

Tilbakekall av godkjenning av barnehage

7.7.2022 (2022/1334)

Saken gjelder tilbakekall av godkjenning av en barnehage som over en lengre periode hadde hatt flere avvik knyttet til innemiljøet. Statsforvalteren anga at godkjenningen var trukket tilbake i medhold av den ulovfestede vilkårs læren.

Sivilombudets undersøkelse har vært rettet mot det rettslige grunnlaget for å trekke godkjenningen tilbake. Hverken folkehelseloven eller forskrift om miljørettet helsevern i barnehager og skoler m.v. har uttrykkelige regler om tilbakekall av godkjenning. Etter ombudets syn kan en godkjenning omgjøres etter alminnelige forvaltningsrettslige regler. For at omgjøring i form av å trekke en gitt godkjenning tilbake skal kunne foretas, må de hensyn som taler for omgjøring, veie vesentlig tyngre enn de som taler imot. Ombudet ber Statsforvalteren merke seg disse synspunktene for fremtidige saker.

Sakens bakgrunn

X kommune førte tilsyn med en privat barnehage i 2012 og 2017, og fant ved begge tilsynene avvik knyttet til inneklimate. I de påfølgende årene ble avvikene fulgt opp. Tilsynssaken fra 2017 ble avsluttet i januar 2020. Skriftlige tilbakemeldinger fra virksomheten i 2017 og 2019 viste at det fortsatt var avvik knyttet til inneklimate, og på bakgrunn av tiden som var gått siden åpningen av forrige tilsyn, besluttet kommunen å åpne et nytt tilsyn i 2020. Tilsynsbesøk ble foretatt i august 2020, og det ble funnet tre avvik.

Kommunen sendte 1. juni 2021 varsel om tilbakekalling av godkjenning og stans av virksomhet. Vedtak om dette ble fattet 17. september 2021. Barnehagen klaget på kommunens vedtak. Statsforvalteren i Vestfold og Telemark stadfestet i vedtak 16. desember 2021 kommunens tilbakekall av godkjenningen, mens den delen av vedtaket som gjaldt stenging av virksomheten

etter folkehelseloven § 10 tredje ledd, ble opphevet. I Statsforvalterens vedtak ble det redegjort for adgangen til å trekke en godkjenning tilbake:

«Dersom krav i forskriften – enten krav til miljøet eller til internkontrollen – ikke lenger overholdes, kan kommunen trekke godkjenningen tilbake. Dette følger av den ulovfestede vilkårlæren. Godkjenningen kan trekkes tilbake i alvorlige saker. Der en barnehage over tid ikke oppfyller forskriftens krav, bør godkjenningen trekkes.

Hvorvidt godkjenning skal trekkes tilbake når vilkårene for det er til stede, er overlatt til kommunens skjønn. Det betyr at Statsforvalteren skal legge stor vekt på hensynet til det kommunale selvstyret ved overprøvingen av denne vurderingen.»

Statsforvalteren fant at «vilkår for godkjenning er ikke til stede, og har ikke vært til stede over tid. Vilkår for tilbakekall av godkjenningen er dermed til stede».

Når det gjaldt spørsmålet om stansing av virksomheten, viste Statsforvalteren til at «hjemmel for vedtak om stenging finnes i folkehelseloven § 10 annet [tredje] ledd». Statsforvalteren konkluderte med at vilkåret om forholdsmessighet i folkehelseloven § 10 tredje ledd ikke var oppfylt, og at det derfor ikke forelå lovhjemmel til å stenge virksomheten.

Statsforvalterens vedtak ble brakt inn for Sivilombudet 6. januar 2022. I klagen ble det anført at kommunen og Statsforvalteren ikke hadde hjemmel til å fatte vedtak om tilbaketrekking av godkjenningen. Klageren mente at Statsforvalteren hadde bygget sitt vedtak på en veileder fra Helsedirektoratet, og at denne veilederen ikke kunne være et selvstendig grunnlag for offentlig myndighetsutøvelse når det manglet hjemmel for tilbaketrekking av godkjenning i lov og forskrift.

Våre undersøkelser

Etter en gjennomgang av klagen og saksdokumentene fant vi grunn til å undersøke enkelte sider av Statsforvalterens rettsanvendelse i saken.

Hverken folkehelseloven eller den tilhørende forskrift om miljørettet helsevern i barnehager og skoler m.v. inneholder noen uttrykkelig bestemmelse om tilbakekall av en gitt godkjenning. I brev herfra 11. mars 2022 ba vi derfor Statsforvalteren redegjøre for om det er adgang til å trekke en godkjenning tilbake, og eventuelt det rettslige grunnlaget og vilkårene for dette.

I svar fra Statsforvalteren 23. mars 2022 fremgår det at spørsmålet om godkjenning av en virksomhet er gjenstand for vurdering gjennom hele driftsperioden. Det vises til at dette kan utledes av forarbeidene til kommunehelseloven § 4a-4, forløperen til folkehelseloven § 10, ettersom det der ikke skilles mellom forhåndsgodkjenning og godkjenning av en virksomhet. Videre viser Statsforvalteren til at en løpende vurdering av godkjenningsstatusen til en virksomhet også kan utledes av folkehelseloven § 10 første ledd. Om dette skrev Statsforvalteren:

«Folkehelseloven § 10 gir forskriftshjemmel for bestemmelser om meldeplikt til kommunen eller plikt til å innhente godkjenning fra kommunen før eller ved iverksetting og

ved endring av virksomhet som kan ha innvirkning på helsen. Kommunen kan sette vilkår for godkjenning. Det kan også kreves at en vurdering fra et akkreditert inspeksjonsorgan skal fremlegges. Slik vurdering kan kreves innhentet ved nærmere bestemte tidsintervaller. Slik vi ser det, følger det av dette at forskriftshjemmelen gjelder meldeplikt, godkjenning og vurdering som virkemiddel for å sikre at helsemessige hensyn ivaretas til enhver tid, ikke kun på oppstartstidspunktet.»

Statsforvalteren viser også til at ordlyden i forskrift om miljørettet helsevern i barnehager og skoler m.v. § 6 kan tas til inntekt for at kommunen skal kunne trekke tilbake en tidligere gitt godkjenning:

«Forskrift om miljørettet helsevern i barnehager og skoler § 6 er gitt i medhold av fhl. § 10. Den sier at barnehager og skoler 'skal være godkjent' av kommunen. Videre skal det framlegges søknad for godkjenningsmyndigheten ved 'plan for etablering, utvidelse eller endring av virksomheten'. Det følger altså av ordlyden at det må gis ny godkjenning ved utvidelse eller endring. Videre må dette bety at dersom utvidelse eller endring gjennomføres uten at ny godkjenning er omsøkt, må kommunen kunne trekke tilbake tidligere godkjenning.»

Avslutningsvis fremhever Statsforvalteren at de anser en tilbaketrekking av godkjenning kun som en formalisering av virksomhetens status, og at tilbaketrekkingen i seg selv ikke har rettsvirkninger:

«Endelig ønsker vi å peke på at slik vi ser det, er tilbaketrekking av godkjenningen bare en formalisering av virksomhetens status (at virksomheten over tid ikke oppfylte krav i forskriften), og har ikke rettsvirkninger i seg selv. Det forhold at virksomheten er forpliktet til å fortsette sitt forbedringsarbeid og rette opp i avvik etter tilsyn, var ikke en funksjon av at godkjenningen ble trukket tilbake, men følger allerede av forskriftens krav om at virksomheten skal oppfylle bestemmelser som skal ivareta helse til enhver tid. Tilbaketrekking av godkjenningen innebærer en åpning for stenging etter § 10 dersom nærmere vilkår er oppfylt. Vedtak om stenging etter § 10 ble i dette tilfellet som kjent ikke opprettholdt av Statsforvalteren.»

Klager ble gitt anledning til å kommentere Statsforvalterens svar. I klagers merknader 6. og 20. april 2022 er det fremhevet at regelverket ikke åpner for å trekke en godkjenning tilbake. Det er i dette tilfellet heller ikke foretatt endringer i virksomheten som krever (ny) godkjenning. Det er også feil når Statsforvalteren mener tilbakekall av godkjenningen ikke vil ha rettsvirkninger. Barnehagen driver etter tilbakekallet uten godkjenning, noe kommunen har fulgt opp ved å kreve ny søknad om godkjenning. Manglende godkjenning kan videre møtes med ulike sanksjoner, blant annet straff.

Sivilombudets syn på saken

Spørsmålet for Sivilombudet er om det foreligger rettslig adgang til å trekke den gitte godkjenningen tilbake.

Regelverket om miljørettet helsevern er videreført fra kommunehelsetjenesteloven kapittel 4a til folkehelseloven kapittel 3. Folkehelseloven § 10 første ledd slår fast at «innenfor miljørettet helsevern jf. § 8» kan departementet «gi nærmere bestemmelser om meldeplikt til, eller plikt til å innhente godkjenning fra, kommunen før eller ved iverksetting av virksomhet som kan ha innvirkning på helsen». Av forskrift om miljørettet helsevern i barnehager og skoler m.v. § 6, fremgår det at «virksomheter som omfattes av forskriften, jf. § 2, skal være godkjent av kommunen». Av oppstillingen i forskriftens § 2 nevnes blant annet barnehager.

I medhold av folkehelseloven § 10 første ledd tredje punktum, kan kommunen «ved godkjenning sette vilkår for å ivareta hensynet til folks helse jf. §§ 1 og 8». Av Helse- og omsorgsdepartementets rundskriv I-1/2012 («Om godkjenning av barnehager og skoler etter regelverket for miljørettet helsevern»), fremgår det at alle kravene i forskriften skal være oppfylt når godkjenning gis. Likevel slik at det er en viss anledning til å unnta kravene i forskriften, men gjennom å gi dispensasjon fra bestemmelser i forskriften i medhold av dispensasjonshjemmelen i forskriftens § 26 annet ledd, og ikke ved å gi midlertid godkjenning eller godkjenning på vilkår.

Hverken folkehelseloven eller den tilhørende forskriften inneholder noen uttrykkelig bestemmelse om tilbakekall av godkjenning. En adgang til å trekke tilbake en gitt godkjenning er heller ikke omtalt i forarbeidene. I Statsforvalterens vedtak 16. desember 2021 er det «den ulovfestede vilkårlæren» som er benyttet som rettslig grunnlag for å trekke godkjenningen tilbake. I vedtaket sies det videre at godkjenningen kan trekkes tilbake i «alvorlige saker» og at spørsmålet om hvorvidt en godkjenning skal trekkes «når vilkårene for det er til stede, er overlatt til kommunens skjønn».

Heller ikke i Helse- og omsorgsdepartementets rundskriv I-1/2012 er tilbakekall av godkjenning omtalt. Helsedirektoratets veileder til forskrift om miljørettet helsevern i barnehager og skoler, IS-2072, kommentar til forskriftens § 26, inneholder imidlertid et punkt med overskrift «Tilbakekallelse av godkjenning», hvor det fremgår:

«Godkjenningsmyndigheten kan i alvorlige saker tilbakekalle godkjenningen av en barnehage. Der en barnehage over tid ikke oppfyller forskriftens krav, bør godkjenningsmyndigheten trekke godkjenningen, jf. folkehelseloven § 10 og forvaltningsrettens alminnelige vilkårlære.

Konsekvensen av et tilbakekall blir de samme som konsekvenser ved manglende godkjenning (se veiledning til § 6 Krav om godkjenning).»

Spørsmålet blir etter dette om det til tross for manglende uttrykkelig regulering i lov eller forskrift, er adgang til å trekke godkjenningen tilbake.

Utformingen av loven og forarbeidene gir etter ombudets syn ikke holdepunkter for å forstå det slik at den manglende omtale av og bestemmelser om adgang til tilbakekall, er et uttrykk for et bevisst ønske fra lovgiver om at det ikke skal være anledning til å trekke denne typen godkjenninger tilbake. Derimot er det grunn til å anta at dersom meningen var å tilsidesette de

alminnelige regler om omgjøring eller tilbakekall av en godkjenning, ville det vært sagt uttrykkelig.

Statsforvalteren har i klagevedtaket vist til den ulovfestede vilkårlæren som rettslig grunnlag. Med denne henvisningen forstår ombudet forvaltningens ulovfestede rett til under bestemte forutsetninger å sette vilkår for en godkjenning eller tillatelse. Graver beskriver i Alminnelig forvaltningsrett (5. utgave 2019) s. 282 denne retten slik:

«Selv i de tilfelle hvor det ikke er nevnt noe om adgang til å stille vilkår i den enkelte lov, anses forvaltningen å ha en sedvanefestet adgang til å stille vilkår ved innvilgelse av tillatelser og fritakelser og ved bevilgning av penger og andre former for støtte. Dette er uomtvistet når det gjelder vilkår som tjener til å motvirke de skadevirkningene eller ulempene som ellers kan følge av vedtaket, se Rt. 2003 s. 764, men må også gjelde andre typer av vilkår. For denne adgangen gjelder noen begrensninger.»

I denne saken er det ikke fremkommet opplysninger som tilsier at kommunen satt bestemte vilkår da barnehagen ble godkjent, ut over det som følger av lov og forskrift. Så lenge dette er tilfelle, kan det etter ombudets syn stilles spørsmålstegn ved hvor treffende en henvisning til den ulovfestede vilkårlæren er ved tilbakekall av godkjenningen. Noen avgjørende betydning for selve utfallet av saken har imidlertid ikke dette.

Etter forvaltningsloven § 35 kan et vedtak under gitte forutsetninger omgjøres uten klage. Av siste ledd i bestemmelsen følger det at:

«De begrensninger i adgangen til å omgjøre et vedtak som er forutsatt i første, annet og tredje ledd, gjelder ikke når endringsadgangen følger av annen lov, av vedtaket selv eller av alminnelige forvaltningsrettslige regler.»

Etter ombudets syn åpner dette for omgjøring i form av tilbakekall basert på to mulige grunnlag. For det første om endringsadgangen må anses å følge av vedtaket selv, og for det andre etter alminnelige forvaltningsrettslige regler.

Det aktuelle vedtaket i denne saken inneholder ikke noe eksplisitt om tilbakekall. Spørsmålet blir da om en slik adgang må anses å følge forutsetningsvis av selve vedtaket. Graver skriver i Alminnelig forvaltningsrett (5. utgave 2019) s. 519:

«Hvorvidt det foreligger en forventning som er beskyttet mot omgjøring, vil for det første kunne bero på vedtaket selv. For en del vedtak er situasjonen den at parten åpenbart ikke har berettigede forventninger som verner mot endring hvis forholdene endrer seg. Har man fått en støtte som er knyttet til bestemte forutsetninger, vil det ofte være klart at støtten faller bort hvis forutsetningen for den faller bort. Den uføretrygdde kan bli frisk, eller den arbeidsledige får arbeid. Også tillatelser kan være basert på klare forutsetninger, f.eks. at virksomheten ledes av en person som innehar bestemte kvalifikasjoner.»

Det kan etter ombudets oppfatning være gode grunner for å anse et vedtak om godkjenning av en barnehage etter det aktuelle regelverket, for implisitt å inneholde en forutsetning om mulig tilbakekall. Synspunktet må da være godkjenningen hviler på at de til enhver tid gjeldende krav til

innemiljø og helse skal være ivaretatt, ikke bare på tidspunktet godkjenning gis første gang. I tillegg til de øvrige virkemidler lov og forskrift åpner for, kan virksomheten neppe anses å ha en berettiget forventning om å beholde en godkjenning i tilfeller der de grunnleggende kravene over tid ikke er oppfylt. Ombudet finner imidlertid ikke grunn til å trekke en endelig konklusjon på om dette er et tilstrekkelig grunnlag for tilbakekall i denne saken.

Av alminnelige forvaltningsrettslige regler er det en adgang til å omgjøre et vedtak – i dette tilfellet ved å trekke en godkjenning tilbake – i tilfeller der det etter en interesseavveining er vesentlig tyngre hensyn som taler for en omgjøring enn det motsatte. I Eckhoff/Smith, Forvaltningsrett (11. utg. 2018), s. 314 er dette omtalt slik:

«Fvl. § 35 siste ledd viser til ulovfestede regler, men lovfester dem ikke. De gjelder når omgjøring ikke kan bygges på bestemmelsene i fvl. eller annen lov. [...] For at omgjøring skal kunne skje, må de hensyn som taler for omgjøring, veie vesentlig tyngre enn de som taler mot. Dette kan primært tenkes når det er tale om inngrep i igangværende eller fremtidig virksomhet. [...] Hva som kan regnes som tungtveiende allmenne hensyn, kan variere over tid. Men når slike hensyn foreligger i en gitt situasjon, vil det normalt være adgang til det. En tillatelse må f.eks. kunne tas tilbake hvis det viser seg at den pågående virksomheten er helsefarlig eller medfører en vesentlig sikkerhetsrisiko; det er f.eks. gitt tillatelse til et kloakkanlegg som senere viser seg å forgifte drikkevannet, eller man oppdager at konstruksjonen er så svak at et hus som det er gitt byggetillatelse for, kan rase sammen. I slike tilfeller er det adgang til omgjøring selv om det vil medføre betydelig tap for den private part.»

Tilsvarende fremgår av NOU 2019: 5 Ny Forvaltningslov pkt. 25.2.5, og er tidligere lagt til grunn i ombudets uttalelse 10. september 2014 (SOM-2014-775).

For ombudet er det klart at de hensyn som folkehelseloven § 10 og forskrift om miljørettet helsevern i barnehager og skoler m.v. skal ivareta, i gitte situasjon vil representere en så tungtveiende interesse at manglende oppfyllelse av kravene vil kunne begrunne en omgjøring av et godkjenningsvedtak. Hva som kreves for omgjøring i form av tilbakekall, vil måtte vurderes konkret for hver enkelt sak. Det er åpenbart at ikke ethvert avvik vil kunne begrunne omgjøring. Tilbakekall av en godkjenning på dette rettslige grunnlaget er omtalt i Helsedirektoratets veileder til å være begrenset til «alvorlige saker» og hvor «en barnehage over tid ikke oppfyller forskriftens krav». Ombudet har ikke vesentlige innvendinger til dette.

Gjenstanden for ombudets undersøkelse i denne saken har primært vært om det er rettslig grunnlag for å trekke godkjenningen tilbake. Selv om ombudet stiller spørsmål ved om henvisningen til den ulovfestede vilkårlæren i dette tilfellet er treffende, fremstår det ikke som hensiktsmessig å be Statsforvalteren om en ny vurdering i denne saken. Ombudet ber imidlertid Statsforvalteren merke seg synspunktene i denne uttalelsen for fremtidige saker.

Konklusjon

Sivilombudet er kommet til at vedtak om godkjenning av en barnehage etter folkehelseloven § 10 og forskrift om miljørettet helsevern i barnehager og skoler m.v. kan omgjøres – f.eks. i form av å trekke en gitt godkjenning tilbake – etter alminnelige forvaltningsrettslige regler. For at omgjøring skal kunne foretas, må de hensyn som taler for omgjøring, veie vesentlig tyngre enn de som taler imot. Ombudet ber Statsforvalteren merke seg synspunktene i denne uttalelsen for fremtidige saker.

7.7.2022 (2022/1334)