problemstillinger angående driftsoverenskomster, administrationstilskud og selvejende institutioners retsforhold. Mere almen retspraksis angående forvaltningsretlige og aftaleretlige begreber og regler (baggrundsretten) omtales ikke, men inddrages i relevant omfang i vurderingen i afsnit 4.

I dom af 20. december 2002, sag 488/2000, der er trykt i Ugeskrift for Retsvæsen (UfR) 2003 s. 646, forholdt Højesteret sig til en tvist mellem LDD som mandatar for en række selvejende institutioner mod Allerød Kommune. Baggrunden var, at kommunen havde besluttet at nedsætte det årlige administrationsbidrag til kommunens selvejende daginstitutioner for børn og unge. Administrationsbidraget skulle dække udgifter til bogholderi, regnskabsførelse og revision. Tidligere havde bidraget udgjort 2,75 % af institutionens samlede driftsudgifter eksklusive ejendomsudgifter. Med beslutningen udgjorde bidraget et fast beløb på 590 kr. pr. barn, hvilket gennemsnitligt svarede til en halvering.

LDD gjorde navnlig gældende, at kommunens beslutning var i strid med aftalegrundlaget og uforenelig princippet om selvejende institutioner, at det var i strid med lovgrundlaget og administrativ praksis at fastsætte bidraget til et fast beløb pr. barn i stedet for en procentsats, og at beslutningen trufte i strid med en række forvaltningsretlige principper, herunder lighedsgrundsætningen og forbuddet mod finansiell magtfordrejning. Heroverfor gjorde kommunen navnlig gældende, at administrationsaftalerne mellem institutionerne og deres paraplyorganisationer var kommunen uvedkommende, at institutionerne hverken efter lovgivningen eller driftsoverenskomsterne havde retskrav på at få dækket bestemte, på forhånd fastlagte administrationsudgifter, at kommunen var berettiget til at foretage ændringen med det for opsigelse aftalte varsel, og at kommunen ikke havde overtrådt forvaltningsretlige regler i forbindelse med beslutningen.

Østre Landsret frifandt kommunen med følgende begrundelse:

»Den aftale, der er indgået mellem sagsøgte og de 6 sagsøgende institutioner, fremgår af driftsoverenskomsterne. Ifølge disse afholder sagsøgte institutionernes driftsudgifter på grundlag af det af byrådet godkendte årsbudget og i henhold til retningslinjer fastsat af byrådet. Det fremgår ikke af disse aftaler, at sagsøgerne har krav på en bestemt procentsats til administrationsbidrag i en bestemt størrelsesorden, ligesom institutionerne i forhold til sagsøgte ikke kan støtte ret på

bestemmelserne herom i de administrationsaftaler, de enkelte institutioner har indgået med paraplyorganisationerne.

Herefter, og idet heller ikke den hidtidig fastsatte procentsats til administration og beregningsmåden heraf udgør en del af parternes aftale, var sagsøgte, for at ændringen kunne få retsvirkning, ikke ifølge driftsoverenskomsten forpligtet til at opsiges denne eller i øvrigt indgå en udtrykkelig aftale med sagsøgerne om ændringerne.

Hverken i den mellem parterne fulgte praksis eller i lovgivningen og dennes forudsætninger kan der indfortolkes et retskrav for sagsøgerne på for fremtiden at modtage en bestemt procentsats i administrationsbidrag, ligesom det ikke er antageliggjort, at sagsøgtes beslutning reelt medfører en udhuling af begrebet selvejende institution som forudsat opretholdt i forbindelse med bistandslovens gennemførelse.

Idet købelovens § 5 hverken direkte eller analogt finder anvendelse i nærværende sag, og da det af sagsøgerne i øvrigt anførte ikke kan føre til andet resultat, frifindes sagsøgte for sagsøgernes principale påstand.

Sagsøgte begrundede nedsættelsen af administrationsbidragene i almindelige budgetmæssige besparelshensyn, og det er ikke efter det for retten forelagte godtgjort, at sagsøgte herved har forfulgt usaglige hensyn.

Efter alt foreliggende, herunder skønserklæringerne og skønsmandens afhjemling heraf for retten, lægges det til grund, at sagsøgte ved en overtagelse af administrationen af de sagsøgende institutioner ud fra besparelshensyn alene vil kunne beregne sine omkostninger herved ud fra en meromkostningsbetragtning og ikke ud fra en totalomkostningsbetragtning. Uanset at sagsøgtes udregninger i 1994 om et omkostningsniveau på 26.374 kr. pr. institution ved kommunal overtagelse af administrationen af de selvejende institutioner var udtryk for et skøn over de samlede udgifter, findes det ikke i sig selv at kunne føre til, at sagsøgtes beslutning er truffet på et sådant ukorrekt eller mangelfuldt grundlag, at det kan medføre ugyldighed af beslutningen. Der er herved især lagt vægt på, at det ovenfor anførte beløb ikke væsentligt afviger fra resultatet af skønsmandens beregninger over sagsøgtes meromkostninger ved administrationen. Herefter, og idet sagsøgte i forbindelse med beslutningen om at fastsætte et ensartet beregnet administrationsbidrag til samtlige selvejende institutioner i kommunen tilbød at overtage de administrative opgaver, der påhvilede de selvejende institutioner, findes sagsøgte ikke at have tilsidesat almindelige lighedsgrundsætninger, hvorfor der i det hele ikke er grundlag for at anse sagsøgtes beslutning om nedsættelse af administrationsbidraget til de sagsøgende institutioner for ugyldig. Herefter frifindes sagsøgte også for sagsøgernes subsidiære påstande, der således i det hele er taget under påkendelse.«

LDD ankede dommen til Højesteret, der stadfæstede landsrettens dom med følgende begrundelse:

»Højesteret tiltræder af de grunde, der er anført af landsretten, at institutionerne ikke i henhold til lovgivningen har et retskrav på, at administrations- og revisionsudgifterne fastsættes som en bestemt procentdel af driftsudgifterne.

Det følger af § 9 i driftsoverenskomsterne mellem Allerød Kommune og institutionerne, at kommunen afholder disses driftsudgifter som daginstitution for børn og unge på grundlag af det af byrådet godkendte årsbudget og i henhold til retningslinjer fastsat af byrådet. Den omtvistede administrations- og revisionsudgift skal dække udgifterne til bogholderi, regnskabsførelse og revision, jf. herved driftsoverenskomsternes § 10.

I forbindelse med behandlingen af budgettet for Allerød Kommune for indkomståret 1995 vedtog kommunen dels en betydelig nedsættelse af den hidtil godkendte administrations- og revisionsudgift, dels en ændret beregningsmåde. Højesteret tiltræder, at nedsættelsen af administrations- og revisionsudgiften - under forudsætning af, at det er muligt at foretage en forsvarlig administration og revision for det fastsatte beløb - ikke strider mod aftalerne med de selvejende institutioner.

Kommunens vedtagelse af administrations- og revisionsudgiften skete på grundlag af en beregning af den selvejende institution Baunehøjs udgift til administration og revision. Det er ikke godtgjort, at der foreligger særlige forhold vedrørende Baunehøj, der kan begrunde, at administrationen af denne institution adskiller sig væsentligt fra administrationen af de øvrige selvejende institutioner. Kommunen tilbød endvidere at overtage administrationen, hvis institutionerne ikke selv ønskede at påtage sig den for det fastsatte beløb. På denne baggrund har institutionerne ikke godtgjort, at det ikke ville være muligt at administrere forsvarligt for det fastsatte administrations- og revisionsbidrag.

Kommunens beslutning strider herefter ikke mod aftalerne med de selvejende institutioner.

Kommunen har været berettiget til at varetage besparelseshensyn - herunder fastsætte ydelsesniveauet for den fornødne administration - og institutionerne har ikke godtgjort, at kommunen reelt tilstræbte at overtage administrationen eller helt at overtage de selvejende institutioner. Højesteret tiltræder derfor, at der ikke er grundlag for at antage, at kommunen har forfulgt usaglige hensyn ved fastsættelsen af administrations- og revisionsbidraget, og finder, at der heller ikke ved fastsættelsen er tilsidesat noget lighedsprincip eller andre forvaltningsretlige grundsætninger.« (min understregning).

Dommen skal naturligvis fortolkes i lyset af, at den blev afsagt forud for indførelsen af lovreglerne om administrationstilskud, jf. afsnit 3.1. Den lovgivning var ikke formelt motiveret af dommen. Ministeren forholdt sig imidlertid til dommen (omtalt »Allerødsagen«) i et svar på et spørgsmål, der var

foranlediget af en henvendelse fra DLO i anledning af lovforslaget L 25 (2004/05, 2. samling). DLO henviste til Allerødsagen som et eksempel på, at en kommune ifølge DLO fik medhold i landsretten og højesteret, til at sætte administrationsbidraget lavere end de faktiske omkostninger. Hertil svarede ministeren:

»Højesteret konkluderer i forhold til »Allerødsagen» at: *»der ikke er grundlag for at antage, at kommunen har fulgt usaglige hensyn ved fastsættelsen af administrations- og revisionsbidraget, og finder, at der heller ikke ved fastsættelsen er tilsidesat noget lighedsprincip eller andre forvaltningsretlige grundsætninger».*

Højesteret stadfæstede dermed Østre Landsrets dom.

Allerød Kommune fik således medhold i, at de ikke havde sat administrationsbidraget for lavt.

Hensigten med lovforslaget er, at de selvejende daginstitutioner får ret til et administrationsbidrag fra kommunen, som baseres på det beløb kommunen bruger på administration i forhold til selvejende og kommunale daginstitutioner i dag.«¹¹

Der findes en smule retspraksis om ophævelse og opsigelse af driftsoverenskomster, men i sammenhæng med spørgsmål vedrørende tilbageskødningsklausuler. I Højesterets dom af 15. maj 2007, sag 338/2005 (UfR 2007 s. 2137) havde en kommune overdraget en ejendom til Sct. Georgs Fonden, der som selvejende institution forpligtede sig til at opføre og drive en børneinstitution på ejendommen. Ifølge skødet skulle fonden tilbageskøde ejendommen vederlagsfrit til kommunen, hvis institutionen ikke blev drevet på fuldt forsvarlig måde efter kommunalbestyrelsens skøn. I 2002 »opsagde« kommunen aftalen med lidt over et års varsel med henvisning til langvarige samarbejdsvanskeligheder. Kommunen indbragte sagen for domstolene med påstand om vederlagsfri tilbageskødning i overensstemmelse med aftalen. Østre Landsret gav kommunen medhold med følgende begrundelse i forhold til betingelserne i driftsoverenskomsten:

»Parterne indgik den 27. maj 2003 aftale om, at Nykøbing-Rørvig Kommune fra den 1. juni 2003 kunne benytte Sct. Georgs Fondens ejendom, indtil spørgsmålet om kommunens krav om ejendommens tilbageskødning ved en upåankelig afgørelse var endeligt afklaret. Landsretten lægger herefter til grund, at Sct. Georgs Gildernes ophør med at drive børneinstitution på ejendommen skyldes den indgåede aftale, idet Sct. Georgs Fonden i øvrigt under hele forløbet har bestridt, at kommunen var berettiget til at opsige driftsoverenskomsten. Under disse omstændigheder findes Nykøbing-Rørvig Kommune ikke at kunne kræve ejendommen tilbageskødet, alene som følge af at Sct. Georgs Gilderne faktisk er ophørt med at drive børneinstitution på

¹¹ Ministerens svar på spørgsmål 9, Socialudvalget 2004/05, 2. samling, L 25.

ejendommen. Sct. Georgs Fonden frifindes derfor for Nykøbing-Rørvig Kommunens påstand nr. 2.

Efter bevisførelsen finder landsretten det godtgjort, at der i længere tid forud for driftsoverenskomstens opsigelse havde været samarbejdsproblemer mellem Sct. Georgs Fonden og Nykøbing-Rørvig Kommune. Sct. Georgs Fonden havde således meddelt kommunen, at alle henvendelser til Sct. Georgs Gården skulle ske til bestyrelsesformanden eller fondens direktør, hvilket medførte, at kommunen ikke uhindret kunne udøve sin tilsynsret og tilsynspligt. Sct. Georgs Fonden bistod endvidere Sct. Georgs Gården ved ansættelsen af den nye daglige leder af institutionen, på trods af at kommunen, der efter driftsoverenskomsten skulle godkende ansættelsen, havde meddelt, at den ikke kunne godkende ansættelsen. Endelig blev der ikke inden for den af kommunen fastsatte frist fremsendt en plan for afviklingen af Sct. Georgs Gårdens betydelige underskud. Landsretten finder ikke, at den af Sct. Georgs Fonden foranledigede redegørelse fra statsautoriseret revisor Gregers Paulsen kan betragtes som en plan for underskuddets afvikling, herunder fordi redegørelsen forudsatte en tillægsbevilling fra kommunen, som ikke forelå.

Landsretten finder, at Nykøbing-Rørvig Kommune som følge af ovennævnte forhold havde føje til at antage, at Sct. Georgs Gårdens børneinstitution ikke blev drevet på en fuldt forsvarlig måde, hvorfor kommunen var berettiget til at opsiges overenskomsten. Der er ikke grundlag for at tilsidesætte opsigelsen af driftsoverenskomsten efter forvaltningsloven, allerede fordi opsigelsen er af privatretlig karakter og således ikke omfattet af forvaltningslovens afgørelsesbegreb. Der er heller ikke grundlag for at fastslå, at kommunen i forbindelse med opsigelsen har udøvet magtfordrejning eller tilsidesat lighedsgrundsætningen eller andre offentligretlige grundsætninger.

Betingelserne i skødets § 5, hvorefter ejendommen vederlagsfrit skal overdrages til kommunen, hvis børneinstitutionen efter kommunalbestyrelsens skøn ikke drives på fuldt forsvarlig måde, findes herefter at være opfyldt. [...]« (min understregning).

Højesteret stadfæstede dommen med følgende begrundelse:

»Af de grunde, der er anført af landsretten, tiltræder Højesteret, at kommunen havde føje til at antage, at Sct. Georgs Gårdens børneinstitution ikke blev drevet på en fuldt forsvarlig måde, og at kommunen derfor var berettiget til at forlange ejendommen vederlagsfrit overdraget til sig i medfør af skødets § 5.

Der er herefter ikke anledning til at tage stilling til, om kommunen i medfør af skødets § 5 tillige kunne forlange ejendommen tilbageskødet med den begrundelse, at Sct. Georgs Gilderne var ophørt med at drive børneinstitution på ejendommen. [...]

Højesteret tiltræder, at der ikke er grundlag for at tilsidesætte kommunens opsigelse af driftsoverenskomsten og krav om tilbageskødning af ejendommen på grund af magtfordrejning, brud på lighedsgrundsætningen eller tilsidesættelse af andre forvaltningsretlige regler. Højesteret tiltræder i den forbindelse, at opsigelsen af driftsoverenskomsten ikke er omfattet af forvaltningslovens afgørelsesbegreb. [...]

Det må lægges til grund, at det mellem Nykøbing-Rørvig Kommune, Sct. Georgs Fonden og den selvejende institution Sct. Georgs Gården fra begyndelsen har været aftalt eller forudsat, at institutionen som vederlag for anvendelsen af ejendommen alene skulle betale, hvad der svarede til fondens løbende udgifter vedrørende ejendommen, herunder renter og afdrag på lån, og at det alene var disse udgifter, institutionen kunne kræve dækket af kommunen. Det må endvidere lægges til grund, at institutionen og dermed kommunen i 2002 og 2003 har betalt i alt 22.311,53 kr. for meget til dækning af prioritetsydelse. Højesteret finder, at ansvaret herfor må påhvile Sct. Georgs Fonden, og tiltræder med denne begrundelse, at kommunens betalingspåstand er taget til følge.«

Dette kan sammenlignes med Højesterets dom af 13. september 2011, sag 316/2008 (UfR 2011 s. 3402), hvor en anden kommune vederlagsfrit havde overdraget en ejendom til fonden på nogenlunde enslydende vilkår. Kommunen ophævede driftsoverenskomsten og krævede ejendommen tilbageskødet, idet fonden anmeldte betalingsstandsning. Kommunen overtog herefter driften. I denne sag fik fonden medhold. Landsretten gav følgende begrundelse:

»Efter bevisførelsen lægger landsretten til grund, at der i juli 2002 af institutionen Sct. Georgs Børnegård over for Sct. Georgs Fonden blev givet udtryk for utilfredshed med den måde, fonden administrerede institutionens løn og regnskab på, herunder at der var uregelmæssigheder og fejl i lønudbetalinger. Det lægges endvidere til grund, at der medio 2003 var en korrespondance mellem institutionen og Hørsholm Kommune, i anledning af at institutionen ikke havde tilstrækkelige midler til betaling af løn, hvorefter kommunen overførte et accontobeløb til betaling af løn, og at institutionens leder, [...], over for kommunen gav udtryk for, at institutionen manglede likvider muligt i størrelsesordenen 1 mio. kr. Det lægges endelig til grund, at Sct. Georgs Fonden i januar eller februar 2003 som foreskrevet fremsendte et foreløbigt årsregnskab for 2002 til Hørsholm Kommune, men at kommunen, der medio 2003 havde rykket for et endeligt årsregnskab, først modtog dette den 20. oktober 2003, hvilket var for sent. Ifølge årsregnskabet, der var behæftet med en revisionspåtegning, havde Sct. Georgs Børnegård et tilgodehavende hos kommunen på 967.699 kr.

Landsretten finder ikke, at Hørsholm Kommune på denne baggrund har løftet bevisbyrden for, at kommunen havde sådan føje til at antage, at Sct. Georgs Børnegård ikke blev drevet på en fuldt forsvarlig måde, at kommunen under henvisning hertil og uden forudgående reklamation

den 7. oktober 2003 kunne ophæve overenskomsten med institutionen. Betingelsen i § 5 i skødet af 26. januar 1968, hvorefter ejendommen vederlagsfrit skal overdrages til kommunen, hvis institutionen efter kommunalbestyrelsens skøn ikke drives på fuldt forsvarlig måde, findes derfor ikke opfyldt.

Da det endvidere lægges til grund, at institutionsdriften ophørte som følge af kommunens uberettigede ophævelse og overtagelse af institutionen, findes kommunen heller ikke at kunne påberåbe sig betingelsen i skødets § 5, hvorefter ejendommen vederlagsfrit skal overdrages til kommunen, hvis institutionsdriften ophører.

Da kommunen har været uberettiget til at ophæve overenskomsten, findes tilbageskødning heller ikke at skulle ske mod vederlag.

Som følge Hørsholm Kommunes uberettigede overtagelse af ejendommen skal kommunen fraflytte ejendommen med en frist, der passende findes at kunne fastsættes til den 1. september 2009, og lade deklarationen om tilbageskødning aflyse på ejendommen. Kommunen findes endvidere at skulle betale leje af ejendommen fra overtagelsen den 1. november 2003, til fraflytning faktisk sker. Det lægges herunder til grund, at bestyrelsen for Sct. Georgs Børnegård ikke med retsvirkning for Sct. Georgs Fonden har kunnet overlade brugen af ejendommen til kommunen, og at dette har været kendeligt for kommunen. Lejen skal modsvare det herved forvoldte tab for Sct. Georgs Fonden. [...]«

Højesteret stadfæstede dommen med følgende begrundelse:

»Kommunens krav om tilbageskødning

I § 5 i skødet af 18. januar 1968, hvorved Hørsholm Kommune overdrog ejendommen på Alsvej 83 til Sct. Georgs Fonden, er det fastsat, at ejendommen med bygninger i visse tilfælde vederlagsfrit skal overdrages til kommunen. Det gælder bl.a., »hvis børneinstitutionen m.v. efter kommunalbestyrelsens skøn ikke drives på fuldt forsvarlig måde«. Som anført i Højesterets dom af 15. maj 2007 (UfR 2007.2137) indebærer denne bestemmelse, at kommunen kan kræve en ejendom vederlagsfrit tilbageskødet, hvis kommunen har føje til at antage, at børneinstitutionen ikke bliver drevet på fuldt forsvarlig måde.

Spørgsmålet er herefter, om Hørsholm Kommune med føje antog, at driften af børneinstitutionen ikke skete på fuldt forsvarlig måde, således at kommunen med henvisning hertil var berettiget til at kræve ejendommen tilbageskødet i henhold til skødets § 5.

Højesteret lægger efter bevisførelsen til grund, at der i 2002 havde været fejl i udbetalingen af løn til personalet i Sct. Georgs Børnegård (børnegården) begrundet i, at fonden, som forestod lønadministrationen for børnegården, havde indført et nyt lønsystem. Det foreløbige regnskab

for børnegården vedrørende 2002, som fonden sendte til kommunen i februar 2003, og som viste, at børnegården havde et tilgodehavende hos kommunen på 807.186 kr., var ikke på ophævelsestidspunktet blevet fulgt op af et revideret regnskab. Kommunen udbetalte driftstilskuddet for september 2003 på ca. 650.000 kr. til fonden, men driftstilskuddet blev på grund af fondens betalingsstandsning ikke anvendt til dækning af børnegårdens driftsudgifter, herunder løn til personalet. Dette skabte et akut likviditetsproblem, som midlertidigt blev løst på den måde, at børnegården anvendte driftstilskuddet for den følgende måned til dækning af driftsudgifterne for måneden forinden. Kommunen og børnegården skønnede, at børnegården havde behov for yderligere 1 mio. kr. i driftstilskud for resten af 2003, inkl. det mistede driftstilskud for september 2003. Fonden havde varslet en betydelig lejeforhøjelse over for børnegården. Kommunen var uenig i, at der var grundlag for at forhøje lejen. Fonden og børnegården var desuden uenige om deres indbyrdes gældsforhold.

Ved bedømmelsen af, om disse forhold indebar, at driften af børneinstitutionen ikke skete på fuldt forsvarlig måde, må der lægges vægt på, at Sct. Georgs Børnegård havde taget skridt til at løse de problemer med lønudbetalingen, som var opstået i 2002, idet Fonden Frie Børnehaver fra den 1. januar 2003 havde overtaget børnegårdens lønadministration.

Børnegården havde endvidere ikke afholdt udgifter i 2002 eller i 2003 i strid med de bevillingsretlige regler. Det må desuden efter bevisførelsen lægges til grund, at det negative driftsresultat for 2002 på 967.699 kr. og for perioden 1. januar til 31. oktober 2003 på 117.786 kr. ikke i sig selv var udtryk for, at driften ikke fandt sted på fuldt forsvarlig måde. Der henvises for regnskabsåret 2002 bl.a. til revisorernes brev af 24. november 2003 om baggrunden for afvigelsen i lønningerne for 2002 og til det, som er anført i notatet til brug for kommunalbestyrelsesmødet den 23. februar 2004. For regnskabsåret 2003 henvises til [lederens] e-mail af 12. juni 2003 om baggrunden for børnegårdens ansøgning om regulering af lønbudgettet.

For så vidt angår driftstilskuddet for september 2003 bemærkes, at [lederen] ved e-mail af 12. maj 2003 havde advaret kommunen om de økonomiske problemer i Sct. Georgs Fonden. Kommunen fortsatte med at udbetale det månedlige driftstilskud direkte til fonden. Den reviderede bogføring for børnegården viste, at børnegården pr. 16. september 2003 skyldte Sct. Georgs Fonden 540.729 kr. Det må antages, at dette som forklaret af [X] skyldtes, at fonden havde finansieret børnegårdens merforbrug i forhold til budgettet.

I driftsoverenskomsten var der ikke fastsat nogen frist for fremsendelse af revideret årsregnskab til kommunen. Kommunen havde endvidere ikke over for fonden inden ophævelsen af driftsoverenskomsten fastsat en frist for modtagelse af et revideret regnskab for 2002 med angivelse af, at kommunen ville ophæve driftsoverenskomsten og kræve ejendommen tilbageskødet, hvis regnskabet ikke var modtaget inden fristens udløb. En sådan varsling ville have været naturlig

i den foreliggende situation, hvor kommunen overvejede at anvende en alvorlig misligholdelsesbeføjelse over for fonden, som havde været kommunens samarbejdspartner i mange år. Hertil kommer, at kommunen på baggrund af det foreløbige regnskab for 2002 og de foreliggende oplysninger i øvrigt måtte gå ud fra, at børnegården havde et betydeligt tilgodehavende hos kommunen, og at børnegårdens økonomiske problemer som følge af fondens betalingsstandsning ville være blevet løst, hvis det reviderede regnskab for 2002 bekræftede dette, således som det faktisk senere skete. Det må desuden lægges til grund, at det på tidspunktet for ophævelsen af driftsoverenskomsten var muligt for fonden at få udarbejdet et revideret regnskab for 2002 inden for kortere tid.

Uenigheden om den varslede lejeforhøjelse og om børnegårdens og fondens indbyrdes gældsforhold kan endelig ikke antages at have haft betydning for driften af børneinstitutionen. Det bemærkes herved, at Fonden Frie Børnehaver fra den 1. september 2003 havde overtaget administrationen fuldt ud.

På den anførte baggrund finder Højesteret, at kommunen ikke havde føje til at antage, at Sct. Georgs Børnegårds drift af børneinstitutionen ikke skete på fuldt forsvarlig måde, jf. skødet § 5. Det kan ikke føre til et andet resultat, at bestyrelsen for børnegården ikke anfægtede kommunens ophævelse af driftsoverenskomsten.

Efter det anførte tiltrædes det, at Hørsholm Kommune ikke har krav på tilbageskødning af ejendommen.

Da kommunens overtagelse af driften af børneinstitutionen herefter har været uberettiget over for fonden, tiltrædes det endvidere, at kommunen skal fraflytte ejendommen. Fristen for fraflytning fastsættes således, at kommunen skal være fraflyttet senest den 1. juli 2012. Parterne er herefter enige om, at kommunen skal betale leje fra den 1. november 2003, indtil fraflytning sker, og at der ikke under denne sag skal tages stilling til lejens størrelse. [...]« (min understregning).

Der foreligger en landsretsdom angående selvejende institutioners retlige karakter og deres forhold til kommuner på grundlag af driftsoverenskomster: Østre Landsrets dom af 10. september, sag B-2457-17 (UfR 2019 s. 275). I sagen var den selvejende daginstitution Blågård Sogn Børneinstitution gået konkurs, og kommunen havde herefter bortgivet driftsmidler og -inventar til andre børneinstitutioner i kommunen. Kurator sagsøgte kommunen som følge heraf. Retten på Frederiksberg frifandt kommunen, mens Østre Landsret dømte kommunen til at betale 100.000 kr. til boet med følgende begrundelse:

»Blågård Sogns Børneinstitution var en selvstændig juridisk enhed, der var oprettet efter dagtilbudslovens § 19, stk. 3. Blågård Sogns Børneinstitution var således en selvejende

daginstitution, der agerede på privatretligt grundlag, og der var mellem daginstitutionen og Københavns Kommune den 12. januar 1978 indgået en overenskomst, hvorefter kommunen afholdt daginstitutionens driftsudgifter. Den endelige fastsættelse af kommunens betaling af daginstitutionens udgifter til drift skete på grundlag af daginstitutionens årsregnskab. Inden for rammerne af budgettet rådede daginstitutionen selvstændigt over de tildelte midler.

Der er ikke i dagtilbudsloven fastsat regler om ejendomsretten til det inventar, som en selvejende daginstitution erhverver. Spørgsmålet om, hvem der havde ejendomsretten til det omhandlede inventar, må derfor afgøres på grundlag af almindelige formueretlige regler.

Det kan lægges til grund, at Blågård Sogns Børneinstitution i eget navn har indgået aftale om køb af det inventar, der blev anvendt af og befandt sig i daginstitutionen, og at daginstitutionen har betalt herfor med egne midler. Landsretten finder på denne baggrund, at Blågård Sogn Børneinstitution havde ejendomsretten til inventaret, og det er efter bevisførelsen ikke godtgjort, at kommunen efterfølgende skulle have erhvervet ejendomsret hertil. Indholdet af driftsoverenskomsten, herunder § 14, stk. 3, kan ikke føre til en anden af vurdering af disse forhold. Københavns Kommune har derfor ikke kunnet kræve inventaret udleveret i medfør af konkurslovens § 82.

Blågård Sogns Børneinstitutionens inventar blev i november og december 2015 givet bort til andre børneinstitutioner i kommunen på foranledning af Københavns Kommune. Landsretten finder, at der herved var tale om en vederlagsfri overdragelse af et aktiv, der skulle have indgået i konkursboet ved konkursdekretets afsigelse den 27. januar 2016, jf. konkurslovens § 32. Fristdagen er den 15. januar 2016, jf. konkurslovens § 1, stk. 1, nr. 1.

Da betingelserne for omstødelse i medfør af konkurslovens § 64, stk. 1, herefter er opfyldt, tager landsretten på dette grundlag Blågård Sogns Børneinstitution under konkurs' påstand om omstødelse til følge. [...]

3.4 Administrativ praksis

I udtalelse af 30. april 2009, j.nr. 2007-613/16, tog Statsforvaltningen Syddanmarks stilling til en henvendelse fra Landsforeningen Frie Børnehaver og Fritidshjem på vegne af en selvejende daginstitution i anledning af, at Fredericia Kommune havde opsagt institutionens driftsoverenskomst. Opsigelsen skete som reaktion på, at institutionen ønskede at hjemtage administrationen og overlade den til Landsforeningen Frie Børnehaver og Fritidshjem. Om sin kompetence udtalte Statsforvaltningen:

»Tilsynet vedrører alene kommunernes overholdelse af den lovgivning, der særligt gælder for offentlige myndigheder, d.v.s. den del af lovgivningen, der angår deres virksomhed som offentlige myndigheder. [...]

Det betyder, at tilsynet endvidere ikke kan tage stilling til spørgsmål af privatretlig karakter.

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

Om det materielle spørgsmål anførte Statsforvaltningen:

»Adgangen til at indgå driftsoverenskomst er med selvejende institutioner er [...] blot een af flere muligheder kommunen kan opfylde sin forsyningsforpligtelse på.

Med vedtagelse af de nye regler om administrationsbidrag er der på linie med - hvad der gælder for privatinstitutioner efter den dagældende servicelovs § 11a - givet de selvejende institutioner en egentlig ret til selv at varetage administrationen af visse opgaver.

Det frem går ikke af lovbemærkningerne, at det har været hensigten, at retten til administrationsbidrag fremover skulle afskære kommunen fra ud fra saglige kriterier at vælge, hvordan den vil opfylde sin forsyningsforpligtelse.

Statsforvaltningen har derfor ikke grund til at antage, at opsigelse af driftsoverenskomster med en selvejende institution i sig selv indebærer en tilsidesættelse af serviceloven. [...]

Også når kommunen træffer beslutninger inden for rammerne af kommunalfuldmagten, optræder den som offentlig myndighed. Den er således også i denne relation omfattet af den almindelige forvaltningsrets krav om saglige hensyn. Det indebærer, at den ikke må inddrage hensyn, herunder finansielle hensyn, som er uden sammenhæng med de tilskud, den garanti eller lignende, som kommunen beslutter at yde.

Det er i kommunalretlig praksis på den anden side antaget, at kommunalbestyrelsen har en almindelig pligt til at handle forsvarligt med kommunens økonomiske midler og ressourcer i det hele taget. [...]

Det fremgår af kommunens breve [...] at baggrunden for opsigelsen er den betydelige merudgift til administration, som udløses ved hjemtagelse af administrationsopgaven. Der er videre henvist til, at kommunen gennem de senere år konsekvent har effektiviseret og centraliseret administrationen for at opnå stordriftsfordele, så flest mulige ressourcer kommer børnene til gode. [...]

Vi finder ikke grundlag for at antage, at kommunen ved sin opsigelse har tilsidesat grundsætningen om saglig forvaltning. [...]

Kommunen har i sine overvejelser forud for opsigelsen foretaget et skøn over de administrative merudgifter, der kunne blive en følge af Dagmargårdens ønske om selv at varetage administrationen.

Efter statsforvaltningen[s] opfattelse er der ikke grundlag for at antage, at kommunens skøn over merudgiftens størrelse, specielt med hensyn til opgørelse af de indirekte udgifter hviler på urigtige faktiske forhold og dermed skulle indebære, at kommunens beslutningsgrundlag er forkert.«

I en udtalelse af 17. august 2021, j.nr. 18-593227, forholdt Ankestyrelsen sig til en klage fra Selveje Danmark i anledning af, at Hvidovre Kommune havde foreslået at nedsætte administrationstilskuddet til de selvejende daginstitutioner i kommunen til fra 2,35 til 1,08 af institutionens samlede driftsudgifter eksklusive ejendoms- og administrationsudgifter. Kommunen endte dog med at fastsætte tilskuddet til 1,5 med ni måneders varsel, da der ikke kunne opnås enighed. Ankestyrelsen anmodede Indenrigs- og Sundhedsministeriet om en udtalelse. Efter at have redegjort for reglerne udtalte ministeriet:

»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 kommune.«

Med hensyn til spørgsmålet om driftsoverenskomsten udtalte Ankestyrelsen om sin kompetence:

»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. [...]

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.«

Om saglighedskravet og forholdet til dagtilbudsloven udtalte Ankestyrelsen herefter:

»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.«

Selveje Danmark indbragte denne udtalelse for Folketingets Ombudsmand, der imidlertid ved udtalelse af 12. maj 2022, dok.nr. 21/04385-8/PK (utrykt) besluttede ikke at foretage en undersøgelse med følgende begrundelse:

»Kerneområdet for ombudsmandens virksomhed er at kontrollere rigtigheden af myndighedernes konkrete afgørelser over for borgerne og i den forbindelse at efterprøve, om myndighederne har overholdt gældende offentligretlige, herunder forvaltningsretlige, regler.

Ombudsmanden kan ikke behandle klager over domstolene. Det følger af § 7, stk. 2, i ombudsmandsloven. Det betyder, at jeg ikke kan behandle klager over domme og andre afgørelser fra domstolene. Efter praksis behandler jeg derfor heller ikke sager eller spørgsmål, som er under behandling ved domstolene, eller *som forventes* at blive indbragt for domstolene.

På baggrund af ovenstående har jeg besluttet ikke på det foreliggende grundlag at foretage mig noget i anledning af klagen over Ankestyrelsens udtalelse og spørgsmålet om nedsættelse af administrationstilskuddet, jf. ombudsmandslovens § 16, stk. 1.

Jeg henviser i den forbindelse til, at du - under telefonsamtalen den 25. februar 2022 med min medarbejder - har oplyst, at samtlige selvejende daginstitutioner i Hvidovre Kommune har henvendt sig til en advokat med henblik på at kunne rejse en sag mod Hvidovre Kommunes beslutning af 29. maj 2018 og oplysningsgrundlaget herfor. Du har endvidere oplyst, at der er indgivet ansøgning om fri proces.

Til din orientering kan jeg i øvrigt oplyse, at en række sagstyper i ombudsmandens praksis anses for mere naturligt at høre under domstolene, herunder sager med privatretlige problemstillinger. Jeg henviser i den forbindelse til Ombudsmandsloven med kommentarer af Lisbeth

Adserballe m.fl., 2. udgave, 2013, s. 79 og 144. Ombudsmanden afviser på den baggrund normalt at behandle denne type af sager, jf. ombudsmandslovens § 16, stk. 1«.

Den 15. januar 2024 besvarede børne- og undervisningsministeren et sålydende § 20-spørgsmål: »Mener ministeren, at det er rimeligt, at nogle kommuner sætter administrationstilskuddet til selvejende og private daginstitutioner lavere end 2,1 pct., der er mindsteniveauet på landsplan?«. Ministeren svarede bl.a.:

»Selvejende daginstitutioner spiller en vigtig rolle på dagtilbudsområdet og ikke mindst i mange familiers liv, og der er i Danmark en lang tradition for selvejende institutioner. Det følger af reglerne, at administrationstilskuddet til selvejende institutioner i nogle tilfælde skal udgøre 2,1 pct. af kommunens udgifter til alderssvarende dagtilbud, men kommunen og den selvejende institution kan selvfølgelig altid selv aftale et andet niveau. Der er derfor ikke tale om, at 2,1 pct. er mindsteniveauet på landsplan.

Herudover skal man være opmærksom på, at de 2,1 pct. er procentsats. Det betyder altså, at når kommunens driftsudgifter til dagtilbuddene stiger, vil administrationstilskuddet også stige, altså i kroner og øre. Kommunerne har siden 2020 modtaget et årligt beløb stigende til 1,3 mia. kr., og det er penge, som de har kunnet bruge til at ansætte mere pædagogisk personale. Det er en udløber af loven om minimumsnormeringer, og fra i år og frem bliver området tilført 1,6 mia. kr. mere til pædagogisk personale i daginstitutionerne. Det er klart, at når en kommune ansætter mere personale, stiger kommunernes driftsudgifter til området, og dermed vil administrationstilskuddet til de selvejende institutioner også alt andet lige stige.

Jeg synes, det er godt, at de selvejende institutioner har mulighed for selv at varetage administrationen, men jeg mener også, det er rimeligt, at en kommune kan indgå aftale med en selvejende institution om et lavere administrationstilskud, hvis kommunen selv kan udføre administrationsopgaven mere effektivt. Til sidst vil jeg bare sige, at en selvejende institution ikke er tvunget til selv at varetage administrationen. Kommunen er sådan set forpligtet til at varetage de administrative opgaver, hvis den selvejende institution selv ønsker det.«¹²

Børne- og Undervisningsministeriet har afgivet to vejledende udtalelser af 4. december 2023, j.nr. 23/13147, foranlediget af en henvendelse fra DLO og 18. april 2024, j.nr. 23/28932, foranlediget af en opfølgende henvendelse fra Kommunernes Landsforening (KL). De spørgsmål, som DLO henholdsvis KL stillede ministeriet, overlapper i vid udstrækning med spørgerammen for dette responsum. Ministeriet gengiver i vidt omfang blot reglerne i dagtilbudsloven, -bekendtgørelsen og -vejledningen samt dele af forarbejderne, jf. afsnit 3.1. Nedenfor gengives således kun udtalelserne i det

¹² Samling 2023/24, § 20-spørgsmål S 433, tidskode 13:27.

omfang, de indeholder selvstændige vurderinger eller lignende. For så vidt angår udtalelsen af 4. december 2023 udtaler ministeriet bl.a.:

»16. [...] Børne- og Undervisningsministeriet finder på den baggrund [ministerens svar på spørgsmål 8, jf. Folketingstidende 2004/05, 2. samling, Tillæg B, L 25, s. 465 f], at det må anses for en præmis for lovgivningen om administrationstilskud, at den ikke i sig selv begrænser kommunalbestyrelsernes adgang til at reducere et administrationstilskud inden for lovgivningens rammer i øvrigt. Det bemærkes derved, at dagtilbudsbekendtgørelsens § 14, stk. 3, indebærer en adgang til at indgå aftaler om størrelsen af administrationstilskud uanset dagtilbudsbekendtgørelsens § 14, stk. 2, og dagtilbudslovens § 35, stk. 2.

Hvis der således i en driftsaftale for en selvejende institution er bestemmelser, som efter deres indhold måtte give en kommunalbestyrelse ret til at reducere et administrationstilskud uden institutionens accept, vil dagtilbudslovgivningen ikke være til hinder herfor. Det bemærkes, at ved sådanne ændringer vil driftsaftalens bestemmelser om varsling skulle finde anvendelse. [...]

20. Dagtilbudsloven indeholder ikke bestemmelser om klageadgang i forhold til uenigheder mellem bestyrelsen for en selvejende daginstitution og kommunalbestyrelsen. Eventuelle tvistigheder om en driftsaftale, herunder i forbindelse med opsigelse, må afgøres efter dansk rets almindelige aftaleretlige principper, og uenigheder om aftalegrundlaget må i sidste ende afgøres ved domstolene.

Hvis bestyrelsen for en selvejende daginstitution finder, at der er spørgsmål om kommunalbestyrelsens overholdelse af lovgivningen, vil bestyrelsen også kunne rette henvendelse til det kommunale tilsyn, Ankestyrelsen. [...]

22. Børne- og Undervisningsministeriet forstår spørgsmålet som gående på en delvist opsigelse [sic] af en driftsaftale, hvor kommunalbestyrelsen alene opsiger driftsaftalens bestemmelser om administrationstilskud, men hvor der i øvrigt er enighed mellem parterne om, at driftsaftalen skal forsatte.

23. Selvejende daginstitutioner er kendetegnet ved, at de har indgået en driftsaftale med kommunalbestyrelsen, jf. dagtilskudslovens § 19, stk. 3. Det er aftalen, der regulerer forholdet mellem den selvejende daginstitution og kommunen inden for de rammer, der følger af dagtilbudslovgivningen.

En selvejende daginstitution, der har en driftsaftale med kommunalbestyrelsen, der ikke tager stilling til størrelsen af administrationstilskuddet, vil ikke have en aftale om størrelsen af administrationstilskuddet.

Hvor der er andre selvejende og udliciterede daginstitutioner i kommunen, vil administrations-tilskuddet skulle fastsættes i overensstemmelse med dagtilbudslovens § 35, stk. 2. [...]

For så vidt angår den opfølgende udtalelse af 18. april 2024 udtalte ministeriet bl.a.:

»Det er ministeriets vurdering, at hvis en kommunalbestyrelse vurderer, at den kan effektivisere administrationsopgaven, vil det, såfremt det er inden for driftsaftalens rammer, være i tråd med lovgivningen om administrationstilskud at søge at indgå en ny aftale med de selvejende daginstitutioner i kommunen, der selv varetager administrationen, om en nedsættelse af administrationstilskuddet.

En kommune kan ikke reducere et administrationstilskud, uden at dette følger af en aftale med den pågældende daginstitution. I fald at en selvejende daginstitution varetager administrationen, uden at der er indgået en aftale om særskilt fastsættelse af administrationstilskud, følger administrationstilskuddets størrelse af nærmere fastsatte regler. [...]

Det bemærkes, at en selvejende daginstitution er kendetegnet ved og betinget af en driftsaftale med kommunalbestyrelsen, jf. dagtilskudslovens § 19, stk. 3. Ved kommunalbestyrelsens vurdering af, hvordan den bedst, herunder mest økonomisk, opfylder sin forsyningsforpligtelse, jf. dagtilbudslovens § 4, skal kommunalbestyrelsen inddrage bl.a. hensynet til kommunens samlede økonomi, herunder administrationsudgifter.

Såfremt kommunen, f.eks. som følge af højere administrationsudgifter, finder, at den mere økonomisk kan sørge for det nødvendige antal pladser via andre daginstitutioner og/eller dagpleje, herunder andre selvejende daginstitutioner, kan en kommune opsige en driftsaftale med en selvejende daginstitution under iagttagelse af de for driftsaftalen gældende varslingsbestemmelser.«

DLO rettede på ny henvendelse til ministeriet foranlediget af Hortens notat af 4. juli 2024. I svar af 27. august 2024, j.nr. 24/27506, anfører ministeriet:

»DLO ønsker ministeriets bemærkninger til vurderingen, hvor det bl.a. konkluderes, at Frederiksberg Kommune lovligt vil kunne beslutte énsidigt at nedsætte det nuværende administrationstilskud på 1,8 procent med et rimeligt varsel til de selvejende daginstitutioner.

Indledningsvis bemærkes det, at ministeriet ikke kan forholde sig til konkrete sager, men kommunen har mulighed for at kontakte ministeriet, hvis nærværende brev giver anledning til spørgsmål.

Ministeriet kan overordnet bemærke, at en selvejende daginstitution reguleres på grundlag af en vedtægt og en driftsaftale.

Ministeriet vil desuden henvise til ministeriets vejledende udtalelse af den 4. december 2023 til DLO samt ministeriets vejledende udtalelse af den 18. april 2024 til KL. [...] Mere specifikt henvises til pkt. 16 i den vejledende udtalelse af den 18. april 2024 til KL [jf. ovenfor]«.

4. Vurdering

4.1 Indledning om retsforholdet i almindelighed

Spørgsmålene handler overordnet om den indbyrdes retsstilling mellem på den ene side selvejende daginstitutioner (og privatinstitutioner) og på den anden side kommunerne med hensyn til fastlæggelsen og reguleringen af administrationstilskud i de tilfælde, hvor institutionerne selv varetager hele eller dele af administrationen. Inden de enkelte spørgsmål tages op, er det hensigtsmæssigt at give en karakteristik af de overordnede problemstillinger, de knytter an til.

Kommunalbestyrelsen har det overordnede ansvar for dagtilbuddene og forsyningspligten i forhold hertil, jf. dagtilbudslovens §§ 3 a og 4. Kommunalbestyrelsen kan efter § 19 opfylde dette ansvar og denne pligt ved selv at drive daginstitutioner, ved at indgå driftsaftaler med selvejende daginstitutioner og udliciterede daginstitutioner samt ved at godkende privatinstitutioner. Det skal ses i lyset af dagtilbudslovens § 1, nr. 2, hvorefter loven bl.a. har til formål at give familier forskellige valgmuligheder, herunder i relation til offentlige og private tilbud.¹³ Selvejende daginstitutioner og privatinstitutioner er selvstændige retssubjekter oprettet på privatretligt grundlag.¹⁴ De er altså ikke en del af kommunen og kan heller ikke identificeres med deres eventuelle paraplyorganisationer.¹⁵ Den selvbestemmelse, der er karakteristisk for selvejende daginstitutioner og privatinstitutioner (sammenholdt med kommunale daginstitutioner) kommer bl.a. til udtryk i og understøttes af det forhold, at de kan vælge selv at varetage deres administration og i givet fald gøre krav på et administrationstilskud fra kommunen, jf. dagtilbudslovens §§ 35 og 38 og dagtilbudsbekendtgørelsens §§ 14 og 15. Dette skal ses i lyset af en lang tradition for selvejende institutioner og andre alternative organisationsformer i Danmark.¹⁶

Selvejende daginstitutioners må ikke generere nettoprofit, dvs. eventuelt overskud må kun anvendes til driftsformål eller andre vedtægtsbestemte formål. Over tid skal selvejende daginstitutioners

¹³ Jf. Folketingstidende 2006/07, Tillæg A, L 170, s. 5839.

¹⁴ Jf. Folketingstidende 2006/07, Tillæg A, L 170, s. 5855 f., dagtilbudsvejledningens pkt. 212 og UfR 2019 s. 275.

¹⁵ Se hertil også Østre Landsrets dom i UfR 2019 s. 275, jf. afsnit 3.3 til sidst.

¹⁶ Jf. Ernst Kauffmann, *Erhvervsdrivende selvejende institutioner*, 3. udg., 1973, s. 17 ff., 79 ff. og særligt i forhold til offentlige opgaver s. 405 ff. og 419 ff. og fra et samfundsvidenskabeligt perspektiv Charlotte Biil, *Samskabelse med en sommerfuglemodel* (ph.d.-afhandling, CBS), 2020, især s. 37 f. og 72 ff. med videre henvisninger.

indtægter og udgifter derfor balancere (»hvile i sig selv-princippet«). Privatinstitutioner må derimod drives på kommercielle vilkår, dvs. de må generere overskud til en ejer.¹⁷ Denne forskel indebærer, at pligten efter kommunalfuldmagten til ikke at berige enkeltpersoner eller enkelte virksomheder (og dermed omfordele økonomiske goder mellem kommunens borgere), ikke er relevant for de selvejende daginstitutioner, da hvile i sig selv-princippet udelukker berigelse.¹⁸

Etablering af selvejende daginstitutioner forudsætter en aftale (driftsoverenskomst) med kommunalbestyrelsen, jf. daginstitutionslovens § 19, stk. 3. Det er således driftsoverenskomsten, der sammen med vedtægten og lovgivningen regulerer selvejende daginstitutioner og kommunens indbyrdes retsforhold. Det er i dagtilbudsvejledningens pkt. 215 ff. og i kommunaltilsynspraksis (med henvisning til vejledningen)¹⁹ uden videre lagt til grund, at driftsoverenskomsten har karakter af en almindelig »privatretlig« aftale. Dette er efter min opfattelse en forældet og ikke retvisende karakteristik. En vejledningstekst ikke er formelt bindende og kan derfor ikke i sig selv danne grundlag for juridiske forpligtelser eller rettigheder.²⁰ Eftersom driftsoverenskomster i udpræget grad vedrører forhold, der er undergivet offentligretlig regulering, og idet enkelte vilkår i driftsoverenskomster efter omstændighederne kan ensidigt fastsættes af kommunen, er det efter min opfattelse mere retvisende at karakterisere driftsoverenskomsten som en *forvaltningskontrakt*.²¹ Det gælder med sikkerhed en aftale om administrationstilskud, jf. afsnit 4.2.1. Begrebet i sig selv er naturligvis underordnet; det centrale er, at driftsoverenskomsten *ikke* har meget med en traditionel privatretlig (formueretligt) retshandel at gøre. Det kan få betydning for, hvordan nogle af spørgsmålene skal besvares.

Privatinstitutioner oprettes efter en godkendelse fra kommunalbestyrelsen, jf. dagtilbudslovens § 19, stk. 5. Privatinstitutioner har retskrav på en godkendelse, når de opfylder kravene, jf. § 20, stk. 1. Modsætningsvist har selvejende daginstitutioner ikke et ubetinget retskrav på etablering, hvilket også kan udledes af betingelsen om en aftale i § 19, stk. 3. Sammenhængen mellem reglerne er den, at hvis

¹⁷ Jf. Folketingstidende 2006/07, Tillæg A, L 170, s. 5855 f.

¹⁸ Om forholdet mellem hvile i sig selv-princippet og forvaltningsretlige og kommunalretlige grundsætninger se Birgitte Egelund Olesen, *Hvile i sig selv princippet*, 1999, s. 93 ff. og 213 ff., Steen Rønsholdt og Azad Taheri Abkenar, *Kommunalret i grundtræk*, 3. udg., 2020, s. 91, Mogens Heide-Jørgensen, *Den kommunale interesse*, 1993, s. 388 og 467 ff. (særligt s. 505 f.) og Frederik Gammelgaard, *Kommunal erhvervsvirksomhed*, 2004, s. 100,

¹⁹ Jf. Ankestyrelsens udtalelse af 17. august 2021, j.nr. 18-593227.

²⁰ Jf. Justitsministeriets vejledning nr. 9594 af 9. juli 2021 om administrative forskrifter, afsnit 5.

²¹ Se herom Rasmus Grønved Nielsen, *Forvaltningskontrakter*, 2021, generelt s. 34 ff., 168 ff. og 742 ff. og specifikt i forhold til driftsoverenskomster og andre aftaler på det sociale område s. 218 ff., 496 og 595 f., Rasmus Grønved Nielsen, *Aftaler og forvaltningsret*, 2023, s. 15 ff. og 39 ff., Poul Andersen, *Dansk Forvaltningsret*, 5. udgave, 1965, s. 464 ff. og Karsten Naundrup Olesen, *Samfundsloddet*, 2005, s. 89 ff.

en kommune nægter at indgå en driftsoverenskomst eller opsiges en eksisterende driftsoverenskomst med en selvejende institution, står det de ansvarlige frit for at oprette en privatinstitution.²²

En godkendelse efter daginstitutionslovens § 19, stk. 5, er en afgørelse i forvaltningslovens forstand, mens en driftsoverenskomst ikke er det.²³ I forbindelse med en godkendelse skal kommunen således overholde partsgarantierne i forvaltningsloven, herunder reglerne om partshøring (§ 19), begrundelse (§§ 22 og 24) og klagevejledning (§ 25). Selv om en driftsoverenskomst ikke er en afgørelse, men en forvaltningskontrakt, skal kommunen overholde visse forvaltningsretlige grundsætninger, herunder navnlig officialprincippet, grundsætningen om saglig forvaltning, lighedsgrundsætningen og proportionalitetsprincippet, både i forbindelse med indgåelse og senere håndhævelse af aftalen.²⁴ En ensidig fastlæggelse af administrationsbidrag – uanset om dette sker initialt eller senere i forbindelse med en regulering – er derimod efter min vurdering en afgørelse i forvaltningslovens forstand, jf. nærmere afsnit 4.2 og 4.3.²⁵

4.2 Fastsættelse af administrationstilskud (spørgsmål A)

Hvorledes fastsættes administrationstilskud for 1) selvejende daginstitutioner, der drives i henhold til en driftsoverenskomst efter dagtilbudslovens § 19, stk. 3, og 2) privatinstitutioner, der drives i henhold til dagtilbudslovens § 19, stk. 5.

Reglerne om fastsættelse af administrationstilskud fremgår af dagtilbudslovens §§ 35 og 38 samt dagtilbudsbekendtgørelsens §§ 14 og 15. Det følger klart af ordlyden (»skal«, jf. § 35, stk. 1, og § 38, stk. 1) og forarbejderne,²⁶ at selvejende daginstitutioner og privatinstitutioner har *retskrav* på et administrationstilskud, såfremt de hjemtager administrationen. Hensigten med denne ordning var dels at sikre ligebehandling, da institutioner tidligere kun kunne kræve administrationstilskud(/-bidrag),

²² Jf. Ministerens svar på spørgsmål 18, Socialudvalget 2004/05, 1. samling, L 85.

²³ Jf. Grønved Nielsen (2021) op.cit., s. 414 ff. og Grønved Nielsen (2023) op.cit., s. 92 ff. Dette kan også indirekte udledes af de kilder, der viser, at en opsigelse af en driftsoverenskomst ikke er en afgørelse, jf. f.eks. Højesterets dom i UfR 2003 s. 646.

²⁴ Jf. Højesterets dom i UfR 2003 s. 646, dagtilbudsvejledningens pkt. 222, Statsforvaltningens udtalelse af 30. april 2009, j.nr. 2007-613/16, Ankestyrelsens udtalelse af 17. august 2021, j.nr. 18-593227 og Grønved Nielsen (2021) op.cit., s. 122 ff. et passim.

²⁵ Der er i øvrigt intet til hinder for at kombinere afgørelses- og aftaleelementer, jf. Grønved Nielsen (2021) op.cit., s. 256 ff.

²⁶ Jf. Folketingstidende 2004/05, 2. samling, Tillæg A, L 25, s. 707 (»får ret til«) og Folketingstidende 2006/07, Tillæg A, L 170, s. 5868 (»et lovkrav om administrationstilskud«).

hvis det fulgte af driftsaftalen, dels at understøtte institutionernes selvbestemmelse, og dels i forlængelse heraf at »styrke variationen af dagtilbud«.²⁷

Spørgsmålet er herefter, hvordan administrationstilskuddet kan fastsættes. I den henseende må sondres mellem de to driftsformer. Svaret i det følgende lægger til grund, at administrationstilskuddet skal fastsættes *for første gang* til nye institutioner, idet spørgsmål om ændringer af eksisterende ordninger behandles i de efterfølgende spørgsmål.

4.2.1 Selvejende daginstitutioner

Reglerne for fastsættelse (beregning) af administrationstilskud til selvejende daginstitutioner, jf. dagtilbudslovens § 19, stk. 3, følger af lovens § 35, stk. 2, og dagtilbudsbekendtgørelsens § 14. Ifølge bekendtgørelsens § 14, stk. 1, og dagtilbudslovens forarbejder²⁸ er administrationstilskuddet knyttet til følgende opgaver: Løn, bogføring, budget/regnskab, revision og personalejuridisk bistand. Reglerne er lovteknisk set opbygget sådan, at parterne som udgangspunkt kan *aftale* administrationstilskuddet, jf. dagtilbudsbekendtgørelsens § 14, stk. 3, men at kommunen i mangel af enighed kan ensidigt fastlægge tilskuddet i overensstemmelse med reglerne i dagtilbudslovens § 35, stk. 2, og bekendtgørelsens § 14, stk. 2. Sammenhængen uddybes i det følgende.

I. Administrationstilskud efter aftale (§ 14, stk. 3)

Den selvejende daginstitution og kommunalbestyrelsen kan efter dagtilbudsbekendtgørelsen § 14, stk. 3, fastsætte administrationstilskuddet ved aftale. Det forudsætter selvsagt enighed mellem parterne. Selv om dagtilbudsvejledningens pkt. 393 angiver, at parterne har aftalefrihed, er denne frihed dog begrænset af offentligretlige krav.²⁹

Det er i bestemmelsen forudsat, at procentsatsen (der normalt er knyttet til institutionens driftsudgifter) i et vist omfang kan variere fra den sats, der ville skulle fastlægges ensidigt af kommunen efter dagtilbudslovens § 35, stk. 2, henholdsvis bekendtgørelsens § 14, stk. 2. Dette er ikke i sig selv problematisk i henhold til lighedsgrundsætningen, såfremt eventuelle variationer kan begrundes sagligt.³⁰ Der er med andre ord et vist forhandlingsrum. Dette kan også udledes af det forhold, at en selvejende daginstitution i mangel af en aftale, altid har *retskrav* på at oprette en privatinstitution, der opfylder kravene, jf. dagtilbudslovens § 19, stk. 5, og § 20.

²⁷ Jf. Folketingstidende 2004/05, 2. samling, Tillæg A, L 25, s. 707 og 709 samt Folketingstidende 2006/07, Tillæg A, L 170, s. 5868 f.

²⁸ Jf. Folketingstidende 2006/07, Tillæg A, L 170, s. 5868 f.

²⁹ Jf. Grønved Nielsen (2021) op.cit., s. 268 ff., 280 ff. og 297 ff. og Grønved Nielsen (2023) op.cit., s. 51 ff. og 58 ff.

³⁰ Jf. Grønved Nielsen (2021) op.cit., s. 322 ff. og Grønved Nielsen (2023) op.cit., s. 68 ff.

Parterne kan godt aftale en procentsats, der harmonerer med den, kommunen kan fastlægge i mangel af enighed, ligesom parterne kan aftale en sats, der er under dette niveau. Der er heller ikke noget til hinder for, at parterne aftaler et administrationstilskud, der ikke er udtryk for en procentsats, men et bestemt beløb (der eventuelt reguleres), jf. Højesterets dom i UfR 2003 s. 646.

En aftale om administrationstilskud er ikke en afgørelse i forvaltningslovens forstand,³¹ men er i kerneområdet af forvaltningskontraktsbegrebet, da alternativet til en aftale er en ensidig kommunal beslutning (myndighedsudøvelse).³² Det stiller bl.a. krav til kommunen under forhandlingsfasen, herunder i relation til sagsoplysning og loyal vejledningspligt angående konsekvenserne ved manglende enighed, jf. straks nedenfor.³³ Daginstitutionen har ret til at lade sig repræsentere over for kommunen både under forhandlingen og eventuelt i det efterfølgende forløb, jf. princippet i forvaltningslovens § 8.³⁴

II. Administrationstilskud baseret på eksisterende aftaler (§ 35, stk. 2)

Hvis parterne ikke kan blive enige om administrationstilskuddets beregning, er loven hovedregel herafter, at administrationstilskuddet skal svare til det gennemsnitlige administrationstilskud pr. barn, som kommunalbestyrelsen giver til selvejende og udliciterede daginstitutioner i kommunen, jf. dagtilbudslovens § 35, stk. 2. Dette er ifølge forarbejderne udtryk for et »vægtet gennemsnit baseret på eksisterende aftaler med selvejende [og udliciterede] institutioner, der indeholder alle fem administrationsopgaver«.³⁵

Hovedreglen finder anvendelse, når kommunen allerede har *aftaler* med institutioner angående administrationstilskud omfattende alle de fem administrationsopgaver, jf. også dagtilbudsbekendtgørelsens § 14, stk. 2, forudsætningsvist. Det er udtryk for et lighedsprincip, der slår igennem, når parterne ikke kan enes om andet. Disse aftaler må antages både at omfatte aftaler, der er indgået, før reglerne blev vedtaget, og aftaler indgået efter dagtilbudsbekendtgørelsen § 14, stk. 3. De omfatter ikke ensidigt fastsatte administrationstilskud.

Hvis der findes sådanne aftaler, skal kommunen fastlægge satsen i overensstemmelse med bestemmelsen og må ikke f.eks. benytte sig af tilbagefaldsreglen (medmindre parterne aftaler andet). Hvis

³¹ Jf. Grønved Nielsen (2021) op.cit., s. 414 ff. og Grønved Nielsen (2023) op.cit., s. 92 ff.

³² Jf. Grønved Nielsen (2021) op.cit., s. 233 ff. og Grønved Nielsen (2023) op.cit., s. 22 ff.

³³ Jf. Grønved Nielsen (2021) op.cit., s. 432 ff. og 439 ff. og Grønved Nielsen (2023) op.cit., s. 101 ff. og 105 ff.

³⁴ Retten til repræsentation er ikke begrænset til afgørelsessager, jf. Niels Fenger, *Forvaltningsloven med kommentarer*, 2. udg., 2020, s. 315 ff.

³⁵ Jf. Folketingstidende 2006/07, Tillæg A, L 170, s. 5868 f. (min understregning). Se også dagtilbudslovens pkt. 391.

der ikke findes sådanne aftaler, *skal* kommunen til gengæld følge tilbagefaldsreglen (medmindre parterne aftaler andet).

III. Administrationstilskud efter tilbagefaldsreglen: 2,1 pct. (§ 14, stk. 2)

Det følger herefter af dagtilbudsbekendtgørelsens § 14, stk. 2, at såfremt kommunen ikke har selvejende eller udliciterede institutioner, der modtager et administrationstilskud fastsat ved aftale med kommunalbestyrelsen, eller der varetager administrationen af alle fem opgaver, jf. ovenfor, finder følgende »tilbagefaldsregel« anvendelse: Administrationstilskuddet udgør i så fald 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. Ifølge forarbejderne til dagtilbudsloven afspejler procentsatsen »kommunernes gennemsnitlige administrationstilskud til selvejende daginstitutioner og regnskabstal fra selvejende daginstitutioner.«³⁶

Sammenhængen i reglerne tilsiger, at beregningen heraf tager afsæt i de fem administrationsopgaver i § 14, stk. 1. Hvis § 14, stk. 2, finder anvendelse – dvs. der ikke foreligger eksisterende aftaler om administrationstilskud omfattende de fem opgaver, og parterne kan ikke nå til enighed herom – *skal* administrationstilskuddet fastlægges som foreskrevet i bestemmelsen.³⁷ Der er ikke hjemmel til at begrænse tilbagefaldsreglen til tilfælde aftaler, der er indgået *efter* reglens ikrafttrædelse, jf. afsnit 4.4.

Det kan bemærkes, at ministersvaret på spørgsmål 8, der blev givet under Folketingets behandling af lovforslaget, om, at bestemmelsen ikke skal »forårsage en prisspiral, hvor de selvejende daginstitutioner får et fast beløb og hvor kommunerne på ingen måder har mulighed for at foretage effektiviseringer«,³⁸ ikke kan begrunde en fravigelse af procentsatsen på 2,1. Kommunale effektiviseringer vil i sagens natur kunne medføre en nominel sænkning af tilskuddet i kroner og ører. Dette skal også ses i lyset af formålet med bestemmelsen, nemlig at styrke institutionernes retsposition over for kommunen, herunder i lyset af Allerød-dommen (UfR 2003 s. 646). Det fremgår tydeligt af et andet ministersvar givet i umiddelbar forlængelse af ovenstående (spørgsmål 9): »Hensigten med lovforslaget er, at de selvejende daginstitutioner får ret til et administrationsbidrag fra kommunen, som baseres på det beløb kommunen bruger på administration i forhold til selvejende og kommunale daginstitutioner i dag«.³⁹ Det skal sammenholdes med, at Højesteret i UfR 2003 s. 646 udtrykkeligt fastslog, »at institutionerne ikke i henhold til lovgivningen har et retskrav på, at administrations- og

³⁶ Folketingstidende 2006/07, Tillæg A, L 170, s. 5869.

³⁷ Jf. også dagtilbudsvejledningens pkt. 392, hvorefter institutionerne i så fald er »sikret« et tilskud efter tilbagefaldsreglen.

³⁸ Ministerens svar på spørgsmål 8, jf. Folketingstidende 2004/05, 2. samling, Tillæg B, L 25, s. 465 f.

³⁹ Ministerens svar på spørgsmål 9, Socialudvalget 2004/05, 2. samling, L 25 (min understregning).

revisionsudgifterne fastsættes som en bestemt procentdel af driftsudgifterne«. Det er denne retsstilling, som lovgivningsmagten tilsigtede at ændre. Procentsatsen på 2,1 sikrer med andre ord selvejende daginstitutioner en *nedre grænse*, hvis parterne ikke kan blive enige om andet, og kommunen ikke allerede har aftaler om administrationstilskud med andre institutioner. At beløbet nominelt herefter kan fluktuere som følge af kommunale effektiviseringer mv., er en anden ting. Dette er senest fremhævet i en nyere ministersvar på et § 20-spørgsmål.⁴⁰

IV. Ensidigt fastsat administrationstilskud – afgørelsesbegreb og sagsbehandling

Jeg kan ikke se, at der noget sted er taget stilling til, om en kommunes fastsættelse af administrationsbidrag er en afgørelse i forvaltningslovens forstand. Når en kommune fastsætter administrationstilskuddet *ensidigt* efter dagtilbudslovens § 35, stk. 2, eller dagtilbudsbekendtgørelsens § 14, stk. 2, er det efter min klare vurdering omfattet af afgørelsesbegrebet, jf. forvaltningslovens § 2, stk. 1. Det skyldes, at der er tale om en ensidig fastlæggelse af gældende ret på et offentligretligt grundlag over for den selvejende daginstitution.⁴¹ Det er tilfældet, uanset at driftsoverenskomsten ikke er en afgørelse, jf. afsnit 4.1.

Eftersom den selvejende daginstitution er part, skal kommunen overholde forvaltningslovens regler, herunder partshøre over grundlaget for beregningen, jf. forvaltningslovens § 19, stk. 1, og give en behørig begrundelse herfor, jf. lovens §§ 22 og 24, ligesom kommunen skal vejlede om muligheden for at indbringe afgørelsen for Ankestyrelsen efter forvaltningslovens § 25, jf. dagtilbudslovens § 97 (jf. kap. 10 i lov om retssikkerhed og administration på det sociale område), jf. hertil afsnit 4.8.1 nedenfor. Aktindsigtsanmodninger skal behandles efter de særlige regler om partsaktindsigt i forvaltningslovens kap. 4. Hertil kommer, at kommunen ifølge det uskrevne officialprincip har pligt til at oplyse sagen på et objektivt grundlag i et sådant omfang, at der kan foretages en forsvarlig fastlæggelse (beregning) af beløbet. Det stiller altså krav til beregningsgrundlaget.

V. Delvis varetagelse af administrationsopgaver

Hvis den selvejende daginstitution kun ønsker at varetage en del af de fem administrationsopgaver (og lade kommunen stå for resten), jf. dagtilbudsbekendtgørelsens § 14, stk. 1, kan parterne aftale et forholdsmæssigt administrationstilskud, jf. § 14, stk. 4. Om denne aftale gælder det samme som aftalen efter § 14, stk. 3, jf. ovenfor. En sådan aftale indgår derimod ikke i grundlaget for beregning af

⁴⁰ Jf. samling 2023/24, § 20-spørgsmål S 433, tidskode 13:27.

⁴¹ Se forvaltningslovens afgørelsesbegreb Folketingstidende 1985786, Tillæg A, L 4, sp. 115 f. og pkt. 10 i vejledning nr. 11740 af 4. december 1986 til forvaltningsloven samt hertil bl.a. Fenger (2020) op.cit., s. 83 ff. og Karsten Revsbech m.fl., *Forvaltningsret – sagsbehandling*, 8. udg. 2019, s. 21 ff.

administrationsbidraget for andre institutioner, jf. § 14, stk. 2, og § 15, stk. 2, hvilket giver god mening, da niveauet eller ville blive beregnet kunstigt lavt.

VI. Delkonklusion

Retsstillingen kan sammenfattes sådan, at tilbagefaldsreglen med et administrationstilskud på 2,1 pct. skal lægges til grund, medmindre kommunen aftaler andet med den konkrete selvejende daginstitution, eller kommunen har indgået aftaler med andre selvejende eller udliciterede daginstitutioner om administrationstilskuddets størrelse (vedrørende alle fem opgaver).

4.2.2 *Privatinstitutioner*

Reglerne for fastsættelse (beregning) af administrationstilskud til privatinstitutioner, jf. dagtilbudslovens § 19, stk. 5, følger af lovens § 38, stk. 2, og dagtilbudsbekendtgørelsens § 15. Ifølge bekendtgørelsens § 15, stk. 1, og dagtilbudslovens forarbejder⁴² er administrationstilskuddet knyttet til følgende opgaver: Løn, bogføring, budget/regnskab, revision og personalejuridisk bistand. I modsætning til de parallelle regler angående selvejende daginstitutioner er der *ikke* hjemmel til at fastsætte administrationstilskuddet ved aftale, bortset fra at parterne kan aftale, at administrationstilskuddet skal fastsættes forholdsmæssigt i forhold til delvis overtagelse af de omfattede administrative opgaver, jf. dagtilbudsbekendtgørelsens § 15, stk. 3. Dette hænger sammen med, at privatinstitutioner drives på grundlag af en godkendelse, ikke en driftsoverenskomst, jf. dagtilbudslovens § 19, stk. 5, og § 20. Dette er også forudsat i dagtilbudslovens § 35, stk. 2, og § 38, stk. 2, da disse bestemmelser – som reference-ramme – alene omfatter selvejende og udliciterede daginstitutioner.

Udgangspunktet for privatinstitutioner er, at administrationstilskuddet skal svare til det gennemsnitlige administrationstilskud pr. barn, som kommunalbestyrelsen giver til selvejende og udliciterede daginstitutioner i kommunen, jf. dagtilbudslovens § 38, stk. 2. Dette er ifølge forarbejderne udtryk for et »vægtet gennemsnit baseret på eksisterende aftaler med selvejende [og udliciterede] institutioner, der indeholder alle fem administrationsopgaver«. ⁴³ Hovedreglen finder anvendelse, når kommunen allerede har *aftaler* med institutioner angående administrationstilskud omfattende alle de fem administrationsopgaver, jf. også dagtilbudsbekendtgørelsens § 15, stk. 2, forudsætningsvist. Disse aftaler må antages både at omfatte aftaler, der er indgået, før reglerne blev vedtaget, og aftaler indgået efter dagtilbudsbekendtgørelsen § 14, stk. 3. De omfatter imidlertid ikke ensidigt fastsatte administrationstilskud. Hvis der findes sådanne aftaler, *skal* kommunen fastlægge satsen i overensstemmelse

⁴² Jf. Folketingstidende 2006/07, Tillæg A, L 170, s. 5870.

⁴³ Jf. Folketingstidende 2006/07, Tillæg A, L 170, s. 5868 f. (min understregning). Se også dagtilbudslovens pkt. 391.

med bestemmelsen og må ikke f.eks. benytte sig af tilbagefaldsreglen. Hvis der *ikke* findes sådanne aftaler, *skal* kommunen til gengæld følge tilbagefaldsreglen.

Det følger herefter af dagtilbudslovens § 15, stk. 2, at såfremt kommunen ikke har selvejende eller udliciterede institutioner, der modtager et administrationstilskud fastsat ved aftale med kommunalbestyrelsen, eller der varetager administrationen af alle fem opgaver, jf. ovenfor, finder følgende »*tilbagefaldsregel*« anvendelse: Administrationstilskuddet udgør i så fald et beløb på 2,5 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. Ifølge forarbejderne afspejler procentsatsen »kommunernes gennemsnitlige administrationstilskud til selvejende daginstitutioner og regnskabstal fra selvejende daginstitutioner.«⁴⁴ Den højere sats (2,5 pct.) sammenlignet med selvejende daginstitutioner (2,1 pct.) er alene udtryk for en momsmæssig korrektion. Sammenhængen i reglerne tilsiger, at beregningen heraf tager afsæt i de fem administrationsopgaver i § 15, stk. 1. Hvis § 15, stk. 2, finder anvendelse – dvs. der ikke foreligger eksisterende aftaler om administrationstilskud omfattende de fem opgaver – *skal* administrationstilskuddet fastlægges som foreskrevet i bestemmelsen.⁴⁵

Fastlæggelse af administrationstilskud til privatinstitutioner efter ovennævnte regler er efter min vurdering udtryk for en afgørelse i forvaltningslovens forstand, og kommunen skal derfor iagttage forvaltningslovens partsgarantier, jf. nærmere afsnit 4.2.1, pkt. IV.

Retsstillingen kan sammenfattes sådan, at tilbagefaldsreglen med et administrationstilskud på 2,5 pct. gælder, medmindre kommunen har indgået aftaler med selvejende eller udliciterede daginstitutioner om administrationstilskuddets størrelse omfattende alle fem opgaver.

4.3 Ændring af administrationstilskud (spørgsmål B)

Under hvilke betingelser kan der ske ændring af de under spørgsmål A nævnte administrationstilskud? Såfremt en ændring ikke kan ske ensidigt af en kommunal forvaltning, men kræver enighed, jf. vejledning til dagtilbudslovens punkt 393, ønskes beskrevet, inden for hvilke rammer en kommune kan agere i forhold til at ændre et administrationstilskud, hvis antallet af opgaver omfattet af tilskuddet i øvrigt er uændrede.

⁴⁴ Folketingstidende 2006/07, Tillæg A, L 170, s. 5869 f.

⁴⁵ Jf. dagtilbudsvejledningens pkt. 393, jf. pkt. 392, hvorefter institutionerne i så fald er »sikret« et tilskud efter tilbagefaldsreglen. Bemærkningen om ministersvaret i afsnit 4.2.1 gælder også her.

Når administrationstilskuddet er fastsat, er det ikke udelukket efterfølgende at ændre det. Helt overordnet skyldes det, at der er tale om et løbende retsforhold, hvor det normalt er et (udtrykkeligt eller implicit) vilkår, at delelementer kan tilpasses efter omstændighederne. De retlige rammer herfor afhænger af, om det administrationstilskud, der ønskes ændret, er fastsat ved driftsoverenskomst (dvs. i forhold til selvejende daginstitutioner) eller ensidigt fastsat efter reglerne i dagtilbudsloven og -bekendtgørelsen (dvs. i forhold til både selvejende daginstitutioner og privatinstitutioner). De omtales hver for sig i det følgende, men resultatet bliver dog i vid udstrækning det samme. Til sidst omtales særskilt ændringer begrundet i effektiviseringer og hensynet til økonomisk forsvarlig forvaltning.

Overordnet bemærker jeg, at jeg med »ændring« som udgangspunkt forstår en ændring af en eksisterende *processats*. Nominelle ændringer som følge af udviklingen i den enkelte institutions driftsudgifter eller udgifterne hertil i kommunen (afhængig af den valgte model for fastsættelse af administrationstilskud) forekommer automatisk fra år til år med en procentbaseret tilskudsordning.

4.3.1 Ændring af aftalt administrationstilskud (sevejende daginstitutioner)

Spørgsmålet er først, hvornår et administrationstilskud kan anses for aftalt. Det kan det med sikkerhed, hvis der er indgået aftale herom med afsæt i dagtilbudsbekendtgørelsens § 14, stk. 3. Det samme er tilfældet, hvis der er vilkår herom i driftsoverenskomsten. I de eksempler, jeg har set, er det i nogle driftsaftaler bestemt, at kommunen skal betale et administrationsbidrag, men hverken procentsats eller beløb fremgår af selve aftalen; det fastsættes af kommunen.⁴⁶ Aftale forudsætter imidlertid ikke nødvendigvis udtrykkelig stillingtagen. Eftersom der ingen formkrav gælder, kan administrationstilskud, herunder størrelse, efter omstændigheder være aftalt mundtligt eller gennem parternes praksis, såfremt det kan anses for bevist.⁴⁷ Kommunen har i den forbindelse en særlig dokumentationspligt.⁴⁸ Det forudsætter en konkret vurdering af hver enkelt sag for sig, hvilket falder uden for opdraget.

Hvis det lægges til grund, at administrationstilskuddet må anses for aftalt, bliver spørgsmålet, hvordan det kan ændres. Her må der sondres mellem forskellige situationer:

I. Ændring ved ny aftale

For det første kan parterne altid aftale at ændre administrationstilskuddet, såfremt de er enige (ny aftale), jf. dagtilbudsbekendtgørelsens § 14, stk. 3, og dagtilbudsvejledningens pkt. 393. Det

⁴⁶ Jf. § 9 i driftsoverenskomst af 12. november 1996, § 9 i driftsoverenskomst af 22. februar 1996 og § 3 i driftsoverenskomst af 19. december 2003, jf. afsnit 3.2.

⁴⁷ Jf. Grønved Nielsen (2021) op.cit., s. 449 ff. og Grønved Nielsen (2023) op.cit., s. 109 ff. Dette er også forudsat i Allerød-dommen (UfR 2003 s. 464).

⁴⁸ Ibid.

forudsætter selvfølgelig, at resultatet er lovmedholdeligt. En sådan aftale er ikke en afgørelse i forvaltningslovens forstand.

II. Aftalehjemlet ensidig ændring

For det andet kan ændringsadgangen være reguleret i driftsoverenskomsten eller aftalekomplekset i øvrigt. I nogle af de eksempler, jeg har set,⁴⁹ og som er blevet behandlet i administrativ praksis,⁵⁰ kan kommunen ifølge aftalen ændre administrationstilskuddet med ni måneders varsel. En sådan aftalehjemlet ensidig ændringsadgang er ikke uforenelig med lovgivningen.⁵¹ Til gengæld skal kommunen overholde lovgivningen, når den ensidigt fastlægger det ændrede administrationstilskud. Det betyder, tilbagefaldsreglen med et administrationstilskud på 2,1 pct. skal lægges til grund, medmindre kommunen aftaler andet med den konkrete selvejende daginstitution, eller kommunen har indgået aftaler med andre selvejende eller udliciterede daginstitutioner om administrationstilskuddets størrelse (omfattende alle fem opgaver), jf. dagtilbudslovens § 35, stk. 2, og dagtilbudsbekendtgørelsens § 14, stk. 2 og 3.

Det kan give anledning til tvivl, om den ensidige ændring er udtryk for en afgørelse i forvaltningslovens forstand. På den ene side kan anføres, at ændringen udspringer af et aftalt vilkår, og at der derfor ikke er tale om en afgørelse. På den anden side er fastlæggelsen af det ændrede administrationsbidrag offentligt reguleret og udtryk for en ensidig beslutning. Hertil kommer, at lovgivningens bestemmelser kan siges at have forrang for et aftalt vilkår, der stiller den selvejende daginstitution ringere end, hvad der følger af dagtilbudsloven og -bekendtgørelsen, jf. afsnit 4.4 nedenfor. Efter min opfattelse taler mest på denne baggrund for, at der er tale om en afgørelse, men denne vurdering er behæftet med en vis usikkerhed. Hvis det lægges til grund, at ændringen er en afgørelse, skal forvaltningslovens regler iagttages parallelt med relevante retsgrundsætninger. En ændring skal således være begrundet i saglige hensyn, ligesom en ændring forudsætter et behørigt varsel (ved partshøring, jf. forvaltningslovens § 19), uanset om det er selvstændigt aftalt eller ej.⁵²

III. Ensidig ændring i øvrigt

For det tredje kan forholdet være ureguleret af driftsoverenskomsten. Grundsætningen om, at aftaler er bindende, kan i så fald ikke medføre, at kommunen er absolut afskåret fra at ændre et aftalt

⁴⁹ § 9 i driftsoverenskomster af 12. november 1996 og 22. februar 1996, jf. afsnit 3.2.

⁵⁰ Ankestyrelsens udtalelse af 17. august 2021, j.nr. 18-593227.

⁵¹ Jf. også pkt. 16 i ministeriets vejledende udtalelser af 4. december 2023, j.nr. 23/13147.

⁵² Grønved Nielsen (2021) op.cit., s. 545 ff. og 497 ff. og Grønved Nielsen (2023) op.cit., s. 144 f. Selv om der ikke er tale om ophævelse, kan synspunktet også støttes på Højesterets præmisser i UfR 2011 s. 3402.

administrationstilskud ensidigt, ifald parterne ikke kan nå til enighed.⁵³ Det skyldes dels, at der er tale om et løbende retsforhold, og at en ændring kan anses for det mindre i det mere i forhold til den (aftalte eller forudsatte) adgang til opsigelse, jf. afsnit 4.5, og dels at kommunen som aftalepart i almindelighed har en udvidet ændringsadgang, såfremt omstændighederne taler for det.⁵⁴

Ændringsadgangen er dog ikke fri. Det beror bl.a. på en konkret vurdering af de relevante omstændigheder, herunder motivationen for ændringen, aftalens længde, institutionens berettigede forventninger og den konkrete fremgangsmåde. En ensidig ændring skal naturligvis være i overensstemmelse med lovgivningen. Det betyder, tilbagefaldsreglen med et administrationstilskud på 2,1 pct. skal lægges til grund, medmindre kommunen aftaler andet med den konkrete selvejende daginstitution, eller kommunen har indgået aftaler med andre selvejende eller udliciterede daginstitutioner om administrationstilskuddets størrelse (i forhold til alle fem opgaver), jf. dagtilbudslovens § 35, stk. 2, og dagtilbudsbekendtgørelsens § 14, stk. 2 og 3.

En ensidig ændring på dette grundlag vil utvivlsomt være en *afgørelse* i forvaltningslovens forstand af samme grunde, som en ensidig fastsættelse af administrationstilskud er det, jf. afsnit 4.2.1, pkt. IV. Forvaltningslovens regler skal derfor iagttages parallelt med relevante retsgrundsætninger. En ændring skal således være begrundet i saglige hensyn, jf. tilsvarende pkt. II ovenfor.

Som eksempel på en ændring af et aftalt administrationstilskud, der kan være velbegrundet, kan nævnes det tilfælde, at tilskuddet er fastsat til et bestemt beløb (i stedet for en procentsats af driftsudgifterne), og at forudsætningerne for denne fastsættelse har forskubbet sig, f.eks. som følge af et ændret effektiviseringspotentiale, jf. afsnit 4.3.3. Dette er blot ikke eksempel og ikke ment udtømmende. Hvad der er sagligt, vil altid afhænge af en konkret vurdering.

Generelt gælder i forhold til ændringer af aftalte administrationstilskud, at den selvejende daginstitution ikke er forpligtet til at tåle en ændring (nedregulering). Den selvejende daginstitution kan alternativt vælge at lade kommunen udføre de administrative opgaver eller at omdanne institutionen til en privatinstitution, jf. dagtilbudslovens § 19, stk. 5.

4.3.2 Ændring af ensidigt fastsat administrationstilskud

Hvis administrationstilskuddet er ensidigt fastsat, er en efterfølgende ændring af tilskuddet heller ikke udelukket. En selvejende daginstitution og en kommune vil altid kunne indgå en aftale om administrationstilskuddet, såfremt parterne kan nå til enighed, jf. dagtilbudsbekendtgørelsens § 14, stk. 3,

⁵³ Jf. Højesterets dom i UfR 2003 s. 646. Se modsat dagtilbudsvejledningens pkt. 393 og ministeriets vejledende udtalelse af 18. april 2024, j.nr. 23/28932: »En kommune kan ikke reducere et administrationstilskud, uden at dette følger af en aftale med den pågældende daginstitution.« Dette må bero på misforståelser.

⁵⁴ Grønved Nielsen (2021) op.cit., s. 476 ff., 496 og 535 ff. og Grønved Nielsen (2023) op.cit., s. 125 ff.

og dagtilbudsvejledningens pkt. 393. I mangel af enighed og med hensyn til privatinstitutioner, hvor forholdet ikke er genstand for aftaleindgåelse, jf. afsnit 4.2.2, vil kommunen efter omstændighederne ensidigt kunne ændre administrationstilskuddet. Det skyldes, der er tale om et løbende retsforhold, hvor det er almindeligt anerkendt, at der kan foretages justeringer *ex nunc*, dvs. med virkning for fremtiden, inden for rammerne af den gældende lovgivning og relevante retsgrundsætninger.⁵⁵ Det betyder, at kommunen ikke er frit stillet.

Også en ændring af et ensidigt fastsat administrationstilskud skal naturligvis være i overensstemmelse med lovgivningen og relevante retsgrundsætninger. Det betyder, tilbagefaldsreglerne med et administrationstilskud på 2,1 pct. (selvejende daginstitutioner) henholdsvis 2,5 pct. (privatinstitutioner) skal lægges til grund, medmindre kommunen aftaler andet med den konkrete selvejende daginstitution, jf. ovenfor, eller kommunen har indgået aftaler med andre selvejende eller udliciterede daginstitutioner om administrationstilskuddets størrelse (omfattende alle fem opgaver), jf. dagtilbudslovens § 35, stk. 2, og § 38, stk. 2, samt dagtilbudsbekendtgørelsens § 14, stk. 2 og 3, og § 15, stk. 2.

En ensidig ændring på dette grundlag vil utvivlsomt være en afgørelse i forvaltningslovens forstand af samme grunde, som en ensidig fastsættelse af administrationstilskud er det, jf. afsnit 4.2.1, pkt. IV. Forvaltningslovens regler skal derfor iagttages parallelt med relevante retsgrundsætninger. En ændring skal således være begrundet i saglige hensyn, jf. tilsvarende afsnit 4.3.1, pkt. II og III ovenfor.

4.3.3 Særligt om effektivisering og hensynet til økonomisk forsvarlig forvaltning

Det er en anerkendt retsgrundsætning, at myndigheder, herunder kommuner, skal optræde økonomisk forsvarligt, om end implikationerne heraf er omdiskuterede.⁵⁶ Bl.a. på grundlag heraf kan kommuner have ret – og efter omstændighederne – pligt til at overveje mulighederne for effektiviseringer, herunder i forhold til administrationsomkostninger. Denne forudsætning er klart lagt til grund i forbindelse med lovfæstelsen af reglerne om administrationstilskud⁵⁷ og er efterfølgende fastholdt.⁵⁸ Heroverfor står et indrettelseshensyn over for institutionerne, idet lovgivningens formål var at styrke deres retsposition over for kommunerne.

⁵⁵ Søren H. Mørup m.fl., *Forvaltningsret – almindelige emner*, 7. udg., 2022, s. 347 ff. (jf. også 6. udg., 2016, s. 550 ff.) og Niels Fenger (red.), *Forvaltningsret*, 2018, s. 1090 ff.

⁵⁶ Se bl.a. Karsten Revsbech m.fl., *Kommunernes opgaver*, 4. udg., 2023, s. 134 ff., Philip Svendsen, *Om den kommunalretlige grundsætning om økonomisk forsvarlig forvaltning*, *Juristen* 2023, s. 85 ff., og Carina Risvig Hamer, *Økonomisk forsvarlig forvaltning*, i Rasmus Grønved Nielsen (red.), *Poul Andersen, forvaltningsretten og retsvidenskaben*, 2024, s. 267 ff.

⁵⁷ Ministerens svar på spørgsmål 8, jf. Folketingstidende 2004/05, 2. samling, Tillæg B, L 25, s. 465 f.

⁵⁸ Senest med ministersvar på § 20-spørgsmål S 433, samling 2023/24, tidskode 13:27.

Det er netop afvejningen af disse hensyn, der begrundet, at lovgivningsmagten valgte en model med *processatser*, ikke specifikke *beløb*, medmindre kommunen for selvejende daginstitutioners vedkommende aftaler andet. Dermed bliver administrationstilskuddet en *funktion* af driftsudgifterne i den enkelte selvejende daginstitution eller generelt i dagtilbuddene i kommunen, afhængig af den specifikke model for fastsættelse af tilskuddet. Effektiviseringer og besparelser medfører således automatisk nominal regulering af de årlige driftstilskud. Effektiviseringer og besparelser kan derimod ikke i sig selv begrunde nedsættelse af *procentsatsen* af de samme grunde, der er anført til støtte for, at procentsatsen ikke kan sættes under 2,1 pct. (henholdsvis 2,5 pct.), medmindre parterne aftaler det, eller dette følger af øvrige aftale aftaler med institutioner i kommunen, jf. afsnit 4.2.1.

Over for de enkelte selvejende daginstitutioner, der måtte have aftalt en procentsats, der er *over*, hvad der følger af reglerne i dagtilbudslovens § 35, stk. 2, og dagtilbudsbekendtgørelsens § 14, stk. 2, kan det derimod efter omstændighederne være sagligt at forlange, at administrationsomkostningerne sænkes forholdsmæssigt for at nærme sig det kommunale niveau. Dette skal ses i lyset af, at institutionerne som bekendt kan kræve, at kommunen overtager de pågældende administrative opgaver, eller kan vælge at omdanne sig til en privatinstitution. Det betyder ikke, at der altid skal være fuldstændig paritet mellem det kommunale niveau og niveauet i den enkelte institution, da en vis variation er forudsat i reglerne.

I alle tilfælde har det formodning imod sig, at kommunen med henvisning til forbuddet mod kommunal begunstiggelse i sig selv kan have ret, endsige pligt, til at nedregulere et administrationstilskud til selvejende daginstitutioner, da hvile i sig selv-princippet udelukker berigelse, jf. afsnit 4.1. Derimod kan synspunktet efter omstændighederne fremføres i relation til privatinstitutioner.

Hvis en selvejende daginstitution derimod har aftalt, at administrationstilskuddet er et bestemt beløb, vil kommunen efter omstændighederne med henvisning til effektiviseringshensyn kunne nedregulere beløbet svarende til den realiserede besparelse andetsteds og i så fald fastsættes en processats, jf. afsnit 4.3.1

4.4 Forholdet mellem driftsoverenskomster og lovgivning (spørgsmål C)

Der ønskes en redegørelse vedr. forholdet mellem en bestemmelse i en gældende driftsoverenskomst, som efter sit indhold måtte give en kommune ret til enten ensidigt eller efter forhandling at reducere et administrationstilskud uden institutionens accept, og senere vedtaget lovgivning.

I sagens natur er dette spørgsmål kun relevant for selvejende daginstitutioner, der som bekendt drives på grundlag af en driftsoverenskomst. Det er velkendt, at der kan opstå tvivl om aftaleparterers

indbyrdes retsforhold, når der vedtages ny lovgivning.⁵⁹ Der kan være taget højde for forholdet i aftalen og/eller i vedkommende lovs ikrafttrædelsesbestemmelser, men i øvrigt afhænger forholdet af en konkret vurdering ud fra almene principper.

Det kan først konstateres, at lovreglerne om administrationstilskud i deres grundform blev indført med virkning fra 1. oktober 2005, jf. § 3 i lov nr. 400 af 1. juni 2005. Reglerne i dagtilbudsbekendtgørelsens § 14 har været gældende siden 1. august 2007, jf. § 110 (jf. § 10) i bekendtgørelse nr. 979 af 23. juli 2007. Der er hverken i disse bestemmelser eller i lovens forarbejder taget stilling til reglerens forhold til eksisterende driftsoverenskomster. Forholdet afhænger herefter af, hvorvidt driftsoverenskomsten adresserer spørgsmål.

Hvis driftsoverenskomsten regulerer forholdet til lovændringer, må der tages udgangspunkt i disse regler. Det er eksempelvis tilfældet i § 17, stk. 3, i den standardaftale, der er bilagt dagtilbudsvejledningen. Ifølge denne bestemmelse, skal der i tilfælde af lovændringer »tages stilling til, om driftsoverenskomsten alene skal ændres redaktionelt, eller om [det] giver anledning ændringer i medfør af« bestemmelsen om opsigelse og misligholdelse i standardaftalens § 16. Dette må anses for en slags kodifikation af almene forudsætningssynspunkter, dvs. hvis en væsentlig og kendelig forudsætning for aftalen brister som følge af en lovændring, kan en part opsige aftalen med et varsel på 9 måneder.⁶⁰ Dette ville således efter min vurdering også gælde uden en udtrykkelig aftalebestemmelse herom, jf. straks nedenfor. De øvrige driftsoverenskomster, jeg har set, indeholder ikke særlige vilkår om lovændringer.

Hvis driftsoverenskomsten *ikke* regulerer forholdet til lovændringer, må der tages udgangspunkt i almindelige retsprincipper samt en konkret fortolkning af aftalen og lovgivningen. Det følger heraf, at der ikke kan drages en klar abstrakt konklusion. Der er i hvert fald ikke grundlag for *en bloc* at hævde, at aftalen som udgangspunkt gælder forud for lovgivningen. Med hensyn til det konkrete spørgsmål vedrørende en kommunes ensidige ændringsadgang kan jeg ikke se, at dette spørgsmål skulle være reguleret direkte i lovgivningen. Kommunen har i et eller andet omfang en ændringsadgang, uanset om det fremgår af aftalen eller ej, jf. afsnit 4.3. Noget andet er, at kommunen i alle tilfælde skal overholde de materielle regler om administrationstilskuddets fastsættelse af dagtilbudsloven og -bekendtgørelsen. Såfremt aftalevilkår skulle være uforenelige med dette, må de anses for ophørt med lovgivningen. Som anført af Poul Andersen: »Naar forvaltningsretlige Regler ikke kan fraviges ved Aftale, betyder dette [...] at en senere tilkommet Regel kan bringe en bestaaende Kontrakt til *Ophør*. Forvaltningskontrakter er p. G. af hyppige Ændringer af de Love, som de har

⁵⁹ Grønved Nielsen (2021) op.cit., s. 509 ff., Grønved Nielsen (2023) op.cit., s. 132 ff. og Karsten Naundrup Olesen, *Offentlige servicekontrakter og håndtering af ændrede lovkrav*, *Förvaltningsrättslig tidskrift* 2013, s. 43 ff.

⁶⁰ Se om sammenhængen mellem opsigelse i vedvarende aftaleforhold og forudsætningslæren Mads Bryde Andersen, *Grundlæggende aftaleret*, 5. udg., 2021, s. 133.

Tilknytning til, mere udsat for bristende Forudsætninger end almindelige, privatretlige Kontrakter.«⁶¹ Selv om det måske er en smule generaliserende beskrevet, kan der efter min opfattelse ikke være tvivl om, at dette konkret må være virkningen, idet formålet med at lovfæste reglerne om administrationstilskud så entydigt var at sikre og understøtte institutionernes retsposition, jf. afsnit 4.2.1, pkt. III. Hvis en aftale eksempelvis isoleret set rummer mulighed for kommunen til ensidigt at nedsætte administrationstilskuddet under de niveauer, der fremgår af dagtilbudslovens § 35, stk. 2, henholdsvis dagtilbudsbekendtgørelsens § 14, stk. 2, må denne del af aftalen anset for bortfaldet med lovgivningen.

Specifikt med hensyn til dagtilbudsbekendtgørelsens § 14, stk. 2, er der efter min vurdering *ikke* grundlag for den fortolkning, som Hvidovre Kommune (og indirekte tilsyneladende Ankestyrelsen) lægger til grund, når de anfører, at tilbagefaldsreglen kun finder anvendelse, »hvor en kommune ikke forud for reglernes ikrafttræden havde« aftaler om administrationstilskud.⁶² Denne tidsmæssige begrænsning er uhjemlet og i strid med bestemmelsens ordlyd og reglerne formål.

4.5 Opsigelse af driftsoverenskomster (spørgsmål D)

I det tilfælde, at en kommune på baggrund af manglende enighed om administrationstilskuddets størrelse opsiges en driftsoverenskomst, ønskes en nærmere redegørelse for de forvaltningsmæssige krav til opsigelsens begrundelse, relevante processuelle krav forbundet hermed

Reglerne om opsigelse af driftsoverenskomster må udledes af overenskomsterne selv og almindelige retsgrundsætninger. Standardaftalen i dagtilbudsvejledningen såvel som de aftaleeksempler, jeg har set, indeholder en opsigelsesklausul med et varsel på ni måneder til den 1. i hver måned eller den 1. en specifik måned. Hvis en driftsoverenskomst ikke indeholder en sådan klausul, ville aftalen alligevel kunne opsiges med et passende varsel, da der er tale om et løbende aftaleforhold.⁶³

En opsigelse er *ikke* en afgørelse i forvaltningslovens forstand.⁶⁴ Det indebærer, at forvaltningslovens regler angående afgørelser ikke finder direkte anvendelse. Når opsigelsen kombineres med en ensidig ændring, finder forvaltningsloven dog anvendelse, jf. afsnit 4.5. En opsigelsesbeføjelse skal dog udøves i overensstemmelse med almindelige aftaleretlige og forvaltningsretlige retsgrundsætninger,

⁶¹ Jf. Andersen (1965) op.cit., s. 479. Se også Grønved Nielsen (2021) op.cit., s. 509 ff., Lennart Lynge Andersen og Palle Bo Madsen, *Aftaler og mellemmand*, 8. udg., 2022, s. 264 ff. og Naundrup Olesen (2013) op.cit.

⁶² Jf. Ankestyrelsens udtalelse af 17. august 2021, j.nr. 18-59327 (min understregning).

⁶³ Jf. dagtilbudsvejledningens pkt. 221, Bryde Andersen (2021) op.cit., s. 133 og Lynge Andersen og Bo Madsen (2022) op.cit., s. 431.

⁶⁴ Jf. UfR 2007 s. 2137, dagtilbudsvejledningens pkt. 222 og Grønved Nielsen (2021) op.cit., s. 712 ff.

herunder officialprincippet, loyalitetspligten, grundsætningen om saglig forvaltning, lighedsgrundsætninger og proportionalitetsprincippet.⁶⁵ Processuelt skal opsigelsen varsles med en begrundelse.⁶⁶ I modsat fald kan man ikke vurdere, om opsigelsen er saglig og hviler på et forsvarligt oplysningsgrundlag. Det er væsentligt at holde sig for øje, at virkningen af en opsigelse er, at eksistensgrundlaget for den selvejende daginstitution bortfalder, jf. dagtilbudslovens § 19, stk. 3. Selv om institutionen har mulighed for at omdanne sig til en privatinstitution, jf. § 19, stk. 5, og § 20, er der tale om en relativt indgribende beslutning. Proportionalitetsprincippet tilsiger herefter, at kravene til opsigelsen er skærpet.

Hvad der i de enkelte tilfælde må anses for saglige og usaglige hensyn, afhænger af en konkret vurdering med afsæt i lovgrundlaget og almindelige retsgrundsætninger. Efter min opfattelse er der stærke argumenter for, at den opsigelse, som Statsforvaltningen accepterede i sin udtalelse af 30. april 2009, j.nr. 2007-613/16, var uberettiget. I sagen havde kommunen opsagt en driftsoverenskomst med en selvejende daginstitution som umiddelbart reaktion på, at institutionen havde benyttet sin ret i dagtilbudslovens § 35, stk. 1, til at hjemtage administrationsopgaverne fra kommunen. Kommunen havde begrundet opsigelsen med »den betydelige merudgift til administration, som udløses ved hjemtagelse af administrationsopgaven«. Statsforvaltningen lagde navnlig vægt på, at kommunen selv må bestemme, hvordan den opfylder sin forsyningspligt i dagtilbudslovens § 4, og at den i de seneste år havde effektiviseret og centraliseret administrationen for at opnå stordriftsfordele. Selv hvis opsigelsen ikke kan siges at være i direkte strid med dagtilbudsloven, var den efter min vurdering konkret usaglig og uproportional. For det første synes Statsforvaltningen at have overset, at familie- og forbrugerministeren i forbindelse med lovforslaget behandling forholdt sig til et spørgsmål angående et sådant scenarie og svarede: »Jeg kan ikke forstille mig, at en kommune vil opsiges en driftsaftale med en selvejende daginstitution alene fordi den selv ønsker at varetage administrationen.«⁶⁷ For det andet ville en konsekvent implementering af den beslutning underminerer de selvejende institutioner i strid med formålet i lovens § 1, nr. 2, om at sikre familier fleksibilitet og valgmuligheder, herunder med hensyn til offentlige og private tilbud, hvilke retten i lovens § 35, stk. 1, understøtter. For det tredje kan kommunen efter min opfattelse ikke støtte sig til et abstrakt hensyn til besparelser hentet via effektivisering og centralisering uden at have forhandlet med den selvejende daginstitution. For det fjerde – såfremt parterne ikke kunne blive enige – ville de selvsamme besparelser få effekt over for den konkrete selvejende daginstitution efter tilbagefaldsreglen i dagtilbudsbekendtgørelsens § 14, stk.

⁶⁵ Jf. bl.a. Højesterets dom af 30. april, sag I 352/1978 (UfR 1980 s. 540), Vestre Landsrets dom af 28. juni 2007, sag B-1552-06 (UfR 2007 s. 2522) og ombudsmandens udtalelser i Folketingets Ombudsmands Beretning (FOB) 1995 s. 322 og FOB 1984 s. 156, dagtilbudsvejledningens pkt. 222 og Statsforvaltningens udtalelse af 30. april 2009, j.nr. 2007-613/16.

⁶⁶ Sml. Grønved Nielsen (2021) op.cit., s. 545 ff. og 597 ff. og Grønved Nielsen (2023) op.cit., s. 144 f. og 165 ff.

⁶⁷ Ministerens svar på spørgsmål 18, Socialudvalget 2004/05, 1. samling, L 85.

2 (idet jeg lægger til grund, at dagtilbudslovens § 35, stk. 2, ikke finder anvendelse). Samlet set mener jeg på det grundlag, at opsigelsen var uberettiget, og at Statsforvaltningens retsanvendelse derfor var fejlbehæftet.

Jeg bemærker også, at Statsforvaltningen synes at udvise en vis tilbageholdenhed over for kommunens beregningsgrundlag, som den kalder et »skøn over merudgifternes størrelse«. Statsforvaltningen fandt ikke grundlag for at antage, at skønnet hvilede på »urigtige faktiske forhold«. Dette illustrerer, at officialprincippet også gælder for opsigelser af driftsoverenskomster. Det er ikke usædvanligt, at et rekursorgan udviser tilbageholdenhed med tekniske bevisskøn, som der er tale om her. Kravene skærpes dog normalt, når der er tale om indgribende beslutninger,⁶⁸ hvilket er et argument for mere intensiv kontrol med beregningsgrundlaget. I forlængelse heraf undrer det mig, at Ankestyrelsen ikke i sin udtalelse af 17. august 2021, j.nr. 18-59327, forholdt sig til Hvidovre Kommunes beregningsgrundlag, eftersom den hvilede på en BDO-rapport, som BDO – så vidt jeg kan se – efterfølgende tog afstand fra over for kommunen.⁶⁹ Hertil kommer, at proportionalitetsprincippet og dagtilbudsreglerne om administrationstilskud efter min opfattelse indebærer, at en kommune ikke på det angivne grundlag kan skride til opsigelse uden at have forhandlet med den selvejende daginstitution med henblik på at finde en mindelig løsning. Hvis der derimod eksempelvis er et faldende kapacitetsbehov, kan kommunen skride til opsigelse med den begrundelse uden forhandling eller nærmere undersøgelse af beregningsgrundlag.

Opsigelse (og ændringer) skal generelt holdes adskilt fra *ophævelse*, der som beføjelse kan anvendes i tilfælde af væsentlig misligholdelse, jf. f.eks. højesteretsdommene i UfR 2007 s. 2137 og UfR 2011 s. 3402.⁷⁰ De driftsoverenskomster, jeg har set, henviser til de almindelige regler herfor. En videre omtale heraf falder uden for opdraget.

Hvis en opsigelse kun retter sig mod administrationstilskuddet, idet kommunen ensidigt ønsker at ændre dette, er den ensidige ændring udtryk for en afgørelse i forvaltningslovens forstand, jf. nærmere afsnit 4.3. Dette gælder, uanset at opsigelsen isoleret set ikke er en afgørelse.

⁶⁸ Jf. Revsbech m.fl. (2019) op.cit., s. 149, Fenger, red. (2018) op.cit., s. 488 ff. og Steen Rønsholdt, *Forvaltningsret – retssikkerhed, proces, sagsbehandling*, 6. udg., 2023, s. 379 ff.

⁶⁹ Jf. mails af 8. maj og 15. august 2018 fra Gregers Paulsen (BDO) til Palle Woss Petersen (LDD), sidstnævnte inkl. udkast til internt notat til FOBU og Danske Daginstitutioner om administrationstilskud i Hvidovre Kommune.

⁷⁰ Jf. hertil Grønved Nielsen (2021) op.cit., s. 575 ff. og 594 ff. og Grønved Nielsen (2023) op.cit., s. 165 ff.

4.6 Forholdet mellem forskellige institutioner og driftsoverenskomster (spørgsmål E)

I det tilfælde, at en kommune opsiges, genforhandler eller foretager en ensidig ændring i en driftsoverenskomst med en enkelt selvejende institution, ønskes en nærmere redegørelse for, hvorvidt dette har en afsmittende effekt på administrationstilskuddet ved en genforhandling af driftsoverenskomsten med de øvrige selvejende daginstitutioner i den pågældende kommune.

Som redegjort for i afsnit 4.2.1 er det i reglerne om administrationstilskud klart forudsat, at tilskudsniveauet kan variere mellem forskellige institutioner, og at dette ikke i sig selv udgør et problem i forhold til lighedsgrundsætningen. En kommunes opsigelse eller ensidige ændring af en driftsoverenskomst med én selvejende daginstitution har ikke direkte betydning for administrationstilskuddet for de øvrige institutioner i kommunen. En opsigelse eller ændring medfører altså ikke automatisk en »harmonisering« af administrationstilskuddet på tværs af hele kommunen. Indirekte kan det dog tænkes at få betydning med tiden i forbindelse med genforhandling af andre driftsoverenskomster.

Hvis en kommune opsiges en driftsoverenskomst med et aftalt administrationstilskud, eller hvis kommunen ensidigt ændrer et aftalt administrationstilskud, kan det indirekte få betydning for andre selvejende daginstitutioners administrationstilskud, såfremt dette tages op til forhandling, eller såfremt kommunen selv ønsker at foretage en ændring. Det skyldes, at det pågældende aftalte administrationstilskud i givet fald ikke længere indgår i grundlaget for beregning af tilskuddet i dagtilbudslovens § 35, stk. 2, og § 38, stk. 2. Hvis der er tale om det eneste aftalte administrationstilskud, og parterne ikke bliver enige om andet, er konsekvensen, at tilbagefaldsreglen i dagtilbudsbekendtgørelsens § 14, stk. 2, finder anvendelse, hvis andre selvejende daginstitutioner skal have fastsat (nyt) administrationstilskud.

En genforhandling med én institution kan ikke i sig selv påvirke andre institutioner. Hvis genforhandlingen resulterer i et aftalt administrationstilskud, vil dette for fremtiden efter dagtilbudslovens § 35, stk. 2, og § 38, stk. 2, indgå i grundlaget for beregning af tilskud for andre institutioner, medmindre parterne selv aftaler andet, jf. dagtilbudsbekendtgørelsens § 14, stk. 3. Tilbagefaldsreglen i dagtilbudsbekendtgørelsens § 14, stk. 2, finder i så fald ikke anvendelse i mangel af enighed (forudsat at aftalen omfatter alle fem administrationsopgaver).

4.7 Kollektiv opsigelse og tilbagefaldsreglen (spørgsmål F)

Såfremt en kommune opsiges samtlige driftsoverenskomster med selvejende institutioner i den pågældende kommune, ønskes en redegørelse for hvorvidt tilbagefaldsreglen i dagtilbudsbekendtgørelsens § 15, stk. 2, hhv. § 14, stk. 2, finder anvendelse i mangel af andet aftalegrundlag.

Det har formodning imod sig, at en kommune lovligt vil kunne kollektivt opsig samtlige driftsoverenskomster, da kommunen i så fald må antages at få vanskeligt ved at overholde sin forsyningspligt i dagtilbudslovens § 4, og da der derfor næppe kan være en saglig grund til denne fremgangsmåde. Jeg antager derfor, at spørgsmålet sigter til det tilfælde, at kommunen ønsker at opsig samtlige aftalte administrationstilskud med henblik på (ensidigt) at fastsætte en anden (lavere) sats. En sådan beslutning skal være sagligt begrundet mv., jf. bl.a. afsnit 4.5. Effektiviserings- og besparelseshensyn kan næppe i sig selv begrunde en nedregulering, medmindre de aftalte tilskud var faste beløb frem for en procentsats, jf. afsnit 4.3.3.

Retsstillingen er i så fald, at tilbagefaldsreglen med et administrationstilskud på 2,1 pct. henholdsvis 2,5 pct., jf. dagtilbudsbekendtgørelsens § 14, stk. 2, og § 15, stk. 2, skal lægges til grund, medmindre – for de selvejende daginstitutioners vedkommende – der indgås aftale om andet. Det skyldes, at når samtlige aftalte administrationstilskud er opsagte, finder reglerne i dagtilbudslovens § 35, stk. 2, og § 38, stk. 2, ikke anvendelse (med forbehold for eventuelle aftaler med udliciterede daginstitutioner, der ikke er omfattet af min undersøgelse). I de dokumenter, jeg har set, synes *nogle* kommuner (og til dels Ankestyrelsen) at overse, at retsgrundlaget ikke tillader, at en kommune kollektivt og ensidigt fastlægger (nedregulerer til) en procentsats under 2,1.

4.8 Klageadgang (spørgsmål G)

Der ønskes en redegørelse for hvorledes og i hvilket omfang kommunale beslutninger i forlængelse af ovennævnte spørgsmål kan påklages eller udfordres juridisk, herunder også eksempelvis beslutninger som kommuner har ageret på baggrund af i en årrække.

Adgangen til klage og andre retsmidler i forhold til beslutninger angående administrationstilskud afhænger af de konkrete omstændigheder, herunder om der er truffet en afgørelse. De forskellige muligheder og rammerne herfor omtales i det følgende.

4.8.1 Rekursprøvelse (dagtilbudslovens § 97)

Ifølge den almindelige klageregel i dagtilbudslovens § 97 kan kommunalbestyrelsens afgørelser efter loven indbringes for Ankestyrelsen i overensstemmelse med kap. 10 i lov om retssikkerhed og administration på det sociale område (den sociale retssikkerhedslov). Det afgørende efter denne bestemmelse er, om kommunen har truffet en »afgørelse«, jf. også den sociale retssikkerhedslovs § 60, stk. 1. Der findes ingen fortolkningsbidrag i forarbejderne, og afgørelsesbegrebet må derfor fastlægges i

overensstemmelse med den almindelige definition med udgangspunkt i forvaltningslovens § 2, stk. 1.⁷¹

Baseret på min vurdering ovenfor er følgende beslutninger i relation til administrationstilskud omfattet af afgørelsesbegrebet og dermed klageordningen i dagtilbudslovens § 97:

- Ensidige kommunale fastsættelser af administrationstilskud til selvejende daginstitutioner, jf. dagtilbudslovens § 35, stk. 2, og dagtilbudslovens § 14, stk. 2.
- Ensidige kommunale ændringer af eksisterende administrationstilskud til selvejende daginstitutioner, jf. dagtilbudslovens § 35, stk. 2, og dagtilbudslovens § 14, stk. 2 (med forbehold for den usikkerhed, der gælder specifikt i det tilfælde, at driftsoverenskomsten hjemler adgang til ensidig ændring, jf. afsnit 4.3.1, pkt. II).
- Alle kommunale beslutninger vedrørende fastsættelse og ændringer af administrationstilskud (forstået som procentsats) over for privatinstitutioner, jf. dagtilbudslovens § 38, stk. 2, og dagtilbudslovens § 15, stk. 2.

Følgende beslutninger og dispositioner er derimod *ikke* afgørelser og dermed *ikke* umiddelbart omfattet af klageordningen i dagtilbudslovens § 97:

- Indgåelse af driftsoverenskomster med selvejende daginstitutioner.
- Aftalt fastsættelse eller aftalt ændring af administrationstilskud med selvejende daginstitutioner.
- Opsigelse af driftsoverenskomster eller aftalte vilkår om administrationstilskud, uanset om dette beror på aftalte vilkår eller baggrundsretten.
- Ophævelse af driftsoverenskomster grundet (væsentlig) misligholdelse.

Særligt kan der herefter være grund til at bemærke, at når en beslutning, der ikke er en afgørelse (f.eks. en opsigelse) kombineres med en beslutning, der er en afgørelse (f.eks. en ensidig ændring af administrationstilskuddet), er sidstnævnte forsat en afgørelse, selv om førstnævnte isoleret set ikke er det. I lyset heraf er det min opfattelse, at Ankestyrelsens udtalelse af 17. august 2021, j.nr. 18-593227, er problematisk, fordi styrelsen tilsyneladende lægger til grund, at der alene er tale om aftalemæssige (»privatretnlige«) dispositioner. Ankestyrelsen forholder sig så vidt ses slet ikke til, at kommunen

⁷¹ Jf. også dagtilbudsvejledningens pkt. 806 og pkt. 233 i vejledning nr. 9330 af 21. marts 2019 om retssikkerhed og administration på det sociale område (retssikkerhedsvejledningen). Det har herefter ingen betydning, at vejledningen kun udtrykkeligt omtaler »forældrenes rettigheder og pligter«.

(varslede) beslutning om nedsættelse af administrationstilskud var udtryk for en afgørelse i forvaltningslovens forstand. At dette tilsyneladende er Ankestyrelsens opfattelse, kommer klarere til udtryk i et andet dokument.⁷² Det er efter min mening en misforståelse ikke at behandle beslutningerne over for de enkelte institutioner som afgørelser, som hverken kommunerne eller Ankestyrelsen tilsyneladende er opmærksom på.

Hertil kommer, at Ankestyrelsen på dette grundlag efter almindelige retsgrundsætninger kan være forpligtet til at tage stilling til visse »privatretlige« spørgsmål, der må anses for præjudicielle i forhold til vurderingen af en afgørelses legalitet (såkaldte incidenspunkter).⁷³ Poul Andersen formulerede synspunktet således: »Hyppigt forekommer der i Forvaltningssager præjudicielle *Spørgsmaal* af privatretlig Karakter [...]. I alle saadanne Tilfælde maa vedkommende Forvaltningsmyndighed selv tage Stilling til det præjudicielle Spørgsmaal, hvilket allerede nødvendiggøres derved, at Forvaltningsmyndigheden i Reglen ikke har det i sin Magt at fremkalde en civilprocessuel Afgørelse af Spørgsmaalet«. ⁷⁴ Når Ankestyrelsen eksempelvis skal prøve, om et ensidigt fastlagt administrationstilskud er lovligt, kan styrelsen efter min vurdering ikke altid meningsfuldt foretage denne vurdering uden også i et vist omfang at skulle forholde sig til aftalefortolkning og spørgsmål vedrørende opsigelse. Det skyldes, at lovligheden af førstnævnte efter omstændighederne afhænger af sidstnævnte. Der foreligger en højesteretsdom og en ombudsmandsudtalelse, der udtrykkeligt fastslår dette i forhold til Energiklagenævnet henholdsvis Landsskatteretten,⁷⁵ men som anført er der tale om et almindeligt princip, og der er ikke grundlag for at antage, at noget særligt skulle gælde Ankestyrelsen. Tværtimod kan en vis støtte for princippet på det sociale område findes i en udtalelse, hvor Folketingets Ombudsmand kritiserede Det Sociale Ankenævn for ikke at tage stilling til virkningerne af en gældssaneringskendelse (der efter konkurslovens regler har samme virkning som et retsforlig, dvs. en aftale) i relation til et spørgsmål om boligstøtte, jf. FOB 1993 s. 89.

Kun hvis klageadgangen udtrykkeligt er afskåret i dagtilbudsloven eller den sociale retssikkerhedslov, kan ovennævnte afgørelser ikke påklages. Der ses ikke at findes sådanne bestemmelser af relevans for beslutninger vedrørende administrationstilskud. Særligt kan bemærkes, at reglen i § 60, stk. 3, i den sociale retssikkerhedslov, om at afgørelser om det generelle serviceniveau ikke kan påklages, ikke finder anvendelse på beslutninger angående administrationstilskud, da disse ultimativt træffes

⁷² Jf. Ankestyrelsens svar af 1. november 2021, j.nr. 18-59327, på henvendelse fra Selveje Danmark.

⁷³ Grønved Nielsen (2021) op.cit., s. 718 ff.

⁷⁴ Andersen (1965) op.cit., s. 640 f. (original kursiv). Se nærmere om den historiske baggrund Rasmus Grønved Nielsen m.fl., *Domstolsprøvelse af forvaltningsakter før Junigrundloven*, 2024, s. 47, og Rasmus Grønved Nielsen, *Forvaltningsret i støbeskeen*, i Rasmus Grønved Nielsen (red.), *Poul Andersen, forvaltningsretten og retsvidenskaben*, 2024, s. 71.

⁷⁵ Jf. Højesterets dom af 15. august 2006, sag 149/2006 (UfR 2006 s. 3003) og Folketingets Ombudsmands udtalelse i FOB 1973 s. 157, nærmere omtalt i Grønved Nielsen (2021) op.cit., s. 720 f.

over for hver enkelt daginstitution.⁷⁶ Det gælder også selvom beslutningen eksekveres kollektivt, jf. afsnit 4.7. Det er således de enkelte daginstitutioner, der må anses for parter og dermed også klageberettigede i henhold den sociale retssikkerhedslovs § 60, stk. 2. Institutionerne kan dog altid vælge at lade sig repræsentere, f.eks. af deres paraplyorganisationer, og udøve deres klageret derigennem, jf. forvaltningslovens § 8 og princippet heri.

Der gælder efter den sociale retssikkerhedslovs § 67, stk. 1, en klagefrist på 4 uger, der løber fra, klageren har fået meddelelse om afgørelsen. Ankestyrelsen kan se bort fra denne frist, når der er særlig grund hertil, jf. § 67, stk. 2. I overensstemmelse med almindelige grundsætninger gælder det bl.a., hvis kommunen har forsømt at vejlede om klagefristen og/eller fremgangsmåden i strid med forvaltningslovens § 25 eller har givet en ufuldstændig begrundelse.⁷⁷

Klager indgives til den kommune, der har truffet afgørelsen, som herved får lejlighed til at revurdere sagen, jf. den sociale retssikkerhedslovs § 66, stk. 1. Hvis kommunen ikke kan give klageren medhold, sendes sagen og dens akter, herunder grundlaget for revurderingen, til Ankestyrelsen, jf. den sociale retssikkerhedslovs § 66, stk. 2.

Ankestyrelsen arbejder efter officialprincippet, jf. den sociale retssikkerhedslovs § 68. Styrelsens bedømmelsesgrundlag er dog begrænset til »retlige spørgsmål«, jf. § 69, stk. 1. Det betyder, at styrelsen kan tage stilling til, om afgørelsen er forenelig med lovgivningen, om skøn er udøvet i overensstemmelse med almindelige retsgrundsætninger, og om kommunen har overholdt forvaltningsloven mv. Styrelsen kan derimod ikke tage stilling til afgørelsens såkaldte hensigtsmæssighed, dvs. afvejningen af saglige hensyn, hvilket i praksis særligt har betydning i forhold til skøn, der beror på særlig fagkundskab.

4.8.2 Kommunaltilsynsprøvelse

Ankestyrelsens almene tilsyn med kommunerne er reguleret i kap. VI i styrelsesloven (lovbekendtgørelse nr. 69 af 23. januar 2024 om kommunernes styrelse). Tilsynskompetencen efter denne lov gælder kun i det omfang, der ikke findes særlige klageordninger for den pågældende sag, jf. styrelseslovens § 48, stk. 3. Loven har således selvstændig betydning ved siden af dagtilbudslovens klageordning i forhold til beslutninger og dispositioner, der ikke har karakter af afgørelser, jf. afsnit 4.8.1.

⁷⁶ Der kan drages en parallel til Ankestyrelsens principafgørelse 93-09, hvor en beslutning om beløbsstørrelsen for aflønning af privat hjælp kunne påklages, selv om dette skete som led i regulering af det generelle serviceniveau. Ankestyrelsen afviste samtidig, at der skulle være tale om faktisk forvaltningsvirksomhed, jf. hertil også FOB 2011, sag 14-4.

⁷⁷ Jf. bl.a. retssikkerhedsvejledningens pkt. 272 og 273 (med henvisninger til principafgørelser mv.), Mørup m.fl. (2022) op.cit., s. 395 ff., Revsbech m.fl. (2019) op.cit., s. 330 ff. og 384 f. og Fenger, red. (2018) op.cit., s. 654 f. og 1032 f.

Det gælder eksempelvis opsigelser af driftsoverenskomster.⁷⁸ Noget andet er, at såfremt opsigelsen kombineres med en ensidig fastlæggelse af administrationstilskuddet, er sidstnævnte udtryk for en afgørelse omfattet af dagtilbudslovens § 97 og bør derfor behandles efter disse regler (om end opsigelses isoleret set kan behandles efter styrelseslovens regler), jf. afsnit 4.8.1.

Ankestyrelsen kan tage en sag op foranlediget af en klage eller af egen drift. Ankestyrelsen bestemmer selv, om der er tilstrækkelig anledning til at rejse en tilsynssag, jf. styrelseslovens § 48 a. Styrelsens bedømmelsesgrundlag i tilsynssager sigter til, om kommuner »overholder den lovgivning, der særligt gælder for offentlige myndigheder« (legalitetskontrol), jf. § 48, stk. 1. Efter fast praksis indebærer dette, at styrelsen ikke forholder sig til såkaldt »privatretlige« forhold.⁷⁹ Styrelsen kan imidlertid godt tage stilling til, om f.eks. en driftsoverenskomst eller en opsigelse er i strid med lovgivningen eller almindelige retsgrundsætninger.⁸⁰ Dette harmonerer med tilsynspraksis.⁸¹ Hertil kommer, at Ankestyrelsen efter min opfattelse kan være forpligtet til at tage stilling til »privatretlige« forhold, der må anses for præjudicielle i forhold til de forhold, der er omfattet af styrelsens kompetence.⁸² Uanset om man anser beslutningen for en afgørelse, er det Ankestyrelsens udtalelse af 17. august 2021, j.nr. 18-593227, efter min vurdering fejlbehæftet, fordi styrelsen med udtalelsen synes at lægges til grund, at en kommune ensidigt kan nedregulere administrationstilskudssatsen til 1,5 under omstændigheder, hvor det er i strid med dagtilbudsbekendtgørelsens § 14, stk. 2, jf. afsnit 4.2.1, pkt. III. Dette er en offentligretlig regel, der utvivlsomt er omfattet af kommunaltilsynets kompetence.

Ankestyrelsen kan udtale sig om lovligheden af kommunale dispositioner eller undladelser, jf. styrelseslovens § 50. I forlængelse heraf kan Ankestyrelsen sætte en ulovlig beslutning ud af kraft, jf. § 50 a, stk. 1. I sidstnævnte tilfælde kan kommunalbestyrelsen påklage afgørelsen til Indenrigs- og Sundhedsministeriet, jf. § 52, stk. 1. Ministeriet kan dog af egen drift tage både udtalelser efter § 50 og afgørelser efter § 50 a, stk. 1, op og forholde sig til berettigelsen heraf, jf. styrelseslovens § 52, stk. 3, og § 53. Ministeriet kan også pålægge Ankestyrelsen af tage en sag op til behandling, jf. § 54.

⁷⁸ Jf. Statsforvaltningens udtalelse af 30. april 2009, j.nr. 2007-613/16.

⁷⁹ Hans B. Thomsen m.fl., *Lov om kommunernes styrelse med kommentarer*, 3. udg., 2022, s. 759 ff., og Fenger, red. (2018) op.cit., s. 821 ff.

⁸⁰ Se hertil generelt Grønved Nielsen (2021) op.cit., s. 710 ff. (særligt s. 715 f.) og Grønved Nielsen (2023) op.cit., s. 205 ff.

⁸¹ Jf. Statsforvaltningens udtalelse af 30. april 2009, j.nr. 2007-613/16, og Ankestyrelsens udtalelse af 17. august 2021, j.nr. 18-593227.

⁸² Jf. Grønved Nielsen (2021) op.cit., s. 718 ff. og tilsvarende oven for i afsnit 4.8.1.

4.8.3 Ombudsmandsprøvelse

Folketingets Ombudsmands kompetence er reguleret i ombudsmandsloven (lovbekendtgørelse nr. 349 af 22. marts 2013 om Folketingets Ombudsmand). Som klart udgangspunkt forudsætter ombudsmandsprøvelse, at man har udtømt sine rekursmuligheder, jf. ombudsmandslovens § 14, dvs. konkret har klaget til Ankestyrelsen, jf. afsnit 4.8.1 og 4.8.2, og at man indbringer sagen for ombudsmanden inden for et år efter, at Ankestyrelsen har forholdt sig til sagen, jf. § 13, stk. 3. Ombudsmanden bestemmer dog suverænt, om og i hvilket omfang en sag giver anledning til undersøgelse, ligesom institutionen kan tage sager op af egen drift, jf. lovens §§ 16 og 17.

Ombudsmandens skal efter ombudsmandslovens § 21 bedømme, om en myndighed har handlet i strid med gældende ret eller på anden måde har gjort sig skyldig i fejl og forsømmelse. Ombudsmandens bedømmelsesgrundlag er altså »gældende ret«. I modsætning til kommunaltilsynet er ombudsmandens bedømmelsesgrundlag således ikke formelt begrænset til offentligretlige forskrifter, men indbefatter principielt også eksempelvis privatretlige spørgsmål som aftalefortolkning og opsigelse. Noget andet er, at ombudsmanden i nyere tid – i modsætning til tidligere praksis – har valgt at fokusere på netop offentligretlige spørgsmål og dermed ofte undlader at tage stilling til »privatretlige« spørgsmål relateret til aftaler og lignende.⁸³ Denne praksis binder ikke ombudsmanden for fremtiden. I alle tilfælde skal ombudsmanden tage hensyn til de særlige vilkår, som kommuner virker under, jf. ombudsmandslovens § 8.⁸⁴ Hvis der er anlagt en retssag om forholdet eller en retssag herom må forventes, vil ombudsmanden efter fast praksis ikke behandles sagen.⁸⁵

Netop forventningen om en retssag og sagens »privatretlige« aspekter er baggrunden for, at Folketingets Ombudsmand med henvisning til ombudsmandslovens § 16 besluttede ikke at realitetsbehandle Selveje Danmarks klage over Ankestyrelsens udtalelse af 17. august 2021.⁸⁶ Denne beslutning kan ikke udfordres formelt juridisk.

4.8.4 Domstolsprøvelse

En sag mod en offentlig myndighed kan indbringes for domstolene, uanset om der er tale om en tvist angående myndighedsudøvelse, jf. grundlovens § 63, stk. 1, eller angående privatretlige forhold. Domstolene har altså – ligesom ombudsmanden, men i modsætning til Ankestyrelsen – formel kompetence til at påkende *alle* retlige aspekter af en tvist mellem en daginstitution og en kommune, og domstolene er – i modsætning til ombudsmanden og kommunaltilsynet – forpligtet til at påkende alle

⁸³ Se hertil (kritisk) Grønved Nielsen (2021) op.cit., s. 726 ff. og Grønved Nielsen (2023) op.cit., s. 210 ff.

⁸⁴ Se nærmere Lisbeth Adserballe m.fl., *Ombudsmandsloven med kommentarer*, 2. udg., 2013, s. 84 ff.

⁸⁵ Fenger, red. (2018), op.cit., s. 374 f.

⁸⁶ Jf. Folketingets Ombudsmands udtalelse af 12. maj 2022, dok.nr. 21/04385-8/PK (gengivet i afsnit 3.4).

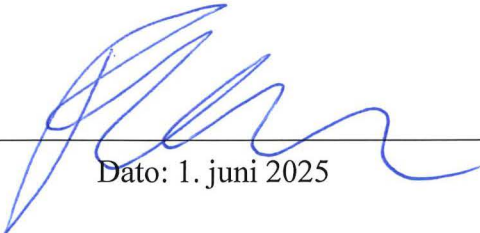
disse aspekter i det omfang, parterne har gjort det gældende og frembragt anbringender og beviser herom.⁸⁷

Så vidt jeg kan se, findes der ikke lovfæstede søgsmålsfrister for tvister angående administrationstilskud og driftsoverenskomster. Det er ikke afklaret, om en sprunget frist for administrativ rekurs, kan have en afsmittende effekt for adgangen til domstolsprøvelse, når der ikke er en udtrykkelig søgsmålsfrist. Mest taler for, at der i lovgrundlaget skal være klart belæg herfor.⁸⁸ Det er der ikke i det foreliggende tilfælde, og en eventuel overskridelse af klagefristen på 4 uger i den sociale retssikkerhedslov, jf. afsnit 4.8.1, afskærer således efter min vurdering ikke et søgsmål mod den vedkommende kommune. Det gælder med sikkerhed ikke, hvis der ikke er vejledt om klageadgangen i strid med forvaltningslovens § 25, eller med hensyn til omstændigheder, som Ankestyrelsen ikke anser for omfattet af sin kompetence.⁸⁹ Såfremt Ankestyrelsen har realitetsbehandlet en klage over en afgørelse, skal man være opmærksom på problemer angående rette sagsøgte. En nærmere redegørelse for dette falder uden for opdraget.

I alle tilfælde kan det have betydning, hvis parterne har indgået særskilte aftaler om tvistløsning, herunder i driftsoverenskomsten. I nogle af de driftsoverenskomster jeg har set, er der forhandlingsklausuler. Sådanne klausuler indebærer, at parterne loyalt skal forsøge at finde en mindelig løsning, inden forholdet indbringes for domstolene.⁹⁰ Jeg har ikke set eksempler på voldgiftsklausuler og behandler derfor ikke rammerne herfor nærmere.⁹¹

---o0o---

Rasmus Grønved Nielsen


Dato: 1. juni 2025

⁸⁷ Grønved Nielsen (2021) op.cit., s. 694 ff. og 729 ff. og Grønved Nielsen (2023) op.cit., s. 198 ff.

⁸⁸ Jf. i denne retning Højesterets dom af 15. august 2006, sag 149/2006 (UfR 2006 s. 3003) og Østre Landsrets kendelse af 15. august 2022, 19. afd., sag BS-11383/2022-OLR (UfR 2022 s. 4185).

⁸⁹ Grønved Nielsen (2021) op.cit., s. 696 f.

⁹⁰ Grønved Nielsen (2021) op.cit., s. 697 f.

⁹¹ Se herom i almindelighed Grønved Nielsen (2021) op.cit., s. 699 ff. og Grønved Nielsen (2023) op.cit., s. 201 ff.