

# Juridisk betenkning til PBL

- Rettslige utfordringer med Storberget-utvalgets flertallsforslag



# NOTAT

Til: PBL - Private Barnehagers Landsforbund

Oslo, 13. august 2021

Fra: SANDS Advokatfirma DA

Vår ref.: 67936.155219

Ansvarlig advokat: Morten Steenstrup

## Rettslige utfordringer med Storberget-utvalgets flertallsforslag

1	Innledning.....	3
2	Overordnet om Storberget-utvalgets rapport .....	4
2.1	En utredning på jakt etter et problem .....	4
2.2	En nyregulering av barnehagesektoren reiser en rekke rettslige problemstillinger .....	6
3	Høyesteretts forståelse i 2021 av barnehagelovens § 19 om likeverdig behandling .....	7
3.1	Storberget-utvalgets fortolkning av dommen i forhold til rettsliggjøring .....	8
3.2	Kommunenes handlingsrom i lys av Høyesterettsdommen.....	9
4	Storberget-utvalgets flertallsforslag støter mot en rekke rettslige skranker .....	9
5	Utviklingen av barnehagesektoren over snart 20 år – hvilke beskyttelsesverdige rettslige posisjoner har det gitt private aktører? .....	10
5.1	Innledning.....	10
5.2	Barnehageforliket i 2002.....	11
5.3	Fra 2011 går det statlige tilskuddet inn i rammetilskuddet til kommunene – prinsippet om likeverdig behandling av private og kommunale barnehager opprettholdes .....	12
5.4	Det har hele tiden vært forutsatt at private barnehager kan disponere eventuelt overskudd .....	15
5.5	Oppsummering – opparbeidelse av private barnehagers rettslige posisjoner.....	19
6	Utviklingen på barnehagesektoren er ulik utviklingen innen skolesektoren.....	19
7	Står Stortinget fritt til å avvikle private barnehagers rett til offentlig tilskudd? .....	20
7.1	Innledning.....	20
7.2	Hva ligger i nyordene «demokratisk kontroll med kommunale midler»? Kan det rettslig sett forsvare redusert forutberegnelighet for private tjenesteytere i sektoren? .....	21
7.3	Er det dokumentert superprofitt i barnehagesektoren?.....	21
7.3.1	Hvordan påvirker reformforslagene risikopremien i barnehagesektoren? .....	23
7.3.2	Vil mer rasjonell kommunal drift redusere eventuell superprofitt? Er det en mer forholdsmessig vei? .....	23

7.4	Innføring av regulering gjennom lokal forskrift vil ikke redusere Grunnloven, EMK og EØS-rettens skranker i de private barnehagenes opparbeidede rettslige posisjoner .....	24
7.4.1	Den lovmessige eller forskriftsmessige hjemmel for kommunale krav kan kjennes ulovlig .	25
7.4.2	Full rett til prøving av kommunenes lokale forskrifter eller vedtak.....	25
7.4.3	Vil innføring av lokale forskrifter føre til et enklere system, og effektivisere reguleringens samlede styringskostnader?.....	26
7.5	En rekke av Storberget-utvalgets forslag til ny regulering kan være ulovlige – fordi de vil være i strid med enten Grunnloven, EMK eller EØS-retten .....	26
7.5.1	Innledning .....	26
7.5.2	Kan staten ta bort dagens lovfestede rett til tilskudd av en viss størrelse?.....	40
7.5.3	Vilkår om at private barnehager ikke kan ta utbytte om de fortsatt vil ha rett til offentlig finansieringstilskudd.....	41
7.5.4	Et vilkår om omdanning til en ideell virksomhet for fortsatt finansieringstilskudd.....	47
7.5.5	Et vilkår om at kun ideelle virksomheter vil kunne få lån i Husbanken .....	49
7.5.6	Innføring av krav om at hver barnehage skal være eget rettssubjekt vil forutsette at opparbeidet kapital og likviditet først kan disponeres fritt .....	50
7.5.7	Innføring av et system som innebærer at fortsatt finansiering blir tidsbegrenset – og med kort horisont .....	51
7.5.8	Innføring av et anbudssystem til erstatning for dagens system vil være ulovlig.....	52
7.5.9	En forkjøpsrett for kommunene slik Storberget-utvalget foreslår vil være ulovlig.....	53
8	Storberget-utvalgets flertall foreslår overgangsregler som umiddelbart skal sperre for transaksjoner ..	58
8.1	Det innføres sperrer som skal forhindre at opparbeidede verdier i private barnehager kan tas ut i forkant av krav om at en barnehage må drives i eget rettssubjekt .....	58
8.2	Det innføres et forbud mot salg av barnehageeiendommer inntil den nye lovgivningen om forkjøpsrett er på plass. ....	59
9	Storberget-utvalget har ikke utredet de rettslige skranker forslagene støter mot.....	59

## 1 Innledning

Ved departementsoppnevning av 12. februar 2021 oppnevnte regjeringen Solberg et utvalg som skulle utrede finansieringen av private barnehager. Utvalget som var ledet av statsforvalter Knut Storberget avga sin rapport 15. juni 2021.

Utvalget delte seg i de viktige spørsmålene i et flertall bestående av alle medlemmene med unntak av ett medlem. Mindretallet besto av medlemmet foreslått av Private Barnehagers Landsforbund.

I dette notatet vil vi foreta en foreløpig analyse av utvalgets rapport og rettslige utfordringer som utvalgets flertallsforslag representerer.

Under punkt 2 vil vi kommentere utvalgets rapport på et overordnet nivå.

Under punkt 3 vil vi gjennomgå en nylig avsagt Høyesterettsdom om forståelsen av barnehagelovens § 19 om likeverdig behandling av henholdsvis private og kommunale barnehager. Denne dommen er viktig fordi den gir veiledning for hvordan private barnehager skal behandles i dagens finansieringssystem. Dette er viktig når barnehagenes rettslige posisjoner i dag skal analyseres.

Under punkt 4 vil vi kort, som et utgangspunkt, vise til at slik vi ser det så har private barnehager siden barnehageforliket i 2002 oppnådd rettslige posisjoner som gir virksomhetene en betydelig beskyttelse basert på Grunnloven §§ 97 og 105, samt med grunnlag i EMK. Videre stiller også EØS-retten viktige skranker for norske myndigheters handlingsfrihet med hensyn til å innføre ny lovgivning.

Under punkt 5 gjennomgår vi utviklingen av barnehagesektoren over snart 20 år for å vise hvilke beskyttelsesverdige rettslige posisjoner det har gitt private aktører.

I punkt 6 viser vi hvordan barnehagesektoren er ulik utviklingen innen skolesektoren. Dette viser at private barnehager og eierne av disse har helt andre beskyttelsesverdige posisjoner enn det private skoler og eierne av disse har.

Under punkt 7 stiller vi spørsmålet om Stortinget står fritt til å avvikle private barnehagers rett til offentlig tilskudd. Vi viser til at et stortingsflertall i utgangspunktet vil ha betydelig handlefrihet til, gjennom lov og forskrifter, å begrense private barnehagers rolle, rettigheter og fortjenestemuligheter.

Innledningsvis under punkt 7.1 slår vi imidlertid fast at Stortingets handlefrihet begrenses av bestemmelser i vår Grunnlov, gjennom internasjonale forpliktelser som den Europeiske Menneskerettighets Konvensjonen («EMK») protokoll 1 artikkel 1 eller EØS-avtalen. Utvalgets flertall introduserer nyordene «demokratisk kontroll med kommunale midler» og vi undersøker i punkt 7.2 om dette er hensyn som kan begrunne og rettferdiggjøre reformene som foreslås. I punkt 7.3 undersøker vi videre om det er dokumentert superprofitt i barnehagesektoren. Siden utvalgets flertall foreslår at regulering av finansieringen av barnehagesektoren skal kunne skje gjennom lokal forskrift, gjennomgår vi i punkt 7.4 at det ikke vil redusere Grunnloven, EMK og EØS-rettens skranker i de private barnehagenes opparbeidede rettslige posisjoner.

Under punkt 7.5 gjennomfører vi både omfattende og inngående analyser av de forslag som Storberget-utvalgets flertall fremmer og om de er i strid med enten Grunnloven, EMK eller EØS-retten. Vår konklusjon er at en rekke av forslagene vil være det. Under punkt 8 gjennomgår vi utvalgets flertallsforslag om at det umiddelbart skal innføres sperrer for transaksjoner knyttet til transaksjoner innen barnehagesektoren. Vi konstaterer at også disse forslagene vil være i strid med Grunnloven og EMK. De foreslåtte reguleringene reiser også grunnleggende spørsmål under EØS-retten.

I punkt 9 konstaterer vi at Storberget-utvalget ikke har foretatt noen vurdering av om forslagene vil støte mot de skranker som Grunnlovens §§ 97 og 105 eller EMK oppstiller. Det samme er situasjonen i forhold til EMK og EØS-retten. Det betyr at det vil være behov for omfattende utredninger av lovligheten av de forslag som er fremmet. Som det fremgår av dette notatet er vår oppfatning at en slik utredning vil vise at en rekke av forslagene ikke kan gjennomføres.

## 2 Overordnet om Storberget-utvalgets rapport

### 2.1 En utredning på jakt etter et problem

Utviklingen i barnehagesektoren er beskrevet på følgende måte av departementet i Prop. 96 L (2019-2020):

*«I 2003 inngikk Stortinget et historisk barnehageforlik. Barnehageforliket gikk ut på at alle familier som ønsket det, skulle få tilbud om barnehageplass. Dette har ført til full barnehagedekning og en enklere hverdag for småbarnsfamiliene. I 2019 gikk 92,2 prosent av alle barn i alderen ett til fem år i barnehage. Om lag halvparten av barna som går i barnehage, går i dag i en privat barnehage. Dette utgjør om lag 140.000 barn.*

*Barnehagesektoren består i dag av om lag 5.700 barnehager, hvorav om lag 3.000 er private. Dette omfatter både private ordinære barnehager, private familiebarnehager og private åpne barnehager. I 2018 var 54 prosent av de private ordinære barnehagene organisert som aksjeselskap og 23 prosent organisert som samvirkeforetak. 42 prosent av de private ordinære barnehagene inngikk i et foretak eller i foretaksgrupper sammen med andre barnehager. Både private og kommunale barnehager har blitt større de siste årene, og vi har fått større og mer profesjonelle private aktører som er organisert i konsernstrukturer.»*

Bakgrunnen for barnehageforliket var at det i 2002 sto 23 000 barn på venteliste for å få barnehageplass. I Stortinget var det bred enighet om full barnehagedekning og lavere foreldrebetaling innen 2005. Det var videre bred enighet om at man måtte mobilisere private aktører for å kunne skaffe tilstrekkelig barnehageplasser. Og for å kunne mobilisere tilstrekkelig private aktører, var det i denne sektoren – som i andre sektorer – nødvendig å sikre de private aktørene forutsigbare kommersielle rammebetingelser og mulighet for avkastning på innsats og investeringer.

I dag er det tilnærmet full barnehagedekning og sektoren er preget av et mangfold av aktører. Et stort antall private aktører har satsset og investert i tillitt til rammeverket de ble invitert inn på bakgrunn av. Alle indikatorer peker i retning av at dagens rettslige rammeverk har vært en suksess og frembragt de resultater man ønsket å oppnå med barnehageforliket. Det er vanskelig å se at en tilsvarende suksess kunne vært oppnådd uten den samme mobiliseringen av private aktører.

Barnehagesatsingen krever årlig offentlige tilskudd på over 20 milliarder kroner. Det er naturlig at det offentlige med jevne mellomrom evaluerer denne satsingen for å sikre at den fungerer etter hensikten. En slik evaluering bør ta utgangspunkt i de barnehagetjenestene som leveres og søke å avdekke om de (i) holder riktig kvalitativt nivå, (ii) om man får tilstrekkelig antall barnehageplasser (kvantitet) og (iii) om staten betaler en riktig pris for barnehagetjenestene som leveres. Fokuset for en evaluering av barnehagesektoren burde med andre ord være rettet mot kvaliteten, kvantiteten og prisen på den tjenesten som leveres, snarere enn eierskapet eller organiseringen til de som leverer tjenesten. Til syvende og sist er barnehagesektoren først og fremst til for barna og deres foreldre. Dersom det leveres riktig kvalitet til riktig pris, og det produseres det antall barnehageplasser det offentlige ønsker, burde leverandørens organisering, formålsparagraf eller eierskap spille en underordnet betydning.

Storberget-utvalget vurderer disse tre kriteriene, kvalitet, kvantitet og kostnad.

Når det gjelder kvaliteten på barnehagetjenestene uttales det:

*«De siste årene er det gjennomført større og mindre studier på kvalitet og kvalitetsutvikling i barnehagen. Flere av disse har brukt eierform som variabel. Mange har hatt fokus på forskjell i kvalitet mellom kommunale og private barnehager. Gjennomgående er det ingen systematisk kvalitetsforskjell mellom privat og kommunal sektor.» (side 71)*

*«Private barnehager skårer totalt sett høyere enn kommunale barnehager i foreldreundersøkelsene, men resultatene viser små forskjeller mellom private og de kommunale barnehagene innen de forskjellige kategoriene. I 2020 skåret private barnehager høyere enn kommunale barnehager på 25 av totalt 29 spørsmål, blant annet er det høyere tilfredshet i private med barnehagens rammebetingelser, slik som leker, utstyr og inne- og utemiljø.» (side 75)*

Utvalget finner således ingen ting å utsette på kvaliteten på den tjenesten som leveres av de private barnehageaktørene.

Når det gjelder spørsmålet om det produseres tilstrekkelig antall barnehageplasser (kvantitet), konstaterer utvalget at: *«Sektoren er nå i en situasjon med full barnehagedekning, rammefinansiering og nasjonale normer for bemanning.» (side 94)*

Også når det gjelder nivået på barnehagetjenestene, friskmelder utvalget barnehagesektoren. De private aktørene står i dag for om lag halvparten av alle barnehageplasser og medvirker således vesentlig til oppnåelsen av full barnehagedekning.

Når det gjelder kostnadene for det offentlige ved å sikre full barnehagedekning gjennom bruk av private aktører, fokuserer utvalget på lønnsomheten til de private aktørene som leverer tjenestene, snarere enn hva en alternativkost for det samme tilbudet ville vært – for eksempel gjennom kommunal drift.<sup>1</sup> Dette er et noe indirekte måleparameter på om det offentlige betaler riktig pris for tjenestene som leveres, og det er ikke umiddelbart lett å se at dette er det beste måleparameter. Ettersom det offentlige tilskuddet til private barnehager har som utgangspunkt den tilsvarende finansieringen av offentlige barnehager, så fremt tilbudene er likeverdige, vil en eventuell konklusjon om for god lønnsomhet blant de private barnehagene også tilsi at de offentlige barnehagene driver for kostbart eller ineffektivt og at det offentlige betaler for mye for tjenestene som leveres. Dersom siktemålet med evalueringen var å sikre at det offentlige ikke betaler for mye for barnehagetjenestene, ville en slik konklusjon måtte lede til tiltak også overfor de offentlig eide barnehagene, som jo utgjør omtrent halvparten av alle barnehagene og dermed en vesentlig utgiftspost for det offentlige.

Utvalget har som nevnt imidlertid valgt isteden å ta utgangspunkt i lønnsomheten til de private barnehagene, uten å sammenligne med kostnadene knyttet til offentlig drift. Dette kan tyde på at undersøkelsen ikke først og fremst har hatt som siktemål å avklare om det offentlige betaler en for høy pris for barnehagetjenestene.

Når det gjelder lønnsomheten til de private barnehagene uttaler utvalget allikevel:

*«Lønnsomheten i sektoren varierer. Utvalget peker på at den store andelen private barnehager som går med underskudd og knappe marginer er en vesentlig utfordring ved finansieringssystemet i dag. Årsakene til variasjoner i lønnsomhet er sammensatte, og en stor del av variasjonen forblir uforklart. Omtrent en tredjedel av barnehagene går med underskudd hvert år, samtidig som deler av sektoren har relativt god lønnsomhet.»*

<sup>1</sup> Agenda Kaupang på oppdrag fra PBL er det regnet ut at det offentlige i snitt sparer 2,3 milliarder kroner på at private aktører driver barnehager, sammenlignet med at kommunene skulle ha drevet alle landets barnehager selv.

*Utvalgets gjennomgang av den økonomiske situasjonen i private barnehager viser at kjedebarnhagene har hatt en god økonomisk situasjon med relativt solide driftsmarginer over mange år, og mulighet til å bygge opp egenkapital. Kjedebarnhagene har i større grad enn enkeltbarnehager en finansiell stilling som gir mulighet til å utvide virksomheten gjennom oppkjøp av andre barnehager. Samtidig viser utvalget til at lønnsomheten i private barnehager er fallende over tid. Særlig ser det ut som om bemannings- og pedagognormene har påvirket den økonomiske situasjonen.» (side 13)*

Heller ikke Storberget-utvalget har således funnet noe belegg for at det offentlige betaler en for høy pris for tjenestene som produseres av de private barnehageaktørene eller at lønnsomheten er påfallende høy.

På tross av at Storberget-utvalget på denne måten synes å konstatere at de viktigste elementene i barnehagesektoren oppfylles i henhold til forutsetningene – full barnehagedekning, god kvalitet på tjenestene og riktig pris – foreslås det omfattende omreguleringer av barnehagesektoren. Det er vanskelig å se at de sentrale funnene i Storberget-utvalget kan begrunne en så omfattende omregulering av sektoren. Og de hensynene som skal begrunne Storberget-utvalgets forslag synes ikke å være begrunnet i kvantitet, kvalitet eller pris, men snarere et opplevd kontrollbehov og verdipolitiske betraktninger.

Særlig er det grunn til å peke på at oppfyllelsen av de tre viktigste parameterne – full barnehagedekning, riktig kvalitet og riktig pris – nødvendigvis henger sammen med utformingen av dagens regulering. Det er ikke gitt at en omregulering av sektoren, vil sikre den samme måloppnåelsen. Og dersom forslagene til Storberget-utvalget settes ut i livet, er det heller ikke gitt at det vil være like lett å mobilisere private aktører til fornyet innsats i fremtiden, dersom nyreguleringen skulle bli feilslått og det offentlige igjen skulle ønske å mobilisere private aktører for å sikre full barnehagedekning.

## **2.2 En nyregulering av barnehagesektoren reiser en rekke rettslige problemstillinger**

Storberget-utvalget foreslår en rekke omreguleringer av den private delen av barnehagesektoren. På tross av at hverken utvalget eller tidligere utredninger har funnet belegg for at det offentlige betaler en for høy pris for barnehagetjenestene eller at de private aktørene får en unormal høy avkastning på sine investeringer, synes hovedbegrunnelsen for forslagene å være et ønske om å svekke de private barnehagenes økonomiske rammebetingelser. Som det fremgår av rapporten, mener utvalgets flertall «at det ikke kan utelukkes at det realiseres meravkastning ut over normalavkastning (superprofitt) i privat barnehagedrift, og at driftsmarginen for noen private barnehager er for høy». Frykten for at enkelte aktører har for høy avkastning – selv om det ikke kan belegges at det faktisk skjer og utredningen selv viser at mange private barnehager går med underskudd – synes tilstrekkelig for forslagene som fremsettes. Det er grunn til å advare mot å treffe vidtrekkende konklusjoner på bakgrunn av et så sviktende grunnlag.

Omreguleringen av barnehagesektoren i tråd med Storberget-utvalgets forslag vil reise en rekke kompliserte rettslige problemstillinger. Som det vil fremgå av denne utredningen, kan det legges til grunn at private barnehager som har investert i tiltro til de rammebetingelsene de ble invitert inn på bakgrunn av i forbindelse med barnehageforliket, har opparbeidet rettslig beskyttelse for enkelte sider ved dagens virksomhet. Et eventuelt forbud mot å disponere opparbeidet utbytte eller omsetningsforbud for barnehager, koblet med forkjøpsrett for kommunene, er eksempler på inngrep som reiser grunnleggende rettslige spørsmål under Grunnloven så vel som menneskerettighetsbestemmelsene i EMK, slik disse er inntatt i norsk rett. En nyregulering av sektoren, der private aktører fortrenses til fordel for ideelle aktører eller pålegges uforholdsmessige restriksjoner, vil også måtte gå klar av EØS-avtalen for å være lovlige. Disse spørsmålene knyttet til de fremsatte forslagene, er ikke utredet av utvalget og vil medføre betydelig rettslig usikkerhet over lang tid.

Det er også grunn til å stille spørsmål ved om utvalgets forslag kan realisere de målsettinger som oppstilles. Utvalget beklager for eksempel rettsliggjøringen av barnehagesektoren, samtidig som det foreslås å gå over

til et nytt regime der det er kommunene som selv skal fastsette reguleringene for sine respektive barnehager. Det er uklart hvordan dette vil kunne redusere rettsliggjøringen av barnehagesektoren. Videre synes utvalget å anta at det er en motsetning mellom «demokratisk kontroll» og en sektor styrt gjennom lov og forskrift. For det første er det vanskelig å tenke seg en barnehagesektor uten styrende rettsregler, slik at man realistisk sett vanskelig kan komme unna den rettsliggjøringen utvalget beklager. En overgang til et mer fragmentert og skjønnsmessig rettslig rammeverk, vil ikke fjerne rettsliggjøringen av sektoren, men snarere skape mer rettslig usikkerhet, mindre forutberegnelighet og flere tvister. Utvalget har selv pekt på at enkelte kommuner har brukt lang tid på å bli godt kjent med dagens nasjonale regelverk. En omlegging og fragmentering vil dermed heller forsterke en eventuell usikkerhet i landets mange kommuner. For det andre er ikke en sektor unntatt «demokratisk kontroll» når den er regulert av lov eller forskrift. Snarere tvert imot. Det er i denne forbindelse grunn til å minne om Frostatingslovens tusen år gamle visdomsord om at «med lov skal landet bygges, og ikke med ulov ødes.»

### 3 Høyesteretts forståelse i 2021 av barnehagelovens § 19 om likeverdig behandling

Høyesterett avsa i begynnelsen av 2021 en dom, jfr. HR-2021-62-A<sup>2</sup>, om hva som ligger i lovens bestemmelse om at godkjente ikke-kommunale barnehager skal behandles likeverdig med kommunale barnehager i forhold til offentlig tilskudd.

Høyesterett viste til at driften av private barnehager finansieres i det vesentlige gjennom offentlige driftstilskudd. Siden 2011 er det kommunene som står for den offentlige delen av finansieringen av både kommunale og ikke-kommunale barnehager. Kommunene mottar rammefinansiering fra staten. Barnehageloven bestemmer at kommunen skal behandle private barnehager som mottar tilskudd, likeverdig med kommunale barnehager. Det fremgår av forskriften til loven at driftstilskuddet til ordinær drift skal beregnes ut fra gjennomsnittlige driftskostnader per heltidsplass i tilsvarende kommunale barnehager.

Høyesterett konstaterte at loven pålegger kommunen en plikt til å behandle private barnehager som mottar tilskudd, likeverdig med kommunale barnehager, og de private barnehagene hadde et rettskrav på slik behandling.

Første voterende, med tilslutning av de øvrige Høyesterettsdommerne, oppsummerte forståelsen av likeverdighetsprinsippet slik i avsnittene 41 og 42 i dommen:

*«Det grunnleggende kravet er at det skal være økonomisk likebehandling mellom offentlige og private barnehager. Dette innebærer at de private barnehagene skal sikres den samme offentlige finansieringen per oppholdstime som kommunale barnehager får. Den økonomiske likebehandlingen tar derfor utgangspunkt i kommunens finansiering av egne barnehager.»*

*Driftstilskuddet er knyttet til ordinære driftsutgifter, det vil si basistilbudet i barnehagen. Tilbud til barn med særlige behov faller utenfor denne rammen og finansieres ved særlige tilskudd. De private barnehagene skal ikke stilles dårligere økonomisk enn de kommunale barnehagene, men heller ikke bedre. Kravet til likeverdighet innebærer følgelig at det må ses hen til innholdet av barnehagetilbudet. Ot.prp.nr.76 (2002–2003) nevner som eksempel at den kommunale barnehagen har lengre åpningstid enn den private. I et slikt tilfelle er ikke tilbudene likeverdige, og dette kan begrunne et lavere driftstilskudd til den private barnehagen. Det avgjørende er at likeverdige tilbud behandles likt ved fastsettelsen av tilskuddet til de private barnehagene.»*

<sup>2</sup> Det gjøres oppmerksom på at en av forfatterne av dette notatet, advokat Morten Steenstrup, prosederte saken for Høyesterett på vegne av de private barnehagene



Gjennom denne dommen har Høyesterett med endelig virkning avklart hva som ligger i det lovfestede likeverdighetsprinsippet mellom kommunale og private barnehager som ble introdusert i forbindelse med barnehageforliket i Stortinget i 2002.

Ved denne avgjørelsen har alle parter fått en avklaring som legger til rette for et redusert konfliktnivå ved kommunale tilskudd til private barnehager. Slik sett er denne Høyesterettsdommen viktig.

### 3.1 Storberget-utvalgets fortolkning av dommen i forhold til rettsliggjøring

Storberget-utvalget omtaler den nye Høyesterettsdommen kun under spørsmål om rettsliggjøring av velferdstjenestene. Det er overraskende at Storberget-utvalget ikke gir denne dommen en mer grundig behandling.

Storberget-utvalget har et kapittel 6 hvor fordeler og ulemper med dagens finansieringssystem behandles. Under punkt 6.4 viser utvalgets flertall til at de private barnehagene har rett på driftstilskudd fra kommunen pr. plass, inntil det antallet plasser barnehagen er godkjent for. Private barnehager har gjennom dette en rett til finansiering dersom de har fått innvilget vedtak om finansiering. Flertallet mener dette er en ulempe ved dagens finansieringsmodell, og mener denne type rettsliggjøring rundt velferdstjenestene er u hensiktsmessig ut fra et helhetlig samfunnsperspektiv.

Det er i denne sammenheng utvalgets flertall kommenterer den nye Høyesterettsdommen og skriver følgende:

*«På grunnlag av Høyesteretts tolkning, tilsier gjeldende rett at kommunenes rettslige og økonomiske handlingsrom er vesentlig begrenset etter dagens finansieringssystem med tilhørende regelverk, ved finansieringen av private barnehager.*

*Flertallet finner at kommunene har et for snevert handlingsrom fordi kommunen, i for stor grad, er forpliktet til å beregne barnehagetilskuddet til private barnehager på grunnlag av utgiftene til kommunale barnehager. Dette på tross av at de private barnehagene ikke har tilsvarende kostnader.»<sup>3</sup>*

Uttalelsen er oppsiktsvekkende fordi Høyesterett kun fastslår hva som har vært gjeldende rett hele tiden og fastslår hvilke rettigheter private barnehager har, basert på det barnehageforliket som Sosialistisk Venstreparti, Arbeiderpartiet og Senterpartiet sto bak i 2002 i Stortinget, da private aktører ble mobilisert inn i barnehagesektoren for å sikre full barnehagedekning. Det utvalgets flertall kaller en «rettsliggjøring», er kun en rettsavklaring fra Høyesteretts side av hvilke plikter kommunene er pålagt.

Dagens finansieringsordning representerer ikke noen særskilt rettsliggjøring av velferdstjenestene. Det vil alltid være slik at dersom to parter er uenige, vil de ha en rett til å få avklart en tvist i domstolene. Det følger både av at Norge er en rettsstat og av grunnleggende menneskerettigheter. Som vi skal gjennomgå i punkt 7.4.3 vil en omlegging av dagens finansieringssystem og innføring av en rekke av de forslag som Storberget-utvalgets flertall skisserer representere en langt mer omfattende rettsliggjøring av systemet.

Gjennom Høyesterettsdommen har både kommuner og private barnehager fått en viktig avklaring som i fremtiden vil redusere konfliktnivået dersom den respekteres og legges til grunn av kommunene ved tildeling av tilskudd.

---

<sup>3</sup> Storberget utvalget, side 96

### 3.2 Kommunenes handlingsrom i lys av Høyesterettsdommen

Under punkt 6.5.1 om styring av barnehagesektoren og demokratisk styring skriver flertallet følgende:

*«Flertallet viser til at dagens system gir få insentiver til lokale satsinger i den enkelte kommune, da det øker tilskuddene til private uten at disse er pliktige til å gjennomføre tilsvarende tiltak. Dersom en kommune for eksempel ønsker å ha høyere pedagogtetthet eller bemanning i barnehagene, har den ingen mulighet til å pålegge private barnehager samme krav selv om tilskuddet, alt annet likt, til de private vil øke. Et annet eksempel er at det er forventning om at eier bidrar med egne midler til kompetanseheving. Hvis en kommune legger inn midler til dette, vil det utløse tilskudd til de private barnehagene, uten at de kan forpliktes til å bruke de økte tilskuddsmidlene på kompetanseheving. Flertallet mener denne type begrensninger på helhetlige lokale satsinger på barn og unges oppvekstvilkår er en ulempe ved dagens finansieringssystem.»<sup>4</sup>*

Det er forbausende at utvalgets flertall skriver dette bare to sider etter at det har behandlet den nye Høyesterettsdommen. Dette kan tyde på at utvalgets flertall har tatt noe lett på behandlingen av den rettsavklaring Høyesterett har foretatt knyttet til kravet til likeverdig behandling av kommunale og private barnehager. Utvalgets flertall må her ha oversett følgende avgjørende forutsetning fra Høyesteretts side når likeverdighetsprinsippet skal forstås:

*«Kravet til likeverdighet innebærer følgelig at det må ses hen til innholdet av barnehagetilbudet. Ot.prp.nr.76 (2002–2003) nevner som eksempel at den kommunale barnehagen har lengre åpningstid enn den private. I et slikt tilfelle er ikke tilbudene likeverdige, og dette kan begrunne et lavere driftstilskudd til den private barnehagen. Det avgjørende er at likeverdige tilbud behandles likt ved fastsettelsen av tilskuddet til de private barnehagene»<sup>5</sup>*

Den kritikken som Storberget-utvalgets flertall her reiser mot dagens finansieringsordning er det dermed ikke grunnlag for etter den nye Høyesterettsdommen. Høyesterett har tvert imot klargjort at det ved tilskuddsbetalingen må sees hen til innholdet av barnehagetilbudet.

Også flere andre steder i Storberget-utvalgets rapport kan det se ut som flertallet ikke helt har tatt inn over seg det reelle innholdet i Høyesterettsdommen og hva den fremover vil bety for praktiseringen av dagens finansieringsordning.

## 4 Storberget-utvalgets flertallsforslag støter mot en rekke rettslige skranker

Velferdstjenesteutvalget avga 1. desember 2020 delutredning I og II om offentlig finansierte velferdstjenester – «Private aktører i velferdsstaten.» I utredningen ble i kapittel 24 behandlet regulering av de private aktørenes økonomi og transparens i kontrakter, regnskaper og virksomheter. Under punkt 24.2.2 behandlet utvalget mer konkret «Mulige endringer i finansieringssystemet for barnehagesektoren». Vurderingene ble gjort på et meget overordnet nivå og uten å gå detaljert inn på forslagene.

Storberget-utvalgets flertall har i sin utredning foreslått det som betegnes som en lokal samhandlingsmodell.<sup>6</sup> Flertallet ønsker å avvikle deler av dagens nasjonale finansieringssystem hvor private aktører har en lovfestet rett til tilskudd av en viss størrelse.<sup>7</sup>

Hverken Velferdsutvalget eller Storberget-utvalget har foretatt utredninger av eller analyser av de rettslige sider ved de forslag som skisseres. Dette er en betydelig svakhet ved begge utredningene og det er åpenbart

<sup>4</sup> Storberget utvalget side 98

<sup>5</sup> HR-2021-62-A, avsnitt 42

<sup>6</sup> Storberget-utvalget side 152

<sup>7</sup> Storberget-utvalget side 153

at det vil kreves et omfattende utredningsarbeid knyttet til de rettslige og regulatoriske sider ved forslag som fremmes.

Regjeringen har ved flere anledninger de siste årene utredet tilsvarende forslag som nå skisseres. I den sammenheng har det gjennom tolkningsuttalelser fra Lovavdelingen i Justisdepartementet fremkommet at flere tilsvarende forslag som Storberget-utvalget lanserer, byr på utfordringer.

Det er et faktum at de private barnehagene siden barnehageforliket i 2002 har oppnådd rettslige posisjoner som gir virksomhetene en betydelig beskyttelse i henhold til både Grunnlovens §§ 97 og 105, samt i etter EMK. Videre stiller også EØS-retten viktige skranker for norske myndigheters handlingsfrihet med hensyn til å innføre ny lovgivning.

Vår vurdering er at flere av de forslag som Storberget-utvalget skisserer vil støte an mot disse rettslige skranker. I noen tilfeller er vår vurdering at enkelte av forslagene vil kunne stride mot Grunnloven og være ugyldige eller utløse erstatning om de blir vedtatt av Stortinget eller kommunestyret. Tilsvarende vil andre forslag kunne kjennes ugyldige etter EØS-retten. Noen av forslagene vil på ulike måter både støte mot Grunnloven og EØS-retten.

Vi vil nedenfor under punkt 5 foreta en gjennomgang av utviklingen av barnehagesektoren i et rettslig perspektiv fordi det har betydning for hvilke beskyttelsesverdige posisjoner som det er sannsynlig at private aktører i barnehagesektoren i dag kan påberope seg.

## **5 Utviklingen av barnehagesektoren over snart 20 år – hvilke beskyttelsesverdige rettslige posisjoner har det gitt private aktører?**

### **5.1 Innledning**

Et stortingsflertall vil ha betydelig handlefrihet til, gjennom lov og forskrifter, å begrense private barnehagers rolle, rettigheter og fortjenestemuligheter.

Stortingets handlefrihet kan imidlertid begrenses av bestemmelser i vår Grunnlov eller gjennom internasjonale forpliktelser som den Europeiske Menneskerettighets Konvensjonen, («EMK») protokoll 1 artikkel 1 eller EØS-avtalen.

De private barnehagene har opparbeidet etablerte rettsposisjoner som f.eks. kan være beskyttet av Grunnloven § 97 mot inngrep. Om enkelte av forslagene blir gjennomført kan de også utløse erstatning etter Grunnloven § 105.

Også i forhold til tolkning av EØS-retten vil den faktiske og rettslige utviklingen av barnehagesektoren ha betydning.

Det er derfor sentralt å se på den lovmessige og regulatoriske utviklingen av barnehagesektoren fra barnehageforliket i 2002 og frem til i dag. Gjennomgangen nedenfor vil vise at det var bred enighet om noen viktige prinsipper som vil måtte stå sentralt når de private barnehagenes opparbeidede rettsposisjon i dag skal vurderes i forhold til ønsker om inngripende omlegginger og reformer. I den sammenheng vises det til følgende:

- Det var en grunnleggende forutsetning for barnehageforliket at private barnehager skulle behandles likeverdig med kommunale barnehager. I dette lå det en betydelig rettssikkerhetsgaranti for private aktører som investerte og etablerte seg i denne sektoren.
- Fra starten var det staten og ikke kommunene som sto for den offentlige finansieringen av de private barnehagene. Fra 2011 vedtok Stortinget at det statlige tilskuddet skulle gå inn i

rammetilskuddet til kommunene. Det lovmessige kravet om likeverdig behandling av kommunale og private barnehager ble imidlertid opprettholdt. Dermed er det i realiteten fortsatt en statlig styring av dette rammetilskuddet ved at kommunene per barnehageplass i de private barnehagene må gi samme tilskudd som de gir til sine egne kommunale barnehager. Det var forståelsen av dette likebehandlingsprinsippet som Høyesterett avklarte tidligere i år. Dette kravet til likeverdig behandling representerer dermed en avgjørende rettssikkerhetsgaranti for de private barnehagene og trygghet for de investeringer de private eierne har gjort i sektoren.

- Det har hele tiden vært lagt til grunn at private barnehager som etablerer seg i sektoren skal ha rett til å disponere et eventuelt overskudd fritt så lenge de har oppfylt myndighetenes krav til bruk av offentlige tilskudd og foreldrebetaling i private barnehager. Det betyr at det aldri har vært noen begrensning i retten til å ta utbytte, konsernbidrag eller gevinstrealisering ved salg av barnehagene. Dette er grunnleggende forutsetninger for enhver privat økonomisk virksomhet og de har vært lagt til grunn i barnehagesektoren fra første stund.

## 5.2 Barnehageforliket i 2002

I 2002 sto 23 000 barn på venteliste for å få barnehageplass. I Stortinget var det bred enighet om full barnehagedekning og lavere foreldrebetaling innen 2005. Den gang som nå, hadde vi en mindretallsregjering med Høyre, Venstre og Kristelig Folkeparti. Opposisjonspartiene, som hadde flertall på Stortinget, Fremskrittspartiet, Sosialistisk Venstreparti, Arbeiderpartiet og Senterpartiet, benyttet den gang sjansen til å inngå det såkalte barnehageforliket uten å ha med regjeringspartiene. Forliket mellom Fremskrittspartiet, Sosialistisk Venstreparti, Arbeiderpartiet og Senterpartiet var bygget opp på tre hovedkomponenter: Rask utbygging, redusert foreldrebetaling og økonomisk likeverdig behandling av private og offentlige tilbydere.<sup>8</sup> I avtalen mellom disse tre partiene står det i punkt 1 i at «*Til grunn ligger det at private og offentlige barnehager skal likebehandles.*»

Regjeringen fremmet i 2003 forslag til endringer i barnehageloven for å iverksette og følge opp barnehageforliket.<sup>9</sup> I kapittel 1 om proposisjonens hovedinnhold het det:

*«Det foreslås også en regel om økonomisk likebehandling av private og kommunale barnehager. Både Sem-ekklæringen og barnehageavtalen forutsetter likebehandling. I både barnehageavtalens modell og i en eventuell rammefinansieringsmodell er det nødvendig å sikre likebehandling. På denne bakgrunn foreslås det at det i loven legges til rette for økonomisk likebehandling.»*

I kapittel 9 om likebehandling av private og kommunale barnehager skriver departementet følgende:

*«Likebehandling av private og offentlige barnehager er et mål i seg selv og et virkemiddel for å nå full behovsdekning, jf kapittel 5 om samordning ved opptak, og redusert foreldrebetaling, jf kapittel 10 om regulering av foreldrebetaling.»*

Departementet uttalte videre:

*«Den kommunale finansieringen av de private barnehagene kan innrettes på ulike måter. Tilskuddet fra kommunen kan f.eks. gis slik at private barnehager får tilskudd etter de samme prinsippene som den enkelte kommune følger for tilskudd til egne barnehager.»*

<sup>8</sup> Innst.S.nr.255 (2001-2002) Innstilling fra finanskomiteen om tilleggsbevilgninger og omprioriteringer i statsbudsjettet medregnet folketrygden for 2002 10.4 Kap. 856 Barnehager

<sup>9</sup> Ot.prp.nr.76 (2002-2003) Om lov om endringer i lov 5. mai 1995 nr. 19 om barnehager (barnehageloven)

*Departementet vil på denne bakgrunn legge frem forslag om at alle godkjente barnehager skal behandles likeverdig i forhold til offentlige tilskudd. Det må fremgå av forskrifter hva som menes med likeverdig behandling. Departementet har merket seg at enkelte av de private barnehagenes interesseorganisasjoner er opptatt av hvorfor det foreslås likeverdig i lovens ordlyd, og ikke likebehandling. Departementet vil understreke at denne nyanseforskjellen er bevisst. Begrepet likeverdig åpner for et ønsket mangfold. Et slikt prinsipp ligger til grunn for bestemmelsen om likebehandling av private og offentlige barnehager i Sverige. Dersom det gis et lavere tilskudd til en privat enn til en kommunal barnehage, må dette begrunnes spesielt, for eksempel at den kommunale barnehagen tilbyr lengre åpningstid. Utformingen av regler for likebehandling må imidlertid sees i sammenheng med rammeverket for barnehager forøvrig. I Sverige er det ikke fri etableringsrett, og private driver sin virksomhet på bakgrunn av avtale med kommunen.*

*Etter departementets vurdering må det derfor utredes hvilke utslag et krav om likebehandling vil få innen rammen av dagens barnehagelov, herunder om barnehageloven bør endres slik at kommunenes styringsrett styrkes. Det bør også vurderes om retten til godkjenning bør gjøres betinget for å forhindre en ineffektiv barnehagestruktur i kommunen. Departementet foreslår at den nærmere utformingen av innholdet i bestemmelsen gis i forskrifts form. Departementet vil sende forslag til forskrifter på alminnelig høring, slik at høringsinstansene kan få uttalt seg nærmere om innholdet i likebehandlingen. Ved utarbeidelsen av forskriften vil departementet bl.a ta med seg innspillene fra den begrensede høringsrunden.»*

Her ser vi at departementet allerede i 2003 var bevisst i forhold til bruken av begrepene likebehandling og likeverdig. Det er for øvrig dette Høyesterett også fulgte opp i sin dom, og som viser at kommunen har handlingsrom knyttet til det konkrete innholdet av barnehagetilbudet.

Dette lovfremlegget resulterte i en ny § 7b i dagjeldende barnehagelov, og som er forløperen til dagens § 19 i någjeldende barnehagelov.<sup>10</sup>

### **5.3 Fra 2011 går det statlige tilskuddet inn i rammetilskuddet til kommunene – prinsippet om likeverdig behandling av private og kommunale barnehager opprettholdes**

Barnehageforliket forutsatte i utgangspunktet at staten stilte opp med øremerkede midler. I 2008 fremmet imidlertid Regjeringen lovforslag om at man skulle gå over til rammefinansiering.<sup>11</sup> I kapittel 4.2 om hva er rammefinansiering, heter det:

*«Rammefinansiering innebærer generelt at kommunene gjennom inntektssystemet får tildelt statlige rammetilskudd basert på objektive kriterier. Formålet er at fordelingen av tilskuddene skal bidra til at kommunene skal kunne gi et likeverdig tjenestetilbud til sine innbyggere. For å oppnå dette tas det hensyn til variasjoner mellom kommunene i innbyggernes behov for kommunale tjenester, og hvor mye det koster å produsere en enhet av tjenesten (utgiftsutjevning) og ulikheter i skatteinntektene mellom kommunene (inntektsutjevning).»*

*Rammefinansiering styrker kommunale selvstyre med lokalpolitiske beslutninger. Rammefinansiering kan også bidra til god kostnadskontroll og sikre mer effektiv bruk av offentlige ressurser fordi kommunene beholder selv gevinsten av effektiviseringstiltak. Rammefinansiering er administrativt mindre krevende for både staten og kommunene, og gir rom for lokalt tilpassede systemer. Kommunene kan prioritere sine ressurser mest mulig i samsvar med variasjoner i lokale kostnadsforhold, behov for ulike typer tjenester og befolkningens ønsker.»*

<sup>10</sup> Se også HR-2021-62-A, avsnittene 25 og 25

<sup>11</sup> Ot.prp.nr.57 (2007–2008) Om lov om endringer i barnehageloven (finansiering av ikke-kommunale barnehager)

Forut for at Regjeringen fremmet forslaget om omlegging til rammefinansiering, hadde departementet hatt forslaget på høring. Departementets vurdering etter høringsrunden var denne:

*«Innlemming av barnehagetilskudd i kommunerammen har lenge vært en uttalt politisk målsetting. Departementet foreslår innlemming av barnehagetilskudd i rammen til kommunene fra 1. januar 2011. Innlemming av statlige øremerkede barnehagetilskudd i kommunenes rammetilskudd er en stor administrativ og økonomiske omlegging for kommunene. De fleste kommunene og de største organisasjonene ønsker innlemming av barnehagetilskudd. Hovedvekten av disse har imidlertid uttrykt viktigheten av at det er full barnehagedekning først og at dette er finansiert av staten. Mange av disse høringsinstansene er også skeptiske til innlemming allerede fra 2009 fordi konsekvensene av innlemming ennå ikke er utredet (knyttet til utarbeidelse av barnehagenøkkelen og omfordelingseffekter av fordeling av midler etter denne nøkkelen). Mange har også uttalt at hele barnehagereformen (økonomisk likeverdig behandling og redusert maksimalpris) må være gjennomført før innlemming skjer.»*

*Departementet støtter høringsinstansenes syn på at full barnehagedekning må være innfridd før innlemming skjer. Videre bør kommunene få presentert konsekvensene av innlemming og få tid til å forberede seg på nytt finansieringssystem. Dette innebærer bl.a at de må ha tid til å utarbeide de kommunale forskriftene som skal ligge til grunn for utmåling av tilskudd til de ikke-kommunale barnehagene, jf. kapittel 5. Prinsipper og konsekvenser av innlemming av barnehagetilskudd presenteres i de kommende kommuneproposisjoner.»*

I proposisjonen fulgte departementet opp med å varsle at Regjeringen tok sikte på at barnehagesektoren skulle rammefinansieres fra 2011. Dette innebar at dagens statlige tilskudd skulle gå inn i rammetilskuddet til kommunene, og at finansieringen av de ikke-kommunale barnehagene vil skje over kommunenes egne budsjetter. Endringene i finansieringssystemet for sektoren ville kreve endringer i regelverket, og departementet la frem forslag til ulike alternativer for hvordan det nye regelverket skulle se ut i en rammefinansiert sektor.

I proposisjonen foreslo departementet at den enkelte kommune fikk økonomisk ansvar for barnehagesektoren gjennom rammefinansiering fra 2011. Kommunene fikk dermed et helhetlig ansvar for barnehagesektoren. Rammefinansiering skulle innebære at kommunene gjennom inntektssystemet fikk tildelt statlig rammetilskudd basert på objektive kriterier. For å sikre de ikke-kommunale barnehagenes videre drift foreslo departementet at kommunen skulle ha en finansieringsplikt overfor eksisterende ikke-kommunale barnehager. Nærmere regler for finansiering av de ikke-kommunale barnehagene foreslo departementet at skulle fastsettes i lokale forskrifter utformet av den enkelte kommune. Det departementet foreslo den gangen kan på mange måter minne om det som Storberget-utvalgets flertall nå foreslår. Departementet foreslo videre at nyetablerte barnehager ikke automatisk skal ha rett på finansiering. Departementet foreslo at kommunen skulle gis kompetanse til å vurdere om barnehager som etableres etter innlemming av barnehagetilskuddene i kommunerammen, skulle finansieres. Det ble foreslått at kommunen gis et fritt skjønn i denne vurderingen.

Da saken ble behandlet i Stortinget ble det foretatt en meget viktig endring i Regjeringens opplegg. Sektoren skulle rammefinansieres, men kommunene skulle ikke få anledning til å fastsette egne lokale forskrifter. Finansieringsplikten skulle fortsatt fastsettes i nasjonal forskrift og prinsippet om likebehandling av private og kommunale barnehager skulle opprettholdes. Stortinget sluttet seg imidlertid til at kommunene etter 2011 skulle gis et fritt skjønn når det gjelder finansiering av barnehager som godkjennes etter dette tidspunktet. Men for barnehager som var opprettet før innføringen av rammefinansieringen skulle i realiteten systemet fra barnehageforliket i 2002 opprettholdes.

Det vises til at Regjeringen på dette tidspunkt besto av representanter fra Arbeiderpartiet, Senterpartiet og Sosialistisk Venstreparti og hadde flertall i Stortinget. Det ble derfor lagt merke til at disse partiene i

Stortinget gikk mot Regjeringens forslag om å la kommunene styre finansieringen av barnehagene gjennom lokale forskrifter.

I innstillingen<sup>12</sup> under komiteens merknader knyttet til likeverdig behandling heter det:

«Komiteens flertall, medlemmene fra Arbeiderpartiet, Sosialistisk Venstreparti og Senterpartiet, viser til brev fra komiteen 27. mai 2009 hvor departementet bes redegjøre for hvordan lovfesting av likeverdig behandling mellom kommunale og ikke-kommunale barnehager kan innføres og hvordan de økonomiske konsekvensene av dette kan håndteres. Videre vises det til svar fra departementet samme dato med utkast til lovttekst hvor likeverdig behandling er tatt inn, og hvor det redegjøres for at Regjeringen tar sikte på å starte opptrappingen mot likeverdig behandling i budsjettet for 2010 og at det deretter vil foreligge en plan for videre opptrapping over inntil fem år. Flertallet er tilfreds med at Regjeringen vil legge til rette for å nå målet om likeverdig behandling av alle godkjente barnehager.

Flertallet vil på bakgrunn av dette foreslå en endring av lovforslaget slik at prinsippet om likeverdig behandling tas inn i den nye lovbestemmelsen, og at det fortsatt skal være nasjonale forskrifter som skal legge føringer for hvordan likeverdig behandling skal forstås.

«Ny lovttekst skal da lyde:

#### § 14. Kommunalt tilskudd til godkjente ikke-kommunale barnehager

Kommunen skal yte tilskudd til ordinær drift av alle godkjente, ikke-kommunale barnehager i kommunen, forutsatt at barnehagen har søkt om godkjenning før barnehagesektoren er blitt rammefinansiert.

Kommunen kan yte tilskudd til barnehager som søker om godkjenning etter at barnehagesektoren er rammefinansiert.

Godkjente ikke-kommunale barnehager, jf. første og andre ledd, skal behandles likeverdig med kommunale barnehager i forhold til offentlig tilskudd. Kongen kan gi forskrifter med nærmere bestemmelser om hva som menes med likeverdig behandling.

Kommunen skal utbetale tilskudd til godkjente ikke-kommunale barnehager som skal motta tilskudd etter første eller annet ledd forskuddsvis hvert kvartal inntil kommunen fatter endelig vedtak om tilskudd.

Kommunens vedtak etter annet ledd kan påklages til fylkesmannen.»

Flertallet viser til at nasjonale forskrifter er nødvendig for å definere nærmere hva som ligger i lovbestemmelsen om likeverdig behandling. Flertallet forutsetter at hovedregelen for likeverdig behandling skal defineres som at kommunen skal sørge for kostnadsdekning i alle godkjente barnehager. Det betyr at kommunen skal dekke kostnader til drift av barnehager som ikke dekkes av andre offentlige tilskudd og foreldrebetaling. Videre forutsetter flertallet at nasjonale forskrifter skal definere en minimumsforpliktelse for kommunen på samme måte som i dag, som økes i takt med opptrappingen i tilskuddet for kommunene. Regjeringen bør gjennomgå forskriften for å se på om det er mulig å forenkle utmålingen av det kommunale tilskuddet til de ikke-kommunale barnehagene.»

<sup>12</sup> Innst.O.nr.103 (2008-2009) Innstilling fra familie- og kulturkomiteen om lov om endringer i barnehageloven (finansiering av ikke-kommunale barnehager)

Den lovteksten som flertallet i komiteen her foreslo, ble vedtatt og har vært gjeldende opp til bestemmelsen med virkning fra 1. januar 2021 ble flyttet til § 19 i loven.

Dette viser at fra barnehageforliket i 2002 har det vært en bred enighet om at når private barnehager har vært mobilisert for å være med på å sikre full barnehagedekning, så har det skjedd basert på at private barnehageeiere skal kunne stole på at de økonomisk blir likeverdig behandlet med kommunale barnehager. Det er forståelsen av innholdet i dette kravet til likebehandling som Høyesterett i 2021 gjennom sin dom<sup>13</sup> har avklart og det er de kilder som vi har gjennomgått ovenfor som vår øverste domstol har bygget på.

#### **5.4 Det har hele tiden vært forutsatt at private barnehager kan disponere eventuelt overskudd**

Når private virksomheter inviteres inn i barnehagesektoren for å tilby barnehagetjenester, gjøres det selvfølgelig basert på en forutsetning om at de skal kunne tjene penger. De fleste private barnehager er aksjeselskaper og har økonomisk avkastning som formål. Spørsmålet om utbytte kom opp i forbindelse med endringene i rammefinansieringen i 2008<sup>14</sup> og under punkt 5.7.2 uttalte departementet:

*«Departementet merker seg at flere instanser støtter Utdanningsforbundets og Fagforbundets syn på at muligheten for å ta utbytte bør fjernes. Departementet vurderer det slik at det ikke er nødvendig med en nasjonal bestemmelse, men la det være opp til hver enkelt kommune å eventuelt regulere mulighet for utbytte i de lokale forskriftene. EØS-regelverket for offentlig støtte legger noen føringer på mulighet for å ta ut utbytte. Et moment i den sammenheng er at kommunen sørger for at det ikke skjer en overkompensasjon, dvs. at støttebeløpet er større enn det som er nødvendig for barnehagetjenestene. Eieren kan likevel ha en rimelig fortjeneste uten at det regnes som overkompensasjon.»*

Da saken ble behandlet i Stortinget i 2009,<sup>15</sup> og de folkevalgte avviste forslaget om kommunale forskrifter, uttalte medlemmene fra Arbeiderpartiet, Kristelig Folkeparti, Sosialistisk Venstreparti og Senterpartiet, som var i flertallsposisjon følgende:

*«Komiteens flertall, medlemmene fra Arbeiderpartiet, Kristelig Folkeparti, Sosialistisk Venstreparti og Senterpartiet, har merket seg PBLs uttalelse om at det er viktig å ha klare og tydelige regler om uttak av utbytte fra barnehagene. Flertallet har merket seg at en del private barnehager går med underskudd, og det er få som driver med overskudd. Det er viktig at barnehagene får en økonomi som sikrer god og stabil drift. Det er viktig at offentlige midler går til driften av barnehagene. Flertallet mener en bør vurdere om det trengs tiltak som begrenser urimelig utbytte eller godtgjørelse. Med urimelig utbytte eller godtgjørelse menes at normal kompensasjon for arbeid og kapitalinnsats i barnehagen overstiges.»*

Departementet fulgte i 2012 opp med forslag til endringer i barnehageloven.<sup>16</sup> Regjeringen tok sikte på at det kommunale tilskuddet til ikke-kommunale barnehager skulle trappes opp de nærmeste årene, slik at det oppnås samme grad av finansiering til de ikke-kommunale barnehagene som til tilsvarende kommunale barnehager. Myndighetene hadde altså på dette tidspunkt ikke kommet så langt at reell

<sup>13</sup> HR-2021-62-A

<sup>14</sup> Ot.prp.nr.57 (2007–2008) Om lov om endringer i barnehageloven (finansiering av ikke-kommunale barnehager)

<sup>15</sup> Innst.O.nr.103 (2008-2009) Innstilling fra familie- og kulturkomiteen om lov om endringer i barnehageloven (finansiering av ikke-kommunale barnehager)

<sup>16</sup> Prop.98 L (2011-2012) Endringer i barnehageloven (tilskudd og foreldrebetaling i ikke-kommunale barnehager)



likebehandling var gjennomført. Departementet viste til at det var behov for et regelverk som sikret at likeverdig finansiering fører til likeverdig kvalitet i barnehagene. Forslaget i lovproposisjonen skulle videre sikre at kommunalt tilskudd og foreldrebetalingen i ikke-kommunale barnehager kommer barna til gode. Kommunen skulle få adgang til å anvende økonomiske sanksjoner der det kommunale tilskuddet og foreldrebetalingen ikke ble brukt i samsvar med intensjonen og formålet fastsatt i barnehageloven.

I proposisjonen hadde departementet følgende vurdering:

*«Departementet vurderer at det etter at de statlige tilskuddene til barnehager ble innlemmet i kommunerammen, med lovfestet plikt for kommunene til å yte tilskudd til ikke-kommunale barnehager, er et klart behov for å tydeliggjøre prinsippet om at offentlige tilskudd og foreldrebetaling skal komme barna i barnehagen til gode.*

*Flere instanser har påpekt at det ikke bør være rom for at ikke-kommunale barnehager kan ta ut utbytte. Departementet vil bemerke at det i dagens finansieringssystem er lagt til grunn at barnehageeier skal ha en adgang til å få rimelig vederlag for arbeids- og kapitalinnsatsen som ytes barnehagen. Dette betyr at barnehagen skal ha mulighet til å dekke lønnskostnader og kapitalkostnader over virksomhetens regnskap, eller disponere et overskudd, for eksempel gjennom uttak av utbytte. Departementet vurderer at denne adgangen bør videreføres i den form og med de begrensninger som er foreslått i høringsnotatet. De særskilte vilkårene som adgangen til uttak er begrenset av i lovforslaget til ny § 14 a første ledd, bokstavene a, b og c medfører at foreldrebetalingen og det offentlige tilskuddet blir sikret brukt til formålet, samtidig som det videreføres en begrenset mulighet til disponering av utbytte.*

*Flere instanser viser til at formuleringer som «rimelig årsresultat» og «vesentlig lavere personalkostnader» er av en så skjønnsmessig karakter at de vil føre til ulik praktisering i landets kommuner. Departementet vil presisere at vurderingstemaet knyttet til uttrykket «rimelig årsresultat» ligger i å gjøre en konkret vurdering av om vilkårene oppstilt i den nye § 14 a første ledd, bokstavene a til c er oppfylt. Forutsatt at vilkårene er oppfylt, vil årsresultatet etter lovforslaget anses å være innenfor kravet til rimelighet, og den ikke-kommunale barnehagen kan dermed disponere over et eventuelt positivt årsresultat slik barnehagen vurderer ønskelig.*

*I forbindelse med innspillene til begrepet «rimelig årsresultat» etterspørres det fra enkelte høringsinstanser absolutte grenser for uttak av utbytte i de ikke-kommunale barnehagene. Blant annet som følge av at dagens barnehagesektor er preget av ulike selskapsformer, hvor kravene til regnskapsrapportering er svært ulike, mener departementet at det ikke er hensiktsmessig å regulere uttak av verdier fra sektoren gjennom et maksimalt tillatt årlig uttak av utbytte/fortjeneste. I barnehagesektoren er det mange enkeltpersonforetak som ikke er forpliktet til å utarbeide balanseregnskap. Det er derfor ikke mulig for kommunen å beregne en årlig avkastning av kapitalen som skal utbetales som utbytte. Departementet ønsker en barnehagesektor der private aktører skal ha rimelige og forutsigbare driftsvilkår for å kunne drive barnehager av god kvalitet, noe forslaget som ble lagt frem i høringen legger til rette for.»*

Det der verdt å merke seg at det var kunnskapsminister Kristin Halvorsen fra Sosialistisk Venstreparti som var statsråd da denne proposisjonen ble lagt frem. I tråd med Regjeringens forslag ble ny paragraf 14 A vedtatt og som ble lydende:

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

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

a) *barnehagen kan bare belastes kostnader som direkte vedrører godkjent drift av barnehagen,*

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

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

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

*Kongen kan gi utfyllende forskrift om krav til regnskap, revisjon, og rapportering, krav til barnehagens dokumentasjon av bruk av offentlige tilskudd og foreldrebetaling, og den ikke-kommunale barnehagens opplysningsplikt om økonomiske forhold.»*

I 2020 ble det vedtatt flere endringer i barnehageloven basert på forslag fra Regjeringen.<sup>17</sup> Under punkt 8.2.5 kom departementet med sine vurderinger og uttalte:

*«Det er viktig å ha et regelverk som sikrer at offentlige tilskudd og foreldrebetalingen blir brukt til å drive gode barnehager. Dagens § 14 a ble innført i 2013 og er ment å sikre at offentlige tilskudd og foreldrebetaling kommer barna i barnehagen til gode. På oppdrag fra Utdanningsdirektoratet har Agenda Kaupang kartlagt kommunenes erfaringer med å praktisere regelverket om bruk av offentlige tilskudd og foreldrebetaling. Undersøkelsen viser at kommunene har delte meninger om hvorvidt § 14 a er et godt verktøy for å sikre at tilskuddet og foreldrebetalingen kommer barna i barnehagen til gode. 27,7 prosent av kommunene mener at bestemmelsen er et godt verktøy, mens 32,6 prosent mener at den ikke er et godt verktøy. Flere kommuner påpeker at regelverket er for lite konkret, og at det gir for stort rom for tolkninger og skjønnsmessige vurderinger. Rapporten viser at kun én prosent av de private barnehagene har hatt økonomisk tilsyn i perioden fra 2013 til 2016. At det føres få tilsyn kan også være et tegn på at kommunene opplever regelverket som vanskelig å praktisere.*

*Departementet er kjent med at flere kommuner har ført tilsyn med § 14 a etter at rapporten fra Agenda Kaupang ble lagt fram. Departementet har også fått tilbakemelding fra enkelte kommuner og fylkesmenn om at det gradvis vil bli enklere å praktisere regelverket når det blir mer forvaltningspraksis på området.*

*Setningen om at offentlige tilskudd og foreldrebetaling skal komme barna i barnehagen til gode, er i dag ikke et selvstendig krav som barnehagens disposisjoner skal vurderes opp mot. Dersom barnehagen kun har blitt belastet kostnader som direkte vedrører godkjent drift av barnehagen, ikke har overført verdier til eier, eiers nærstående mv. i strid med regelverket, og ikke har for lave personalkostnader, forutsetter loven at tilskuddet og foreldrebetalingen har kommet barna i barnehagen til gode.»*

Videre uttalte departementet:

*«I nåværende § 14 a første ledd andre punktum fremgår det at «Barnehagen kan ha et rimelig årsresultat». I denne formuleringen ligger det implisitt at dersom barnehagen oppfyller kravene til hvordan tilskudd og foreldrebetaling kan brukes, kan et positivt årsresultat disponeres fritt. Departementet foreslår derfor å tydeliggjøre lovteksten også på dette punktet. I forslaget til lovtekst, foreslår departementet derfor at det fremgår uttrykkelig at dersom barnehagen oppfyller*

<sup>17</sup> Prop.96 L (2019–2020) Endringer i folkehøgskoleloven, barnehageloven og voksenopplæringsloven m.m. (samleproposisjon)

*kravene i lovens kapittel V, kan barnehagen disponere et eventuelt overskudd fritt. Dette er kun ment å innebære en språklig presisering, og ikke en materiell endring.»*

Departementet foreslo en ny § 21 der det er fastslått at dersom barnehagen oppfyller kravene i ny § 23, kan barnehagen disponere et eventuelt overskudd fritt. I § 23 er det lovfestet krav til bruk av offentlige tilskudd og foreldrebetaling i private barnehager. I merknaden til § 21, tredje ledd som gir barnehagene rett til fritt å disponere overskuddet heter det: *«Tredje ledd viderefører gjeldende regulering i § 14 a første ledd andre punktum, men med språklige endringer. Bestemmelsen fastsetter at dersom en privat barnehage har disponert offentlige tilskudd og foreldrebetaling i tråd med kravene i barnehageloven, kan et eventuelt overskudd disponeres fritt. Endringene er ikke ment å innebære en realitetsendring.»*

Forslaget ble vedtatt, men under Stortingets behandling gikk Arbeiderpartiet, Senterpartiet og Sosialistisk Venstreparti imot forslaget. Dette ble begrunnet slik<sup>18</sup>:

*«Komiteens medlemmer fra Arbeiderpartiet, Senterpartiet og Sosialistisk Venstreparti mener at det må stilles tydelige krav til private barnehager om at offentlige tilskudd og foreldrebetaling skal komme barna i barnehagen til gode. Disse medlemmer viser til at Stortinget gjentatte ganger har bedt regjeringen komme med en helhetlig gjennomgang av barnehageloven, med formål å klargjøre og styrke regelverket. Forslaget til regulering av private barnehager har vært på høring, men regjeringen har gjentatte ganger utsatt fremleggelsen for Stortinget. Disse medlemmer mener det er krevende å behandle deler av en lov uten å se lovendringer og reguleringer i en helhet.*

*Disse medlemmer er imot å oppheve gjeldende § 14a, hvor det blant annet står: «Offentlige tilskudd og foreldrebetaling skal komme barna i barnehagen til gode. Barnehagen kan ha et rimelig årsresultat», uten at Stortinget har mulighet til å ta stilling til helheten i reguleringen av sektoren. Disse medlemmer mener det er uklart om intensjonen i loven endres når man fjerner dagens krav til at barnehager kan ha et «rimelig årsresultat», jf. barnehageloven § 14 a, som erstattes av en formulering om at «barnehagen [kan] disponere et eventuelt årsresultat fritt», jf. lovforslaget § 23. Det er allerede store utfordringer for kommuner og fylkesmenn med å tolke dagens lovttekst, og disse medlemmer mener at endringen skaper usikkerhet og kan gjøre det vanskeligere å føre tilsyn med sektoren.*

*Disse medlemmer mener det ikke er forsvarlig å behandle denne lovendringen på nåværende tidspunkt, all den tid det mangler en grundig utredning som ville gitt den nødvendige helhet for å forstå omfanget av lovendringen og dens konsekvenser. Disse medlemmer vil derfor be regjeringen legge fram et helhetlig lovforslag for Stortinget og vil derfor stemme imot regjeringens forslag til nye § 21, § 22 og § 23 i barnehageloven som omtalt i kapittel 8.2 i proposisjonen.*

*Disse medlemmer fremmer derfor følgende forslag:*

*«Stortinget ber regjeringen komme tilbake til Stortinget med et lovforslag om regulering av private barnehager som bedre ivaretar helheten i lovendringen, inkludert bestemmelsene i barnehageloven § 14 a Krav til bruk av offentlige tilskudd og foreldrebetaling i ikke-kommunale barnehager.»*

Det innebærer at det på Stortinget så sent som i 2020 ikke var noen som gikk inn for å begrense de private barnehagenes rett til utbytte.

<sup>18</sup> Innst.302 L (2019–2020) Innstilling fra utdannings- og forskningskomiteen om Endringer i folkehøyskoleloven, barnehageloven og voksenopplæringsloven m.m. (samleproposisjon)

## 5.5 Oppsummering – opparbeidelse av private barnehagers rettslige posisjoner

Denne gjennomgangen av utviklingen fra barnehageforliket i 2002 og frem til i dag, viser at private barnehager har oppnådd viktige rettslige posisjoner. De private aktørene er invitert og oppfordret til å investere betydelig inn i sektoren og det har hele tiden skjedd under forutsetning av at de skal kunne tjene penger på sin virksomhet. Disse faktiske forhold vil, slik vi ser det, få stor betydning når det skal gjennomføres en juridisk analyse av hvilket handlingsrom lovgiver har til eventuelt å fremme og gjennomføre endringer som vil gripe inn i de private virksomhetenes opparbeidede posisjoner.

Departementet ga i Prop. 96 L (2019-2020) en oppsummering av utviklingen:

*«I 2003<sup>19</sup> inngikk Stortinget et historisk barnehageforlik. Barnehageforliket gikk ut på at alle familier som ønsket det, skulle få tilbud om barnehageplass. Dette har ført til full barnehagedekning og en enklere hverdag for småbarnsfamiliene. I 2019 gikk 92,2 prosent av alle barn i alderen ett til fem år i barnehage. Om lag halvparten av barna som går i barnehage, går i dag i en privat barnehage. Dette utgjør om lag 140.000 barn.*

*Barnehagesektoren består i dag av om lag 5.700 barnehager, hvorav om lag 3.000 er private. Dette omfatter både private ordinære barnehager, private familiebarnehager og private åpne barnehager. I 2018 var 54 prosent av de private ordinære barnehagene organisert som aksjeselskap og 23 prosent organisert som samvirkeforetak. 42 prosent av de private ordinære barnehagene inngikk i et foretak eller i foretaksgrupper sammen med andre barnehager. Både private og kommunale barnehager har blitt større de siste årene, og vi har fått større og mer profesjonelle private aktører som er organisert i konsernstrukturer.*

*Departementet har foretatt en helhetlig gjennomgang av regelverket for private barnehager. I forbindelsen med denne gjennomgangen har departementet blant annet innhentet et omfattende og oppdatert kunnskapsgrunnlag om ulike sider ved finansieringssystemet, lønnsomhet i private barnehager, utvikling i gjeldsbelastning i private barnehager og hvordan tilsynssystemet fungerer.*

*De private barnehagene mottar årlig om lag 20 milliarder kroner i offentlige tilskudd og om lag 4 milliarder kroner i foreldrebetaling. Tilstrekkelig kontroll og tilsyn med at tilskudd og foreldrebetaling kommer barna i barnehagen til gode bidrar til å skape tillit i og til sektoren. Regjeringens politiske plattform fastslår at regjeringen vil utvikle et bedre og mer uavhengig tilsynssystem for barnehagene. Dette vil bidra til å sikre at offentlige tilskudd og foreldrebetaling går til å drive gode barnehager.»*

## 6 Utviklingen på barnehagesektoren er ulik utviklingen innen skolesektoren

I debatten om private barnehager og spørsmålet om å innføre et utbytteforbud, har det i en del sammenhenger vært vist til at det i dag allerede finnes et utbytteforbud i friskoleloven.

I 1970 fikk vi «Lov om tilskudd til private skoler». Før den tid var det mer tilfeldig hvem som fikk tilskudd og på hvilket grunnlag.<sup>20</sup> Før denne loven kom var alle tilskudd til private skoler bevilget av Stortinget i forbindelse med den årlige budsjettbehandlingen. Hovedlinjene i den nye loven av 1970, ble at det skulle gis tilskudd, etter en særskilt vurdering fra departementet, til skoler som representerer et faglig-pedagogisk eller religiøst/etisk alternativ. I denne loven ble det innført et utbytteforbud for eierne.

<sup>19</sup> Selve barnehageforliket ble inngått i 2002, mens Regjeringen fremmet lovforslagene i 2003. Derfor benyttes årstallene 2002 og 2003 litt om hverandre. Vi har i dette notatet benyttet året 2002, siden det er da selve barnehageforliket ble inngått i Stortinget

<sup>20</sup> CIVITA-rapport: Friskole – en fri skole?, Birgitte Jordahl Lisland, 2005

Utbytteforbudet for friskoler som har rett til å motta offentlig tilskudd har dermed ligget fast i loven siden 1970 og er i senere lovarbeider presisert og utdypet. Det har dermed fra første stund ligget som en forutsetning at eierne av privatskoler ikke kan ta utbytte om de ønsker å søke om offentlig tilskudd.

Det er i tillegg mulig å opprette privatskoler som ikke har rett til offentlig tilskudd, og som derfor vil kunne ta utbytte. På barnehagesektoren er det innført en generell lovbestemt maksimalgrense for foreldrebetalingen, slik at private barnehager vil være helt avhengig av offentlige tilskudd.

Situasjonen på skolesektoren skiller seg dermed fullstendig fra det som er situasjonen på barnehagesektoren. Basert på barnehageforliket i 2002 ble private kommersielle aktører invitert inn og oppfordret til å investere i barnehagesektoren. De private skulle sikres økonomisk likebehandling med de kommunale barnehagene og de skulle operere som ordinære private aktører med den grunnleggende retten til å søke økonomisk avkastning av sin virksomhet.

Gjennomgangen ovenfor viser at friskoleloven (tidligere privatskoleloven) og barnehageloven slik sett i utgangspunktet er konseptuelt ulike og innenfor to forskjellige sektorer. Det betyr at private barnehager og eierne av disse i dag har helt andre beskyttelsesverdige rettslige posisjoner enn det private skoler og eierne av disse har.

Departementet kommenterte også dette forholdet i Prop.96 L (2019–2020) Endringer i folkehøgskoleloven, barnehageloven og voksenopplæringsloven m.m. (samleproposisjon). Her heter det:

*«Departementet vil vise til at den historiske bakgrunnen til henholdsvis barnehage- og friskolesektoren er svært ulik. Friskoler er et supplement til det offentlige skoletilbudet, og har vært underlagt et forbud mot utdelinger siden friskoleloven ble innført i 1970. Private barnehager utgjør til forskjell om lag 50 prosent av sektoren, og er en helt nødvendig aktør for at kommuner kan oppfylle retten til barnehageplass. Et utdelingsforbud vil potensielt kunne føre til at mange eiere vil ønske å trekke kapital ut av barnehagene. Dette kan medføre at barnehagesektoren mister eiere med langsiktige interesser i sektoren, og skape usikkerhet om barnehageplassene. Et utdelingsforbud vil derfor potensielt kunne få store konsekvenser for kommunene og mange barnefamilier. Departementet ønsker derfor ikke å innføre et utdelingsforbud i barnehageloven.»*

Basert på departementets konklusjon var det ikke behov for å drøfte i hvilken grad lovgiver i dag ville ha stått fritt til å innføre et eventuelt utbytte forbud for overfor eiere av private barnehager.

## **7 Står Stortinget fritt til å avvikle private barnehagers rett til offentlig tilskudd?**

### **7.1 Innledning**

Som vist til ovenfor under punkt 5.1 har et stortingsflertall betydelig handlefrihet til, gjennom lov og forskrifter, å begrense private barnehagers rolle, rettigheter og fortjenestemuligheter.

Vi fastslo imidlertid også at Stortingets handlefrihet kan begrenses av bestemmelser i vår Grunnlov eller gjennom internasjonale forpliktelser som den Europeiske Menneskerettighets Konvensjonen, («EMK») protokoll 1 artikkel 1 eller EØS-avtalen.

Vi er av den oppfatning at flere av de forslag som skisseres i Storberget-utvalget vil kunne være i strid med bestemmelser i Grunnloven, EMK eller EØS-retten. Dette er forhold som Regjeringen må utrede i forkant av at det vurderes å fremme forslag basert på Storberget-utvalgets innstilling i Stortinget. De spørsmål som må utredes er komplekse, sammensatte og uavklarte.

Vi vil nedenfor reise en rekke rettslige problemstillinger knyttet til forslagene. Vi mener at det er grunnlag for å stille spørsmål ved om lovgiver kan gjennomføre en rekke av forslagene, om det skulle være ønskelig. Vår gjennomgang vil vise at Lovavdelingen i Justisdepartementet allerede har uttalt seg om flere lignende

forslag, og stillet betimelige spørsmål ved lovlighetene. Slik vi ser det går flere av forslagene i Storberget-utvalgets utredning lenger enn flere av de forslag Lovavdelingen allerede har behandlet.

## **7.2 Hva ligger i nyordene «demokratisk kontroll med kommunale midler»? Kan det rettslig sett forsvare redusert forutberegnelighet for private tjenesteytere i sektoren?**

Storberget-utvalget introduserer at regelverket må gi mulighet for demokratisk kontroll med kommunale midler.<sup>21</sup> Det er åpenbart en introduksjon av nyord for å skape en legitimitet for de forslag som utvalget fremmer. «Demokratisk kontroll» er vel noe alle ønsker, men hva ligger egentlig i dette begrepet? Er mangel på demokratisk kontroll når tilskuddene til private barnehager utbetales i henhold til lov-og forskriftsbestemmelser vedtatt av vårt folkevalgte organ eller gitt av en regjering med parlamentarisk støtte i Stortinget? Det fleste sider av det norske samfunnet er styrt og regulert gjennom lov og forskrift, men ingen vil vel hevde at styringen av samfunnet mangler «demokratisk kontroll»? Ordet har med andre ord ikke noe klart innhold, slik det brukes av utvalget, og gir dermed et sviktende grunnlag for å vurdere endringer av regelverket. Hele ti ganger benyttes dette begrepet.<sup>22</sup> I en sammenheng uttaler utvalgets flertall at «*Det er derfor en premiss at regelverket legger til rette for demokratisk kontroll med offentlige midler. Det er kommunen som finansierer private barnehager, og offentligheten må på en enkel måte kunne kontrollere at fellesskapets midler er gått til formålet som er nedfelt i barnehageloven.*»<sup>23</sup>

Det må være enhver kommunes plikt å sørge for at alle offentlige midler benyttes på en best mulig måte. Det gjelder selvfølgelig også midler som går til både private og kommunale barnehager.

Det utvalget imidlertid foreslår er et nytt system som vil bryte med de rettssikkerhetsgarantiene dagens innarbeidede system gir overfor private aktører som har investert i barnehagesektoren. Det vises til at gjennom Høyesteretts nylige dom foreligger det nå viktig rettsavklaring som gjør dagens system enda mer forutsigbart.

Det vil heller ikke være slik at påberopelsen av en reform drevet frem av behovet for såkalt demokratisk kontroll vil kunne rettferdiggjøre de restriksjoner som introduseres. Påberopelsen av demokratisk kontroll kan heller ikke lede til at private aktører ikke lenger skal ha rett til en avkastning for de investeringer som er gjort og gjøres i barnehagesektoren.

Det er allerede innført rettslige hjemler for innsyn i de økonomiske forhold i barnehagene. Det vil imidlertid alltid være slik at kommunene må respektere de til enhver tid gjeldende avtaleforhold og kontrollere i forhold til disse. Slik sett skiller ikke barnehagesektoren seg fra andre sektorer i samfunnslivet.

Utvalgets påberopelse av demokratisk kontroll med kommunale midler gir derfor ikke noen ekstra dimensjon som grunnlag for å gripe inn i de rettsposisjoner barnehagene har i dag og kan ikke forsvare redusert forutberegnelighet for private tjenesteytere i sektoren.

## **7.3 Er det dokumentert superprofitt i barnehagesektoren?**

Storberget-utvalget bygger åpenbart flere av sine forslag på at private aktører i barnehagesektoren tjener for gode penger. Dette stilles opp mot at barnehagesektoren er en del av fellesskapets velferdstilbud. I den sammenheng introduseres begrepet super profitt.

<sup>21</sup> Storberget-utvalget side 114

<sup>22</sup> Storberget utvalget sidene 114, 120, 123, 126, 127, 128

<sup>23</sup> Storberget-utvalget side 126

I sammendraget står det<sup>24</sup>:

*«Utvalgets flertall mener i likhet med Velferdstjenesteutvalget<sup>2</sup> at det ikke kan utelukkes at det realiseres meravkastning utover normalavkastning (superprofitt) i privat barnehagedrift, og at driftsmarginen for noen private barnehager er for høy. En slik situasjon over tid vil ikke være økonomisk bærekraftig og dessuten svekke legitimitet for at private kan bidra inn i sektoren. Flertallet mener dessuten at kommunene må gis større anledning og frihet til å styre sektoren enn i dag.»*

Som det fremgår har Storberget-utvalget ingen dokumentasjon for at det skulle foreligge noen slik superprofitt, men henviser til Velferdstjenesteutvalget som kilde. Men heller ikke Velferdstjenesteutvalget har funnet dokumentasjon for at det foreligger superprofitt. Velferdstjenesteutvalget<sup>25</sup> flertall konstaterer under punkt 2.2 Funn og tilrådninger, at:

*«Flertallet utelukker ikke at det realiseres meravkastning utover normalavkastning (superprofitt) i de ulike velferdssektorene, men mener for at det ikke er mulig å anslå størrelsen på denne presist nok ved å anvende standardmetoder for beregning av superprofitt på eksisterende regnskapsdata uten omfattende justeringer.*

*Utvalget konkluderer med at det offentlige finansierte velferdstjenestemarkedet gir muligheter for strategiske tilpasninger, men at private aktører i velferdssektorene i stort organiserer og tilpasser seg som private aktører ellers.»*

I punkt 20.4.4<sup>26</sup> Oppsummering under hovedavsnittet «Kommersielle leverandører av offentlig finansierte velferdstjenester: Lønnsomhet og pengestrømmer», heter det:

*«Tallene og diskusjonene i dette underkapitlet viser at vurderinger av lønnsomhet hos kommersielle aktører er vanskelige. Slike vurderinger forutsetter at vi har gode objektive mål som reflekterer faktisk lønnsomhet av driften, og at vi har en relevant benchmark å vurdere lønnsomheten mot. I diskusjonen om en «urimelig» høy fortjeneste står begrepene normalavkastning og superprofitt sentralt. Normalavkastning er den avkastning aktøren kan forvente for investeringer med samme risiko (avkastningskravet), mens superprofitt viser til at inntjeningen overstiger normalavkastningen. Det er vanskelig å fastsette avkastningskravet til aktører som leverer profittmotivert offentlig finansierte tjenesteproduksjon. Basert på diskusjonen over kommer vi fram til at avkastningskravet for investorer i velferdssektorer kan forventes å ligge over risikofri rente (blant annet på grunn av reguleringsrisiko), men noe lavere enn gjennomsnittet for andre næringer (mest fordi samlet etterspørsel for de fleste velferdssektorene er stabil eller økende og inntektsstrømmene er relativt sikre på grunn av langsiktige avtaler med det offentlige).*

*Tallene i dette underkapitlet viser at lønnsomhet, både målt som driftsmargin og totalkapitalrentabilitet, i gjennomsnitt har gått noe ned de siste årene, og er sammenlignbar med eller noe lavere enn i næringslivet ellers. Det har samtidig vært stor variasjon mellom sektorer og foretak i samme sektor.*

*I tillegg til utfordringer med å definere relevant benchmark for lønnsomhetsvurderingene, er det minst to faktorer som kan gjøre at lønnsomheten vi ser ikke fullt ut reflekterer faktisk driftslønnsomhet. For det første kan lønnsomhetstallene være påvirket av svakheter i datagrunnlaget som kan gjøre det vanskelig å måle lønnsomhet for den delen av virksomheten som faktisk er finansiert av offentlige midler. Dette kan gjøre at lønnsomhetstallene vi ser er noe høyere eller lavere enn det de faktisk er for den relevante delen av driften. For det andre kan konsern på ulike måter overføre verdier fra driftsforetak til andre konsernselskap eller til eiere. Slike*

<sup>24</sup> Storberget-utvalget side 14

<sup>25</sup> NOU 2020: 13 Private aktører i velferdsstaten, side 27

<sup>26</sup> NOU 2020: 13 Private aktører i velferdsstaten, side 386

*overføringer kan gjøre at lønnsomheten fra driften fremstår som lavere enn den faktisk er. Dette diskuterer vi nærmere under.»*

Velferdstjenesteutvalget har også behandlet spørsmålet på side 431 i sin rapport og Storberget-utvalget har sitert fra det på side 85 i sin rapport.

Hverken Velferdstjenesteutvalget eller Storberget-utvalget har konkret vurdert barnehagesektoren. Videre er det et faktum at ingen av utvalgene faktisk har konkludert med at det foreligger superprofitt for private aktører i barnehagesektoren.

Likevel er det slik at Storberget-flertallet benytter det forhold at det ikke kan utelukkes at det foreligger superprofitt i privat barnehagedrift, som bærende argument for at kommunene må gis større anledning og frihet til å styre sektoren enn i dag. Dette knyttes til kravet om demokratisk styring. Slik sett kan ikke de forslag Storberget-utvalget fremsetter ansees å være kunnskapsbaserte, men mer politisk verdiorienterte.

Det kan i den sammenheng også vises til denne uttalelsen fra Storberget-utvalgets flertallet<sup>27</sup>:

*«Flertallet mener, i likhet med Velferdstjenesteutvalget, at det ikke kan utelukkes at det realiseres superprofitt (meravkastning utover normalavkastning) i privat barnehagedrift. Flertallet registrerer at 40 prosent av barnehagene i 2018 hadde en driftsmargin på over 6 prosent, og at det realiseres betydelige gevinster ved salg av barnehagebygg og eiendom. Flertallet mener, i likhet med Velferdstjenesteutvalget, at ved vurdering av økonomisk lønnsomhet må det vektlegges den risiko som tas i forbindelse med drift av barnehager. For barnehagesektoren er risikoen for tap av innskutt kapital liten, og en forventning om størrelse på økonomisk lønnsomhet må sees i lys av dette.»*

Det er vanskelig for å se at Storberget-utvalgets flertall overhodet har fremlagt noen økonomisk dokumentasjon rettferdiggjøre de inngrep som foreslås.

### **7.3.1 Hvordan påvirker reformforslagene risikopremien i barnehagesektoren?**

Det kan ikke være tvil om at Storberget-utvalgets flertallsforslag vil skape stor usikkerhet innen den private barnehagesektoren. Det vil umiddelbart øke risikopremien innen sektoren.

Det vises til sitatet ovenfor fra Velferdstjenesteutvalget om at det må forventes at avkastningskravet for investorer i velferdssektorer kan forventes å ligge over risikofri rente (blant annet på grunn av reguleringsrisiko), men noe lavere enn gjennomsnittet for andre næringer (mest fordi samlet etterspørsel for de fleste velferdssektorene er stabil eller økende og inntektsstrømmene er relativt sikre på grunn av langsiktige avtaler med det offentlige.)

Slik situasjonen nå er med Storberget-utvalgets flertallsforslag, vil avkastningskravet forventes å bli satt høyere enn det som vil være gjennomsnittet for andre næringer. Det betyr også at diskusjonen rundt spørsmålet om superprofitt blir enda mindre aktuell og mer hypotetisk.

### **7.3.2 Vil mer rasjonell kommunal drift redusere eventuell superprofitt? Er det en mer forholdsmessig vei?**

En annen innfallsvinkel til den teoretiske diskusjonen om superprofitt kan være å stille spørsmål om en mer rasjonell kommunal drift av sine egne barnehager vil redusere en eventuell superprofitt.

---

<sup>27</sup> Storberget-utvalget side 107



Basert på Høyesteretts avklaring av hva som ligger i kriteriet likeverdig behandling, vil det være enda viktigere å sikre at kommunene er en profesjonell og effektiv drifter av sine egne barnehager. Det vil direkte påvirke kommunens tilskudd per heldagsplass i de private barnehagene og kunne påvirke det overskudd private barnehager sitter igjen med.

Vi har så langt ikke sett at denne diskusjonen har vært reist. Det kan ikke være tvil om at alle kan bli bedre drivere. Det vil også gjelde kommunen som barnehagedrifter og en enda bedre og mer effektiv drift vil direkte påvirke tilskuddsnivået til de private barnehager.

Tallmaterialet for barnehagesektoren kan tyde på at konserndrift gir stordriftsfordeler som vil gi lavere kostnader per barnehageplass. Siden de fleste kommuner driver flere barnehager under en ledelse, foreligger det i realiteten i svært mange tilfeller et kommunalt konsern. Men tar kommunene ut disse konserndriftsfordeler på samme måte som både kommersielle og ideelle drivere?

Det kan være grunn til å undersøke dette nærmere basert på dagens finansieringsordning.

#### **7.4 Innføring av regulering gjennom lokal forskrift vil ikke redusere Grunnloven, EMK og EØS-rettens skranker i de private barnehagenes opparbeidede rettslige posisjoner**

Storberget-utvalgets flertall introduserer forslag om at det skal innføres en Lokal samhandlingsmodell. Under punkt 8.1.2 heter det:

*«Flertallet mener dagens nasjonale forskrift kan gjøres fakultativ (valgfri) med mulighet for fastsettelse av forskrift lokalt. Kommunene vil slik stå fritt til å velge mellom den nasjonale forskriften, utarbeide lokal forskrift eller finansiere sine lovpålagte oppgaver på andre måter. I tillegg foreslår flertallet at det utformes nye nasjonale bestemmelser som sikrer lokaldemokratisk styring av barnehagesektoren og større sammenheng mellom lokale prioriteringer, kommunens utgiftsnivå og tilskuddene til private barnehager.»*

Dette minner om det system som Regjeringen foreslo i 2008 i forbindelse med innføring av rammefinansiering.<sup>28</sup> Som beskrevet under punkt 5.3 ovenfor ble dette avvist i Stortinget og det til tross for at Regjeringen den gang hadde et flertall bak seg i Stortinget bestående av representanter fra Sosialistisk Venstreparti, Arbeiderpartiet og Senterpartiet.<sup>29</sup>

Flertallet i Storberget-utvalget viser under punkt 8.1.2.1 også til det forslaget som Regjeringen fremmet i 2008 og som Stortinget avviste. Utvalgsflertallet mener likevel at den lovformulering som ble foreslått den gang nå kan brukes som utgangspunkt for fastsettelsen av rammene kommunene kan utarbeide lokale forskrifter innenfor. Det utvalget i realiteten dermed foreslår er en omkamp mot Stortings-vedtaket tilbake i 2009.

Det Stortinget var opptatt av i 2009 var at det fortsatt skulle være nasjonale forskrifter som skulle legge føringer for hvordan likeverdig behandling skal forstås. Det Storberget-utvalgets flertall nå legger opp til er at kommunene ikke lenger skal være bundet av noen generell rettsregel om hvordan kommunale og private

<sup>28</sup> Ot.prp.nr.57 (2007–2008) Om lov om endringer i barnehageloven (finansiering av ikke-kommunale barnehager)

<sup>29</sup> Innst.O.nr.103 (2008-2009) Innstilling fra familie- og kulturkomiteen om lov om endringer i barnehageloven (finansiering av ikke-kommunale barnehager)

barnehager skal likebehandles. I denne sammenheng er det grunn til å vise til følgende i utvalgets sammendrag på side 11:

*«De private barnehagene er finansiert av foreldrebetaling og offentlige tilskudd. Barnehageloven slår fast prinsippet om økonomisk likeverdig behandling mellom kommunale og private barnehager. Godkjente private barnehager skal behandles likeverdig når det gjelder offentlig tilskudd. Kommunene skal gi økonomisk tilskudd tilsvarende gjennomsnittlige ordinære driftsutgifter pr. heltidsplass i kommunale barnehager. Tilskudd utgjør om lag 22 milliarder kroner og foreldrebetaling om lag 4 milliarder kroner (tall fra 2020).»*

Det betyr at kommunene får en overføring på om lag 22 milliarder kroner for å sikre finansieringen av private barnehager. Denne enorme pengesummen skal benyttes for å finansiere de private barnehagene og sikre en økonomisk likeverdig behandling mellom private og kommunale barnehager. Dette prinsippet er sikret gjennom en eneste paragraf i barnehageloven; nemlig § 14 som fra 1. januar i år er flyttet til § 19. Det er fortolkningen av denne bestemmelsen som Høyesterett har avklart. Det Storberget-utvalget i realiteten nå foreslår er å beholde pengene i kommunen, men ikke lenger stille krav til at kommunen skal sikre en likeverdig behandling av private og kommunale barnehager som er en forutsetning for dagens overføring av disse midlene fra staten til kommunene. I stedet skal kommunen i lokal forskrift selv kunne fastsette hvordan private barnehager skal behandles og finansieres. Det vil fjerne den rettsikkerhetsgarantien som i dag sikres gjennom denne ene lovbestemmelsen i barnehageloven. Det viser hvor avgjørende viktig denne bestemmelsen i barnehageloven er for styring og fordeling av de økonomiske ressurser i barnehagesektoren. Endringer her vil fort kunne føre til inngrep i barnehagenes opparbeidede rettighetsposisjoner på en slik måte at det vil kunne bli problematisk i forhold til både Grunnloven, EMK og EØS-retten. Vi kan ikke se at Storberget-utvalget overhodet har vurdert disse rettslige problemstillinger og de utfordringer disse vil kunne skape. Vi tror det i dag er sannsynlig at lovgiver vil støte på rettslige skranker som vil begrense lovgivers handlefrihet til å innføre et lokalt forskriftssystem som skissert av utvalgets flertall.

#### **7.4.1 Den lovmessige eller forskriftsmessige hjemmel for kommunale krav kan kjønnens ulovlig**

Dersom lovgiver skulle velge gjennom et lovvedtak eller en forskrift å åpne for at kommunene kan styre finansieringstilskuddene til barnehagene ved lokale forskrifter, og det gjøres på en slik måte at aktører skulle mene at det kan stride mot Grunnloven, EMK og EØS-retten, vil den som har rettslig interesse kunne prøve lovligheten av forskriftshjemmelen for domstolene.

En slik prøvning kan være aktuell dersom det faktisk blir gitt en hjemmel for lokale forskrifter, og avhengig av utformingen av denne. Et alternativ kan være å avvente at kommuner fastsetter sine lokale forskrifter og så vurdere om disse vil stride mot Grunnloven, EMK og EØS-retten og gå til søksmål mot den kommunen som utsteder en forskrift som det stilles spørsmålsteget ved gyldigheten av. Muligheten for det siste vil vi behandle under punkt 7.4.2 nedenfor.

#### **7.4.2 Full rett til prøvning av kommunenes lokale forskrifter eller vedtak**

Den som har rettslig interesse, vil også ha full mulighet til å kreve en rettslig prøvning av gyldigheten av en kommunal forskrift om finansiering av de private barnehagene eller vedtak i medhold av denne. Dersom f.eks. en barnehage ikke får kommunalt tilskudd, tilskuddet bryter med likebehandlingsprinsippet eller det stilles vilkår i den kommunale forskriften om at barnehagen ikke lenger kan ha økonomisk formål eller gi utbytte til sine eiere og det anføres at en eller flere av disse forhold vil støte mot Grunnloven, EMK og EØS-retten, kan gyldigheten av forskriften eller vedtaket fattet i medhold av denne prøves i rettsapparatet. Avhengig av forskriftsutformingen og hvilke barnehager som får tilskudd, kan det hende at de private

barnehager som får støtte ikke vil ha noe å anfekte, mens barnehager som faller utenfor den kommunale støtten vil prøve gyldigheten av forskriften eller vedtaket fattet i medhold av forskriften.

### **7.4.3 Vil innføring av lokale forskrifter føre til et enklere system, og effektivisere reguleringsens samlede styringskostnader?**

Storberget-utvalgets flertall er i flere sammenhenger opptatt av at dagens regelverk fører til en for sterk grad av rettsliggjøring. Vi har imidlertid vanskelig for å se at overgangen til et system hvor kommunene står fritt til å styre gjennom lokalt fastsatte forskrifter vil føre til en mindre rettsliggjøring.

Det må forventes at en overgang til et system bygget på lokale forskrifter i seg selv vil føre til en rekke rettslige konflikter knyttet til spørsmålet om lovligheten av de kommunale forskrifter som eventuelt blir innført og vedtak fattet i medhold av disse.

Videre vil ikke lokale forskrifter kunne utformes slik at alle avgjørelser knyttet til disse vil falle under det frie skjønn og i utgangspunktet være unntatt rettslig prøvning. Ethvert regelverk vil måtte regulere plikter og rettigheter og vil kunne prøves i rettsapparatet.

De siste årene har kommunene fått en utvidet adgang til innsyn hos og kontroll med de private barnehagene. Det er fattet mange vedtak og flere av disse har vært klaget inn for Fylkesmannen/Statsforvalteren. Vi er derfor i ferd med å få en verdifull forvaltningspraksis for den videre praktisering av regelverket. Det finnes også flere rettsavgjørelser knyttet til regelverket og Høyesterett har kommet med viktige avklaringer knyttet til forståelsen av begrepet likeverdig behandling av private og kommunale barnehager. I fremtiden vil dette sannsynligvis bidra til rettsavklaring og færre konflikter fremover dersom den forvaltnings- og rettspraksis som er i ferd med å utvikle seg blir lagt til grunn.

Dersom det skal innføres et nytt system, og som i tillegg skal fragmenteres i en rekke lokale systemer, vil det antakelig øke konfliktnivået og den rettspraksis som i dag utfyller det gjeldende regelverket vil ikke være til nytte når nye konflikter skal løses.

Det må derfor legges til grunn at det regelverk som Storberget-utvalgets flertall skisser vil føre til mer rettsliggjøring, føre til et mer komplisert system og økte samfunnsmessige kostnader.

## **7.5 En rekke av Storberget-utvalgets forslag til ny regulering kan være ulovlige – fordi de vil være i strid med enten Grunnloven, EMK eller EØS-retten**

### **7.5.1 Innledning**

Et flertall på Stortinget kan i utgangspunktet gjennom lovvedtak gjennomføre de forslag som Storberget-utvalgets flertall foreslår.

Stortingets lovgivningsmyndighet på barnehagesektoren kan likevel være begrenset av henholdsvis Grunnloven, EMK eller EØS-avtalen.

Det er dette vil skal behandle nærmere under dette punkt 7.5.1

Vi vil i den sammenheng særlig se nærmere på om forslag som flertallet i Storberget-utvalget reiser, vil kunne begrenses av

- Grunnloven § 97
- Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjonen (EMK), slik denne er inkorporert i norsk rett.
- Grunnloven § 105

- EØS-retten

Det kan konstateres at Storberget-utvalget ikke har behandlet eller problematisert disse spørsmål. Det innebærer at det er fremmet forslag uten å analysere om disse vil kunne støte mot de ovennevnte skranker som skal gi private barnehager og dets eiere særlig beskyttelse. Dette kan skje fordi Grunnloven, EMK og EØS-retten har en høyere rangorden enn norske lover eller forskrifter, og dermed kan begrense lovgivers handlingsrom eller utløse erstatning dersom lover og enkeltvedtak i medhold av disse gjennomføres i strid med de førstnevnte rettslige skranker.

Vi vil nedenfor i dette punktet foreta en generell gjennomgang av disse regelsettene før vi i de etterfølgende underpunkter vil se på flere av Storberget-utvalgets flertallsforslag i forhold til disse skranker.

### 7.5.1.1 Grunnloven § 97s beskyttelse av etablerte rettsposisjoner

Grunnloven § 97 fastslår at «[i]ngen lov ... gis tilbakevirkende kraft».

Grunnloven § 97 forbyr helt generelt å gi lover tilbakevirkende kraft. Bestemmelsen gjelder imidlertid kun den skadelige tilbakevirkning. Lover som virker gunstigere for borgerne, kan gis tilbakevirkende kraft.

De siste 30 årene har Høyesterett avsagt åtte sentrale plenumsdommer om tilbakevirkningsforbudet i Grunnloven § 97. Samlet sett har disse høyesterettsdommene gitt borgerne en økt beskyttelse mot tilbakevirkende lover.<sup>30</sup>

Vår vurdering er at denne rettsutviklingen gir god støtte for at flere av Storberget-utvalgets flertallsforslag ikke kan gjennomføres fordi de vil være i strid med tilbakevirkningsforbudet i Grunnloven § 97. Bakgrunnen for det er at flere av forslagene vil være for inngripende i de etablerte rettsposisjoner som private barnehager i dag har opparbeidet.

Forbudet mot at lover skal kunne gis tilbakevirkende kraft, bygger på generelle rettferds- og rettssikkerhetshensyn. Gjennom dette forbudet mot å gi lover tilbakevirkende kraft, skal innbyggerne sikres forutberegnelighet. Forbudet begrenser mulighetene for at lovgiver skal kunne foreta brå samfunnsmessige endringer. Dette forbudet gjelder også for juridiske virksomheter.

Siden 1996<sup>31</sup> har det ved tolkningen av Grunnloven § 97 vært vanlig å skille mellom «egentlig» og «uegentlig» tilbakevirkning. I begrepet «egentlig» tilbakevirkning ligger det å pålegge byrder eller andre ufordelaktige rettsvirkninger til eldre handlinger, unnløtelser eller begivenheter. Dersom det f.eks. skulle innføres et forbud mot at eierne av private barnehager skulle kunne ta utbytte som er opparbeidet i årene før et utbytteforbud, vil nok det bli ansett for å representere en «egentlig» tilbakevirkning. «Uegentlig» tilbakevirkning gir uttrykk for at det med virkning fremover i tid blir gjort inngrep i rettsforhold som allerede hadde oppstått da loven ble vedtatt. Skulle lovgiver f.eks. vedta at private barnehager ikke lenger skulle ha rett til å komme under dagens finansieringsordning eller en tilpasning av denne, vil nok det bli ansett for å være en «uegentlig» tilbakevirkning.

<sup>30</sup> Rt. 1996 s. 1415 (Borthen-dommen), Rt. 1996 s. 1440 (Thunheim-dommen), Rt. 2006 s. 293 (Arves trafikkskole), Rt. 2007 s. 1281 (Øvre Ullern), Rt. 2007 s. 1306 (Rollag), Rt. 2010 s. 143 (rederiskatt), Rt. 2010 s. 1445 (krigsforbrytersaken) og Rt. 2013 s. 1345 (Volstad). I tillegg har Høyesterett kommet med tre prinsipielt viktige dommer som er avsagt i avdeling - Rt. 2011 s. 347 (prøveløslatelse), HR- 2016-389-A (Carl I. Hagen) og HR-2016-1906-A (løsningsrett). Disse dommene viser at Høyesterett har gitt borgerne en økt beskyttelse mot tilbakevirkende lover.

<sup>31</sup> Rt. 1996 s. 1415 (Borthen-dommen),

Før 2006 beskyttet Grunnloven § 97, i henhold til Høyesteretts praksis, først og fremst bare mot egentlig tilbakevirkning. De klareste eksempler på egentlig tilbakevirkning var nykriminalisering, ileggelse av mer inngripende eller tyngende straffereaksjoner og skjerping av strafferammene. Her setter grunnloven § 97 et absolutt forbud mot tilbakevirkning, se for eksempel Rt. 2010 s. 1445 (krigsforbrytersaken) avsnittene 87-88. Egentlig tilbakevirkning omfatter også tilfeller hvor det knyttes andre former for tyngende rettsvirkninger enn straff til eldre handlinger, unnlatelser eller begivenheter. Det kan dreie seg om erstatningsansvar eller andre former for forpliktelser. I de fleste tilfeller er også denne form for egentlig tilbakevirkning forbudt, men her er ikke tilbakevirkningsforbudet absolutt.

Det skal veldig mye til for å tillate egentlig tilbakevirkning. Skal slik tilbakevirkning tillates må det foreligge særdeles tungtveiende samfunnsmessige hensyn. Et eksempel er plenumsdommen i Rt. 1962 s. 369 (gullklausuldommen) på s. 385. Når det gjelder uegentlig tilbakevirkning, har hovedregelen stort sett vært motsatt. Lovgivers frihet har vært utgangspunktet. Her har det imidlertid skjedd en viktig rettsutvikling. Basert på sentrale plenumsdommer i Høyesterett fra rundt 2000-tallet, er skillet mellom egentlig og uegentlig tilbakevirkning blitt mindre markert.

Dette skyldes nok EMK protokoll 1 artikkel 1; som også beskytter økonomiske rettsposisjoner. Den bestemmelsen har ikke et skille mellom egentlig og uegentlig tilbakevirkning. Derimot inneholder den et skille mellom avståelse og regulerende inngrep som i Grunnlovens § 97105. Det er en flytende overgang mellom disse formene for inngrep. Om det foreligger et inngrep i strid med EMK protokoll 1 artikkel 1, vil i siste instans basere seg på en vurdering av forholdsmessigheten av inngrepet.

Denne rettsutviklingen vil kunne gi økt beskyttelse for rettsposisjoner som eierne av barnehagene har oppnådd.

Plenumsdommen i Rt. 2006 s. 293 (Arves trafikkskole) er den første høyesterettsdommen som baserer seg på at det er mellomformer mellom egentlig og uegentlig tilbakevirkning. Høyesteretts oppfatninger i Arves trafikkskole-dommen er senere fulgt opp i plenumsdommen i Rt. 2010 s. 143 (rederiskattesaken) og i andre senere dommer. Høyesterettsdommen, HR-2016-389-A (Carl I. Hagen), gir viktig veiledning for de analyser som må gjøres knyttet til forskrifts- og lovforslag som kan rokke ved private barnehagers fremtidige driftsgrunnlag.

Desto sterkere inngrepet er, desto mer tungtveiende må det være begrunnet for at det skal være forenlig med Grunnloven § 97.

Basert på foreliggende rettspraksis, må den overordnede norm for vurderingen av om tilbakevirkning som griper inn i en etablert rettsposisjon, skal underkjennes som grunnlovsstridig, være hvorvidt inngrepet er uforholdsmessig tyngende eller inngripende, se Jens Edvin A. Skoghøy, Rett og rettsanvendelse, Oslo 2018, s. 250.

Høyesterett har etablert ulike terskler for når tilbakevirkningen er grunnlovsstridig, avhengig av hvor fremtredende tilbakevirkningselementet er. Om tilbakevirkningen ligger nær opp til egentlig tilbakevirkning, har Høyesterett krevd at den må være begrunnet i sterke samfunnsmessige hensyn for å være forenlig med Grunnloven § 97. Dersom tilbakevirkningselementet er mindre fremtredende, baserer grunnlovsvurderingen seg på en balansering av de motstående interessene. Det avgjørende er om inngrepet er uforholdsmessig tyngende eller inngripende.

Som det vil fremgå av vår gjennomgang nedenfor vil Grunnloven § 97 kunne stå som en sentral skranke for lovgivers mulighet til å gjennomføre flere av de forslag som utvalget har fremmet.

### 7.5.1.2 Menneskerettighetskonvensjonens beskyttelse av de private barnehagers etablerte rettsposisjoner

De norske konstitusjonelle regler suppleres i dag av bestemmelser nedfelt i Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjonen - EMK. Også EMK setter skranker for den internrettslige lovgivningskompetansen.

På vårt område er det særlig bestemmelsen i EMKs første tilleggsprotokoll artikkel 1 ("P 1-1"), som har interesse. Denne bestemmelsen beskytter eiendomsretten. Bestemmelsen har følgende ordlyd:

*«Enhver fysisk eller juridisk person har rett til å nyte sin eiendom i fred. Ingen skal bli fratatt sin eiendom unntatt i det offentlige interesse og på de betingelser som er hjemlet i lov og ved folkerettens alminnelige prinsipper.*

*Bestemmelsene ovenfor skal imidlertid ikke på noen måte svekke en stats rett til å håndheve slike lover som den anser nødvendige for å kontrollere at eiendom blir brukt i samsvar med allmennhetens interesse eller for å sikre betaling av skatter eller andre avgifter eller bøter.»*

Vi vil i det følgende anføre at P 1-1 og praksis knyttet til denne bygger opp om og forsterker tilbakevirkningsforbudet i Grunnloven § 97. Når man kan konstatere at de to bestemmelsene er bygget på den samme grunnleggende forståelsen av tilbakevirkningsforbudet, er det ikke nødvendig eller riktig å forankre drøftelsene i bare en av dem.

Etter år 2000 har det i alle sakene om grunnlovsmessigheten av inngrep i etablerte rettsposisjoner også vært anført at inngrepet i tillegg er i strid med EMK protokoll 1 artikkel 1.

I den såkalte Løsningsrettsdommen, HR-2018-1906-A (løsningsrettssaken), konkluderte førstvoterende med tilslutning fra de øvrige dommerne, slik:

*«Ut fra mitt syn på saken er det ikke nødvendig å gå inn på P 1-1 utover å vise til min gjennomgang knyttet til Grunnloven § 97. De momentene jeg der har vist til leder til at det ikke foreligger motstrid med P 1-1.»*

Høyesterett slår i Løsningsrettssaken sammen forholdsmessighetsvurderingene etter Grunnloven § 97 og EMK protokoll 1 artikkel 1. Ved avgjørelsen av om et inngrep i en etablert rettsposisjon er i strid med Grunnloven § 97, skal det foretas en tilsvarende forholdsmessighetsvurdering som etter EMK protokoll 1 artikkel 1. Resultatet vil basere seg på en avveining av de motstående interesser. Sentrale momenter i vurderingen vil være hvorvidt loven griper inn i beskyttelsesverdige forventninger, hvor sterkt tilbakevirkningselementet er, i hvilken utstrekning borgerne har innrettet seg etter disse forventningene, hvilket formål lovgiver har med loven og med å gi den tilbakevirkende kraft, og hvor tungtveiende dette formålet er, og hvorvidt tilbakevirkningen virker usaklig diskriminerende.

### 7.5.1.3 Grunnlovsbeskyttelsen av etablerte rettsposisjoner etter Grunnloven 105

Grunnloven § 105 lyder:

*«Fordrer Statens Tarv, at Nogen maa afgive sin rørlige eller urørlige Eiendom til offentlig Brug, saa bør han have fuld Erstatning af Statskassen.»*

Et utbytteforbud eller en avvikling av finansieringen av private barnehager betyr ikke at eierne «må avgi» sin «eiendom» til noen. Rettspraksis har imidlertid åpnet for analogisk anvendelse av Grunnloven § 105 i tilfeller hvor offentlige myndigheter har vedtatt rådighetsbegrensninger over eiendom, særlig fast eiendom.

Flere av sakene Høyesterett har tatt stilling til gjelder rådighetsbegrensninger som er innført av naturvern hensyn, men premissene i dommene har en bredere rekkevidde.<sup>32</sup>

Høyesterett har oppsummert sin praksis slik, jf. Rt-2004-1092 avsnitt 76:

*«Det foreligger en omfattende høyesterettspraksis om erstatning ved rådighetsinnskrenkninger. Jeg nøyer meg med å vise til oppsummeringen i Skoghøy: Rådighetsinnskrenkninger og erstatning i Lov og Rett 1995 på side 213, der han uttaler:*

*«Ved Høyesteretts avgjørelser i disse sakene er det blitt slått fast at det ikke er tilstrekkelig for at det offentlige skal bli erstatningsansvarlig, at det dreier seg om et vesentlig inngrep. Etter min oppfatning må det være riktig å sammenfatte praksis slik at for at det offentlige skal bli erstatningsansvarlig, må det kreves at inngrepet er av en slik karakter at det ut fra en helhetsvurdering vil være sterkt urimelig om inngrepet skal tåles.»»*

Denne restriktive holdningen til spørsmålet om erstatning er utslag av følgende grunnleggende vurderinger som kan hentes fra den såkalte store konsesjonssaken (Rt-1918-403 på s. 405, med våre understrekninger):

*«Eiendomsretten til en gjenstand er etter en formentlig fastslått definition retten til at raade over sin eiendom med de almindelige indskrænkninger, som flyter umiddelbart av loven eller retsordenen. Det er klart, at den lovgivende magt har og maa ha utstrakt beføielse til at begrænse eiendomsretten, saaledes at eierens raadighet kun utøves overensstemmende med de forskjellige hensyn, som samfundsforholdene og samfundsutviklingen til enhver tid gjør det nødvendig at ta i betragtning. Av hele vor lovgivning fremgaar, at de lovgivende myndigheter i stor utstrækning har sat grænser for eierens raadighetssfære, og disse grænser maa den lovgivende magt være bemyndiget til ogsaa i fremtiden enten at utvide eller at indskrænke, saaledes som den finder det nødvendig eller ønskelig, medmindre den herved overskrider sin kompetanse.»*

Høyesterett sluttet seg i plenum i Strandlovdommen til disse uttalelsene, jf. Rt-1970-67 på s. 71. På side 72 understreket Høyesterett:

*«På en rekke andre områder er det for lengst godtatt at verdiforandringer som skyldes regulerende inngrep av samfunnsmessig art, er noe som i betydelig omfang må aksepteres erstatningsfritt. Det mest nærliggende eksempel er her bygningslovgivningen. Dels ved generelle regler gitt i eller med hjemmel i loven, dels ved konkrete planer og enkeltavgjørelser griper myndighetene her inn i den enkelte eiers frie adgang til å utnytte sin eiendom som han vil, med sikte på å gi samfunnet en vesentlig innflytelse på hvor, når og hvordan utbygging skal finne sted. Denne regulerende virksomhet kan ha den mest vidtgående betydning for den økonomiske verdi av den enkelte eiendom og kan også slå ulikt ut overfor de forskjellige eiere. Men bare i særlige unntakstilfelle kan det bli tale om erstatning for slike inngrep. Jeg viser eksempelvis til bygningslovens § 32. Jeg peker videre på hvordan konsesjonslovene påvirker eiendomsverdiene ved til dels inngripende begrensning av kretsen av kjøpere, ved vilkår om den fremtidige bruk som betingelse for konsesjon og bestemmelser om hjemfallsrett. Husleielovgivningen påvirker eiendomsverdiene ved kontroll med bruksendringer, vilkår for utleie og bestemmelse om leiens størrelse. Jordlovens forbud mot uten samtykke å bruke dyrket jord til annet enn jordbruksformål og mot å dele jordbruks- og skogbrukseiendom er av stor betydning for slik eiendoms omsetningsverdi. Også utenfor den lovgivning som direkte berører fast eiendoms bruk, finnes en rekke former for reguleringstiltak som er av vesentlig betydning for eiendomsverdiene. Den løpende utvikling gir stadig nye eksempler på slik lovgivning. Bortsett fra direkte prisregulerende bestemmelser er det sjelden denne lovgivnings mål å påvirke verdiene; som regel er det andre virkninger man vil oppnå, men verdiforandringene er en naturlig følge av lovens reguleringer.»*

Høyesterett uttalte i den såkalte Ullern Terrasse-saken, jfr. Rt. 2007 s. 1281 i avsnitt 88:

*«Helt siden dommen i konsesjonslovsaken i Rt. 1918 I side 403 (Rt. 1918 s. 403) har Høyesterett bygget på at dersom det, som uttalt av assessor Siewers i Rt. 1914 s. 177 på side 205, skjer 'en avstaaelse fra eierens side og fra statens side en tilegnelse, som helt eller delvis overfører eiendomsraadigheten til staten eller andre til dens videre utnyttelse i samme eller andet øiemed', følger det av § 105 at det må betales full erstatning.»*

Dette betyr at flere forslag rettet mot barnehagesektoren også vil kunne støte mot Grunnloven § 105 og kunne gi grunnlag for krav om erstatning. Spørsmålet blir ut fra en helhetsvurdering om det lovmessige inngrep vil være så sterkt urimelig at det ikke skal tåles.

#### **7.5.1.4 EØS-rettslige begrensninger i lovgivers handlingsrom**

En fremtidig omregulering av barnehagesektoren vil kunne innebære restriksjoner på den frie etableringsretten. For eksempel anser vi det som sannsynlig at følgende reguleringer vil måtte underkastes en EØS-rettslig analyse:

- En begrensning på adgangen til å ta ut profitt fra private barnehager
- En regulering av kjøp og salg av barnehager, herunder å innføre meldeplikt for private barnehager ved salg, samt forkjøpsrett for kommunen.
- En regulering som innebærer forskjellsbehandling mellom ideelle og ikke-ideelle barnehageleverandører.
- Krav til organisering i eget rettssubjekt

Vurderingene av disse forslagene og andre potensielle reguleringer, vil måtte ta utgangspunkt i den konkrete utformingen. Generelt kan man imidlertid si at en forskjellsbehandling mellom aktører i samme marked og en ensidig begrensning av den kommersielle friheten til å organisere virksomheten, kan utgjøre restriksjoner.

Innledningsvis kan det være grunn til å gå nærmere inn på barnehagesektoren i en EØS-rettslig kontekst.

NOU 2020:13 «Private aktører i velferdssektoren» inneholder i kapittel 19.7 en beskrivelse av norsk barnehagesektor, som får betydning for anvendelsen av EØS-avtalens regler.

For det første, er det klart at barnehagesektoren er en sektor med et omfattende innslag av private leverandører og at disse private leverandørene har vært til stede på markedet i en lang periode:

*«Barnehagesektoren er en stor sektor som også har en høy andel private leverandører. Private barnehager hadde om lag 46 prosent av samlede driftsutgifter i barnehagesektoren i 2018. De offentlige tilskuddene til private barnehager utgjorde i 2018 om lag 21 mrd. kroner og foreldrebetalingen til de private barnehagene om lag 4 mrd. kroner. Litt over halvparten av barnehagene drives av private. Denne andelen har vært relativt stabil over lang tid.»<sup>33</sup>*

Det er således på det rene at sektoren for en stor del er drevet av private, som for lengst har etablert seg som tjenesteleverandører i dette markedet basert på etablerte rammebetingelser. Dette er relevant i en rettslig kontekst.

<sup>33</sup> Punkt 19.7.1 Markedsstruktur i barnehagesektoren



For det andre inneholder NOU'en i samme punkt følgende gjengivelse av det private aktørbildet i barnehagesektoren:

*«Virksomhetene som leverer barnehagetjenester er organisert på ulike måter, og spesielt private barnehager har stor variasjon i organisering av virksomhetene. For analytiske formål kan det være nyttig å dele private barnehager i 5 grupper:*

- 1) Personlige næringsdrivende eller personlige foretak, dvs. virksomheter organisert som enkeltpersonsforetak eller ansvarlige selskap og selskap med delt ansvar.*
- 2) Selvstendige aksjeselskaper (AS), dvs. barnehager som er organisert som aksjeselskap og som ikke inngår i større konsern.*
- 3) Foretak tilhørende norskeide større konsern, dvs. foretak tilhørende konsern med norsk konsernspiss; hvor endelig majoritets Eier er norsk, og) med mer enn to konsernforetak.*
- 4) Foretak tilhørende utenlandskeide konsern, dvs. konsern med utenlandsk konsernspiss, hvor det er en utenlandsk endelig majoritets Eier av aksjeselskaper som igjen eier barnehager.*
- 5) Private barnehager uten personlige eiere, dvs. barnehager eid av stiftelser, foreninger, trossamfunn eller andre selskapsformer som ikke er personlige eiere eller er en del av offentlig forvaltning. Slike eierformer omtales ofte som ideelle selskaper.*

*I utvalgets analyser har vi valgt å betegne gruppene 1)-4) som kommersielle barnehager og gruppe 5) som ideelle barnehager.»*

Beskrivelsen viser mangfoldet i aktørbildet, ikke ulikt det man ville funnet i andre sektorer av økonomien. Det kan kanskje særlig være relevant å peke på profesjonaliseringen som er skjedd gjennom konserndannelser, hvilket ofte oppstår i markeder der det kan realiseres stordriftsfordeler. De norske konsernene på barnehagesektoren er beskrevet på følgende måte:

*«Barnehager eid av norske konsern er den største eiergruppen. Konserneide barnehager er normalt organisert som aksjeselskap, hvor et aksjeselskap har mange barnehager som underenheter. Største norske konsern er Læringsverksted Gruppen AS, med til sammen 228 barnehager og 16 341 barn i 2018. Læringsverkstedet er eid av det norske konsernet HJR Holding AS. Nest største konsern er Trygge barnehager AS, med 183 barnehager og 13 450 barn i 2018. Trygge barnehager er eid av det norske konsernet SFR Holding AS. Tredje største konsern er eid av det norske investeringsselskapet Hospitality Invest AS. Investeringsselskapet eier både barnehagekjedene Norlandia Barnehagene AS og Kidsa Barnehager AS, i tillegg til en rekke andre selskap innen andre velferdssektorer. Til sammen eide Hospitality Invest AS 88 barnehager med 6 619 barn i 2018.»*

*Selv om konsernene har valgt å organisere barnehagene som aksjeselskap, er det verdt å legge merke til at enkelte større konsern har bakenforliggende eiere som selv er foreninger (som 15 menigheter o.a.) eller stiftelser. Nlm-Barnehagene AS (38 barnehager) og Akasia AS (20 barnehager) er eksempler på slike konsern. Nlm-Barnehagene AS er eid av Norsk luthersk misjonssamband og Akasia AS er eid av en rekke menigheter på Vestlandet.»*

For det tredje; det fremkommer videre at selv om en privat eiergruppering (nr. 5 i listen over) - «private barnehager uten personlige eiere» - er omtalt som «ideelle selskaper», er det i organiseringen av virksomheten i en kommersiell kontekst, ikke tydelige forskjeller mellom de «ideelle» og de «ikke-ideelle».

Det fremkommer av utredningen at:

«For å få fram det reelle omfanget av konserntilknyttede barnehager har utvalget også valgt å legge Stiftelsen Kanvas inn som et norskeid konsern, selv om både barnehagene og selskapet er organisert som stiftelse, og slik har samme eierform som andre private barnehager uten personlige eiere. Kanvas har vokst til et stort selskap, og hadde i 2018 over tusen ansatte, 64 barnehager og 4 114 barn. I økonomisk forstand er derfor Kanvas mer lik med andre barnehagekonsern enn mindre stiftelser.» [vår understrekning]

Fra Civita-notat nr. 20 gjengis følgende fra side 4:

«Ideelle aktører kan være organisert som store konserner, med flere selskaper som opererer innenfor en rekke forskjellige områder. Louisenberg-stiftelsen er ett eksempel. Stiftelsen driver med sykehus, sykehjem, barnehage, eiendom, gjestehus og bakeri, for å nevne noe. Bakeriet til stiftelsen baker oblater (nattverdsbrød) – i 2019 solgte virksomheten 1,5 millioner slike oblater. Når ideelle aktører er organisert på denne måten, kan det føre til stor grad av kryssfinansiering. Det er ikke sikkert Louisenberg driver med slik kryssfinansiering, men i teorien kan altså offentlige midler til helse og omsorg brukes til å finansiere nattverdsbrød. Et annet eksempel er kirken. I Bergen la Den norske kirke alle barnehagene inn i et aksjeselskap som drev med fortjeneste. Overskuddet fra barnehagedriften ble så brukt til å dekke kirkelig aktivitet i byen. Deler av offentlige midler til barnehagedrift ble med andre ord brukt til andre kristne formål.» [vår understrekning]

For det fjerde, fremkommer det at de private leverandørene i barnehagesektoren også er utenlandske. Dette viser at tjenestene som tilbys, har et grensekryssende element og at det norske markedet er attraktivt for aktører fra andre EØS-land, hvilket normalt er en forutsetning for anvendelsen av EØS-avtalen:

«I 2017 var det bare ett utenlandskeid barnehagekonsern i Norge, nemlig Espira-gruppen. I 2018 ble det etablert to nye utenlandskeide barnehagekonsern i Norge ved at barnehagekonsernet Gnist Barnehager ble solgt til oppkjøpsfondet Altor Equity Partners. Gnist barnehager omfattet 17 barnehager og 1 980 barn i 2018. Ulna AS ble samme år solgt til det svenske barnehage- og skoleeierselskapet Atvexa AB med virkning fra 1. januar 2019. Ulna AS er derfor med i gruppen 'Norskeid konsern' i analysene nedenfor. Ulna AS hadde 20 barnehager med 1 066 barn i 2018.»

Av Civita-notat 20 fra 2020, fremgår det på side 7 at virksomhet iblant annet den norske barnehagesektoren, kan gi grunnlag for virksomhet og ekspansjon i resten av EØS-området:

«Norlandia viser ett eksempel på hvordan kommersielle kan opparbeide seg stordriftsfordeler. Selskapet ble etablert i 1997, og dets viktigste virksomhet var lenge sykehjem, men senere har selskapet utvidet til en rekke andre virksomhetsområder – blant annet barnehager, pasienthotell, hjemmetjenester og medisinsk klinikk. Omtrent halvparten av Norlandias virksomhet befinner seg i Norge, mens virksomheten i Sverige står for om lag en tredjedel av selskapets samlede omsetning. Norlandia har også virksomhet i Finland, Nederland, Tyskland og Polen. Hele Norlandiakonsernet hadde i 2018 en samlet omsetning på omkring 4,9 milliarder kroner. 46 prosent av denne omsetningen kom fra utenlandske markeder.» [vår understrekning]

For det femte, er gjennomgangen av barnehagesektoren i NOU 2020:13 «Private aktører i velferdsstaten» oppsummert på følgende måte i punkt 19.7.4, der også aktørenes lønnsomhet er gjennomgått:

«- Litt over halvparten av barnehagene eies av private. Denne andelen har vært stabil over lang tid. De offentlige tilskuddene til private barnehager utgjorde i 2018 om lag 21 mrd. kroner og foreldrebetalingen til de private barnehagene om lag 4 mrd. kroner.

– Offentlig eide barnehager er i all hovedsak kommunale, mens de private består av mindre private foretak, foretak tilhørende norske større konserner, noen svært få utenlandske konsern og ideelle aktører. Den private delen av markedet for barnehager er preget av at de store norske konsernene vokser på bekostning av andre private.

– Lønnsomheten i private barnehager i form av driftsmargin er samlet sett på nivå med annet norsk næringsliv, målt som driftsmargin for ikke-finansielle virksomheter unntatt naturressursbaserte næringer. Relativt lav risiko og sikre, langvarige inntektsstrømmer tilsier likevel at det i gjennomsnitt har vært god lønnsomhet i sektoren.

– Lønnsomheten varierer mellom eiergrupper. Høyest lønnsomhet har barnehager i konsern, med gjennomsnittlige driftsmarginer i 2018 på 6 prosent for utenlandsk eide og 7 prosent for norskeide konsern. Lavest lønnsomhet har det vært i ideelle barnehager, med en gjennomsnittlig driftsmargin på 2 prosent i 2018.

- Det er få utenlandske konsern blant norske barnehageeiere, men andelen øker. Lønnsomheten hos utenlandske aktører er preget av relativt høye utgifter til lokalleie. Korrigert for dette ville utenlandske konsern hatt om lag samme lønnsomhet som norske konsern. Flere norske konsern har tilsvarende utgifter til lokalleie som utenlandske konsern.

– Den relativt høyere lønnsomheten til konsern sett i forhold til mindre selvstendige barnehager kan være tegn på at konserneide barnehager klarer å realisere enkelte stordriftsfordeler som er vanskeligere å realisere for selvstendige barnehager.»

Oppsummeringen viser at det ikke er noe påfallende ved organiseringen eller lønnsomheten i den private delen av barnehagesektoren. Som i mange andre bransjer, vil større enheter og konserner kunne profesjonalisere driften og hente ut stordriftsfordeler. I NOU 2020:13 «Private aktører i velferdssektoren» fremholder flertallet på side 492 som et argument mot reduksjon i driftstilskuddet til private barnehager at svært mange private barnehager har lav driftsmargin:

«Utvalgets flertall, medlemmene Bakke, Bjørnenak, Hagen, Kuhnle, Matre, Nyland, Ringdal og Sand, anbefaler ikke en generell reduksjon av driftstilskuddene til private barnehager. Flertallet vil vise til at en ulempe ved en slik reduksjon av driftstilskuddene til alle private barnehager, vil være at man ikke tar høyde for at kostnadene varierer mellom enkeltbarnehager ut fra barnehagens organisering, eierskap og størrelse. Tallene fra 2018 som er gjengitt i kapittel 19, viser at hele 52 prosent av alle barnehagene hadde driftsmarginer under 4 prosent. Sett opp mot dagens situasjon, der de private barnehagene får et driftstilskudd som tilsvarer kommunenes gjennomsnittlige driftskostnader i tilsvarende barnehager, kan noen måtte legge ned ved en generell reduksjon av tilskuddene. Dette gjelder alle typer barnehager uavhengig av størrelse, eierform og konserntilhørighet. Utfordringene gjelder derfor ikke bare små og ideelle barnehager. En slik reduksjon kan derfor gå utover mangfoldet av aktører i sektoren. Utvalget flertall vil også vise til at vi ikke har godt nok forskningsmessig grunnlag for å si at kvaliteten i tilbudet til barna blir bedre dersom barnehagene med lavere lønnsomhet må legge ned.» [våre understrekninger]

For det sjette, og når det gjelder kvalitet på tjenestene som leveres, oppsummerer utredningen Civita-notat nr. 20 på side 10 til undersøkelser foretatt av barnehagesektoren på følgende måte:

«Ser man på barnehagesektoren, er det også vanskelig å finne markante forskjeller. Foreldre undersøkelsen i barnehagen har blitt gjennomført hvert år siden 2016. I 2019 deltok 3067 av 5152 ordinære barnehager i undersøkelsen – 1640 private og 1427 kommunale. Det er en gjenganger at de private har noe høyere total tilfredshet enn de kommunale. Sann var det også i 2019, spesielt på områder som angår barnehagens rammebetingelser, slik som leker, utstyr og mattilbud. En svakhet ved denne og andre undersøkelser, er at eierskap kun kategoriseres som privat eller kommunalt, det skilles ikke mellom kommersielle og ideelle.

Det finnes riktignok noen som foretar et slikt skille. Tord Skogedal Lindén med flere presenterer surveydata som skiller mellom kommersielle og ikke-kommersielle private barnehager i Norge. De finner at foreldretilfredsheten er høyere i kommersielle enn i ideelle barnehager, men at forskjellen er veldig liten. Det er interessant at barnehager med kommersielle eiere har de mest fornøyde foreldrene i denne undersøkelsen, men det er vanskelig å trekke bastante konklusjoner basert kun

*på disse funnene. Generelt er det en utfordring å dokumentere kvalitetsforskjeller mellom ulike eierformer innen helse- og sosialtjenester i Norge. Forskningen som foreligger, har i vært fall ikke klart å påvise systematiske forskjeller i kvalitetsaspekter mellom ideelle og kommersielle. Dette kan ha sammenheng med at slike kvaliteter ofte er vanskelige å dokumentere og dermed også å sammenligne.» [våre understrekninger]*

Gjennomgangen over har vist at barnehagesektoren har et stort innslag av private aktører, som er organisert på forskjellige måter, tilsvarende det man finner i andre økonomiske sektorer (konsern, aksjeselskaper, enkeltmannsforetak og stiftelser/samvirker). Sektoren har også et innslag av utenlandske aktører, hvilket tyder på at sektoren anses som kommersielt interessant også utenfor Norges grenser.

Denne organiseringen av barnehagesektoren har ikke ført til noen påfallende lønnsomhetsnivåer for de private aktørene. Hele 52 prosent av alle barnehagene hadde driftsmarginer på under fire prosent. Allikevel synes det å avtegne seg et bilde av at stordriftsfordeler og profesjonalisering gir økt lønnsomhet, hvilket favoriserer større enheter. Dette er antagelig årsaken til at også stiftelser opererer i konsernstrukturer, på samme måte som kommersielle aktører.

Videre omsettes barnehagevirksomheter i markedet, på samme måte som andre virksomheter i ethvert annet marked. Avslutningsvis er det ingen tegn på at de private aktørene leverer lavere kvalitet på sine tjenester enn kommunale eller «ideelle aktører»; snarere tvert om. Alt i alt er det ikke påvist faktiske forhold ved denne sektoren, som skulle tilsi at det forelå et tvingende behov for en nyregulering for å avbøte vektige samfunnsmessige hensyn.

På denne bakgrunn er det naturlig å se nærmere på hvilke begrensninger EØS-avtalen legger på myndighetenes mulighet til å omregulere sektoren.

Konkurransereglene retter seg i all hovedsak mot «foretak».<sup>34</sup> EØS-avtalen inneholder imidlertid flere regelsett som kan få betydning som begrensninger på norske myndigheters handlingsrom.

Reglene om etableringsfriheten i artikkel 31 EØS begrenser for eksempel statens mulighet til å diskriminere eller begrense den frie næringsutøvelsen i større grad enn det som kan anses rettferdiggjort på bakgrunn av et tvingende allment hensyn, forfulgt gjennom egnede, nødvendige og forholdsmessige tiltak. Artikkel 31 (1) EØS lyder som følger:

*«I samsvar med bestemmelsene i denne avtale skal det ikke være noen restriksjoner på etableringsadgangen for statsborgere fra en av EFs medlemsstater eller en EFTA-stat på en annen av disse staters territorium. Dette skal gjelde også adgangen til å opprette agenturer, filialer eller datterselskaper for så vidt angår borgere fra en av EFs medlemsstater eller en EFTA-stat som har etablert seg på en av disse staters territorium.*

*Etableringsadgangen skal omfatte adgang til å starte og utøve selvstendig næringsvirksomhet og til å opprette og lede foretak, særlig selskaper som definert i artikkel 34 annet ledd, på de vilkår som lovgivningen i etableringsstaten fastsetter for egne borgere, med forbehold for bestemmelsene i kapitlet om kapital.» [vår understrekning]*

Tilsvarende gjelder for reglene om fri utveksling av tjenester i artikkel 36 EØS. Denne bestemmelsen lyder som følger:

<sup>34</sup> Dette gjelder også offentlige foretak. I tillegg kommer at konkurransereglene, lest i kombinasjon med lojalitetsplikten i artikkel 3 EØS, til en viss grad begrenser statens mulighet til etablere konkurransevridende regler.

*«Innen rammen av bestemmelsene i denne avtale skal det ikke være noen restriksjoner på adgangen til å yte tjenester innen avtalepartenes territorium for statsborgere i en av EFs medlemsstater eller en EFTA-stat som har etablert seg i en annen av EFs medlemsstater eller EFTA-stat enn tjenesteytelsens mottager.» [vår understrekning]*

Statsstøttereglene forhindrer staten fra å vri konkurransen mellom kommersielle aktører på et marked, gjennom selektivt å tildele statsstøtte til enkelte foretak. Anskaffelsesregelverket angir konkurranseprosedyrer for utvelgelse av leverandører, som må følges for at kontraktstildelingen skal være gyldig.

Felles for anvendelsen av disse reglene, er imidlertid at aktørene som påberoper seg deres beskyttelse, må anses for å drive i hvert fall en form for økonomisk virksomhet. I statsstøtteretten er kravet om økonomisk aktivitet nedfelt i «foretaksbegrepet». I etablerings- og tjenestereguleringene er det samme kommet til uttrykk gjennom et mer uklart krav om «økonomisk aktivitet». Artikkel 37 EØS uttaler for eksempel at en «tjenester» er «tjenester som vanligvis ytes mot betaling».

I anskaffelsesretten er det avgjørende begrepet «public contracts for pecuniary interest», jf. artikkel 2 (1) (5) direktiv 2014/24/EU. Første spørsmål er således om EØS-regelverket i det hele tatt kommer til anvendelse på reguleringer av barnehagesektoren. For at bestemmelsene skal komme til anvendelse, er det også et krav om at barnehagevirksomheten har et såkalt grensekryssende element. Det vil for eksempel si at næringen tiltrekker seg investeringer og aktører fra andre EØS-land. Under henvisning til den faktiske gjennomgangen over, der det blant annet ble påvist utenlandske eiere i norske barnehagekonsern, anses dette vilkåret for oppfylt.<sup>35</sup>

Innledningsvis skal det understrekes at norske myndigheter har inntatt den posisjonen, at ingen deler av EØS-avtalen kommer til anvendelse på barnehagesektoren. Dette fremkommer av NOU 2020:13 «Private aktører i velferdssektoren» punkt 6.5.2.6:

*«Kunnskapsdepartementet har lagt til grunn at barnehagetilbudet, slik det er organisert i Norge, ikke skal anses som økonomisk aktivitet i EØS-avtalens forstand, verken for kommunale eller private barnehager. Grunnlaget for dette er at EFTA-domstolen i sak E-5/07, Private barnehagers landsforbund, avklarte at kommunale barnehager ikke skal anses som foretak fordi de ikke driver økonomisk aktivitet. Videre skrev ESA i brev av 3. februar 2015 til daværende Kommunal- og moderniseringsdepartementet, at EFTA-domstolens vurderinger i den nevnte saken også ser ut til å gjelde også for private barnehager. ESA uttalte for øvrig videre at dersom privat barnehagedrift likevel skulle blitt ansett som økonomisk aktivitet, så finansieringen ut til å kunne være dekket av de såkalte Altmærk-kriteriene, og således ikke utgjorde offentlig støtte. Siden foreldrebetalingen i barnehager bare dekker en liten del av kostnadene ved virksomheten, og kun er et bidrag til et system som i all hovedsak er finansiert av offentlige midler, har Kunnskapsdepartementet også lagt til grunn at barnehagevirksomhet i Norge ikke er omfattet av tjenestebegrepet.» [vår understrekning]*

Storberget-utvalget har inntatt samme posisjon, om enn slik at det kan se ut som om utvalget mener statsstøttereglene kommer til anvendelse på overdragelser av eiendom knyttet til barnehagedrift, enten fra det offentlige til en privat barnehage eller fra en privat barnehage til en annen aktør. Utvalgets begrunnelse er på dette punktet uklar og vanskelig å forene med anførselen om at EØS-avtalen ikke regulerer barnehagesektoren.

<sup>35</sup> For øvrig er det etter vår oppfatning ingen andre vilkår det kan stilles spørsmålstegn ved om er oppfylt. Barnehagevirksomheten innebærer for eksempel ikke utøvelsen av offentlig myndighet.

I henhold til norske myndigheter, vil EØS-avtalen således ikke utgjøre noen begrensning på reguleringen av barnehagesektoren. Samtidig fremgår det av NOU 2020:13 «Private aktører i velferdssektoren» punkt 6.5.2.2 side 121 at utvalget ikke er like sikker på denne konklusjonen som departementet:

*«Et forhold som kompliserer vurderingen er videre at det er uklart om økonomisk aktivitet skal vurderes likt på alle rettsområder. EU-domstolen har ikke gitt et tydelig svar på dette og det fremstår som om domstolen i nyere praksis i noen grad unngår å sette ned foten. I generaladvokatens forslag til avgjørelser spriker også synet på problemstillingen. Det samme gjelder innenfor doktrinen. Utvalget konstaterer på denne bakgrunn at rettslig usikkerhet er en utfordring. Utvalget noterer videre at dette ikke kun gjelder for forvaltningen i Norge ved organiseringen av velferdstjenester, men også for andre land, blant annet våre nordiske naboland.*

*Det er nokså sikker juss at flertallet av de helse- og sosialtjenester som utvalget har fokusert på i denne utredningen er å anse som ikke-økonomiske under statsstøtteren rettspraksis. Området for fri bevegelse av tjenester og etableringsretten er, med unntak av grunnleggende utdanningstjenester, imidlertid preget av betydelig mer rettslig usikkerhet. Når det gjelder anskaffelsesrettens område er spørsmålet som helhet rettslig uavklart.»*

Utvalget legger følgelig til grunn, at deler av EØS-regelverket kan komme til anvendelse, mens andre deler ikke gjør det.

Som et utgangspunkt skal det understrekes at det ikke foreligger noen rettsavgjørelser som direkte avklarer hvorvidt private barnehager – slik de er regulert i norsk rett – faller inn under EØS-regelverket. Den nærmeste avgjørelsen som foreligger, er EFTA-domstolens dom fra 2008 vedrørende de kommunale barnehagene og forholdet til «foretaksbegrepet». EFTAs Overvåkningsorgan har riktignok i et etterfølgende brev antatt at også de private barnehagene falt utenfor foretaksbegrepet, men dette brevet har liten rettskildemessig verdi og er uansett nå over 13 år gammelt. I brevet foretar ESA også - om enn subsidiært - en vurdering av om «Altmark-kriteriene» kommer til anvendelse på den private barnehagesektoren. Anvendelsen av «Altmark-kriteriene» forutsetter at statsstøtteregele er anvendelige på den private barnehagesektoren.

I de 13 årene som er gått siden EFTA-domstolens avgjørelse, har den norske barnehagesektoren endret seg vesentlig, med større innslag av utenlandsk eierskap, konserndannelse og kommersiell profesjonalitet. Det er således ikke gitt at EFTA-domstolen i dag ville ment at de private barnehagene ikke utgjør «foretak». Det kan for øvrig vises til at Konkurransetilsynet konsekvent har anvendt fusjonskontrollreglene i konkurranseloven kapittel 4, på aktører i barnehagemarkedet og derigjennom klassifisert dem som «foretak». Konkurransetilsynet legger således til grunn at private barnehager utgjør «foretak», hvilket normalt ville bringe både konkurransereglene og EØS-avtalen til anvendelse. En motsatt konklusjon ville hatt den konsekvens, at forbudet mot markedsdeling, prissamarbeid, anbudssamarbeid, utilbørlig utnyttelse av markedsdominans og fusjonskontrollen var uanvendelige på private barnehager. Dette ville reist en lang rekke ytterligere problemer for reguleringen av sektoren. En oversikt over Konkurransetilsynets fusjonskontroll-praksis i barnehagesektoren er inntatt under.

Dato	Tittel
09.05.2018	Altor Fund Manager AB – Gnist Barnehager AS – Grønmyr Bygg AS
25.05.2016	Læringsverkstedet AS – Idrettsbarnehage AS/Idrettsbarnehage Eiendom AS
24.05.2016	Læringsverkstedet AS – Grenland Barnehagedrift AS
16.03.2015	KIDPROP AS – KIDSAAS
03.04.2014	Startfase 651 AS – Espira Gruppen AS
12.09.2013	Akasia – Paradis Barnehage AS / Sædalen Barnehage AS
17.12.2012	Læringsverkstedet AS – Veksthuset Barnehage AS
01.04.2012	Læringsverkstedet AS – barnehagene Eidet / Prestehøia / Fidje / Sorlandsparken / Tveit / Skomagergada / Kuholmen / Furukollen / Liantjønn / Bråvannsåsen / Gonveien / Flekkerøya/Søgne
01.10.2010	Barnehagene Regnbuen AS – Stiftelsen Vappusbarnehagene
18.11.2008	ACEA Holding AS – Vifo Barnehagene AS
14.01.2008	Startup 277 07 AS – Barnebygg AS / Barnebygg Drift AS / Barnebygg Utemiljø AS

Av nyere rettspraksis på tilgrensende områder, kan det vises til den svenske Högsta förvaltningsdomstolens dom av 11. mars 2020 vedrørende anskaffelsesreglens anvendelse på en kontrakt tildelt i strid med anskaffelsesdirektivene fra Alingsås kommun til Stiftelsen Bräcke diakoni. Kommunen gjorde forgjeves gjeldende at anskaffelsesreglene ikke kom til anvendelse fordi Stiftelsen leverte en tjeneste av ikke-økonomisk karakter, ikke utgjorde et «foretak» og for øvrig ikke opptrådte med avkastning for øyet. Domstolen slo fast at kommunen mot betaling hadde skaffet seg en tjeneste av verdi fra Stiftelsen, og at det i Sverige fantes et marked for å levere slike tjenester til det offentlige.<sup>36</sup>

En dom med motsatt konklusjon, finnes i EFTA-domstolens avgjørelse i sak E-13/19 vedrørende en kontrakt inngått mellom det islandske undervisningsdepartementet og enkelte privatskoler på grunnskolenivå, i henhold til hvilke privatskoler mot betaling fra den islandske stat leverte undervisningstjenester til privatpersoner. I denne saken kom EFTA-domstolen til at det ikke forelå en økonomisk leveranse i anskaffelsesreglens forstand. Det kan utfra denne avgjørelsen og tilsvarende avgjørelser vedrørende utdanningssektoren, legges til grunn at det offentliges organisering og innkjøp av utdanningstjenester for å oppfylle sine utdanningsforpliktelser overfor landets borgere, neppe vil bli ansett for å utgjøre økonomisk aktivitet. Det vil kunne anføres, at i Norge inngår barnehagene i organiseringen av utdanning på barnenivåene og dermed skal unntas på den bakgrunn.

Utviklingen i barnehagesektoren, med innslag av både utenlandsk og privat eierskap, tilsier at sektoren faller under EØS-avtalens regelverk. Konkurransetilsynets konsekvente anvendelse av konkurranseloven på private barnehager, tilsier det samme. Anførselen om at statsstøtteregele kommer til anvendelse på overføring av eiendom, enten til private barnehager eller fra private barnehager til tredjeparter, som er fremsatt av Storberget-utvalget er vanskelig å forene med den samtidige anførselen om at EØS-avtalen ikke kommer til anvendelse. Storberget-utvalget har ikke foretatt noen selvstendig vurdering av dette spørsmålet, og usikkerheten på dette området er en grunnleggende svakhet ved utredningens forslag.

<sup>36</sup> Vi har også lagt vekt på følgende saker relatert til helsesektoren: EU-domstolens sak C-70/95, Sodemare, sak C-475/99, Ambulanz Glöckner, sak C113/13, Spezzino, sak C-50/14, CASTA, sak C-50/14, CASTA, og sak C-465/17, Falck

Dersom EØS-avtalen kommer til anvendelse, slik sterke grunner taler for, blir spørsmålet om Storberget-utvalgets forslag utgjør restriksjoner på etableringsfriheten og, dernest, om en eventuell restriksjon kan rettferdiggjøres.

I henhold til fast praksis, foreligger det en restriksjon på etableringsfriheten, dersom et tiltak:

*“which, even though it is applicable without discrimination on grounds of nationality, is liable to hinder or render less attractive the exercise by Community nationals of the freedom of establishment that is guaranteed by the Treaty (see, inter alia, Case C-299/02 Commission v Netherlands [2004] ECR I-9761, paragraph 15, and Case C-140/03 Commission v Greece [2005] ECR I-3177, paragraph 27).”<sup>37</sup>*

Denne saken gjaldt et krav etter østerriksk rett om at opprettelsen av nye tannlegekontor krevde forutgående offentlig godkjennelse, og at slik godkjennelse avhang av hvilket behov det var for nye tannlegekontorer i den relevante regionen. Storkammeret fant at både kravet om forhåndsgodkjennelsen og vilkåret om det måtte foreligge et «behov» klart nok utgjorde restriksjoner, fordi nyetablering ble hindret eller vanskeliggjort. Det skal følgelig i henhold til rettspraksis svært lite til, før det foreligger en restriksjon på etableringsfriheten.

En fremtidig omregulering av barnehagesektoren vil kunne innebære en restriksjon på den frie etableringsretten. For eksempel anser vi det som sannsynlig at følgende reguleringer vil kunne anses som restriksjoner:

- En begrensning på adgangen til å ta ut profitt fra private barnehager
- En regulering av kjøp og salg av barnehager, herunder å innføre meldeplikt for private barnehager ved salg, samt forkjøpsrett for kommunen.
- En regulering som innebærer forskjellsbehandling mellom ideelle og ikke-ideelle barnehageleverandører.
- Krav til organisering i eget rettssubjekt

Selv om en fremtidig regulering av barnehagesektoren i Norge blir ansett som å utgjøre en restriksjon, kan den imidlertid rettferdiggjøres. Det følger av sak C-169/07 *Hartlauer*, gjengitt over, avsnitt 44, at en rettferdiggjøring forutsetter at følgende vilkår er oppfylt:

*“On this point, it must be recalled that a restriction of freedom of establishment, applicable without discrimination on grounds of nationality, may be justified by overriding reasons in the general interest, provided that it is appropriate for ensuring attainment of the objective pursued and does not go beyond what is necessary for attaining that objective (Commission v Greece, paragraph 34 and the case-law cited).” [vår understrekning]*

Hvorvidt en restriksjon kan rettferdiggjøres beror etter dette på om den forfølger et tvingende allment formål, om restriksjonen er egnet til å oppnå formålet og at restriksjonen ikke går lenger enn det som er strengt nødvendig for å oppnå det ønskede resultatet. Vurderingen er utpreget konkret og intensiteten i prøvelsen vil kunne avhenge av konkrete omstendigheter. Det er følgelig ikke mulig å konkludere på om en restriksjon kan rettferdiggjøres, før den foreligger og før man kan se den eksakte formuleringen.

---

<sup>37</sup> EU-domstolens storkammeravgjørelse i sak C-169/07 *Hartlauer*



Det kan imidlertid allerede nå påpekes at Storberget-utvalget ikke har funnet så grunnleggende svakheter ved dagens barnehagesektor, at omfattende omreguleringer synes nødvendig eller forholdsmessig.

For eksempel har hverken Storberget-utvalget eller forutgående utredninger kunnet konstatere at det tas ut uforholdsmessig stor avkastning fra sektoren. Et ønske om bedre kontroll med regnskapene til private barnehager, må følgelig velge et virkemiddel som er forholdsmessig og egnet, og ikke går lenger enn nødvendig for å sikre det offentlige en tilstrekkelig grad av innsyn. Et generelt forbud mot å ta profitt eller omsette allerede ervervede barnehager, synes vanskelig å begrunne i et anerkjent tvingende allment hensyn ettersom det kan se ut til først og fremst å være tuftet på et verdipolitisk veivalg. En forskjellsbehandling mellom ideelle og kommersielle barnehager, synes også vanskelig å begrunne EØS-rettslig, særlig ettersom undersøkelsene gjengitt i denne utredningen viser at aktørene opererer tilnærmet likt i markedet. En ytterligere svakhet ved Storberget-utvalget, er også at det foreslås nok en definisjon av «ideell virksomhet», som adskiller seg fra den som allerede finnes i anskaffelsesregelverket.

Når det gjelder fordelene knyttet til å prioritere ideell virksomhet, har utvalgets flertall i NOU 2020:13 punkt 27.7 «Ideelle aktører» kommet følgende resultatet:

*«Flertallet i utvalget viser til at det ikke foreligger tilstrekkelig kunnskapsgrunnlag som sier noe sikkert om effekten av å favorisere ideelle i konkurranser om velferdstjenester. Flertallet tilråder derfor i utgangspunktet ikke økt bruk av adgangen til å reservere konkurranser om anskaffelser for ideelle.»*

Storberget-utvalget har ikke pekt på hensyn som motbeviser denne vurderingen, og det er således vanskelig å se hva som eventuelt skulle kunne rettferdiggjøre en slik prioritering under EØS-retten.

Oppsummeringsvis, er det vår oppfatning at EØS-avtalen kan legge omfattende begrensninger på muligheten til å gjennomføre Storberget-utvalgets forslag til nyregulering. Det er usikkerhet knyttet til om EØS-regelverket kommer til anvendelse på barnehagesektoren, slik den er i dag, og denne usikkerheten vil måtte finne sin avklaring før utvalgets forslag eventuelt settes i verk. Dersom private barnehager ikke anses underlagt EØS-avtalen eller utgjøre «foretak», slik det anføres i Storberget-utredningen, vil det ha følgekonskvenser for anvendelsen av konkurransereglene på sektoren og en omlegging av Konkurransetilsynets praksis. Dette vil i seg selv medføre betydelige negative konsekvenser for sektoren.

### **7.5.2 Kan staten ta bort dagens lovfestede rett til tilskudd av en viss størrelse?**

Storberget-utvalgets flertall skriver under punkt 6.5.3 på side 101:

*«Utvalgets flertall mener det er en ulempe ved dagens finansieringssystem at det ikke er noen mekanismer for å sikre fortsatt mangfold gjennom ulike eierformer i sektoren. Kommunene har for eksempel ingen mulighet til å omprioritere, gjennom å avvikle tilskudd til en godkjent privat barnehage, for å gi tilskuddet til en ny privat barnehage. Det har også vært et politisk ønske, både nasjonalt og lokalt, å gi kommunene mulighet til å skille mellom ideelle og kommersielle private barnehager. Dagens system gir ikke anledning til det.»*

Det kan også vises til flertallets uttalelser på sidene 152 og 153 under den foreslåtte alternative finansieringsmodellen «Lokal samhandlingsmodell». Her vises det til en modell der den enkelte kommune har mulighet til å velge finansieringsform for de private barnehagene i kommunen. Det vises til at en finansieringsmodell som gir den enkelte kommune større ansvar for å utforme sitt barnehagetilbud, basert på rettslig sett velbegrunnede objektive kriterier, vil ivareta lokale behov og preferanser. Det heter videre at ansvaret for den enkelte kommune til å velge innretning på sitt barnehagetilbud gir god symmetri i forhold til andre sektorer hvor kommunene har en lovpålagt plikt til å finansiere tjenester til sine innbyggere. Kommunene er lovpålagt å levere en rekke tjenester innenfor helse- og omsorgssektoren og sosiale tjenester. Dette er også tjenester hvor brukeren er gitt individuelle rettigheter, tilsvarende som i

barnehageloven. Disse tjenestene finansieres over kommunenes frie inntekter. Frie inntekter består av rammetilskudd fra staten og skatteinntekter, og er midler kommuner fritt kan disponere uten andre føringer fra staten enn gjeldende lover og regler. Så skriver utvalgets flertall:

*«Flertallet ønsker å avvikle deler av dagens nasjonale finansieringssystem hvor private aktører har en lovfestet rett på tilskudd av en viss størrelse.»*

Som gjennomgått under punkt 5 ovenfor har private barnehager opparbeidet betydelig beskyttelsesverdige rettslige posisjoner. Det er nødvendig å ha det som et viktig bakteppe når det skal vurderes om en slik omlegging vil støte mot noen av de skranker som er skissert under punkt 7.5.1 ovenfor.

Siden Storberget-utvalgets forslag er så generelt og lite konkret utformet, vil det først være mulig å gjøre mer konkrete analyser av lovligheten når det foreligger konkrete forslag på nasjonalt nivå hjemlet i lov og lokale regler forankret i forskrift og eventuelt lokale vedtak rettet mot barnehager.

Barnehagesektoren er bygget opp på en helt annen måte enn andre sektorer som yter velferdstjenester. Det er videre et faktum at dagens system er bygget på at private og kommunale barnehager i en kommune skal behandles likeverdig. I det ligger det både en viktig beskyttelse av private barnehagers rettssikkerhet og tilskuddsnivå.

Det er videre et faktum at det det er behov for både dagens private og kommunale barnehager for å oppfylle lovkravet om rett til barnehageplass. De private barnehager er omfattet av de samme pedagogiske krav som de kommunale og undersøkelser viser at de driver minst like godt som de kommunale. Det betyr at dersom et kommunalt nytt regelverk fører til at en privat barnehage på grunn av omlegging av finansieringssystemet ikke får tilskudd helt eller delvis, så vil barnehagen i realiteten måtte nedlegges eller tas over av andre.

Dersom lovgiver skulle innføre et system som i sin konsekvens ville føre til at etablerte barnehager mistet dagens lovfestede rett til tilskudd av en viss størrelse, helt eller delvis, vil det både kunne være et brudd på tilbakevirkningsforbudet i Grunnloven § 97 og i EMK. Det vil også kunne utløse erstatning etter Grunnloven § 105 dersom en barnehage helt ut mistet retten til tilskudd eller fikk redusert tilskuddet på en slik måte at det ikke lenger kunne fortsette driften. Det vil også kunne innebære restriksjoner på den frie etableringsretten og dermed være i strid med EØS-retten.

Det er åpenbart at den generelle skissen til modell reiser omfattende problemstillinger, som så langt ikke er behandlet og som kan få stor betydning for en eventuell omlegging til en lokal samhandlingsmodell. Det må også tas i betraktning at omlegging til et nytt system vil kunne utløse mange rettslige konflikter i årene som kommer, og at de antakelig i stor grad vil komme til å utspille seg i kommuner avhengig av utforming av de lokale forskriftene.

Vi vil nedenfor under punktene 7.5.3 – 7.5.9 analysere flere av de forslag utvalgets flertall skisserer innenfor den såkalte «Lokal samhandlingsmodell».

### **7.5.3 Vilkår om at private barnehager ikke kan ta utbytte om de fortsatt vil ha rett til offentlig finansieringstilskudd**

#### **7.5.3.1 Storberget-utvalgets flertallsforslag**

Storberget-utvalgets flertall skriver på side 108:

*«Flertallet mener det er en ulempe at muligheten for å kanalisere penger ut av barnehagedriften er altfor stor og sikrer ikke at pengene kommer barna til gode. Så lenge barnehagen har brukt*

*tilskuddene og foreldrebetalingen i tråd med kravene i lovverket, forutsetter barnehageloven at dette har kommet barna i barnehagen til gode. Barnehagen kan dermed disponere et eventuelt overskudd fritt. Det betyr at barnehagen for eksempel kan dele ut utbytte og/eller yte konsernbidrag.»*

På side 159 forslår utvalgets flertall at kommunene skal kunne stille vilkår om at barnehagene for å få finansieringstilskudd i fremtiden enten skal være drevet kommunalt eller av private ideelle. På side 160 er det utarbeidet et forslag til ny tekst i dagens barnehagelov som gir kommunen rett til å stille vilkår om at barnehagen skal være registrert som ideell for å få tilskudd. Som det fremgår av forslaget forutsetter det at barnehagen skal ha vedtektsfestet at det ikke kan tas utbytte og at det gjelder for alle ledd i barnehagedriften. Vi vil under punkt 7.5.4 nedenfor behandle forslaget om at kommunene skal kunne sette krav om at kommersielle barnehager må omdannes til ideelle barnehager for å få tilskudd under den foreslåtte nye finansieringsordningen. I første omgang behandler vi her hovedspørsmålet om lovgiver kan endre det offentlige finansieringstilskuddssystemet slik at retten til fortsatt finansiering bortfaller om de private barnehageeierne fortsatt har adgang til å ta utbytte.

### **7.5.3.2 Et forbud mot utbytte vil være ulovlig**

Dersom et stortingsflertall skulle ønske å innføre et absolutt forbud mot utbytte vil det høyst sannsynlig være i strid med både Grunnloven og EMK.

Når et slikt forslag skal vurderes, vil det være relevant å ta hensyn til forhistorien med fremveksten av private barnehager i barnehagesektoren. I den sammenheng står barnehageforliket i 2002 sentralt.<sup>38</sup> I forliket mellom Arbeiderpartiet, Fremskrittspartiet, Sosialistisk Venstreparti og Senterpartiet ble det lagt opp til en stor mobilisering også av private aktører for å etablere private barnehager som skulle sikre et tilbud om full barnehagedekning. Privat kapital ble altså oppfordret til å investere i barnehagesektoren, og det på kommersiell basis. Det er viktig å ha med seg at den kompetanse og goodwill som er bygget opp på invitasjon og oppfordring fra myndighetene over mange år ikke uten videre kan omstilles, om rammevilkårene overfor private barnehager blir endret på en radikal og ikke kommersiell økonomisk bærekraftig måte. Det ble i forbindelse med barnehageforliket og senere oppfølging fastsatt og bekreftet et prinsipp om at private og offentlige barnehager skulle behandles likeverdig.

Private barnehagers mulighet til å ta utbytte har vært tema i årenes løp. I forbindelse med at Stortinget behandlet endringer i finansieringsordningen i 2009 uttalte flertallet i Stortingets familie- og kulturkomite følgende<sup>39</sup>:

*«Komiteens flertall, medlemmene fra Arbeiderpartiet, Kristelig Folkeparti, Sosialistisk Venstreparti og Senterpartiet, har merket seg PBLs uttalelse om at det er viktig å ha klare og tydelige regler om uttak av utbytte fra barnehagene. Flertallet har merket seg at en del private barnehager går med underskudd, og det er få som driver med overskudd. Det er viktig at barnehagene får en økonomi som sikrer god og stabil drift. Det er viktig at offentlige midler går til driften av barnehagene. Flertallet mener en bør vurdere om det trengs tiltak som begrenser urimelig utbytte eller godtgjørelse. Med urimelig utbytte eller godtgjørelse menes at normal kompensasjon for arbeid og kapitalinnsats i barnehagen overstiges.»*

Det er et faktum at siden 2002 har svært mange private aktører investert i utbygging av private barnehager. Frem til 2010 var det fri etableringsrett. Fra 2010, da barnehagesektoren ble rammefinansiert, er det opp til hver enkelt kommune å godkjenne nye aktører.

<sup>38</sup> Se for eksempel Bugge: *Grunnloven § 97: En oversikt over teori og nyere rettspraksis*, Jussens venner 1999 s. 65 flg.

<sup>39</sup> Inn. O. nr. 103 (2008-2009), side 18

De private barnehagene henter ca. 85 prosent av sine inntekter fra offentlige tilskudd og ca. 15 prosent fra foreldrebetalning. Det er satt en maksimalpris på hva barnehagen kan ta i foreldrebetalning. Private barnehager har derfor ikke mulighet til å operere f.eks. helt ut privat utenfor det lovregulerte systemet. Private barnehager hadde i 2019 driftsinntekter på 26,6 milliarder kroner. Av dette utgjorde offentlige tilskudd 22,1 milliarder kroner. Øvrige inntekter kommer gjennom foreldrebetalning. Hvert år går et stort antall private barnehager i underskudd<sup>40</sup> (basert på tall fra BASIL). Andelen som driver i minus, er i økning. Tall fra Statistisk Sentralbyrå viser at 961 private barnehager gikk med underskudd i 2019. I 2015 var tallet 910 barnehager.

Enkelte har vist til at det er innført et forbud mot at friskoler kan gi utbytte eller konsernbidrag. Dette omtales slik i Prop. 96 L (2019-2020) på side 83 i forbindelse med at det ble lagt frem forslag om at barnehagelovens § 14 a ble ny § 23: «*Departementet vil vise til at den historiske bakgrunnen til henholdsvis barnehage- og friskolesektoren er svært ulik. Friskoler er et supplement til det offentlige skoletilbudet, og har vært underlagt et forbud mot utdelinger siden friskoleloven ble innført i 1970. Private barnehager utgjør til forskjell om lag 50 prosent av sektoren, og er en helt nødvendig aktør for at kommuner kan oppfylle retten til barnehageplass.*» Det vises også til punkt 6 ovenfor. Dette viser at utbytteforbudet for friskolene ikke kan benyttes som et argument for å innføre et utbytteforbud for private barnehager. Private barnehager har berettigede forventninger om at når de investerte i barnehagesektoren som private aktører må de ha rett til å oppnå en normal økonomisk avkastning av sine investeringer på linje med det som er vanlig for private virksomheter.

Det er i dag rundt 3.000 private barnehager fordelt blant 271 kommuner i Norge. Av de private barnehagene er det 2.493 ordinære barnehager, 453 familiebarnehager og 93 barnehager med blandet driftsform.

Flertallet av disse er kommersielle barnehager og som er organisert som aksjeselskaper.

Aksjelovens § 1-1, tredje ledd nr. 2 bestemmer at aksjeloven ikke gjelder for selskaper uten økonomisk formål, med mindre det er betegnet som aksjeselskap i stiftelsesgrunnlaget. I aksjelovens § 2-2, annet ledd er det fastslått at dersom selskapet ved sin virksomhet ikke skal ha økonomisk utbytte, skal vedtektene inneholde bestemmelser om anvendelse av overskudd og av formuen ved oppløsning. Dersom eierne av et ordinært aksjeselskap på et senere tidspunkt skulle ønske å endre vedtektene slik at selskapets formål ikke skulle være å skaffe deltagerne økonomisk vinning, vil det kreve enstemmighet blant samtlige aksjeeiere, se aksjelovens § 5-20 første ledd nr. 5.

Vi vil nedenfor, i forhold til Grunnloven § 97, behandle henholdsvis et forslag om absolutt forbud mot utbytte og et forslag om forbud mot utbytte for kapital opptjent etter vedtakstidspunktet, men med rett til uttak av innskutt og opparbeidet kapital.

#### 7.5.3.2.1 Absolutt forbud mot utbytte

Dersom et flertall på Stortinget skulle vedta et absolutt lovforbud mot at eierne kunne ta utbytte, vil det i realiteten innebære at Stortinget vedtok at selskapet ikke lenger skal ha som formål å skaffe aksjeeierne økonomisk utbytte og at avkastning som er opparbeidet i realiteten blir konfiskert i den grad at den ikke kan disponeres av eierne. Det ville i så fall føre til at Stortinget vedtok at aksjeselskaper, enkeltpersonforetak eller samvirkeforetak som drev kommersiell virksomhet innen en sektor skal fratras retten til å tjene penger på sin virksomhet og ikke kunne disponere over det overskudd som er opparbeidet. Et slikt lovforbud ville dermed stå i direkte motstrid med grunnleggende krav i aksjeloven

<sup>40</sup> Basert på tall fra BASIL (Barnehage Statistikk Innrapporteringsløsning)

for virksomheter som er organisert på den måten. I virkeligheten ville et slikt lovforbud omgjøre de kommersielle barnehagene til ideelle virksomheter som ikke har økonomiske utbytte som formål.

Slik vi ser det ville et slikt absolutt forbud mot utbytte bli rammet av Grunnloven § 97.

Det vil her være en kombinasjon av egentlig tilbakevirkning (for utbyttegrunnlaget som allerede er opparbeidet) og uegentlig tilbakevirkning (for hvordan barnehagene for fremtiden skal ha rett til å utøve sin allerede etablerte posisjon).

Et forbud mot at aksjeeierne kan ta utbytte vil være til ugunst for disse.

Et absolutt forbud mot utbytte vil også knytte tyngende rettsvirkninger til tidligere hendelser, som innskutt egenkapital og opparbeidet overskudd og utbyttekapasitet før vedtaket om utbytteforbud fattes. Dette vil som hovedregel være grunnlovsstridig og vi legger på bakgrunn av Høyesteretts praksis til grunn at et forslag som vil være så omfattende og inngripende, vil være grunnlovsstridig. Det betyr at et forslag om absolutt utbytteforbud vil være strid med både Grunnloven § 97 og EMK protokoll a artikkel 1.

Et slikt forslag vil også stride mot Grunnloven § 105.

Dersom det innføres et absolutt forbud mot i fremtiden å ta utbytte fra et selskap som driver barnehagevirksomhet vil det i realiteten innebære at Staten tar alle de økonomiske beføyelser fra eierne av barnehagene. Det vil i realiteten innebære at eierne vil tvinges til å avstå sin eiendom til det offentlige. Dersom barnehagene ikke lenger skal ha mulighet til å skaffe økonomisk utbytte til sine eiere, vil aksjene ikke lenger ha noen verdi. Et slikt utbytteforbud vil derfor utløse krav om full erstatning fra Staten etter Grunnlovens § 105. Konsekvensen av et slikt utbytteforbud vil i realiteten bli at eiendomsrådigheten til barnehagene overføres til Staten, kommunene eller ideelle organisasjoner.

#### *7.5.3.2.2 Forbud mot utbytte for kapital opptjent etter vedtakstidspunktet, men med rett til uttak av innskutt og opparbeidet kapital*

Vi tror at lovgiver selv ganske raskt vil legge til grunn at et absolutt utbytteforbud vil være i strid med Grunnloven. Derfor vil nok de som ønsker å innføre et forbud mot utbytte lete etter modeller som de vil håpe at vil stå seg i forhold til den grunnlovsbeskyttelse som private eiere av barnehager vil kunne ha.

En mulig mellomløsning vil kunne være at lovgiver vil foreslå eller vedta et forslag som går ut på at det innføres et forbud mot utbytte, men slik at det gjøres unntak for utdeling av utbytte knyttet til innskutt kapital og allerede opparbeidet egenkapital.

Et slikt lovvedtak vil dermed ikke gis tilbakevirkende kraft på kapital som den private eieren har skutt inn eller som allerede er opparbeidet, og dermed ikke representere en «egentlig tilbakevirkning». Spørsmålet er om et slikt forbud likevel vil være i strid med Grunnlovens § 97.

Et forbud mot at aksjeeierne kan ta utbytte vil være til ugunst for disse.

Her vil tilbakevirkningselementet være særdeles sterkt. Vi står overfor en situasjon som må kunne karakteriseres som klart urimelig og urettferdig.

Private eiere har investert kapital, kompetanse og tid for å opparbeide en barnehagevirksomhet som skal gi et økonomisk utbytte og avkastning på investeringene. Gjennom et lovforbud blir de for fremtiden fratatt muligheten til å oppnå økonomisk avkastning og investeringene blir mer eller mindre bortkastede og økonomisk verdiløse.

De private aktørenes investeringer i barnehagesektoren har skjedd helt i tråd med myndighetenes ønsker og oppfordring. I den sammenheng vises det til at Stortinget nettopp har oppmuntret private til å etablere seg i barnehagesektoren for å sikre full barnehagedekning. Det har hele tiden vært lagt til grunn at private som investerer i denne sektoren skal kunne ha en avkastning av sin investerte kapital. Det er videre slik at siden private barnehager står for 50 prosent av barnehagetilbudet vil det offentlige fortsatt være avhengig av disse plassene.

Det er ikke dokumentert noen tungtveiende samfunnsmessige hensyn for et slikt inngrep. Det forhold at noen politiske partier som sto bak barnehageforliket i 2002 har endret oppfatning og inntatt et mer prinsipielt ideologisk standpunkt mot private tjenestetilbydere innen et offentlig velferdstilbud, vil ikke kunne forsvare at det foreligger tungtveiende samfunnsmessige hensyn. Det kan i den sammenheng vises til at i rapport fra Agenda Kaupang på oppdrag fra PBL er det regnet ut at det offentlige i snitt sparer 2,3 milliarder kroner på at private aktører driver barnehager, sammenlignet med at kommunene skulle ha drevet alle landets barnehager selv.<sup>41</sup>

Vi kan derfor ikke se at det skulle foreligge noen sterke samfunnsmessige hensyn som innebærer at en slik tilbakevirkning kan forsvares.

I Høyesteretts plenumsdom, Rt. 2013 s. 1345 (Strukturkvote) gjennomgår førstvoterendes i avsnitt 97 hvilken terskel som vil foreligge ved uegentlig tilbakevirkning for å gripe inn mot Stortingets vedtak. Grunnlovsbeskyttelsen retter seg mot inngrep som er «særlig» eller «klart» urimelig eller urettferdig. I avsnitt 122 konkluderte førstvoterende slik:

*«Min konklusjon er etter dette at selv om Volstad, da struktureringen fant sted, objektivt sett kunne ha en sterk forventning om å få beholde strukturkvotene på lik linje med grunnkvoten, har forskriftsendringen ikke medført at selskapet økonomisk har blitt stilt i en vesentlig dårligere stilling. Dette svekker momentets vekt i helhetsvurderingen.»*

Videre konkluderte han i avsnitt 124:

*«I tillegg til at tidsmomentet kommer inn ved beregningen av inngrepets økonomiske virkning for Volstad, har det også en mer generell betydning i grunnlovsvurderingen at det dreier seg om et inngrep der hovedtyngden av virkningen først inntreer et godt stykke inn i framtiden. Jeg viser i denne forbindelse til plenumsdommen i Rt-1990-284 Selsbakk, hvor Høyesterett på side 295 blant annet uttaler:*

*«Festeavtaler er forutsatt å skulle ha meget lang varighet. Den som inngår avtaler som skal ha virkning i en fjern framtid, må være forberedt på at lovgiverens syn på hva som vil være rettferdig eller akseptabelt kan endre seg, og at utviklingen også ellers får et annet forløp enn forutsatt. Hensynet til at partene har forutberegnet sin situasjon, har derfor ikke helt den samme vekt her som i kontraktlivet ellers.»»*

Når førstvoterendes votum leses i sammenheng, kom han til at inngrepet rettighetsposisjonen ikke fremsto som «særlig» eller «klart» urimelig eller urettferdig. Vi oppfatter situasjonen helt annerledes i vår sak, og dersom et faktum som gikk ut på at private barnehager for fremtiden ble fratatt retten til økonomisk avkastning, under denne drøftelsen representert ved utbytte, hadde vært tema, er det mye som taler for at en vektlegging av de ulike momenter måtte føre til at et fremtidig utbytteforbud for eiere av private barnehager ville være i strid med Grunnloven § 97.

<sup>41</sup><https://www.pbl.no/aktuelt/tilskudd-og-barnehagedrift/tilskudd-og-okonomi/ny-rapport-viser-hvordan-private-barnehager-sparer-samfunnet-for-milliarder/>

I den sammenheng legger vi vekt på at eiere av private barnehager som ble invitert inn i barnehagesektoren objektivt sett må kunne ha en sterk forventning om at de som private aktører skal ha rett til avkastning av sine investeringer når de har oppfylt de krav som barnehageloven § 23 stiller til driften. Det er heller ikke slik at de negative virkninger inntreffer langt inn i fremtiden. Disse vil få en umiddelbart negativ effekt. Det vil heller ikke være slik at barnehager som har ansatt pedagogisk personell tilpasset barnehagedriften og investert i kompetanseoppbygging og leid lokaler tilpasset barnehagedriften, kan regne med å kunne ta vare på verdiene gjennom omstilling til annen virksomhet.

Vi oppfatter ikke at det vil foreligge sterke samfunnsmessige hensyn som likevel kan forsvare en slik tilbakevirkning. Det vises til at det står en bred politisk enighet bak å åpne for private aktører inn i barnehagesektoren, barnehagesektoren er strengt regulert og overskudd kan bare disponeres fritt når barnehagene har oppfylt strenge krav til driften som kan kontrolleres av myndighetene. Når det gjelder barnehagedrift skal denne fortsette, spørsmålet er i virkeligheten om eierskapet til omtrent halvparten av sektoren skal avvikles ved at private barnehager nektes avkastning av sin virksomhet. Samfunnet vil fortsatt ha behov for de aller fleste av barnehagene, og slik at de i så fall vil bli overtatt av eller opprettet av andre. Nye lover som vil gi slike resultater etter inngrep i rettslige posisjoner kan ikke begrunnes i sterke samfunnsmessige hensyn.

Vi mener at et slikt lovforslag på tilsvarende måte som ved et absolutt forbud mot utbytte også vil være meget problematisk i forhold til Grunnloven § 105 og kunne gi grunnlag for full erstatning.

#### 7.5.3.2.3 Modifisert utbytte – årlig utbytte som ikke skal overstige en «rimelig avkastning»

Justisdepartementets lovavdeling har i 2010 gitt en uttalelse<sup>42</sup> knyttet til spørsmålet om forbud mot utbytte utover en rimelig avkastning. Vi oppfatter at det forslaget som Lovavdelingen her behandler forholder seg til forutsetningen om at årlige uttak av verdier fra virksomheten til eier eller nærstående ikke skal overstige en "rimelig avkastning". Til dette uttaler Lovavdelingen:

*«Ved vurderingen av om den aktuelle begrensningen av aksjeselskapers adgang til å dele ut utbytte vil utgjøre en klart urimelig eller urettferdig tilbakevirkning, er det naturlig for det første å ta i betraktning inngrepets omfang. Begrenset utbytteadgang vil kunne innebære reduserte inntekter, og dermed (i hvert fall på kort sikt) redusert økonomisk verdi av aksjene. Men det skal som nevnt fortsatt kunne tas ut en "rimelig avkastning". Noe absolutt hinder mot å ta ut utbytte, er det med andre ord ikke tale om. Hvor mye som kan tas ut i utbytte, vil det i prinsippet dessuten alltid knytte seg en viss usikkerhet til. Retten til utbytte har sitt grunnlag i beslutning fra selskapsorganer. Slike beslutninger må alltid treffes innenfor rammene av det lovverket som gjelder for virksomheten. Generelt må næringsvirksomhet utøves innenfor den til enhver tid gjeldende lovgivning, jf. eksempelvis Andenæs: Statsforfatningen i Norge (2006) side 464. Videre kan det være nærliggende å trekke en viss parallell til den praksis som foreligger om innskrenkning av råddigheten over fast eiendom. Grunneiere må i stor grad være forberedt på ny lovgivning som begrenser utøvelsen av eierråddigheten uten hinder av Grl. § 97, se eksempelvis Bugge: Grunnloven § 97: En oversikt over teori og nyere rettspraksis (Jussens Venner 1999 side 65 flg). Under henvisning særlig til rettighetens art ser vi ikke at Grunnloven § 97 innebærer et vern mot denne delen av forslaget.*

*Hvis den nye regelen vedtas med virkning for utbyttevedtak som allerede er truffet (men ikke effektuert), blir tilbakevirkningselementet sterkere. Vi går ikke nærmere inn på denne spesielle situasjonen.»*

Vi oppfatter at det forslaget som Lovavdelingen her kommenterer i realiteten er en løsning i tråd med den som i dag er regulert i barnehagelovens § 23, og vi er enig i at den ikke vil representere noen utfordring i forhold til Grunnloven § 97. Dersom innholdet i «rimelig avkastning» skulle bli for begrensende, kan det

<sup>42</sup> JDLOV-2010-10593

oppstå utfordringer. Dersom et vedtak også skulle begrense retten til å ta utbytte på den del av kapitalen som allerede er opparbeidet, vil det sannsynligvis være i strid med Grunnloven, jfr. vår drøftelsene ovenfor.

#### **7.5.4 Et vilkår om omdanning til en ideell virksomhet for fortsatt finansieringstilskudd**

##### **7.5.4.1 Storberget-utvalgets flertallsforslag**

Som vist til under punkt 7.5.3 ovenfor vil flertallet i Storberget-utvalget åpne for å gi kommunen hjemmel til å stille vilkår om at barnehagen skal være registrert som ideell for å få tilskudd. Forslaget går ut på at kommunen kan bestemme at nye barnehager enten skal være drevet kommunalt eller av private ideelle. Det betyr at kommunen skal kunne utelukke kommersielle barnehager – altså private barnehager som har som formål å tjene penger og dermed gi avkastning.

Ifølge Velferdstjenesteutvalget<sup>43</sup> er om lag 80 prosent av de private barnehagene ordinære barnehager. Disse barnehagene er ulikt organisert og har ulike organisasjonsformer, de kan være eid av ideelle eller kommersielle aktører. De tre vanligste organisasjonsformene er enkeltpersonsforetak, samvirkeforetak og aksjeselskap. Det er flest barnehager som er organisert som aksjeselskap eller samvirkeforetak, da 53 prosent av de private ordinære barnehagene er organisert som aksjeselskap og 23 prosent er organisert som samvirkeforetak. Om lag 40 prosent av de private ordinære barnehagene inngår i et foretak eller i foretaksgrupper sammen med andre barnehager.<sup>28</sup>

På side 160 har flertallet i Storberget-utvalget skrevet følgende:

#### Forslag ny lovttekst i Barnehageloven

##### **§ 19. Kommunalt tilskudd til godkjente private barnehager**

**Kommunen kan gi tilskudd til godkjente private barnehager.**

***Kommunen kan stille vilkår om at barnehagen skal være registrert som ideell for å få tilskudd etter første ledd.***

***Kommunen skal behandle private barnehager som mottar tilskudd, likeverdig med kommunale barnehager. Kommunen kan stille vilkår ved tildeling av tilskudd. Departementet kan gi forskrift om hva som er likeverdig behandling.***

Videre uttaler flertallet:

*«Det er i dag ikke en enhetlig definisjon av hva som utgjør en ideell barnehage. Flertallet mener dette må defineres til hjelp for kommuner som ønsker å tilrettelegge for ideelle barnehager eller stille vilkår om at barnehagen må drives ideelt.*

*For å bli definert som en ideell barnehage må følgende vilkår være oppfylt*

<sup>43</sup> NOU 2020:13 Private aktører i velferdsstaten, Velferdstjenesteutvalgets delutredning I og II om offentlig finansierte velferdstjenester



a) *Barnehagen er godkjent som skattefri institusjon etter skattelovens § 2-32.*

- *Barnehagen skal ha vedtektsfestet at det ikke kan tas utbytte og at dette gjelder for alle ledd i barnehagedriften.*
- *Alle inntekter og eventuelt overskudd skal reinvesteres i barnehagerelaterte kostnader for å utvikle barnehagetilbudet og sikre fremtidig barnehagedrift jf. barnehagelovens § 23.»*

#### **7.5.4.2 Forslaget om å gi kommunene hjemmel til kun å gi tilskudd til barnehager som er ideelle vil være ugyldig på flere grunnlag**

Dette forslaget innebærer at kommunene skal få adgang til å tvinge dagens private barnehager til å gi opp retten til å gi utbytte som vilkår for fortsatt rett til finansieringsstøtte. Dersom de private eierne ikke oppgir utbytteretten, vil de miste retten til fremtidig tilskudd og dermed måtte avvikle. Når om lag 85 prosent av de private barnehagenes inntekter kommer fra kommunale tilskudd, og det er satt maksimalgrense for størrelsen på foreldrebetalingen, vil det ikke finnes noe alternativ til å føye seg etter en slik lovregulering, og bli såkalt ideell virksomhet, om den skal overleve økonomisk.

Dette forslaget er derfor brutalt i sitt innhold, og eierne av private barnehager vil få valget mellom kolera eller pest. Enten omgjøres den kommersielle barnehagen til en ideell virksomhet hvor eierne fratras all rett til økonomisk avkastning eller så mister barnehagen tilskuddet og eksistensgrunnlaget. Dette er uten tvil en effektiv måte å gå frem på for å frata eierne den reelle eiendomsretten til barnehagene.

Det legges opp til at f.eks. private barnehager som er organisert som aksjeselskap skal foreta vedtektsendringer slik at det settes forbud mot utbytte. Enkeltpersonforetak må antakelig omdannes til aksjeselskap og slik at det i det omdannede aksjeselskaps vedtekter blir bestemt at det ikke kan tas utbytte.

Dette forslaget innebærer i realiteten at kommersielle private barnehager og deres eiere over natten blir fratatt retten til avkastningen av sine investeringer. Slik forslaget er utformet vil det ikke bare innebære at barnehagene og deres eiere mister retten til å råde over fremtidig avkastning, men også over avkastning fra tidligere år som er tilbakeholdt i barnehagene.

De kommersielle private barnehagene vil bli nærmest verdiløse når de ikke lenger kan gi avkastning til eierne. De eneste som vil kunne være interessert i å overta disse barnehagene vil være vertskommunen og kanskje noen ideelle organisasjoner som driver barnehager fordi de ofte sitter på mye penger og etter dagens system vil kunne bruke avkastningen fritt på andre deler av den virksomhet som stiftelsen driver. Markedsverdien av disse barnehagene vil imidlertid være kraftig redusert. Mange små barnehager er startet av driftige kvinnelige gründere som har investert i denne virksomheten som sitt levebrød. Når de ikke lenger kan få avkastning av virksomheten, vil det i mange tilfeller ikke være grunnlag for fortsatt drift. Vi skal nedenfor under punkt 7.5.9 behandle utvalgets flertallsforslag til forkjøpsrettsbestemmelse for kommunene. Samlet sett blir disse forslagene meget inngripende og sannsynligvis er de både hver for seg og samlet i strid med Grunnloven.

Etter vår vurdering vil dette forslaget støte mot både tilbakevirkningsforbudet i Grunnlovens § 97 og EMK, Grunnlovens § 105 og EØS-retten. Det vises til vår gjennomgang under punkt 7.5.1 ovenfor og de hensyn som etter vår oppfatning vil lede til en slik konklusjon.

Vår gjennomgang under punkt 7.5.3 ovenfor knyttet til forbud mot utbytte vil slå ut med full tyngde også mot et slikt krav om at barnehagen nå må bli ideell for å få rett til fortsatt offentlig tilskudd.

Det er overraskende at Storberget-utvalget overhodet ikke har reist og drøftet disse problemstillingene. Det innebærer at disse forhold vil måtte kreve utredning. Etter vår oppfatning bør man raskt konkludere med at et slikt forslag ikke vil være gjennomførbart og derfor bør droppes.

### **7.5.5 Et vilkår om at kun ideelle virksomheter vil kunne få lån i Husbanken**

Frem til 1. januar 2021 hadde de private barnehagene tilgang til lån i Husbanken.<sup>44</sup> Sammen med premissene om rett til barnehageplass, maksimalpris på foreldrebetaling og likebehandling av kommunale og private barnehager, var private eieres tilgang på gunstige lån i Husbanken viktig for å møte behovet for utbygging av barnehager og sikre full barnehagedekning.

Storberget-utvalgets flertall skriver på side 150:

*«Utvalgets flertall mener tilgangen på kreditt er så vidt god for private barnehager at behovet for å låne i Husbanken ikke lenger er til stede slik det var i oppbygningsfasen. Flertallet finner ikke at det foreligger markedssvikt eller andre grunner som tilsier at man bør gjeninnføre ordningen som gir private barnehager generelt anledning til å ta opp lån i Husbanken.*

*Flertallet mener ideelle barnehager har mindre muligheter til å skaffe kapital på det ordinære markedet. Bankenes betingelser krever som regel en egenkapital på minimum 20 prosent og lånevilkårene er dårligere. Det er også slik at private investorer normalt ikke vil investere i prosjekter som ikke gir avkastning. Flertallet mener flere gode grunner taler for at private barnehager, registrert som ideelle, skal ha tilgang til lån i Husbanken til større vedlikehold- og rehabiliteringsprosjekter, og ber regjeringen vurdere dette regulert etter følgende forslag:*

#### § 6-1. Formålet med lånet

*Barnehagelån skal medvirke til å dekke behovet for gode barnehager. Barnehagelånet skal fremme kvalitet i det fysiske inne- og utemiljøet med særlig fokus på universell utforming, trygghet og funksjonalitet.*

*Med barnehage forstås tilbud som er godkjent etter barnehagelovens bestemmelser.*

#### § 6-2. Hvem som kan få barnehagelån

*Lån kan gis til barnehager som er registrert som ideelle.*

*Lån kan bare gis til lånesøkere som både skal eie og drive barnehagen. Lånesøker må være anbefalt av kommunen.*

#### § 6-3. Hva det kan gis lån til

*Lån kan gis til utbedring av barnehager som er eldre enn 15 år. Lån kan også gis uavhengig av barnehagens alder dersom låneformålet enten er å bedre et dårlig innelima eller å gi bedre tilrettelegging for funksjonshemmede.*

*Lån kan gis hvis lokalene benyttes til barnehageformål minst 20 timer i uken. Lån kan bare gis hvis kommunen har anbefalt prosjektet.*

*Lånsøker må sannsynliggjøre evne til å igangsette prosjektet. Det gis ikke lån til ferdigstilte prosjekter eller refinansiering.*

---

<sup>44</sup> Storberget-utvalget side 58

§ 6-4. Særlige bestemmelser

*Ved opphør eller endring i barnehagens virksomhet eller status som ideell barnehage, forfaller lånet til betaling.»*

Det vises til gjennomgangen under punkt 7.5.4 som behandler forslaget om at kommunene skal få hjemmel til å stille krav om at ordinære private barnehager må omdannes til ideelle virksomheter uten utbytterett for å få finansieringsstøtte. Forslaget om at det kun skal være ideelle barnehager som for fremtiden skal kunne få lån i Husbanken, vil det være naturlig at sees som en del av dette problemkomplekset.

**7.5.6 Innføring av krav om at hver barnehage skal være eget rettssubjekt vil forutsette at opparbeidet kapital og likviditet først kan disponeres fritt**

Storberget-utvalgets flertall foreslår at det skal innføres et lovmessig krav om at hver barnehage skal utgjøre et eget rettssubjekt. På side 120 heter det:

*«Etter flertallets oppfatning bør det stilles krav om eget rettssubjekt med forbud mot å drive annen virksomhet. Det vises også til at det er et krav om at friskoler må være organisert som egne rettssubjekt med forbud mot å drive annen virksomhet, jf. friskoleloven § 2-2. I merknaden til friskoleloven § 2-2 i Ot.prp. 80 (2002–2003) <sup>139</sup> står det*

*Formålet med bestemmelsen er å unngå at det skjer en form for fellesforvaltning av det offentlige tilskuddet innenfor et rettssubjekt som driver med flere typer virksomheter. Bestemmelsen skal være med på å sikre at all offentlige driftstilskudd og eiendeler fra elevene skal komme elevene til gode.*

*Flertallet mener hensynet til at det ikke skal drives fellesforvaltning av det offentlige tilskuddet har stor vekt også i barnehagesektoren. Videre viser flertallet til at EØS-reglens forbud mot offentlig støtte, som omtalt over, på selvstendig grunnlag kan innebære krav om organisering i eget rettssubjekt med forbud mot annen type virksomhet enn den støtteberettigede.»*

Utvalget vil imidlertid innføre et unntak og det heter på side 122:

*«Utvalget mener at det er gode grunner for at kravet om at barnehagen skal være et selvstendig rettssubjekt ikke bør gjelde for de minste barnehagene med lite administrative ressurser. Det kan være hensiktsmessig å sette grensen slik at den tilsvarer barnehager som er så små at de i dag ikke har revisjonsplikt etter økonomiforskriften § 3.*

*Kravet vil dermed ikke gjelde for barnehageeiere som sammen med nærstående eller selskap i samme konsern som eier, bare har ordinære barnehager med til sammen færre enn tjue barn eller bare familiebarnehager med til sammen færre enn ti barn. Kravet vil heller ikke gjelde for eiere som sammen med nærstående eller selskap i samme konsern som eier, bare har én åpen barnehage.»*

På side 123 behandles videre krav om regnskapsmessig skille:

*«Utvalget mener at ved krav om regnskapsmessig skille vil det måtte utarbeides en instruks som må hjemles i forskrift. I instruksene vil det kunne stilles detaljerte krav til regnskapsføringen og hvilke opplysninger som skal fremkomme, herunder blant annet dokumentasjon, rapportering, offentliggjøring og revisjon. Avhengig av hvilke krav som stilles vil innføring av regnskapsmessig skille for private barnehager kunne innebære*

- *Utarbeidelse av atskilte regnskaper for resultat og balanse (full eller delvis). Dette innebærer at alle transaksjonene skal kunne spores fra opprinnelse til regnskapsførsel og rapportering, og at transaksjoner mellom nærstående også innenfor samme rettssubjekt dokumenteres.*
- *Alle inntekter og kostnader skal være basert på faktiske opprinnelige regnskapsstørrelser.*
- *Likviditetsflyt reguleres, enten ved å sette forbud eller ved å regulere at dersom en barnehageenhets overskuddslikviditet benyttes i en annen barnehage/virksomhet, vil det måtte beregnes renter, slik at tilskuddet i sin helhet kommer den barnehageenheten som tilskuddet er gitt til gode.»*

På side 128 heter det:

*«Flertallet vil presisere at for å oppnå de tilsiktede fordelene må både krav om eget rettssubjekt og forbud mot annen virksomhet i samme rettssubjekt innføres. Det vil altså ikke være tilstrekkelig bare å innføre krav om eget rettssubjekt.*

*Flertallet mener at ved innføring av krav om eget rettssubjekt er det kritisk å innføre overgangsordninger som sperrer for transaksjoner som kan redusere selskapenes verdier opparbeidet gjennom barnehagevirksomheten, i forkant av de nye reglene.<sup>148</sup> På grunn av utvalgets knappe tidsfrister, har det ikke vært mulig å gå nærmere inn på utformingen av overgangsregler.»*

Det kan dermed se ut som utvalgets flertall legger opp til at gjennomføring av kravet om et eget rettssubjekt skal gjennomføres slik at det fryser dagens situasjon og låser inn den kapital som finnes i virksomhetene.

Disse forslagene vil by på en rekke praktiske og reelle utfordringer. Siden flere barnehager i dag kan drives i samme selskap vil opparbeidet kapital og likviditet som stammer fra en barnehage fritt kunne benyttes og vil ofte i praksis gå til å finansiere en annen barnehage i samme selskap. Tilsvarende vil det samme kunne være tilfelles på konsernnivå.

Ved innføring av krav til at hver barnehage skal utskilles som eget rettssubjekt vil det her kunne oppstå utfordringer ved allokering av balanseposter og likviditet. Her vil det åpenbart oppstå utfordringer både i forhold til Grunnloven og EMK. Dersom gjennomføringen av et slikt krav til selvstendige juridiske enheter skal binde opp eiers frie rådighet over allerede opparbeidet avkastning i de private barnehagene, vil det fort kunne støte mot både Grunnloven og EMK. Det vises til behandlingen under punkt 7.5.3 ovenfor om forbud mot utbytte.

Vi har ikke sett at disse sider av forslaget er utredet og det foreligger ingen forslag til hvordan skillet skal gjennomføres uten å gi resultater som kan være i strid med Grunnloven fordi de vil frata private barnehager og deres eiere disposisjonsretten over innskutt og opparbeidet kapital som etter dagens system og regler kan disponeres fritt.

#### **7.5.7 Innføring av et system som innebærer at fortsatt finansiering blir tidsbegrenset – og med kort horisont**

På side 100 skriver utvalgets flertall:

*«Flertallet mener kommunene mangler styringsverktøy for å kunne tilpasse behovet for barnehageplasser ved overkapasitet eller når det er behov for å endre barnehagestrukturen, for å sikre godt barnehagetilbud til alle barn i kommunen. Når en privat barnehage er godkjent og har fått tilsagn om tilskudd, er det ingen tidsbegrensning på hvor lenge barnehagen får beholde tilskuddet. Den private barnehagens tilskudd kan kun reduseres ved at antallet barn med behov for plass i barnehagen reduseres. Private barnehager kan ta opp barn uten rett til plass. Om lag to av tre barn under 1 år som går i barnehage har plass i private barnehager. Dette fører til ulike vilkår*

*for private og kommunale barnehager. Kommunene er i liten grad kompensert for kostnadene dette medfører. At private barnehager benytter denne muligheten sikrer de som oftest tilskudd over flere år, da terskelen for å bytte barnehage for de fleste er høy.»*

Dersom kommunene i fremtiden skulle få anledning til å innføre en tidsbegrensning på hvor lenge barnehagen skulle få beholde tilskuddet, vil det kunne representere et inngrep i de private barnehagenes etablerte rettslige posisjoner som både vil kunne være i strid med Grunnloven og EMK.

Det vises til behandlingen i punkt 7.5.2. Et system med en tidsbegrensning, og i hvert fall om tidsperioden er kort, vil i sin konsekvens medføre at etablerte barnehager mister dagens lovfestede rett til tilskudd. Det vil både kunne være et brudd på tilbakevirkningsforbudet i Grunnloven § 97 og i EMK. Det vil også kunne utløse erstatning etter Grunnloven § 105.

Plenumsdommen i Rt. 2013 s. 1345 (Strukturkvote) vil ha interesse med hensyn til en eventuell lengde på en tidsbegrensning i forhold til de krav Grunnloven kan komme til å stille.

#### **7.5.7.1 Et slikt system må sees i sammenheng med at det gjelder et lovbestemt tak på foreldrebetalingen**

Dersom det innføres en tidsbegrensning på hvor lenge barnehagen skal få beholde tilskuddet, vil konsekvensen av et slik system i realiteten bety at private barnehager som rammes av en slik tidsbegrensning må nedlegge. Dagens system er slik at det er et lovbestemt tak på hvor mye en barnehage kan ta i foreldrebetaling per plass. Dette gjelder også i en situasjon hvor det offentlige tilskuddet faller bort. Dette vil være en tilleggsdimensjon når inngrepet i de private barnehagenes etablerte rettslige posisjoner skal vurderes både i forhold til Grunnloven og EMK.

#### **7.5.8 Innføring av et anbudssystem til erstatning for dagens system vil være ulovlig**

Som en del av beskrivelsen av Lokal samhandlingsmodell under punkt 8.1.2.1 på side 157 om lokale forskrifter skriver utvalgets flertall:

*«Kommunene står i dag fritt til å benytte kontrakter og anbud i drift av barnehager, uten at dette er benyttet i stor utstrekning. Flertallet anerkjenner at verktøyet er tilgjengelig for kommuner som ønsker dette. En slik form for finansiering kan bidra til samfunnsøkonomisk effektiv ressursbruk, men kan også føre til mindre stabilitet og forutsigbarhet i sektoren. Priskonkurranse kan gå på bekostning av bemanning og personalsammensetning. Mulighetene for innovasjon og utvikling av det pedagogiske tilbudet kan også i enkelte tilfeller svekkes. Mangfoldet i sektoren kan også svekkes da det er ressurskrevende å levere tilbud.»*

Det er nok slik at kommunene i dag kan benytte anbudssystemet både for å få private til å drifte eksisterende kommunale barnehager og kommunen vil også ha mulighet til å sette på anbud nye barnehager driftet av private. Dette er imidlertid noe helt annet enn systemet for de private barnehager som har søkt om godkjenning før barnehagesektoren ble rammefinansiert i 2010, og allerede har krav på kommunalt tilskudd.

Dersom Storberget-utvalgets flertall legger opp til at kommunene skal få anledning til gjennom lokale forskrifter å erstatte dagens system med tilskuddsrett, med et nytt system hvor drift av barnehager skal settes ut på anbud, vil det være det samme som å fjerne dagens finansieringsrett med et pennestrøk.

Et slikt forslag vil være et brudd på tilbakevirkningsforbudet i Grunnloven § 97 og i EMK. Det vil også kunne utløse erstatning etter Grunnloven § 105 dersom en barnehage helt ut mistet retten til tilskudd eller fikk redusert tilskuddet på en slik måte at det ikke lenger kunne fortsette driften. Det vil også kunne representere innebære restriksjoner på den frie etableringsretten og dermed være i strid med EØS-retten.

Det vises i den sammenheng også til gjennomgangen under punkt 7.5.2 ovenfor.

### **7.5.9 En forkjøpsrett for kommunene slik Storberget-utvalget foreslår vil være ulovlig**

#### **7.5.9.1 Storberget-utvalgets forslag**

Under punkt 8.1.2.5 foreslår Storberget-utvalgets flertall en kommunal forkjøpsrett. Det heter følgende på side 164:

*«Erfaring viser at det i liten grad blir solgt barnehager til kommunene, og kommunen som ansvarlig for barnehagetilbudet sjelden blir involvert i forbindelse med et oppkjøp før dette er en realitet.*

*Med økt behov for demokratisk styring er forslaget til en forkjøpsrett forankret i å kunne sikre et mangfoldig barnehagetilbud, og ikke minst at barnehagetilbud ikke skal bli rammet av nedleggelse dersom kommunen har behov for barnehagen og plassene.*

*En kommunal forkjøpsrett til fastsatt markedspris vil sammen med forslaget om koordinert opptak, og kommunens mulighet til å stille vilkår for tilskudd, kunne motvirke opplevd konsolidering i sektoren.*

*Utvalgets flertall foreslår at det innføres en ordning med statlig sikring av finansiering for forkjøpsrett av private barnehager. Gjennom ordningen bidrar staten økonomisk til at kommuner kan kjøpe barnehager som ellers ville blitt solgt til andre aktører. Videre blir eksisterende barnehageplasser ivaretatt og sikret fortsatt drift. Ansattes arbeidsplass og arbeidsvilkår vil også bli ivaretatt.*

*I perioden fra rapporten blir fremlagt og frem til endelig vedtak bør det innarbeides et forbud mot salg av barnehageeiendommer inntil denne lovendringen om forkjøpsrett er på plass. En slik rask lovendring kan begrunnes med usikkerheten som har oppstått i kjølvannet av Velferdstjenesteutvalget rapport vedrørende salg av barnehage- eiendommer, og om slikt salg utløser en plikt for staten til å kreve tilbake ulovlig statsstøtte.*

*Dersom barnehager legges ned, mener flertallet det bør stilles to krav. Kommunen må ha forkjøpsrett og det må være et krav om avviklingsregnskap for virksomheten som legges ned. Balanseverdiene (med fratrukk av kapital innskutt av eier) bør tilbakeføres til kommunene, slik det er for friskoler i dag.»*

Utvalgets flertall legger frem følgende forslag til lovtekst på side 165:

## Forslag lovtekst

*En kommune har forkjøpsrett når eiendomsrett til barnehage i kommunen blir overført til andre enn staten eller den fylkeskommune der eiendommen ligger. Dette gjelder likevel ikke overføringer ved arv, skifte eller ekspropriasjon.*

*Som overføring av eiendomsrett regnes også erverv av aksjer, sameieandeler eller parter i en barnehage, slik at erververen blir innehaver av minst 50 pst. av samtlige aksjer, sameieandeler eller parter, eller får rett til å avgi stemme for minst 50 pst. av aksjekapitalen. Forkjøpsretten inntreer også når to eller flere enten hver for seg eller i fellesskap erverver aksjer, sameieandeler eller parter som nevnt ovenfor, i et slikt antall at de til sammen blir innehavere av minst 50 pst. av samtlige aksjer, sameieandeler eller parter, når ervervet skjer etter forutgående innbyrdes overenskomst. Sammen med en erververs aksjer, sameieandeler eller parter regnes også aksjer, sameieandeler eller parter som tilhører hans ektefelle, barn, foreldre eller søsken.*

*Når kommunen gjør forkjøpsrett gjeldende i tilfelle som nevnt i annet ledd, har den rett og plikt til å overta barnehagen.*

*Forkjøpsrett kan ikke gjøres gjeldende ved overføring av barnehage når erververen er eierens ektefelle eller i slekt med eieren eller eierens ektefelle i rett opp- eller nedstigende linje, eller i eierens eller ektefellens første sidelinje til og med barn av søsken.*

På side 166 skriver utvalgets flertall:

*«Ettersom det nærmer seg full barnehagedekning nasjonalt, er tilsagn om tilskudd til barnehagedrift blitt et knapphetsgode. Retten til kommunale tilskudd til barnehagedrift har stor verdi, og er en sikker inntektskilde. En annen faktor som gjør barnehager attraktive og medfører en høy pris, kan være at eiendommene har en høyere reell verdi enn det som er bokført verdi i barnehagens balanser på grunn av norske regnskapsregler. Det er et stort potensial for gevinstrealisering ved salg av barnehager. Innrapportering for barnehager viser at de største barnehagene ikke tar ut mye i utbytte.»*

Under punkt 9.1.5 om økonomiske og administrative konsekvenser av innføring av forkjøpsrett skriver utvalgets flertall:

*«Forslaget innebærer ikke vesentlige administrative eller økonomiske konsekvenser for private barnehager.*

*Kommunene har ofte begrenset handlingsrom til større investeringer og låneopptak. For at forslaget om en kommunal forkjøpsrett kan benyttes i praksis på kort sikt, foreslås det derfor en ordning for statlig finansiering i kommuner som ikke har økonomisk handlingsrom innenfor vedtatte budsjett og økonomiplaner. Ordningen krever noe administrasjon, men opprettelsen av et fond vil i liten grad påvirke offentlig økonomi da dette er å anse som en låneordning som kommunene i praksis vil finansiere ved benyttelse av ordningen.»*

#### **7.5.9.2 Justisdepartementets lovavdeling har allerede vurdert lignende forslag, og som gir støtte for at Storberget-utvalgets flertallsforslag sannsynligvis vil være i strid med Grunnloven**

Grunnloven vil ikke i seg selv stille noen skranke mot at det innføres en forkjøpsrett hvor kommunen har rett til å tre inn i erververens rettigheter og plikter. Det kan vises til at kommunen f.eks. har forkjøpsrett

ved privates omsetning av leiegårder.<sup>45</sup> I loven fremgår det at ved gave eller gavesalg skal leiegårdens omsetningsverdi legges til grunn.

Dersom derimot lovgiver vil gi kommunen mulighet til å utøve forkjøpsrett under omsetningsverdi, vil det kunne representere et brudd på både Grunnlovens §§ 97 og 105.

Det kan i den sammenheng vises til en uttalelse fra Justisdepartementets lovavdelingen av 1. februar 2011.<sup>46</sup> Et av forslagene som her ble vurdert av Kunnskapsdepartementet var innføring av en rett for kommunene til ved salg eller opphør å overta verdier som var i behold i de private barnehagene på salgs/opphørstidspunktet. Forslaget er beskrevet slik som element nr. 3:

*«Hvis virksomheten selges eller opphører, skal kommunen kunne kreve overført verdier som er i behold i virksomheten, og som er bygget opp ved offentlige tilskudd og foreldrebetaling. Forslaget er uklart ved at det ikke spesifiserer hva som er "verdier", og hva som ligger i "bygget opp ved offentlige tilskudd og foreldrebetaling". Det legges foreløpig opp til at det i kommunens overføringskrav skal gjøres fradrag for verdier som var i behold på tidspunktet for innføringen av det nye regelverket, privat kapital eier har skutt inn etter dette tidspunktet, og summen av årlige uttak som lovlig kunne vært tatt ut (element nr. 1), men som ikke er tatt ut.»*

Lovavdelingen kommenterte forslaget slik i forhold til Grunnloven § 97:

*«Element nr. 3 i forslaget gjelder som nevnt overføring av verdier som skriver seg fra offentlige tilskudd og foreldrebetaling dersom virksomheten selges eller opphører. Ved at det skal gjøres fradrag for verdier som er i behold når de nye reglene innføres, bortfaller i prinsippet den siden ved elementet som først og fremst kunne reise grunnlovsmessige spørsmål. Slik forslaget er beskrevet, ser vi ikke at dette elementet reiser spørsmål om forholdet til Grunnloven § 97.»*

I forhold til Grunnloven § 105 ble forslaget kommentert slik:

*«Vi er bedt om å vurdere om forslaget om uttaksregulering bryter med Grunnloven § 105 eller menneskerettskonvensjoner med vern for privat eiendom, og om det er adgang til å vedta regler som gir kommunene hjemmel til å kreve tilbake verdier som er bygget opp gjennom både tilskudd og foreldrebetaling (spørsmål 2 og 3 på side 6 i brevet 4. oktober 2010). Anmodningen gjelder det som under punkt 2 ovenfor er betegnet som element nr. 3. Som det fremgår der, forstår vi det slik at kravet ikke skal omfatte midler som allerede finnes i virksomheten når de nye reglene innføres.*

*Man kan vanskelig skille mellom verdioppbygging som stammer fra offentlige tilskudd, foreldrebetaling og andre kilder. Vi legger til grunn at man praktisk sett kan gå ut fra at verdioppbyggingen etter at det nye regimet er trådt i kraft, ikke vil overstige den samlede sum av offentlige tilskudd etter ikrafttredelsen, og vurderer derfor bare grunnlovsmessigheten av å kreve en slik verdioppbygging tilbakeført til det offentlige. (Dersom verdioppbyggingen skulle overstige summen av offentlige tilskudd, måtte en vurdere om deler av foreldrebetalingen kunne kreves overført til det offentlige.)*

Grunnloven § 105 lyder:

*"Fordrer Statens Tarv, at Nogen maa afgive sin rørlige eller urørlige Eiendom til offentlig Brug, saa bør han have fuld Erstatning af Statskassen".*

*I Rt. 2007 side 1281 Ullern Terrasse uttalte Høyesterett (avsnitt 88):*

<sup>45</sup> Lov om kommunal forkjøpsrett til leiegårder av 29. april 1977

<sup>46</sup> JDLOV-2010-10593



*”Helt siden dommen i konsesjonslovsaken i Rt. 1918 I side 403 (Rt. 1918 s. 403) har Høyesterett bygget på at dersom det, som uttalt av assessor Siewers i Rt. 1914 s. 177 på side 205, skjer ‘en avstaaelse fra eierens side og fra statens side en tilegnelse, som helt eller delvis overfører eiendomsraadigheten til staten eller andre til dens videre utnyttelse i samme eller andet øiemed’, følger det av § 105 at det må betales full erstatning.”*

*Utgangspunktet er at hvor noen gjennom lovgivning forpliktet til å avstå egen eiendom til det offentlige, må dette betraktes som en avståelse i Grunnlovens forstand. Dette gjelder uansett hvem betalingen som har gitt grunnlag for eiendommen, kommer fra, og i utgangspunktet også om den skriver seg fra offentlig støtte.*

*Slik vi forstår den aktuelle delen av forslaget, skal imidlertid tilbakeføringskravet bare omfatte midler som skriver seg fra tiden etter at den aktuelle regelen om tilbakeføring er innført. Under disse omstendigheter, og på dette tidspunktet, vil virksomheten måtte anses kjent med tilbakeføringsforutsetningen, slik at den ikke har kunnet regne med at midlene ble barnehagevirksomhetens ubetingede eiendom. For virksomheten må støtten anses betinget. Etter vårt skjønn gir Grunnloven § 105 da ikke noe vern mot et slikt tilbakeføringskrav, når dette fremmes i samsvar med vilkåret.*

*Vi ser ikke at andre bestemmelser står i veien for nevnte forslag, og heller ikke at Grunnloven § 105 står i veien for de øvrige elementene i forslaget.»*

Selv om det ikke sies uttrykkelig, må Lovavdelingens uttalelse forstås slik at den er av den oppfatning at dersom det innføres en forkjøpsrett som forutsetter at barnehagen eller dens eier(e) skal gi fra seg verdier som er bygget opp i virksomhetene, vil det være i strid med Grunnloven § 97. Vi er enig i dette synspunktet og oppfatter det som ganske åpenbart. I den sammenheng er det relevant å vise til gjennomgangen ovenfor knyttet til spørsmål om forbud mot utbytte. Et slikt system vil ha et sterkt tilbakevirkningselement og loven ville fått direkte virkning bakover i tid. Dersom eierne av barnehagene ved et salg skulle måtte gi fra seg verdier som er bygget opp i virksomheten, vil det være uforholdsmessig tyngende og inngripende. Det vil ikke være noen samfunnsmessige hensyn som vil kunne forsvare et slikt inngrep mot den private eiendomsretten. Dette særlig ikke når private barnehager gjennom barnehageforliket i 2002 og senere lovgiving ble mobilisert til å etablere seg og satse innenfor denne sektoren. Det var bare ved at det ble lovet offentlig finansiering og likebehandling med kommunale barnehager at det ble forutsigbare og trygge rammebetingelser som kunne tiltrekke seg betydelig privat kapital for å sikre full barnehagedekning.

Lovavdelingens uttalelse legger også forutsetningsvis til grunn at det vil foreligge et brudd på Grunnloven § 105 om det vedtas en forkjøpsrett som forutsetter at barnehagen eller dens eier(e) skal gi fra seg verdier som er bygget opp i virksomhetene.

Storberget-utvalgets flertallsforslag vil nettopp ha en slik utforming som lovavdelingen legger til grunn vil være grunnlovsstridig. Det er overraskende at Storberget-utvalget ikke gir noen referanse til denne uttalelsen fra Justisdepartementets lovavdeling, og begrunner hvorfor deres forslag likevel ikke skulle være i strid med Grunnloven.

Lovavdelingen drøfter så hva som vil være situasjonen dersom en ny lovregel kun tar sikte på å kreve overført til kommunen verdier som bygges opp fra ikrafttredelsestidspunktet basert på offentlige tilskudd og foreldrebetaling. Lovavdelingen legger til grunn at et slikt fremtidig system ikke skaper grunnlovsmessige spørsmål. Lovavdelingens uttalelse er fra 2011, og på det tidspunkt foregikk det en rettsutvikling som har gitt borgerne økt beskyttelse. Vi har flere viktige Høyesterettsdommer i tiden etter denne uttalelsen ble gitt, jfr. gjennomgangen under punkt 7.5.1.1. I uttalelsen fra Lovavdelingen behandles heller ikke betydningen av de etablerte rettsposisjoner de private barnehagene har opparbeidet etter at de ble invitert inn i barnehagesektoren og hva det kan bety i forhold til grunnlovsvernet. Vi er av den oppfatning at et tilbakeføringskrav som vil omfatte midler som skriver seg fra tiden etter at den aktuelle

regelen om tilbakeføring er innført, også vil stride både mot Grunnloven § 97 og EMK protokoll 1 artikkel 1.

Lovavdelingen går ikke inn på at et slikt system i realiteten vil avskaffe en viktig del av den private eiendomsretten, ved at eieren ikke kan oppnå økonomisk utbytte ved salg. Dersom det innføres et system hvor kommunen kan kreve overført verdier som er oppbygget etter ikrafttredelsestidspunktet, vil det bety at det innføres et fremtidig forbud mot å oppnå fortjeneste på virksomheten ved gevinstrealisering. Det å bli fratatt retten til økonomisk avkastning av sin virksomhet vil være et sterkt inngrep i den etablerte rettsposisjonen. Det vil være et inngrep både i strid med Grunnloven § 97 og EMK protokoll 1 artikkel 1. Innføring av et slikt system vil i realiteten innebære at en eksisterende privat virksomhet over natten fratras retten til en viktig del av det å oppnå økonomisk avkastning. Et slikt inngrep i en rettslig posisjon vil både være uforholdsmessig tyngende og inngripende.

Det forhold at det er kommunen og foreldre som finansierer driften av barnehagene kan ikke gjøre noen endring i det. Det er politisk bestemt at finansieringen skal være slik, samtidig som private aktører er blitt invitert til å investere i sektoren. Dersom lovgiver bestemte at private eiere av barnehager ved et salg skal måtte gi fra seg de verdier som fra ikrafttredelsestidspunktet er i behold i virksomheten, vil det representere et inngrep i barnehageeierens opparbeidede rettslige posisjoner. Inngrepet vil ta fra de private eierne deres økonomiske posisjon og deres økonomiske rett til avkastning etter at de har oppfylt barnehagelovens krav til utøvelse av virksomheten etter dagens lov- og forskriftsverk. Det kan ikke ha noen betydning at eierne etter ikrafttredelse av lovendringen har fått opplyst at midlene som tilføres fra kommunen og foreldrene ikke skal anses som barnehagevirksomhetens ubetingede eiendom. Dagens system er at kommunen og foreldrene betaler vederlag som skal dekke driften av barnehagen, og dersom den drives på en god måte skal eierne ha mulighet til en rimelig avkastning. Det er slik systemet var forutsatt da det ble iverksatt basert på barnehageforliket i 2002, og det er slik det senere har vært praktisert og de private har investert i sektoren basert på. Et forslag som basert på at kommunen ved salg eller opphør av virksomheten kan kreve overført til seg verdier som er i behold i virksomheten, vil i realiteten innebære en konfiskasjon av grunnleggende elementer i eiernes rettslige posisjoner. Det vil legge til rette for en i realiteten vederlagsfri overføring til det offentlig av de private verdier som er bygget opp i barnehagesektoren.

Dette vil åpenbart være i strid med Grunnlovens § 97 og utløse omfattende erstatningskrav etter Grunnloven § 105.

### **7.5.9.3 Storberget-utvalgets flertallsforslag om forkjøpsrett vil være i strid med Grunnloven**

Slik Storberget-utvalgets flertallsforslag er skissert vil det være i strid med Grunnloven. Det er flere forhold som vil tale for at det vil være resultatet.

Når dette forslaget skal vurderes må det også sees i sammenheng med en rekke av de andre forslag som er fremmet og behandlet ovenfor. Dette har utvalget selv gjort et poeng av ved å vise til sammenhengen mellom markedspris og kommunens mulighet til å stille vilkår for tilskudd. De fleste av de forslagene som fremmes vil innebære en kraftig reduksjon av markedsverdiene. Det betyr at selv om forslaget i utgangspunktet forutsetter at det skal legges til grunn en markedspris ved utløsning av forkjøpsretten, vil en samtidig gjennomføring av andre forslag som flertallet i Storberget-utvalget fremmer, føre til at den markedsverdi som gjaldt før de private barnehagers rettslige posisjoner ble utfordret, ikke lenger vil kunne legges til grunn. Lovgiver kan ikke gjennom samtidige tiltak redusere markedsverdiene for private barnehager, og innføre en forkjøpsrett til private barnehager som skal bygge på en angivelig markedspris, som ikke vil være en reell markedspris, men den «nypris» som vil fremkomme basert på at private barnehager er fratatt viktige eierbeføyelser som er avgjørende for markedsprisen.

Dersom det innføres regler som innebærer at private barnehager ikke lenger kan gi utbytte til sine eiere, jfr. punkt 7.5.3 ovenfor vil ikke eierne lenger ha tilgang til den avkastning som er tilbakeholdt i barnehagen og heller ikke fremtidig avkastning. Effekten av forslaget under punkt 7.5.4 vil være tilsvarende. Kjøpere i et marked vil ikke betale det samme for en barnehage som ikke kan gi avkastning som for en privat barnehage som drives på normal kommersiell basis. Dermed vil slik endringer føre til at markedsverdien faller og innføring av en kommunal forkjøpsrett samtidig vil sikre at kommunene kan overta private barnehager for det som er langt under den markedsverdi som forelå før endringene gjennomføres.

Det vil bli det samme resultatet om det innføres et system som innebærer at fortsatt finansiering blir tidsbegrenset, jfr. punkt 7.5.7 eller det innføres et anbudssystem til erstatning for dagens finansieringsordning, jfr. punkt 7.5.8.

Som vist til ovenfor på side 164 i Storberget-utvalget skriver flertallet i forbindelse med forkjøpsretten at «Dersom barnehager legges ned, mener flertallet det bør stilles to krav. Kommunen må ha forkjøpsrett og det må være et krav om avviklingsregnskap for virksomheten som legges ned. Balanseverdiene (med fratrukk av kapital innskutt av eier) bør tilbakeføres til kommunene, slik det er for friskoler i dag.» Dette betyr at dersom en eier av en privat barnehage ønsker å avvikle eller nedlegge virksomheten, og etter at driften er avviklet, vil sitte igjen med opparbeidet egenkapital, så skal kommunen likevel kunne kreve overført til seg de verdier eierne av barnehagen har opparbeidet. Dette viser at utvalgets flertall ønsker en ren konfiskering av privat eiendomsrett. Det som skrives her om hvordan forkjøpsretten skal benyttes i en avviklingssituasjon, kan ikke sees som annet enn en illustrasjon av de grunnleggende prinsipper som skal anvendes i alle forkjøpsrettssituasjoner. Det vises til uttalelsen fra Lovavdelingen kommentert under punkt 7.5.9.2 ovenfor og som klart underbygger at et slik forkjøpsrettssystem vil være i strid med Grunnloven.

Slik vi ser det, er det system utvalgets flertall her skisserer, i strid med Grunnloven. Det finnes ikke spor av at grunnlovsmessige sider ved forslaget er vurdert eller utredet. Lovavdelingens uttalelse fra 2011 med utredning av de grunnlovsmessige sider av lignende forslag er heller ikke omtalt.

## **8 Storberget-utvalgets flertall foreslår overgangsregler som umiddelbart skal sperre for transaksjoner**

Storberget-utvalgets flertall foreslår at det innføres to inngripende overgangsordninger.

Den ene er i forbindelse med at det foreslås å innføre et krav om at hver barnehage skal være et eget rettssubjekt med forbud mot å drive annen virksomhet i samme rettssubjekt, jfr. punkt 7.5.6 ovenfor. I den forbindelse foreslår utvalgets flertall at det innføres sperrer for transaksjoner som kan redusere selskapenes verdier opparbeidet gjennom barnehagevirksomheten, i forkant av de nye reglene.

Det andre er i forbindelse med innføring av forkjøpsrett, jfr. punkt 7.5.9 og hvor utvalget foreslår at det innføres et forbud mot salg av barnehageeiendommer inntil den nye lovgivningen om forkjøpsrett er på plass.

Som vi skal gjennomgå nedenfor mener vi at begge forslagene vil stride mot Grunnloven og EMK.

### **8.1 Det innføres sperrer som skal forhindre at opparbeidede verdier i private barnehager kan tas ut i forkant av krav om at en barnehage må drives i eget rettssubjekt**

Storberget-utvalgets flertall skriver på side 128:

*«Flertallet mener at ved innføring av krav om eget rettssubjekt er det kritisk å innføre overgangsordninger som sperrer for transaksjoner som kan redusere selskapenes verdier*

*opparbeidet gjennom barnehagevirksomheten, i forkant av de nye reglene. På grunn av utvalgets knappe tidsfrister, har det ikke vært mulig å gå nærmere inn på utformingen av overgangsregler.»*

Dette viser at utvalgets flertallsforslag om at hver barnehage skal være et eget rettssubjekt, har som formål å låse inn verdier som eierne har opparbeidet gjennom årene, og sørge for at eierne av barnehagene ikke skal få tilgang til disse. Det vises til behandlingen under punkt 7.5.6 ovenfor. Vi har lagt til grunn at lovgiver vil ha mulighet til å stille et slikt krav om at hver barnehage må organiseres i et eget rettssubjekt, men da slik at opparbeidet kapital og likviditet først kan disponeres fritt. Dersom kravet om at en barnehage skal organiseres som et eget rettssubjekt skal benyttes til å låse inn opparbeidet egenkapital og likviditet, slik at barnehageeieren ikke skal få disponere det, vil det være disposisjoner i strid med både Grunnloven §§ 97 og 105 og EMK. Dermed vil selvfølgelig en slik sperre som utvalgets flertall foreslår også stride mot de samme bestemmelsene og være grunnlovsstridig

## **8.2 Det innføres et forbud mot salg av barnehageeiendommer inntil den nye lovgivningen om forkjøpsrett er på plass.**

Storberget-utvalgets flertall skriver på side 164:

*«I perioden fra rapporten blir fremlagt og frem til endelig vedtak bør det innarbeides et forbud mot salg av barnehageeiendommer inntil denne lovendringen om forkjøpsrett er på plass. En slik rask lovendring kan begrunnes med usikkerheten som har oppstått i kjølvannet av Velferdstjenesteutvalget rapport vedrørende salg av barnehageeiendommer, og om slikt salg utløser en plikt for staten til å kreve tilbake ulovlig statsstøtte.»*

Det vises til vår behandling av Storberget-utvalgets forslag om kommunal forkjøpsrett under punkt 7.5.9 ovenfor. Som vi konkluderte med under punkt 7.5.9.3 ovenfor mener vi at det fremsatte forslaget er i strid med Grunnloven. Da vil, slik vi ser det, også et forbud mot salg av barnehageeiendommer inntil den nye lovgivningen om forkjøpsrett er på plass, også være i strid med Grunnloven. Et midlertidig forbud som har som formål å stoppe transaksjoner inntil en lovendring som er i strid med Grunnloven blir gjennomført, vil også være i strid med Grunnloven.

## **9 Storberget-utvalget har ikke utredet de rettslige skranker forslagene støter mot**

Storberget-utvalget har ikke foretatt noen vurdering av om noen av forslagene som fremmes kan komme i konflikt med de skranker som Grunnlovens §§ 97 og 105 eller EMK oppstiller. Det samme er situasjonen i forhold til EMK.

Det er overraskende tatt i betraktning av at Kunnskapsdepartementet ved flere anledninger har forelagt forslag for Justisdepartementets lovavdeling for å vurdere om forslagene kan komme i konflikt med Grunnloven. De uttalelser som lovavdelingen har gitt i forhold til beslektede forslag burde ha gitt grunn for utvalget til å få disse forhold både problematisert og utredet. Det har imidlertid ikke skjedd, og det betyr at mange av forslagene må utredes i forhold til Grunnloven. Som det fremgår ovenfor mener vi at flere av forslagene ikke kan gjennomføres fordi de vil komme i strid med Grunnloven § 97 eller EMK, eller det må betales full erstatning til eiere av private barnehager i henhold til Grunnloven § 105.

Heller ikke forholdet til EØS-retten har utvalget utredet. Når det gjelder EØS-retten og reglene om offentlig støtte viser utvalgets under punkt 7.1.2.2 til at det har lagt Velferdstjenesteutvalgets behandling av temaet til grunn. Dette er en grunnleggende svakhet ved forslaget.

Med vennlig hilsen  
SANDS Advokatfirma DA

Morten Steenstrup  
Seniorpartner | Advokat (H)

Aksel Joachim Hageler  
Partner | Advokat