

NHO Geneos høringsuttalelse – Forslag til endringer i barnehageloven med forskrifter (Styring og finansiering av barnehagesektoren)

1 Overordnede betraktninger og oppsummering av høringsuttalelse

Kunnskapsdepartementet har sendt høringsnotatet *Forslag til endringer i barnehageloven med forskrifter (Styring og finansiering av barnehagesektoren)* på høring.

NHO Geneo er bekymret for hvilke følger forslagene i høringsnotatet vil ha for barnehagetilbudet til barna. Barnehagene er en del av utdanningsløpet i Norge. Et system som forskjellsbehandler tilbudet til barnehagebarna etter eierform på barnehagen, vil på sikt kunne føre til et A- og B- lag i barnehagesektoren hvor forskjellene øker tidlig i skoleløpet. Med like rammevilkår for barnehagene sikres alle barn en like god start på utdanningsløpet, og man unngår store kvalitetsforskjeller mellom barnehagene. I høringsnotatet ser departementet gjennomgående bort fra virkningen forslagene har på kvaliteten på barnehagetilbudet, og setter regjeringens mål om å utvikle kommersiell drift i barnehagesektoren høyere enn hensynet til barnas beste i sine vurderinger.

Høringsnotatet bærer preg av manglende samsvar mellom hensyn og mål som skisseres opp mot endringene som foreslås. Det er ikke mulig for NHO Geneo å se hvordan de skjønsmessige hensynene, som nå skal vektes høyere enn likebehandling av barnehager, kan gi barna et bedre barnehagetilbud.

Barnehagesektoren er i dag regulert slik at alle barnehager, både kommunale og private, skal gis likeverdig finansiering. Samtidig er alle barnehagene underlagt strenge kvalitetskrav og tilsyn for å sikre at barn får et trygt og godt barnehagetilbud. Det er for mange unge som faller ut av skoleløpet med de konsekvensene det får for deres muligheter til deltakelse i samfunnet og yrkeslivet videre. Et mangfoldig barnehagetilbud med ulike pedagogiske tilnærminger, mer tverrfaglighet i barnehagene, og mer konkurranse mellom barnehagene bidrar til at flere barn får et godt og stimulerende barnehagetilbud. Løsningen er ikke ensretting av barnehagetilbudet om målet er å øke kvaliteten på barnehagetilbudet.

Reversering av barnehageforliket

NHO Geneo mener forslagene til endringer i barnehageloven med forskrifter i realiteten er en reversering av barnehageforliket fra 2003. Til grunn for barnehageforliket lå tre grunnleggende mål: 1) rask utbygging, 2) redusert foreldrebetaling og 3) økonomisk likeverdig behandling av private og offentlige tilbydere.

Likebehandling av kommunale og private barnehager var et mål i seg selv, og nødvendig da private barnehager aksepterte et makstak på foreldrebetaling mot et offentlig finansieringssystem som likebehandlet private og kommunale barnehager.

Avvikling av likebehandlingsprinsippet vil skape A- og B-lag i barnehagesektoren

Vårt syn er at avvikling av likebehandlingsprinsippet i barnehageloven § 19, og nye hjemler som gir kommunene adgang til forskjellsbehandling av barnehagene, vil gi større kvalitetsforskjeller mellom barnehagene. De private barnehagene vil med foreslått finansieringssystem gå fra å ha et rettskrav på økonomisk likebehandling gjennom et rettsanvendelsesskjønn til et system med forvaltningsskjønn hvor kommunene får vid hjemmelsadgang til å svekke likebehandlingen.

Et slikt finansieringssystem svekker den demokratiske kontrollen med tilskuddsvedtakene til de private barnehagene. Endringene departementet legger opp til vil ta bort avgjørende rettsikkerhetsgarantier for private barnehager som de har hatt siden barnehageforliket i 2003.

Uten rettsikkerhetsgarantien rettskrav på likebehandling gir, så vil barnehagesektoren bli mer politisert og uforutsigbar for de private barnehagene. Det er ikke mulig å se bort fra de negative fremtidige virkninger lovendringene kan få for private barnehagers mulighet til å drive barnehager. Avvikling av likebehandlingsprinsippet og endring i barnehageloven § 23 som gir kommuner hjemmel til å skjønnsmessig behovsprøve barnehagetilbudet, reduserer private barnehager mulighet til å ha særlige satsinger på kvalitet og utvikling i deres barnehager. Det vil bety ensretting av barnehagetilbudet til barna og redusert mangfold i barnehagesektoren.

Manglende konsekvensutredning

NHO Geneo finner det kritikkverdig at så inngripende lovendringer med betydning for barnehagetilbudet til over 139 740 barn ikke engang er konsekvensutredet. Departementet har ikke vurdert hvilke konsekvenser lovendringene vil ha for:

- Eksistensgrunnlaget til de private barnehager.
- Kvaliteten på barnehagetilbudet til barna.
- Valgfriheten til foreldrene.
- Forutsigbarheten for arbeidsforholdene til barnehageansatte.
- Økonomien i kommunene.

Kommunene pålegges flere nye oppgaver som vil kreve omfattende barnehagefaglig, juridisk og økonomisk ressursbehov. De økonomiske konsekvensene forutsetter departementet at kommunene skal dekke innenfor dagens rammer.

Rettslige skranker for lovgiver

NHO Geneo har fått vurdert forslagene i høringsnotatet juridisk av SANDS Advokatfirma DA, samt innhentet en egen betenking om private barnehagers konstitusjonelle av tidligere høyesterettsdommer Jens Edvin A. Skoghøy.

På bakgrunn av de juridiske vurderingene mener NHO Geneo at departementets forslag til omlegging av finansieringssystemet for private barnehager bryter med likebehandlingsprinsippet og det konstitusjonelle vernet de private barnehagene har opparbeidet seg for sin rettsposisjon etter Grunnloven §§ 97 og 105, samt Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen («EMK»), første tilleggsprotokoll artikkel 1 («P1-1»). Barnehageforliket fra 2003 og den senere oppfølging av dette gjennom lovgivningen, har skapt en sterk forventning om fortsatt finansiering av private barnehager på linje med kommunale. Den foreslåtte omlegging av finansieringsordningen griper sterkt inn i denne forventningen. Det foreligger ikke sterke samfunnsmessige hensyn som kan rettferdiggjøre en slik omlegging av finansieringssystemet som departementet foreslår.

Private barnehager sin primæraktivitet utgjør økonomisk aktivitet i konkurranse-/statsstøtte og fri bevegelse-reglene sin forstand. Reguleringer som innebærer forskjellsbehandling av ulike type private barnehager vil være i strid med EØS-retten. Dette gjelder blant annet de foreslåtte reguleringene av private barnehagers rett til godkjenning- og tilskudd, og adgang til å forfordle nivå på tilskudd etter skjønnsmessige kriterier, slik som barnehagens eierform.

Fra foreldrevalg til politikervalg- foreldrene fratras retten til å velge barnehage for sine barn

Departementets forslag om å gi kommunene hjemmel til å redusere antall barnehageplasser gjør at man velger bort et system hvor foreldres valg av barnehager i stor grad styrer dimensjonering av barnehagetilbudet, med mer politisk makt hvor vekslende politisk flertall i en kommune kan bety store omveltninger i driftsgrunnlaget for den enkelte barnehage. De private barnehagers satsing på kvalitet og utvikling vil ha mindre betydning for deres mulighet til å få tilskudd etter reell kapasitet.

Derfor støtter ikke NHO Geneo følgende forslag:

- At kommunene skal vektlegge skjønnsmessige hensyn knyttet til barnehagenes eierform og profil når de skal behandle søknader om etableringsgodkjenning, punkt 5.3.2 og 5.3.4 i høringsnotatet.
- Tidsbegrensningen av etableringsgodkjenninger, punkt 6.3.3 i høringsnotatet.
- Innføring av kommunal forkjøpsrett, punkt 6.3.2 i høringsnotatet.
- Gi kommunene hjemmel til å redusere antall barnehageplasser en barnehage er godkjent for, punkt 7 i høringsnotatet.
- Innføring av forskriftshjemler for prioritering ved opptak av barn, bemanning, åpningstider i barnehagene og maksimalpris for kostpenger, punkt 10.2.2, 10.3.2, 10.4.2 og 10.5.2 i høringsnotatet.
- Avviklingen av likebehandlingsprinsippet og regler om beregning av kommunalt tilskudd, punkt 12 og 13 i høringsnotatet.
- Hjemmel til skjønnsmessig behovsprøving av barnehagetilbudet og eiendomskostnadene til barnehagene i ny barnehagelov § 23, punkt 14 i høringsnotatet.
- Krav om å være selvstendig rettssubjekt, punkt 15 i høringsnotatet.

NHO Geneo støtter følgende forslag:

- Innføring av en forsøkshjemmel i barnehageloven, punkt 11 i høringsnotatet.
- Kommunens oppfølging av vedtak om godkjenning, punkt 8 i høringsnotatet.
- At private barnehager skal melde fra om opptak av barn fra andre kommuner, punkt 9 i høringsnotatet.
- Hjemmel til å føre tilsyn med bruk av kostpenger, punkt 20 i høringsnotatet.

NHO Geneo vil også gi merknader til forslag som ikke støttes grunnet foreslått innretning, i tillegg til å fremme egne alternative forslag for å ivareta at barna får et best mulig kvalitativt barnehagetilbud.

2 Bakgrunnen for valg av gjeldende styrings- og finansieringssystem

2.1 Innledning

NHO Geneo mener at departementets redegjørelse om barnehageforliket, og senere regulering av barnehagesektoren i høringsnotatet, mangler flere sentrale aspekter. Vurderingene til departementet bærer preg av at rask barnehageutbygging var det eneste målet med forliket. Det er en unyansert fremstilling, og det fremgår heller ikke av høringsnotatet hvorfor likebehandlingsprinsippet i barnehageloven § 19 har ligget fast selv etter at målet om full barnehagedekning ble nådd i 2009.

I høringsnotatet s. 15 uttales det at det fortsatt er et mål at *«alle barn i hele landet skal ha tilgang til et likeverdig barnehagetilbud av høy kvalitet»*. Det samsvarer ikke med lovendringsforslaget, som avviker likebehandlingen av private og kommunale barnehager. Ny barnehagelov §§ 19 og 11 gir ikke private en rettssikkerhetsgaranti om likeverdige tilskudd, slik dagens barnehagelov § 19 gjør. Endringene er basert på forvaltningsskjønn hvor kommunene gis en vid hjemmel til å tolke hva som skal regnes som likt og ulikt etter en rekke subjektive kriterier. Departementet redegjør heller ikke for konsekvensene en slik lovendring vil ha for kvalitetsnivået i den enkelte barnehage. Departementet erkjenner selv på s. 17 i høringsnotatet at ulikt økonomisk handlingsrom i barnehagene innebærer ulike muligheter til å gi gode pedagogiske tilbud til barna. Allikevel velger man å innføre et finansieringssystem som gir kommunene hjemmel til å forskjellsbehandle barnehager økonomisk etter eierform, med konsekvenser for det kvalitative tilbudet i den enkelte barnehage.

I det følgende vil vi gjennomgå barnehageforliket nærmere, og redegjøre for hvilken betydning barnehageforliket og senere regulering av barnehagesektoren har for lovgivers mulighet til å gjøre inngrep i de private barnehagers økonomiske rettsposisjoner i punkt 5.2.

2.2 Barnehageforliket og senere regulering av barnehagesektoren

2.2.1 Barnehageforliket i 2003

I 2002 sto 23 000 barn på venteliste for å få barnehageplass. Det var store forskjeller i økonomiske rammebetingelser, både mellom kommunale og private barnehager, og mellom ulike typer private barnehager. Det skyldes at man ikke hadde enhetlige nasjonale krav til barnehagefinansieringen, slik at kommunal tilskuddspraksis hadde store variasjoner.¹

I Stortinget var det bred enighet om full barnehagedekning og lavere foreldrebetaling innen 2005. Regjeringen besto av Høyre, Venstre og Kristelig Folkeparti. Opposisjonspartiene, som hadde flertall på Stortinget, Fremskrittspartiet, Sosialistisk Venstreparti, Arbeiderpartiet og Senterpartiet, tok initiativ til å inngå barnehageforliket i 2003.

Forliket mellom Fremskrittspartiet, Sosialistisk Venstreparti, Arbeiderpartiet og Senterpartiet var bygget på tre hovedkomponenter: 1) rask utbygging, 2) redusert foreldrebetaling (makspris) og 3) økonomisk likeverdig behandling av private og offentlige tilbydere.

¹ Tilskudd til ikke-kommunale barnehager: Kommunenes praktisering av forskrift om likeverdig behandling av kommunale og ikke-kommunale barnehager, SØF-rapport nr. 05/12, s. 1, Senter for økonomisk forskning AS (2012)

I avtalen mellom disse fire partiene står det i punkt 1 at «Til grunn ligger det at private og offentlige barnehager skal likebehandles.»² De private barnehagene aksepterte på sin side at det ble satt et lovmessig tak på hva de kunne ta i foreldrebetaling. Dermed mistet de en avgjørende inntektsside, mot at de var sikret et kommunalt tilskudd per oppholdstime basert på hva kommunen selv brukte på sine barnehager. Private barnehager frasa seg med dette retten til å drive barnehager i et vanlig marked utenfor det lovregulerte finansieringssystemet, mot å få en rettssikkerhetsgaranti om likeverdig tilskudd gjennom offentlig finansiering.

Regjeringen fremmet i 2003 forslag til endringer i barnehageloven for å iverksette og følge opp barnehageforliket. I Ot.prp. nr. 76 (2002–2003) Om lov om endringer i lov 5. mai 1995 nr. 19 om barnehager (barnehageloven), kapittel 1 om proposisjonens hovedinnhold heter det:

Den økonomiske likebehandlingen må ta utgangspunkt i kommunens finansiering av egne barnehager. Den kommunale støtten til private barnehager er etter gjeldende rett frivillig. Kommunene bruker i dag langt mer midler på egne barnehager enn de gir i støtte til private barnehager. Kommunale og private barnehager har dermed ikke like rammevilkår. Dette fører til at foreldre som har barn i private barnehager uten kommunal støtte, i mindre grad får del i offentlige midler enn foreldre med barn i kommunale barnehager. Økonomisk likebehandling kan ikke sees isolert fra de økonomiske rammene kommunen stilles ovenfor. Den finansielle siden av likebehandlingen må derfor vurderes i sammenheng med finansieringsreformen og endringene i barnehageloven for øvrig.

Private barnehager utgjør en vesentlig del av barnehagetilbudet og bidrar positivt til mangfoldet i sektoren. Likebehandling av private og offentlige barnehager er et mål i seg selv og et virkemiddel for å nå full behovsdekning. Prinsippet om likebehandling synliggjør også at man ikke kan diskriminere en barnehage som følge av dens verdimessige eller pedagogiske profil. Økonomisk likebehandling er også en forutsetning for å nå målet om redusert foreldrebetaling. Gjennom økonomisk likebehandling vil private barnehager også kunne tilby gode lønns- og pensjonsvilkår for sine ansatte. Spørsmålet om inngåelse av tariffavtaler er imidlertid et forhold mellom partene i arbeidslivet. Innenfor en kommunal modell må likebehandling av offentlige og private barnehager sikres gjennom lovregulering.

I Ot.prp. nr. 76 (2002–2003) Om lov om endringer i lov 5. mai 1995 nr. 19 om barnehager (barnehageloven), s. 36 ble det videre uttalt uttrykkelig at likebehandlingen ikke bare var et «*virkemiddel for å oppnå full behovsdekning*», slik departementet legger til grunn i høringsnotatet, men også var «*et mål i seg selv*».

I kapittel 1 om proposisjonens hovedinnhold heter det:

Det foreslås også en regel om økonomisk likebehandling av private og kommunale barnehager. I både barnehageavtalens modell og i en eventuell rammefinansieringsmodell er det nødvendig for å sikre likebehandling. På denne bakgrunn foreslås det at det i loven legges til rette for økonomisk likebehandling.

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.

Departementet vil på denne bakgrunn legge frem forslag om at alle godkjente barnehager skal behandles likeverdig i forhold til offentlige tilskudd. [Vår understrekning] 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

² Innst. S. nr. 255 (2001-2002) Innstilling fra finanskomiteen om tilleggsbevilgninger og omprioriteringer i statsbudsjettet medregnet folketrygden for 2002 10.4 Kap. 856 Barnehager punkt i)

likeverdig i lovens ordlyd, og ikke likebehandling. Departementet vil understreke at denne nyansediskursjonen 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.

Fra 1. august 2005 ble det innført en **minimumsforpliktelse** som innebar at kommunene skulle sørge for at de samlede offentlige tilskudd til ikke-kommunale barnehager utgjorde minst 85 % av det tilsvarende barnehager eid av kommunen i gjennomsnitt mottok.³ Selv etter at full barnehagedekning var oppnådd valgte lovgiver å forplikte seg til en opptrappingsplan for minimumsforpliktelsen, slik at offentlige tilskudd skulle gi private barnehager 100 % lik finansiering som til tilsvarende kommunale barnehager fra 2016.

Dette er også omtalt som et garantert minstenivå for tilskudd til private barnehager av Storberget-utvalget i rapporten *Du er henta!*:

Barnehageforliket ga regler om økonomisk likeverdig behandling, og en nasjonal vedtatt maksimalpris for foreldrebetaling. Det var ikke noe garantert minstenivå for tilskudd til private barnehager før denne loven kom på plass. Det ble etablert en ordning med garanti om minst 85 prosent offentlig støtte sammenlignet med kommunale barnehager, en prosentandel som gradvis skulle trappes opp til 100 prosent.

Senter for økonomisk forskning AS, som evaluerte kommuners praktisering av likebehandlingsprinsippet, skrev følgende om nødvendigheten av likebehandlingsprinsippet i et finansieringsystem med maksimalpris for foreldrebetaling, SØF-rapport nr. 05/12, s.1 :

Større likebehandling av kommunale og ikke-kommunale barnehager var en sentral målsetting i barnehageforliket, men var også nødvendig for at de ikke-kommunale barnehagene skulle kunne drive videre etter at det ble innført maksimalpris i foreldrebetalingen. For å oppnå større likebehandling ble det etablert en kommunal finansieringsplikt for ikke-kommunale barnehager.

Likebehandlingsprinsippet har ligget fast siden barnehageforliket i 2003. I Ot.prp. nr. 72 (2004–2005) Om lov om barnehager (barnehageloven) ble dette igjen stadfestet av departementet da barnehagelovens § 7b i dagjeldende barnehagelov først ble flyttet til § 14 og deretter til dagens § 19 i någjeldende barnehagelov.

Gjennomgangen ovenfor viser at 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.

2.2.2 Rammefinansiering fra 2011 – prinsippet om likeverdig behandling av private og kommunale barnehager var nødvendig å videreføre

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.

I Ot.prp. nr. 57 (2007–2008) Om lov om endringer i barnehageloven (finansiering av ikke-kommunale barnehager), 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 innbyggerens behov for

³ Tilskudd til ikke-kommunale barnehager: Kommunenes praktisering av forskrift om likeverdig behandling av kommunale og ikke-kommunale barnehager, SØF-rapport nr. 05/12, s. 2, Senter for økonomisk forskning AS (2012)

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.

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 det statlige tilskuddet 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. Rammefinansiering skulle innebære at kommunene gjennom inntektssystemet fikk tildelt statlig rammetilskudd basert på objektive kriterier. For å sikre de private barnehagenes videre drift, foreslo departementet at kommunen skulle ha en finansieringsplikt overfor eksisterende ikke-kommunale barnehager. Nærmere regler for finansiering av de private barnehagene foreslo departementet skulle fastsettes i lokale forskrifter, utformet av den enkelte kommune. Departementet foreslo videre at nyetablerte barnehager ikke automatisk skulle 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 viktig endring i regjeringens opplegg fra de samme partiene som satt i regjering. 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

oppretholdes. Stortinget sluttet seg til at kommunene etter 2011 skulle gis et fritt skjønn når det gjelder finansiering av barnehager som godkjennes *etter* dette tidspunktet. Ble barnehager godkjent, ville tilsvarende finansieringsplikt med likebehandling inntre. For private barnehager som var opprettet før innføringen av rammefinansieringen og barnehager som var godkjent for kommunalt tilskudd, skulle i realiteten systemet fra barnehageforliket i 2003 opprettholdes. Dette fremgår også av ordlyden i barnehageloven § 19 andre ledd som sier at «*private barnehager som mottar tilskudd*» skal behandles likeverdig med kommunale barnehager.

I Innst. O. nr. 103 (2008–2009) Innstilling fra familie- og kulturkomiteen om lov om endringer i barnehageloven (finansiering av ikke-kommunale barnehager), 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 lovtekst 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.

I NOU 2012:1 *Til barnas beste – Ny lovgivning for barnehagene*, s. 148 er det redegjort nærmere for hva full likeverdig behandling av kommunale barnehager og private barnehager innbefatter:

Ny forskrift om likeverdig behandling av barnehager⁴ krever at ikke-kommunale barnehager får 100 prosent av det som tilsvarende kommunale barnehager i den aktuelle kommunen i gjennomsnitt mottar i offentlig tilskudd (per heltidsplass). Dette skal gjelde når full likeverdig behandling er innfasert i statsbudsjettet. Regjeringen tar sikte på å oppnå full likeverdig behandling i løpet av 2014, jf. Prop.1 S (2011–2012) for Kunnskapsdepartementet. Tilskuddet skal gjelde alle kostnader i basistilbudet i barnehagen inkludert kapitalkostnader og administrasjonskostnader. [Vår understrekning]

Nye lovendringer for barnehagene ble vedtatt av Kongen i statsråd 22. juni 2012. Daværende kunnskapsminister, Kristin Halvorsen, uttalte følgende om formålet med likeverdighetsprinsippet til Utdanningsnytt, 23. juni 2012:

Regjeringen ønsker at alle barnehager i Norge skal ha samme økonomiske grunnlag for å drive barnehager av god kvalitet og vil derfor legge opp til full likeverdig behandling av barnehagene.⁴

Likeverdighetsprinsippet har vært gjeldende fra barnehageforliket, og med virkning fra 1. januar 2021 ble bestemmelsen flyttet til § 19 i barnehageloven.

⁴ <https://www.utdanningsnytt.no/barnehage/nye-regler-for-tilskudd-og-foreldrebetaling-i-barnehagene/200150>

2.2.3 Valg av finansieringssystem

Avviklingen av likebehandlingsprinsippet og omlegging av finansieringssystemet for private barnehager er begrunnet med inkonsistente resonneringer og mangelfullt kunnskapsgrunnlag i høringsnotatet.

Departementet knytter f.eks. barnehageforliket opp mot mål om full barnehagedekning alene, og legger til grunn at det trengs et annet finansieringssystem i en tid med full barnehagedekning. Dette er ikke en korrekt fremstilling av målene som lå til grunn i barnehageforliket. I Ot.prp. nr. 76 (2002–2003) Om lov om endringer i lov 5. mai 1995 nr. 19 om barnehager (barnehageloven), s. 36 fremgår det uttrykkelig at likebehandlingen ikke bare var et «virkemiddel for å oppnå full behovsdekning», men også var «et mål i seg selv». De private barnehagene aksepterte på bakgrunn av lovnaden om økonomisk likebehandling at det ble satt et lovmessig tak på hva de kunne ta i foreldrebetaling. Dermed mistet de en avgjørende inntektsside, mot at de var sikret et kommunalt tilskudd per oppholdstime, basert på hva kommunen selv brukte på sine barnehager. Det kommunale tilskuddet utgjør anslagsvis 85 % av de private barnehagenes totale finansiering.

Departementet begrunner omleggingen videre med at det er fallende barnetall i Norge, og behov for å ta ned kapasiteten i barnehagene:

Hovedalternativet i SSBs befolkningsframskrivninger viser at tallet på barn i barnehagealder – landet sett under ett – vil fortsette å synke de nærmeste årene, for deretter å stige svakt igjen, og i 2030 være tilbake på 2022-nivå.

NHO Geneo finner det kritikkverdigg at en så dramatisk omlegging av barnehage tilbudet gjøres med grunnlag i et statistisk korttidsperspektiv på utviklingen av barnetall frem mot 2030. Det brukes gjennomsnittstall for hele landet, og ses bort fra at antall barn i barnehagealder vil øke allerede fra 2030. Det er heller ikke gjort en nærmere analyse av behovet for barnehageplasser på kort sikt. Departementet ser ikke ut til å ha hensyntatt situasjonen med økt uro og krig i verden. NHO Geneo kan i hvert fall ikke se at departementet har vurdert behovet for barnehagekapasitet i et scenario med økt innvandring.

Utvikling i barnetall alene gir i alle tilfeller ikke grunn til å gjøre så drastiske endringer i barnehagefinansieringen uten en konsekvensutredning. Kommunene finansierer de private barnehagene for benyttede barnehageplasser, slik at etterspørsel regulerer markedet selv. Likebehandlingsprinsippet følges ikke opp når det gjelder betaling for kapasitetsrisiko hos de private barnehagene, slik det gjøres for de kommunale barnehagene.

Tilskuddene til private barnehager har de siste årene blitt betydelig svekket gjennom endringer i forskrift om tildeling av tilskudd til private barnehager. Felles for reguleringene som har kommet den siste tiden er at de har rammet private barnehager, ikke kommunale barnehager. Det har ført til flere konkurser blant private barnehager.

Tall fra Utdanningsdirektoratet viser at i 2022 var 99 av 106 nedlagte barnehager private. Fra 2017 til 2022 har det blitt 338 færre private barnehager og 117 færre kommunale barnehager. Fra 2017 til 2022 har det vært en nedgang på 4 572 barn i kommunale barnehager og en nedgang på 8 009 barn i private barnehager.

Faktisk økonomisk likebehandling av private og kommunale barnehager er helt avgjørende for å opprettholde et mangfoldig barnehage tilbud som ivaretar foreldrenes valgfrihet. Derfor må justeringer i finansieringssystemet måles opp mot hvordan de ivaretar likebehandlingen av private og

kommunale, og hvilken virkning det får på mangfoldet i barnehagesektoren. Det er ikke ivaretatt i høringsnotatet.

De private barnehagene var klar over at kravene til innhold og samfunnsoppdrag kunne endre seg over tid, men barnehageforliket ga en garanti om at den økonomiske risikoen skulle være på samme nivå. Likebehandlingsprinsippet skulle ligge til grunn og var garantien for at likeverdige tilskudd skulle være normen for minstefinansiering. Skulle tilskuddene til de private gå ned, måtte tilsvarende først skje i de kommunale barnehagene. I et regulert marked må finansiering og krav til tjenesteproduksjon ha en slik direkte kobling.

Barnehageforliket åpnet for nettopp konkurranse mellom private og kommunale barnehager. En slik modell med offentlig-privat samarbeid forutsetter at alle aktører konkurrerer på like vilkår. Det er gjennom konkurranse og innovasjon at alle aktører får et driv til å levere de beste tjenestene og til de laveste prisene.

For barnehagesektoren er prisfastsettelsen gitt av kommunens kostnadsnivå på driftstilskudd og er derfor regulert. NHO Geneo mener at målet må være at vi gjennom slik konkurranse kan få mer ut av våre velferdskroner. Departementets forslag rammer kun private aktører, ikke kommunale. Kommunenes kostnader til sine egne barnehager øker mer enn tilskuddene til de private. Dette skjer fordi reguleringene siste år har etablert sjablonsatser for flere av kostnadselementene som ikke tar utgangspunkt i de faktiske kostnadene i kommunale barnehager.

Samtidig forutsettes både private og kommunale barnehager å levere likeverdig barnehagetilbud. Det vil ikke de private aktørene ha økonomisk handlingsrom til med siste års reguleringer av barnehagesektoren, hvor driftsmarginene har blitt stadig mer innskrenket, og nå er på et uforsvarlig nivå.

Private barnehager kan ikke regulere prisen for sin produksjon av barnehageplasser, og det stiller store krav til sikkerhet for at de har forutsigbarhet på inntektsutviklingen, samt at det er balanse mellom prisnivå og risiko. Flere av forslagene i høringsnotatet øker risikoen og uforutsigbarheten til de private barnehagene, uten at departementet lager en prismekanisme for å regulere dette.

Å etablere en privat barnehage stiller krav til store investeringer som løses gjennom å bygge eller leie barnehagebygg. Denne investeringen krever forutsigbarhet for at privat eier skal kunne vurdere om den kan nedbetales over en forventet periode. Dagens finansieringssystem benytter f.eks. en avskrivningstid på 40 år. Departementets forslag til nytt finansieringssystem påfører de private barnehagene en betydelig risiko og nedjusterer opptjeningstid på den investerte infrastrukturen. Når investeringen samtidig er underfinansiert, så gir det en vesentlig skjevhet i balansen mellom risiko og pris.

Dette leder til en markedssvikt hvor det nå ikke er balanse mellom inntektsmulighetene og den risiko som private aktører påtar seg, samtidig som reguleringene svekker konkurransemuligheten overfor kommunene.

2.2.4 Oppsummering

NHO Geneo mener at vi 20 år etter barnehageforliket kan konstatere at offentlig-privat samarbeid ble en stor suksess for utviklingen av gode barnehager. Det har tjent norske barn godt, og man har fått et finansieringssystem som ikke diskriminerer finansieringen av barnehagebarn etter eierformen til barnehagen.

Internasjonalt er Norge blitt et foregangsland for utvikling av gode barnehager. I løpet av få år klarte norske myndigheter å mobilisere privat risikokapital, slik at vi i 2022 hadde 2 800 private barnehager og 2 600 kommunale. Dersom de private ikke hadde stilt opp, ville det ikke ha vært mulig å oppnå full barnehagedekning, i hvert fall ikke i det tempoet det faktisk skjedde. Undersøkelser viser at foreldrene er meget godt fornøyde med tilbudet, og at de private barnehagene skårer litt høyere enn de kommunale barnehagene på kvalitet.⁵ EPSI Rating har i flere år undersøkt hvor fornøyde foreldrene i Norge, Sverige og Danmark er med barnehagetilbudet.⁶ Norge kommer best ut av landene i Skandinavia.

Denne suksessen hadde vi ikke fått om det ikke hadde ligget noen viktige rettssikkerhetsgarantier i bunnen av finansieringssystemet som sikret forutsigbarhet for de som investerte i barnehagesektoren. Private og kommunale barnehager skulle likebehandles. De private barnehagene skulle ha rett til et tilskudd tilsvarende det kommunen benyttet i kostnader per oppholdstime på sine barnehager. Med denne enkle formelen ble det skapt trygghet for private som investerte og som sikret full barnehagedekning.

Slik reglene ble forankret og utviklet må det legges til grunn at barnehagene fikk en berettiget forventning om at de private barnehagene skulle likebehandles med de kommunale barnehagene og ha krav på et årlig tilskudd som tok utgangspunkt i det kommunen selv brukte på sine kommunale barnehager.

3 Finansieringen av private barnehager

3.1 Rettsposisjonen til de private barnehagene

Dagens finansieringssystem for private barnehager bygger på likebehandlingsprinsippet, og er regulert av barnehageloven § 19. Barnehagelovens § 19 annet ledd lyder slik:

Kommunen skal behandle private barnehager som mottar tilskudd, likeverdig med kommunale barnehager. Departementet kan gi forskrift om hva som er likeverdig behandling.

Likeverdighetsprinsippet i annet ledds første punktum gjelder generelt for behandlingen av kommunale og private barnehager. I annet punktum er departementet gitt en hjemmelsbestemmelse for å gi forskrift om hva som er likeverdig behandling. Gjennom denne forskriften skal departementet sikre realisering av første ledd om likeverdig behandling.

Bestemmelsen er en rettighetslov i den forstand at de private barnehagene har rettskrav på å få de tilskudd som er fastsatt i loven. Dette innebærer at kommunene er gjort til pliktsubjekter og deres økonomiske handlefrihet er innskrenket i den forstand at de er forpliktet til å yte de tilskudd som er fastsatt i loven.

⁵ <https://www.udir.no/tall-og-forskning/statistikk/statistikk-barnehage/analyser/9-av-10-foreldre-er-fornoyde-med-barnehagetilbudet/>

⁶ <https://www.epsi-norway.org/bransjestudier/utdanning/>

Denne rettighetsstatusen for private barnehager ble avklart gjennom Høyesterettsdommen HR-2021-62-A om forståelsen av barnehageloven § 14 (nåværende barnehagelovs § 19). I dommens avsnitt 33 heter det:

Lovens § 14 og forskriftene, som utfylte § 14, påla 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. Innholdet av kravet til likeverdig behandling beror på et rettsanvendelsesskjønn, og domstolene har full prøvelsesrett. Den konkrete beregningen beror riktignok i noen grad på skjønsmessige vurderinger, blant annet med hensyn til hvilke kostnader som inngår i ordinær drift, hvilke heltidsplasser som skal medregnes, og hva som er «tilsvarende» kommunale barnehager. Men den klare hovedregel er at domstolene prøver alle lovbundne sider av en forvaltningsavgjørelse, også om dette forutsetter skjønsmessige vurderinger i det enkelte tilfellet, jf. HR-2017-1258-A avsnitt 46 følgende med videre henvisning til Rt-2009-105 Enskilda avsnitt 112 og senere høyesterettspraksis.

Dermed har Høyesterett fastslått at private barnehager både har krav på likeverdig behandling og at de fullt ut har krav på å få prøvd om de rettigheter de har krav på etter loven er oppfylt.

Gjennom Høyesterettsdommen HR-2021-62-A er det også avklart hva som ligger i at private barnehager som mottar tilskudd har krav på likeverdig behandling. I avsnitt 41 oppsummerer førstvoterende dette slik:

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.

Det kommer videre frem både av ordlyden i barnehageloven § 19 og i forarbeidene til barnehageloven at likeverdighetsprinsippet gjelder *alle* elementer av tilskuddet til de private barnehagene. I NOU 2012:1 *Til barnas beste – Ny lovgivning for barnehagene*, s. 148 er det redegjort nærmere for hva full likeverdig behandling av kommunale barnehager og private barnehager innbefatter:

Ny forskrift om likeverdig behandling av barnehager krever at ikke-kommunale barnehager får 100 prosent av det som tilsvarende kommunale barnehager i den aktuelle kommunen i gjennomsnitt mottar i offentlig tilskudd (per heltidsplass). Dette skal gjelde når full likeverdig behandling er innfaset i statsbudsjettet. Regjeringen tar sikte på å oppnå full likeverdig behandling i løpet av 2014, jf. Prop.1 S (2011–2012) for Kunnskapsdepartementet. Tilskuddet skal gjelde alle kostnader i basistilbudet i barnehagen inkludert kapitalkostnader og administrasjonskostnader. [Vår understrekning]

En privat barnehage vil derfor ha et rettskrav på at alle disse kostnadselementene hver for seg og samlet sikrer at det foreligger økonomisk likebehandling mellom de offentlige og private barnehagene i en kommune.

I Forskrift om tilskudd til private barnehager («Forskriften») har departementet oppstilt egne bestemmelser knyttet til beregningen av de ulike kostnadselementene. Utmåling av tilskuddssatser for private barnehager etter Forskriften skal etter loven gi private barnehager samme finansiering per oppholdstime som tilsvarende kommunale barnehager. Slik beregningsmetoden er lagt opp, så blir tilskuddet samlet sett for lavt per oppholdstime sammenlignet med tilsvarende kommunale barnehager, og i strid med lovens krav om likebehandling. I punkt 3.2–3.5 vil vi redegjøre nærmere for hvordan denne underfinansieringen av private barnehager oppstår.

3.2 Driftskostnader

Forskriftens § 3 regulerer tilskuddet til ordinære barnehager. Det kommer frem av bestemmelsen at grunnlaget for beregningen er kommuneregnskapet fra to år før tilskuddsåret. Det følger videre av §

10 at satsgrunnlaget skal indeksreguleres med faktoren for forventet pris- og kostnadsvekst i kommunesektoren (kommunal deflator) før kommunen fatter vedtak om tilskudd.

Den delen av tilskuddet til private barnehager som skal beregnes etter § 3, skal etter barnehageloven § 19 tilsvare kommunens driftskostnader for sine kommunale barnehager per oppholdstime. Bruken av kommunens regnskap for to år tilbake justert med kommunal deflator, gir imidlertid en betydelig underkompensasjon i forhold til de faktiske kommunale driftskostnadene.

Bruken av kommunal deflator ville blitt omtrent riktig dersom to forutsetninger var oppfylt:

- At deflatoren ble fastsatt korrekt, altså slik at den tilsvarte kostnadsveksten i kommunene.
- At kostnadsøkningen for de kommunale barnehagene samsvarte med den generelle kostnadsveksten i kommunene.

NHO Geneo mener at finansieringsmodellen for kostnadselementet *drift* enkelt kan justeres, slik at det oppfyller kravet om likeverdig behandling, f.eks. kan man innføre en etterberegning basert på den faktiske kostnadsveksten.

3.3 Administrasjonskostnader

I Forskriften § 5 er administrasjonspåslaget på driftstilskudd satt til 4,3 % av gjennomsnittlige brutto driftsutgifter i kommunale ordinære barnehager, familiebarnehager og åpne barnehager.

Det fremgår av Telemarkforsking's rapport («TF-rapport») nr. 265 at begrunnelsen for departementets ønske om å innføre en påslagssats skyldes de praktiske problemene som var forbundet med å rapportere administrasjonskostnadene. De forskjellige kommunene førte administrasjonskostnadene på forskjellig måte, og dette innebar ulikheter og vilkårlighet i rapporteringen. Det var altså ikke meningen å endre på nivået på tilskuddene, eller svekke likebehandlingen mellom kommunale og private barnehager: Det var praktiske årsaker til endringen.

Det foreligger ikke en grundig begrunnelse av satsen på 4,3 %. Den er i hovedsak basert på en spørreundersøkelse, hvor barnehagepersonell ble bedt om å svare på hvilken andel av tiden de brukte til administrative oppgaver. I tillegg er det vist til beregningsmodeller brukt i Trondheim og Bergen, men uten noen vurdering av om disse modellene får med alle kostnadene. TF-rapporten har referert til tidligere rapporter fra Econ-Poyri og Furst-Høverstad, som beregnet vesentlig høyere administrasjonskostnader i kommunene, men dette ble ikke tillagt vekt ved fastsettelse av satsen i Forskriften § 5.

NHO Geneo mener at finansieringsmodellen for administrasjonskostnader kan justeres ved å fastsette en nasjonal sats for administrasjonskostnader som samsvarer med det faktiske nivået for administrasjonskostnader i kommunale barnehager. Dette kan gjøres ut ifra en helhetlig analyse av regnskapsdata for alle, eller utvalgte kommuner. På den måten kunne man oppstille et korrekt satsnivå for de faktiske administrasjonskostnadene i kommunale barnehager.

3.4 Pensjon

I Forskriften § 4 er pensjonspåslag til private barnehager satt til en bestemt prosentsats av lønnsutgiftene i de kommunale ordinære barnehagene, fratrukket pensjonsutgift og arbeidsgiveravgift på pensjonsutgiften. Fra og med tilskuddsåret 2016 ble kommunale pensjonsutgifter holdt utenfor beregningsgrunnlaget som ligger til grunn for tilskudd til private barnehager. Prosentsatsen har blitt gradvis redusert de seneste årene, fra tidligere 13 % til nåværende 10 %.

Sjablongmessig pensjonspåslag tar ikke hensyn til de reelle pensjonskostnadene i kommunale barnehager. Regnskapstall for kommunene viser at kommunen reelt sett har betydelig høyere pensjonsutgifter i snitt i de kommunale barnehagene, enn de private barnehagene gis i pensjonspåslag.

Begrunnelsen for omleggingen var de faktiske pensjonskostnadene i de private barnehagene. Etter barnehageloven § 19 er det imidlertid kostnadsnivået i de kommunale barnehagene som skal legges til grunn. Det er heller ingen vesentlig forskjell i pensjonsytelsene i de private og kommunale barnehagene, og derfor ingen grunn til å legge ulik finansiering til grunn.

At private barnehager har insentiver til å forhandle seg frem til gode pensjonsavtaler til lavest mulig pris er i samfunnets interesse. All den tid det kun er forvaltningskostnaden for pensjonsavtalene som er ulik for private og kommunale barnehager, og ikke det pensjonsavtalene betaler ut i ytelser, så må likeverdighetsprinsippet ligge til grunn for finansieringsplikten. Pensjonsytelsene til de ansatte i private barnehager er på samme nivå som eller høyere enn pensjonsytelsene til ansatte i kommunale barnehager. Hadde pensjonsytelsene i de private barnehagene vært lavere enn pensjonsytelsene i de kommunale barnehagene, så hadde de private barnehagene levert noe annet enn de kommunale barnehagene. En slik forskjell hadde åpnet for justeringer av tilskuddsnivået og ulik finansiering, men det er ikke tilfellet.

Der de kommunale barnehager får dekket sine faktiske pensjonskostnader per oppholdstime, så viser beregninger at over halvparten av medlemsbarnehagene i Private Barnehagers Landsforbund («PBL») ikke fikk dekket sine faktiske pensjonskostnader med dagens prosentsatser for pensjonspåslag.

Departementet har vist til Forskriften § 4a, som oppstiller en søknadsordning for private barnehager, med høye pensjonsutgifter som ikke dekkes av pensjonstilskuddet. Denne er imidlertid begrenset, slik at det bare er private barnehager som har inngått pensjonsavtaler før 1. januar 2019 som omfattes av ordningen. Intensjonen bak ordningen var å sikre alle barnehager like økonomiske rammevilkår, og gi private barnehager med høye pensjonsutgifter mulighet til å få dekket sine faktiske kostnader. I etterkant har både staten og kommunene praktisert Forskriften slik at selv reforhandling av eksisterende pensjonsavtaler faller utenfor virkeområdet til søknadsordningen. Det har som konsekvens at alle PBLs medlemsbarnehager som har fremforhandlet ny pensjonsavtale etter utløpet av tariffavtaleperiodene ikke er i en søknadsposisjon. NHO Geneo stiller spørsmål ved om det faktisk har vært lovgivers intensjon å opprette en søknadsordning som ikke gir incentiv til å fremforhandle endringer i pensjonsavtalene for de ansatte i private barnehager.

NHO Geneo er kjent med at PBL på vegne av sine medlemsbarnehager i 2022 og 2023 søkte om å få dekket pensjonskostnader på totalt kr 211 millioner. Dette har blitt avslått med begrunnelse i at PBL sin pensjonsavtale er inngått etter 2019. Omleggingen av PBLs pensjonsordning trådte i kraft 1. januar 2020, og innebærer at ansatte som er født i 1968 eller senere, samt alle nyansatte etter 1. januar 2020, omfattes av en hybridpensjon tilpasset dagens regelverk. Ansatte som er født før 1968 opptjener imidlertid fortsatt pensjonsrettigheter i PBLs lukkede ytelsespensjon. Endringen av PBLs pensjonsordning skjedde samtidig med endringen av den offentlige tjenestepensjonsordningen.

Det har formodningen mot seg at lovgivers intensjon har vært å begrense tariffpartenes muligheter til å tilpasse en utdatert pensjonsordning med endringer i folketrygd og levealdersjusteringer.

NHO Geneo mener primært at likebehandlingsprinsippet må oppfylles ved beregning av kostnadselementet pensjon til de private barnehagene. Dette kan gjøres ved å ta utgangspunkt i de kommunale barnehagenes reelle pensjonskostnader som er enkelt tilgjengelig. Subsidiært, om

beregningsmetoden for pensjon skal opprettholdes, så mener NHO Geneo at satsen må justeres slik at det samsvarer med de faktiske pensjonskostnadene til de kommunale barnehagene.

I alle tilfelle mener NHO Geneo at Forskriften § 4a må endres slik at ordlyden «pensjonsavtale inngått før 1. januar 2019» tas bort. Dette har betydelige konsekvenser for flere barnehager som nå vurderer å avvike sin virksomhet. Departementet bør derfor fremlegge presisering av søknadsordningen innen første halvdel av 2024 for å unngå nedleggelse av flere barnehager. Det bør også presiseres at kommunens tak for hva de private barnehagene kan søke dekning innenfor skal være kommunens pensjonskostnader før bruk av premiefond.

3.5 Kapitalkostnader

Kapitaltilskuddet i Forskriften § 6 bygger på en sjablong og er fastsatt som et standardbeløp per heltidsplass. Standardbeløpet varierer etter hvilket intervall for godkjenningsår som er fastsatt for den enkelte private barnehage. Tilskuddet skal dekke barnehagens eiendomskostnader (rente- og avskrivninger/husleie). Kostnader til drift av eiendom inngår i beregning av driftstilskuddet.

Gjeldende regler for kapitaltilskuddet trådte i kraft 1. januar 2016. Etter det tidligere systemet kunne kommunene velge om de ville benytte en sjablongsats fastsatt av departementet, eller beregne kapitaltilskuddet basert på egen kommunes faktiske kapitalkostnader til barnehagene.⁷

Bakgrunnen for at systemet ble lagt om var dels at de aller fleste kommunene tidligere valgte sjablongsatsene, og dels fordi det var mer krevende for kommunene å beregne tilskudd ut fra egne kapitalkostnader. Kommuner som beregnet tilskuddssatsene ut fra kapitalkostnader til egne barnehager kunne enten gjøre det ut ifra oversikt over historisk anskaffelseskost for de investeringene som var gjort i barnehagebygg i kommunen, eller ved å foreta en ny verddivurdering av de kommunale barnehagebyggene, om de ikke hadde tilstrekkelig oversikt over historisk anskaffelseskost.

Utgangspunktet var og er at private barnehager skal få økonomisk likeverdige tilskudd per heltidsplass for alle kostnadselementer i barnehagetilbudet som tilsvarende kommunale barnehager får i den enkelte kommune. Det kommer frem av forarbeidene at det ble lagt til grunn at en omlegging til kun nasjonale sjablongsatser ville gi «*veldig små faktiske utslag i kroner og øre*».⁸ Det har vist seg å ikke være en korrekt forutsetning.

TF-rapport nr. 333⁹, s. 9–11 bekrefter at satsene for kapitaltilskudd ikke oppfyller likebehandlingsprinsippet, jf. barnehageloven § 19, da det ikke tas utgangspunkt i kommunenes kapitalkostnader i egne kommunale barnehager:

Forskriften om likeverdig behandling ved tildeling av offentlige tilskudd til ikke-kommunale barnehager er i utgangspunktet helt tydelig basert på et prinsipp om at private barnehager skal få samme finansiering per oppholdstime (eller per plass) som kommunale barnehager. Vi kan kalle et slikt prinsipp for «streng likebehandling». Streng likebehandling innebærer at det kun er kommunale kostnader som er relevante. Når en har beregnet hvor høye kostnadene i de kommunale barnehagene er, sitter en automatisk med fasiten på hvor mye finansiering de private barnehagene skal få, simpelthen fordi de private barnehagene skal få akkurat lik finansiering som de kommunale. Begrepet treffsikkerhet er da egentlig helt irrelevant.

En del av problemstillingene som beskrives i Kravspesifikasjonen for dette prosjektet, er da også klare eksempler på at streng likebehandling ikke nødvendigvis er et absolutt prinsipp. Dette fordi flere av problemstillingene som beskrives om kapitalkostnader eller

⁷ Høringsnotat av 22. mai 2015, punkt 3.3.1 Gjeldende rett, Utdanningsdirektoratet

⁸ Høringsnotat av 22. mai 2015, punkt 3.3.2, Kommunens beregningsgrunnlag - nasjonal sats eller egen beregning, Utdanningsdirektoratet

⁹ TF-rapport nr. 333, s. 9-11

pensjonsutgifter/pensjonskostnader vil være lite relevante dersom det uansett skal praktiseres «streng likebehandling», som definert ovenfor.

Dersom man åpner for korreksjoner basert på kostnadsnivået i private barnehager i beregningen av hvilken finansiering de private barnehagene skal få, trår vi over en prinsipiell grense og beveger oss definitivt bort fra streng likebehandling. En eventuell differensiering av kapitaltilskudd ut fra private barnehagers byggeår (Kravspesifikasjonens punkt 1.1) er et godt eksempel på dette.

Det er godt dokumentert at de reelle kommunale kapitalkostnadene er vesentlig høyere enn tilskuddssatsene for kapitaltilskuddet.¹⁰ Det er grunn til å tro at de største faktorene er følgende:

- Forutsetningen for beregningene er feil. Det legges til grunn at byggekostnadene for kommunale og private barnehager er like. Denne forutsetningen er feil. Byggekostnadene for kommunale og private barnehager er ikke like.¹¹
- TFs metodikk tar ikke høyde for kostnader til oppgraderinger, ombygginger e.l. (utover utskifting av inventar og utstyr hvert tiende år). For eldre barnehager vil dette være en vesentlig feilkilde.
- Beregningen av kapitalkostnader gjøres per godkjent barnehageplass. Det er altså det antallet barn barnehagen er godkjent for som kostnaden deles på. Metodikken forutsetter derfor at barnehagene er fullt belagt. Kapitalkostnadene er i all hovedsak uavhengige av barnehagens belegg. Rentekostnaden vil være nøyaktig den samme.
- Kapitaltilskuddet hensyntar ikke markedsleie for barnehagebyggene. Kapitaltilskuddet er likt for hele landet, selv om det er store forskjeller på leiepriser mellom tettbygde strøk og mindre tettbygde områder. I utleiemarkedet er det ingen utleiere som tilbyr en slik leiepris som legges til grunn i satsen for kapitaltilskudd, enten utleier er en privat eller offentlig virksomhet.
- Kommunenes faktiske byggekostnader hensyntas ikke i beregningen.
- Avskrivningstiden samsvarer heller ikke med kommunenes egne livssyklus-kostnader for bygg. For å kunne opprettholde lovlig drift må det gjøres større tiltak før det er gått 40 år.
- Vedlikehold av barnehagebygg skal i teorien dekkes gjennom driftstilskuddet, men dette ivaretas ikke gjennom dagens system. Kommunene har et enormt vedlikeholdsetterslep på sine barnehager, og fører rehabilitering i investeringsbudsjettet. Det gjør at vedlikeholdskostnader ikke blir tatt inn i satsberegningsgrunnlaget til de private barnehagene.

Videre betaler kommunene for tilgjengelig kapasitet i de kommunale barnehagene ved å dekke kostnaden for ledige godkjente heltidsplasser, mens de private barnehagene kun gis kapitaltilskudd for benyttede heltidsplasser. På den måten får private barnehager en kapasitetsrisiko de må betale for i de tilfeller barnehagen har tomme heltidsplasser, selv om disse er godkjent av kommunen, mens de kommunale barnehagene får dekket den tilsvarende kostnaden for sin kapasitetsrisiko. Denne forskjellsbehandlingen har kommet til uttrykk i kommunenes praktisering av Forskriften, og er ikke noe som fremgår uttrykkelig av verken barnehageloven, Forskriften eller forarbeidene.

Barnehagesektoren har i lang tid påpekt underfinansieringen av eiendoms-kostnader. NHO Geneo mener at dagens finansieringsmodell for kostnadselementet kapital strider mot likebehandlingsprinsippet i barnehageloven § 19. Nivået på satsene for kapitaltilskudd gjør at de private barnehagene ikke settes i stand til å oppfylle krav etter byggetekniske forskrifter.

¹⁰ Se bl.a. Agenda Kaupang-rapport: Forskjellen på hvor mye private og kommunale barnehager koster det offentlige, Telemarksforskning-rapport: Kostnader i barnehagene 2020

¹¹ Rambøll-rapport, *Byggekostnader i kommunale og private barnehager*, juni 2017

Barnehagene settes i en situasjon hvor de må ta av andre midler, f.eks. driftstilskudd, for å forvalte barnehagebygget i tråd med offentligrettslige krav. Det gjør at de private barnehagene får mindre finansiering per barnehagebarn enn tilsvarende kommunale barnehager. En slik innretning av finansieringen forskjellsbehandler barn i private barnehager og barn i kommunale barnehager. På sikt vil en slik innretning redusere kvaliteten i barnehagene, og føre til et A- og et B-lag i barnehagesektoren.

NHO Geneo mener at finansieringsmodellen for kostnadselementet må justeres, slik at finansieringen av private barnehagers eiendomskostnader er likeverdig med finansieringen av kommunale barnehagers eiendomskostnader. En slik modell må justeres for myndighetenes egne krav til byggforvaltning.

Norconsult har i sitt premissnotat *Bærekraftig drift av barnehagebygg*¹² vurdert hvilke rammebetingelser som er nødvendige for å etterleve myndighetenes forvaltnings- og kvalitetskrav til barnehagebyggene. Deres vurdering er at dagens modell har flere elementer som direkte eller indirekte svekker muligheten til å drive bærekraftig utvikling av bygningsmassen og skape barnehager med god kvalitet.

Norconsult har pekt på to alternative modeller for finansiering av private barnehagers eiendomskostnader:

- En modell med stykkpris/sjablong:

En forenklet modell med «stykkpris», f.eks. X kr pr godkjent barnehageplass differensiert på alder (0-2 og 3-6 år). Kvalitetskrav for barnehagedrift og bygg sikres gjennom allerede eksisterende «hjemler», kombinert med tilsynsordning, eventuelt supplert med en «kvalitetsanvisning». Modell vil være enklere å forstå, er ikke basert på kritisk beregningsgrunnlag, blir likebehandlet i kommuner og er universell uavhengig av barnehagenes organisering. Ulik størrelse, mangfold og geografiske forskjeller kan løses med korreksjonsfaktorer. For å gi incentiver til bærekraftig byggforvaltning, kan sjablong suppleres med «premiering» i form av tilleggstilskudd.

- En modell med incentiver til god forvaltning av barnehagebygg hvor følgende faktorer inngår:

Her forutsettes å kunne påvirke kvaliteten i barnehagebyggene gjennom tilskuddsmodell der faktorer tas inn: Skille bygningsdrift og barnehagedrift, definere ambisjonsnivå i bygg og vedlikehold av disse, gjenspeile kapitalkostnad og kostnad til FDVU iht. NS 3454 Livssyklus-kostnader for byggverk, legge til grunn anerkjente nøkkeltall for kostnad, hensynta både leke- og oppholdsareal (LOA) og bruttoareal (BTA), premiere bærekraft, arealeffektivitet, standard og pedagogisk funksjonalitet, samt bruke korreksjonsfaktorer som ivaretar mangfold og geografiske forskjeller. Prinsipp 2 krever nærmere utredning, men likebehandling må stå i sentrum. Tross sammensatt modell, er det risiko i at en detaljert modell vil kunne slå feil ut uansett, da den er komplisert å beregne og man er avhengig av mange parametere og riktig input for å gi rett resultat.

NHO Geneo mener at departementet bør utrede modellene Norconsult har fremlagt i det pågående arbeidet med justeringer av finansieringsmodellen.

3.6 Oppsummerende betraktninger

NHO Geneo mener at det er behov for å justere finansieringssystemet, slik at det oppfyller likebehandlingsprinsippet. Det fordrer at departementet foretar en helhetlig gjennomgang av alle kostnadselementer som inngår i finansieringen av private barnehager, og gjør justeringer som trengs

¹² <https://www.pbl.no/globalassets/dokumenter/ubeskjttet/rapporter/premissnotat---pbl-finansieringsmodell-18.10.2023.pdf>

for å få økonomisk likeverdige rammevilkår, slik vi har redegjort for ovenfor. Det er en slik gjennomgang barnehagesektoren har etterspurt i flere år.

I stedet ser vi at departementet fortsetter siste års utvikling med stadig lavere tilskuddsnivå. De fremlagte lovendringsforslagene av barnehageloven §§ 19 og 23 tar vekk all forutsigbarhet og driftsgrunnlag for private barnehager. Dette er i strid med lovgivers forpliktelser over flere år etter barnehageforliket, hvor det ble laget en opptrappingsplan for offentlige tilskudd for å kunne gi private barnehager 100 % likeverdige tilskudd fra 2016.

I 2022 hadde ordinære private barnehager i gjennomsnitt en resultatmargin på 0,1 %. Selv tilsynelatende små endringer i rammevilkårene vil derfor gi dramatiske konsekvenser for barnehagenes driftsgrunnlag med den usikkerhet det medfører for barnehageansatte, barna og foreldrene

Til sammenligning har Econ anslått at netto driftsresultat bør ligge på 3–3,5 % av driftsinntektene for en gjennomsnittskommune for en bærekraftig økonomi.¹³ Velferdstjenesteutvalget la til grunn at et rimelig driftsresultat for en barnehage er på 3–5 %. De private barnehagenes driftsoverskudd ligger også betraktelig under minstemål for økonomisk bærekraft anbefalt av Teknisk beregningsutvalg.

Figuren under viser utviklingen i private barnehagers drifts- og resultatmargin de siste årene:



De økonomiske reguleringene som har kommet de siste årene har kun rammet private barnehager, ikke kommunale barnehager. Tall fra Utdanningsdirektoratet viser virkningen det har for barnehagesektoren. I 2022 var 99 av 106 nedlagte barnehager private. Fra 2017 til 2022 har det blitt 338 færre private barnehager og 117 færre kommunale barnehager. Fra 2017 til 2022 har det vært en nedgang på 4 572 barn i kommunale barnehager og en nedgang på 8 009 barn i private barnehager.

Private barnehager har ikke økonomisk bærekraftige rammevilkår med dagens finansieringsmodell etter siste års stadige kutt i driftstilskuddene.

4 Mangelfullt kunnskapsgrunnlag til grunn for forslagene i høringsnotatet

4.1 Innledning

Høringsnotatet bærer preg av påstander som ikke er forsøkt dokumentert av departementet.

¹³ <https://www.ks.no/contentassets/6c2ecded9b384e3e9985c91d572894d8/rapport.pdf>

Departementet anfører f.eks. på høringsnotatets s. 18, at omleggingen av finansieringssystemet er nødvendig fordi dagens finansieringsmodell med likebehandling kan gå utover kvaliteten i kommunens tilbud til barnehagebarn, samtidig som det ikke er ressurseffektivt for det offentlige.

NHO Geneo er opptatt av at man legger korrekt faktum til grunn for lovendringer. Såpass inngrepene påstander rettet mot halve barnehagesektoren i Norge bør ikke fremlegges uten dokumentasjon. Alt kunnskapsgrunnlag man har viser at barnehageforliket har gitt god effekt på kvaliteten i norske barnehager. Foreldreundersøkelsene de siste åtte årene viser at foreldrene er godt fornøyd med barnehagene i Norge, både private og kommunale.¹⁴ De private barnehagene scorer noe høyere på spørsmål om barnehagens rammebetingelser, slik som lokaler, leker, utstyr og bemanningstetthet.

At velferdsmiks og et finansieringssystem med økonomisk likbehandling av kommunale og private barnehager er mer ressurseffektivt for det offentlige er også godt dokumentert. Flere forskningsrapporter har konkludert med at bruken av private barnehager har gitt en betydelig samfunnsøkonomisk gevinst.¹⁵ Det er derfor ikke mulig å forstå hvordan departementet kan konkludere med at dagens finansieringssystem ikke er ressurseffektivt for det offentlige.

I punkt 4.2–4.3 vil NHO Geneo gå gjennom svakhetene i departementets kunnskapsgrunnlag. Deretter vil vi i punkt 4.4 redegjøre for den manglende konsekvensutredningen av forslagene i høringsnotatet. Mangelfullt kunnskapsgrunnlag virker også inn på de juridiske vurderingene i høringsnotatet. Dette utdypes i punkt 5.

4.2 BDO-rapporten

4.2.1 Innledning

Departementet har lagt BDO-rapporten *Finansiering og regulering av private barnehagers eiendomskostnader 2016-2021*, 25. september 2023 til grunn som kunnskapsgrunnlag for de foreslåtte endringene av finansieringssystemet.

Mandatet for BDO-rapporten var å belyse hvor mye av kapitalkostnadene i de private barnehagene som er dekket av dagens kapitaltilskudd (dekningsgrad). NHO Geneo vil i det følgende påvise vesentlige feilberegninger og metodeavvik i BDOs rapport.

Tabellene er utarbeidet i forbindelse med det pågående Barnehagesøksmålet ved Oslo tingrett om gyldigheten av Forskrift om tilskudd til private barnehager. Det er benyttet tilsvarende tallgrunnlag som BDO har anvendt, og består av tall fra KOSTRA og utdanningsdirektoratet (BASIL).

4.2.2 BDOs beregning av mottatt kapitaltilskudd

BDO har benyttet de nasjonale satsene for kapitaltilskudd og satsene for aldersgrupperinger i henhold til barnehagenes siste godkjenningsår. BDO har imidlertid ikke gått inn på hva barnehagene faktisk har mottatt i kapitaltilskudd.

I BDO-rapportens kapittel 3.1.1, s. 9 fremgår følgende:

Mottatt kapitaltilskudd per barnehage er beregnet ved å ta utgangspunkt i barnehagens siste godkjenningsår og antall heltidsplasser i barnehagen. Som tidligere nevnt er BDO klar over at dette er en forenklet beregning [Vår understreking], men er per dags dato ikke kjent med en

¹⁴ Se bl.a. https://www.pbl.no/globalassets/dokumenter/ubeskyttet/rapporter/menon-rapport_62_2023_private-barnehagers-samfunnsverdi.pdf, EPSI Norge: Utdanningssektoren 2022 og <https://www.udir.no/tall-og-forskning/statistikk/statistikk-barnehage/analyser/9-av-10-foreldre-er-fornoyde-med-barnehagetilbudet/>

¹⁵ Se f.eks.: <https://www.menon.no/wp-content/uploads/2023/62-Den-samfunnsokonomiske-verdien-av-private-barnehager.pdf>

Samlet og strukturert data på faktisk mottatt kapitaltilskudd blant ordinære barnehager er tilgjengelig.

Problemet med denne metodiske tilnærmingen er at BDO anser siste godkjenningsår som utgangspunkt for kapitaltilskuddet. Dette er ikke riktig, og avviker også fra metoden TF benytter for beregning av kapitaltilskuddet i oppdrag for staten årlig, jf. bl.a. TF-rapport nr. 698 kapittel 2.2.1, s. 20:

Kostnaden er fordelt på investeringsår basert på Husbankens statistikk for nyoppførte barnehager.,

(..)

...prosjekter med færre enn 40 plasser er holdt utenfor fordi det er sannsynlig at mange av disse prosjektene gjelder utvidelser som feilaktig er registrert som nyoppføringer. For 2020 inngår 12 prosjekter etter disse utvalgskriteriene.

Selv om utvalgsmetoden gjelder for regnskapsåret 2020, har TF året etter basert seg på tilsvarende metode, jf. TF-rapport nr. 722, kapittel 1.3.3, s. 14.

BDO bruker et konstruert tallgrunnlag i sine analyser, da de ikke er «kjent med (om) en samlet og strukturert data på faktisk mottatt kapitaltilskudd blant ordinære barnehager er tilgjengelig». Det faktiske tallgrunnlaget er lett tilgjengelig for departementet, som også er oppdragsgiver for TF, som beregner satsene for kapitaltilskudd årlig. Det kan se ut til at departementet har valgt å ikke gjøre faktisk tallgrunnlag kjent for BDO i deres bestilling av kunnskapsgrunnlag. Dette er sterkt kritikkverdig da det konstruerte tallgrunnlaget avviker vesentlig fra det faktiske tallgrunnlaget, og tallanalysene basert på konstruerte tall legges til grunn i forslaget til ny finansieringsordning.

I praksis vil påbygg eller utvidelser, som medfører økt godkjent leke- og oppholdsareal, medføre ny tilskuddssats på kapital, men kun for den utvidede delen. For den delen av barnehagen som gjelder opprinnelig godkjenning, gjelder fremdeles den tidligere satsen. Kommunen vil da utarbeide to kapitaltilskudd, ett for tidligere godkjennelse, og ett som omfatter den utvidede delen.

For øvrig kan også følgende handlinger medføre ny godkjenning, uten at dette påvirker kapitalsatsen:

- Innvendige tilpasninger av leke- og oppholdsareal
- Oppdatering/erstatning av midlertidige godkjenninger
- Andre oppdateringer basert på befaring og krav fra kommunen

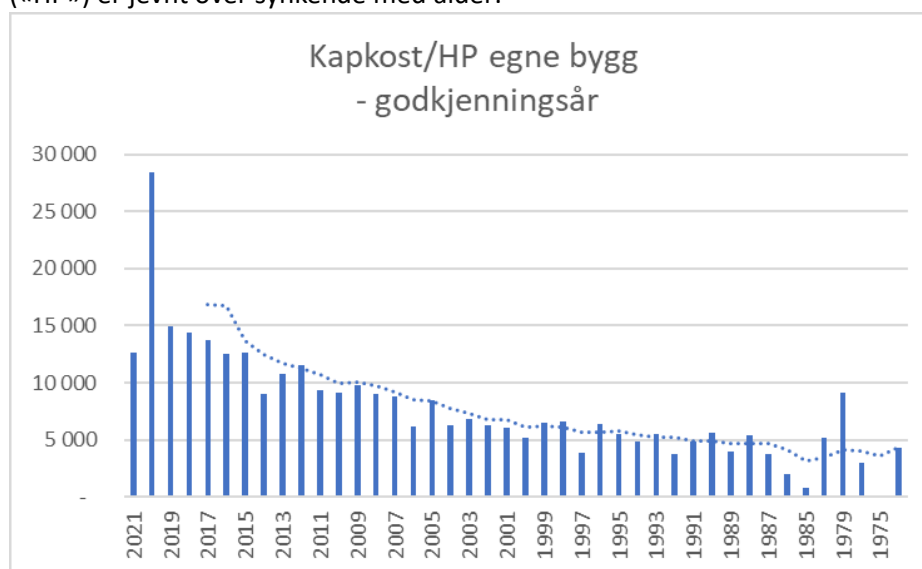
Basert på uttrekk fra BASIL er 509 private ordinære barnehager registrert med ny godkjennelsesdato i perioden 2016–2021. Fra Husbankens database, som er grunnlaget for kapitaltilskuddet, er det imidlertid kun 124 barnehager som har fått lånetilsagn i samme periode. Av disse er kun 64 barnehager registrert med et tilsagnsbeløp over MNOK 20, og som kan regnes som et nybygg.

Det er derfor vesentlig forskjell mellom det tallgrunnlaget BDO benytter i sin analyse for «mottatt» tilskudd, og det som Husbanken benytter i sitt grunnlag for beregning av kapitalsats. I BDO-rapporten medfører dette at barnehagene registreres med et høyere kapitaltilskudd enn det de faktisk mottar. Dette gjelder ikke bare barnehagene som eier egne bygg, men også barnehageselskapene som leier internt/eksternt. Dette er en betydelig feilkilde som medfører at dekningsprosenten som BDO presenterer kommer ut vesentlig høyere i alle kategorier.

4.2.3 BDOs beregning av kapitalkostnad

BDO har beregnet kapitalkostnadene for egne bygg med utgangspunkt i de private barnehagenes årsmeldinger fra BASIL: post 6000 – Avskrivninger, post 8160 – Andre finanskostnader, og post 6300 – Eventuell leiekostnad.

- Vesentlige investeringer som medfører økt godkjent areal ble tidligere Husbankfinansiert. Husbankens risikovurdering knyttet til låneopptaket var gjeldsbetjeningsvevnen sett i lys av behov for nye barnehageplasser i kommunen og det inntekspotensialet dette medførte. I enkelte tilfeller kunne også Husbanken bidra med delvis/full finansiering av større rehabiliteringsprosjekter for eldre bygg. Hvor mye av disse investeringene som eventuelt ble lånefinansiert er usikkert. I alle andre tilfeller er investeringene i privat sektor egenkapitalfinansiert. Det vil i praksis si at avskrivningene for disse investeringene er inkludert i kapitalkostnaden (post 6000), mens kostnadene knyttet til finansieringselementet (rentekostnaden) er utelatt. Etter hvert som byggene blir eldre og reinvesteringene økes for å ivareta byggets beskaffenhet, vil den bokførte kapitalkostnaden være underrapportert. BDO har ikke tatt hensyn til dette, og indirekte antatt at egenkapital ikke er en kostnad.
- BDO har i sine analyser vurdert dekningsgraden av egne bygg som et gjennomsnitt, og uavhengig av alder på bygget. Dette er en vesentlig forenkling ettersom det forekommer betydelige variasjoner mellom nyere og eldre bygg. NHO Geneo har gjennomført egne analyser som viser at kapitalkostnaden per ukorrigert heltidsplass («HP») er jevnt over synkende med alder:



Tidsserien viser byggekostnad for godkjenningsår før barnehageforliket i 2003 på kr 5 000–6 000 per HP, beregnet til kr 5 691 per HP. Etter barnehageforliket er byggekostnad økende frem til i dag. Kapitaltilskuddet i denne tidskategorien er på kr 8 000 per HP, hvilket vil medføre at gjennomsnittlig dekningsgrad trekkes opp.

Som tidligere nevnt vil bruk av godkjenningsår som utvalgsriterium medføre noen tilfeldige utslag på kapitalkostnaden i de senere årene, ref. årene 2013–2021. Tar en f.eks. bort de barnehagene som ikke er basert på nybygg ut av utvalget, vil dette opplagt trekke opp kapitalkostnaden per HP.

4.2.4 Beregning av BDOs datagrunnlag og gruppering av dekningsgrad

BDOs beregning av dekningsgrad på 110 % nyanseres ved å gruppere datagrunnlaget i tilsvarende kategorier som TF utarbeider i forbindelse med deres beregning av de nasjonale satsene for kapitaltilskudd. I tillegg har vi inkludert kategoriene før og etter barnehageforliket i 2003. Dette viser dekningsgrad med en slik metode for barnehager med egne barnehagebygg:

Godkjenningsår	Kapitaltilskudd pr UHP	Kapitalkostnad*	Dekningsgrad
->2012	8 000	8 097	99 %
2013-2015	14 500	10 797	134 %
2016-2018	17 300	13 188	131 %
2019-2021	18 100	20 156	90 %
-> 2003	8 000	5 691	141 %
2004-2012	8 000	9 078	88 %
Alle	11 744	10 363	110 %

* Beregning av kapitalkostnaden har tatt utgangspunkt i tilsvarende datagrunnlag som BDO, slik at det er sammenlignbart.

- Som tabellen viser, er det stor forskjell mellom dekningsgraden før og etter 2003. Dekningsgraden før 2003 er på 141 % og kun 88 % i perioden mellom 2004 og 2012.
- Den høye dekningsgraden etter 2013 skyldes feil bruk av godkjenningsår i utvalget BDO benytter. Ettersom TF har benyttet kostnadsdekning som prinsipp, og uten reinvesteringer i perioden, kan denne ikke bli høyere enn 100 %.

4.2.5 Oppsummering

Følgende feilkilder og avvik i BDO-rapporten må medføre at den ikke kan legges til grunn som kunnskapsgrunnlag i vurderingen av dagens finansieringssystem:

- BDO benytter et konstruert tallgrunnlag for hva de private barnehagene har mottatt i kapitaltilskudd, som avviker betydelig fra det faktiske tallgrunnlaget som er tilgjengelig for departementet.
- Det er vesentlig forskjell mellom det tallgrunnlaget BDO benytter i sin analyse for «mottatt» tilskudd, og det som Husbanken benytter i sitt grunnlag for beregning av kapitalsats. I BDO-rapporten medfører dette at alle barnehagene registreres med et høyere kapitaltilskudd enn det de faktisk mottar. Dette gjelder ikke bare barnehagene som eier egne bygg, men også barnehageselskapene som leier internt/eksternt.
- BDO har ikke tatt hensyn til reinvesteringer basert på egenkapitalfinansiering, og kun inkludert bokførte rentekostnader.
- BDO har kun foretatt en snittbetragtning av dekningsgraden, uavhengig av alder. Basert på tilsvarende datagrunnlag som BDO benytter, fremkommer det imidlertid et tydelig bilde på forskjeller av dekningsgraden mellom eldre og nyere barnehager. Dette fremgår ikke av BDOs rapport.
- BDO benytter feil metode for beregning av kapitaltilskuddet. Metodikken som er brukt i deres regnskapsanalyser avviker fra TFs beregningsgrunnlag, som Staten har fremholdt som beregningsgrunnlaget for de sjablongmessige satsene for kapitaltilskudd. Beregning av dekningsgraden vil derfor slå feil ut, og i dette tilfellet gir det et urealistisk høyt nivå på dekningsgraden for kapitaltilskuddet.

4.3 Analyser fra Velferdstjenesteutvalget og Storberget-utvalget

Departementet har i stor grad brukt problembeskrivelser og forslag skissert av Velferdstjenesteutvalget i NOU 2020:13 *Private aktører i velferdsstaten*. og Storberget-utvalget. Dette gjelder de mest inngripende forslagene for private barnehagers mulighet til å drive barnehager, slik som avvikling av nasjonale regler om likebehandling av private og kommunale barnehager, og tidsbegrensning av private barnehagers godkjenninger.

En forutsetning departementet legger til grunn på sviktende grunnlag er høy lønnsomhet i barnehagesektoren. Dette stemmer ikke. Velferdstjenesteutvalget legger selv til grunn at et rimelig driftsresultat for en barnehage er på 3–5 %. Den faktiske situasjonen for private barnehager, med dagens finansieringsmodell, er en fortjenestemargin på 1,1 % og gjennomsnittlig årsresultat på 0,1 %.

Storberget-utvalget var et hurtigarbeidende partssammensatt utvalg. Medlemmet fra PBL som var tettest på barnehagesektoren tilhørte mindretallet i vurderingen av forslagene som ble fremlagt. Storberget-utvalget skulle opprinnelig se nærmere på kostnadselementene barnehagesektoren hadde påpekt ga en systematisk underfinansiering, slik som kapitaltilskuddet. Deres vurdering av kostnader tok i stedet utgangspunkt i deres forståelse av lønnsomheten til de private aktørene som leverer tjenestene, hvor inntekter fra eiendomsinvesteringer og inntekter fra barnehagedrift ble blandet sammen. Ut ifra en slik tilnærming ble det på sviktende grunnlag konkludert med stor lønnsomhet for private barnehager. Det ble ikke vurdert hva alternativkostnaden ville vært for det offentlige om kommunene skulle stått for barnehage tilbudet som dekkes av private i egen regi.

Departementet har lagt til grunn et utdatert og snevert tallgrunnlag for å skissere en problembeskrivelse som passer til de politiske målene i regjeringens barnehagestrategi. Når man blander faganalyser og politikk på den måten, så risikerer man dramatiske konsekvenser for det som i dag er et velfungerende barnehage tilbud i Norge.

Departementet foreslår f.eks. å gi kommunene hjemmel til å omfordele en pott på 20 % av driftstilskuddet til private barnehager. Det utgjør om lag kr 5 milliarder. Bruker kommunene handlingsrommet departementet vil gi hjemmel til, er det en sikker oppskrift på avvikling av de private barnehagene. Om en kommune velger å redusere tilskuddssatsen med så lite som kr 175 per måned per barn for å forfordele private barnehager etter f.eks. deres selskapsstruktur, er det nok til å frata private barnehager driftsgrunnlaget. Det betyr konkurs og at det offentlige vil få enorme utgifter til å bygge opp et nytt offentlig barnehage tilbud i Norge. Disse virkningene har departementet verken adressert eller utredet nærmere i høringsnotatet.

4.4 Rapport om implementering av rammeplan for barnehagen- *Fra «bør» til «skal»*

Rapporten *Fra «Bør» til «skal»*¹⁶ er utarbeidet på oppdrag fra Utdanningsdirektoratet. Norwegian Research Centre («NORCE») har i samarbeid med Universitetet i Bergen («UiB») og Høgskulen på Vestlandet («HVL») evaluert hvordan rammeplanen for barnehager virker i praksis.

Høringsnotatet adresserer flere steder reguleringer med formål å sikre at rammeplanen følges opp. NHO Geneo reagerer på at departementet ikke legger sitt eget kunnskapsgrunnlag om rammeplanen til grunn i deres vurderinger av hvilke reguleringer som trengs for å sikre at flere barnehager følger opp rammeplanens krav.

¹⁶ https://www.udir.no/contentassets/f133aa6fa37e408790ee6498233a2de8/norce_2023_fraboertilskal_rammeplan_for-_barnehage.pdf

Rapporten¹⁷ viser at eierform har betydning for oppfølging av rammeplanen. Den viser f.eks. at skriftliggjøring og rutiner er et viktig tiltak for å heve kvaliteten på barnehagetilbudet. Dette ses gjennom den statiske effekten man ser av rutiner og skriftliggjøring opp mot foreldres tilfredshet i brukerundersøkelser. Der finner rapporten at kommersielle barnehager i større grad følger det opp enn små ideelle barnehager:

Hele 19 prosentpoeng skiller mellom de kategoriene av barnehager hvor flest i stor grad skriftliggjør rutiner knyttet til progresjon, og de med den laveste andelen. I kommersielle, store barnehager er disse rutinene skriftliggjort i 84 prosent av barnehagene, mens 65 prosent av små ideelle barnehager har skriftliggjort rutiner for progresjon.

Videre finner rapporten at styreere i private kommersielle barnehagekjeder opplever i størst grad at eier er tett på, men barnehager med ideelt eierskap erfarer i minst grad at eier involverer seg i arbeidet. Kommunalt ansatte styreere opplever at eier involverer seg mindre enn i de kommersielle, men mer enn i de ideelle barnehagene. Små eiere som har begrensede ressurser, legger også mer hovedansvar for barnehagens faglige innhold.



Figur 6.1 Styreeres vurdering av støtte fra eier som viktig betingelse for endringsarbeid, angitt i prosent (N = 1796).



Figur 6.1 Styreeres vurdering av støtte fra eier som viktig betingelse for endringsarbeid, angitt i prosent (N = 1796).

Rapporten fra NORCE peker på det samme som kom frem i rapporten fra det regjeringsnedsatte ekspertutvalget fra 2018, ledet av Kjetil Børhaug¹⁸:

Små enheter er imidlertid sårbare fordi omgivelsene krever mer enn før. De kan mangle kapasitet til å utvikle seg og følge opp raske endringer i omgivelsene, og denne kapasiteten må

i så fall tilføres dem på andre måter, for eksempel gjennom samarbeidsavtaler med kommunen. Det bør derfor utredes om det skal være et kommunalt ansvar å inngå samarbeidsavtaler med private barnehager som trenger det.

Departementet skriver på s. 66 i høringsnotatet at det er større sannsynlighet for at kvaliteten i barnehagen blir høy med ideell eierform:

Ideelle barnehager er ikke er noen garanti for kvalitet i barnehagen. Departementet mener likevel det er større sannsynlighet for at kvaliteten i barnehagen blir høy hvis overskuddet reinvesteres i barnehagedrift, enn hvis det tas ut som et økonomisk utbytte for eier eller plasseres i andre typer selskaper i samme konsern gitt at andre forhold er like.

Utsagnet i høringsnotatet lar seg ikke dokumentere med et kunnskapsgrunnlag, og hadde departementet tatt utgangspunkt i egne evalueringer av kvaliteten i barnehagetilbudet, så ville de funnet at barnehager som er organisert som kommersielle kjeder scorer gjennomgående godt på kvalitetsparametere, både gjennom brukerundersøkelser og i kunnskapsgrunnlagene som er referert. Det er derfor vanskelig å forstå hvorfor det faglig sett skulle være et mål å avvikle kommersiell drift av barnehager som departementet gjentar flere ganger i høringsnotatet.

4.5 Manglende konsekvensutredning

NHO Geneo mener at samtlige forslag knyttet til finansieringssystemet må konsekvensutredes før det sendes til lovbehandling. Forslagene vil påvirke driftsgrunnlaget til over 2 800 barnehager og barnehagetilbudet til 139 740 barn. I tillegg til at forslagene vil påføre kommunene betydelig økte kostnader knyttet til administrasjon og juridisk kompetanse som departementet forutsetter at kommunene dekker innenfor egne rammer.

Menon Economics («Menon») har i rapporten *Kommunale konsekvenser av forslag til endringer i barnehageloven med forskrifter*¹⁹ gjort en vurdering av forslagene i høringsnotatet, og hvorvidt de er tilstrekkelig utredet:

Statlige virksomheter er underlagt Instruks om utredning av statlige tiltak (utredningsinstruksen). Vi har vurdert i hvilken grad KD har ivaretatt formålet med utredningsinstruksen ut fra vurderingene som er dokumentert i høringsnotatet og det øvrige kunnskapsgrunnlaget. I gjennomgangen fokuserer vi på problembeskrivelsen, mulighetsstudien og virkningsvurderingene. Vår overordnede tilbakemelding er at problembeskrivelsen er uklar, mulighetsstudien er ufullstendig og virkningsvurderingene ikke er i tråd med utredningsinstruksen.

Vi mener at vurderingene som er gjort av forslagene i høringsnotatet ikke følger utredningsinstruksen. Det er også kritikkverdig at man i flere av rapportene ikke skiller fag (hva er relevante finansieringsmodeller og virkningene av modellene?) fra politikk og mål (hva ønsker vi å oppnå?). Det er eksempelvis konsensus i Norge om at barna skal være i sentrum, men det er ikke konsensus om at det er behov for å gi kommunene større ansvar for barnehager i Norge for å oppnå dette. Spesielt kritikkverdig er dette ettersom ønsket politikk reduserer alternativene som vurderes. Det er også kritikkverdig at utredningen bygger på et ufullstendig kunnskaps-grunnlag og at det ikke er gjort vurderinger av virkninger.

Videre peker Menon på hvilke vurderinger som burde ligge til grunn i et komplett beslutningsgrunnlag for barnehagefinansiering:

Et komplett beslutningsgrunnlag bør bygge på en god problembeskrivelse, en heldekkende mulighetsstudie og en virkningsvurdering som vurderer alle relevante virkninger. Problembeskrivelsen bør være faktabasert og balansert, og tydelig skille politiske mål fra reelle samfunnsproblemer som det er konsensus om at bør løses. Mulighetsstudien skal vurdere alle

¹⁹ <https://www.menon.no/wp-content/uploads/2024-1-Kommunale-konsekvenser-av-forslag-til-endringer-i-barnehageloven.pdf>

relevante alternativer for å løse problemet. I virkningsvurderingene skal alle relevante samfunnsøkonomiske virkningene inngå.

I en vurdering av modeller for finansiering av private barnehager mener vi at det står helt sentralt å vurdere følgende samfunnsøkonomiske virkninger i nullalternativet og alle relevante alternativer på kort og lang sikt:

- Kvalitet i barnehagene.
- Barnehagedekning.
- Foreldrenes fornøydhets/velferd.
- Ulike aktørers ressursbruk (eksempelvis kommuner, stat og andre aktører).
- Skattefinansieringskostnad/-gevinst.

Videre påpeker Menon at departementet har vært selektiv med hvilke relevante utredninger det vises til i høringsnotatet.

Regelrådet²⁰ har også adressert svakheter ved høringsnotatet, og påpekt at «*virkningene for den enkelte barnehage er høyst usikre på nåværende tidspunkt. Denne usikkerheten bør belyses i den videre beslutningsprosessen.*».

NHO Geneo vil understreke hvor viktig det er med gode, stabile rammevilkår for private barnehager, for å opprettholde dagens mangfold i barnehagetilbudet. Et mangfoldig barnehagetilbud, hvor foreldrene kan velge barnehage etter eget ønske er til barnas beste. Dette aspektet har departementet valgt å helt overse i sine vurderinger av forslag.

Noen av forslagene i høringsnotatet kan virke lite inngripende i utgangspunktet, men de medfører store administrative kostnader for de private barnehagene, som vil bety ulike økonomiske rammevilkår for private og kommunale barnehager. Departementet har ikke redegjort for den type virkninger, kostnader, og heller ikke hvem som skal finansiere de nye kravene for private barnehager. Høringsnotatet burde som et minimum hatt en utredning om hvordan forslagene vil påvirke barnehagetilbudet, og hvilke ressursbehov kommunene får som en følge av den foreslåtte endringen av barnehagefinansieringen.

5 Rettslige skranker for lovgiver

5.1 Innledning

NHO Geneo mener at departementets forslag til omlegging av finansieringssystemet for private barnehager bryter med likebehandlingsprinsippet og det konstitusjonelle vernet de private barnehagene har opparbeidet seg etter Grunnloven §§ 97 og 105, samt Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen («EMK»), første tilleggsprotokoll artikkel 1 («P1-1»). Videre mener NHO Geneo at de private barnehagene har et EØS-rettslig vern for sin virksomhet. Dette setter rettslige skranker for lovgivers handlingsrom ved utforming av ny finansieringsordning for private barnehager.

5.2 Grunnloven og Den europeiske menneskerettskonvensjonen

5.2.1 Innledning

NHO Geneo vil innledningsvis påpeke at i departementets høringsnotat gis likebehandlingsprinsippet et snevrere innhold enn lovens ordlyd, forarbeider og Høyesterett har stadfestet, se punkt 3. Det legges inn ny tolkning av hvordan «likeverdig» skal forstås. Videre knyttes departementets fremstilling

²⁰ <https://regelradet.no/2023/12/22/forslag-til-endringer-i-barnehageloven-med-forskrifter-styring-og-finansiering-av-barnehagesektoren/>

av barnehageforliket ensidig opp mot mål om rask utbygging av barnehager og mål om full barnehagedekning.

Dette får igjen betydning for den juridiske vurderingen departementet gjør av de rettslige skrankene for lovgivers mulighet til å legge om finansieringssystemet for de private barnehagene. På bakgrunn av dette har NHO Geneo innhentet egne juridiske utredninger av disse rettslige skrankene, som vi vil redegjøre nærmere for nedenfor.

5.2.2 Om private barnehagers godkjenning og tilskudd har konstitusjonelt vern

Grunnloven § 97 fastslår at: «[i]ngen lov ... gis tilbakevirkende kraft». Bestemmelsen forbyr helt generelt å gi lover tilbakevirkende kraft. Grunnloven § 105 beskytter den private eiendomsretten: «*Fordrer Statens Tarv, at Nogen maa afgive sin rørlige eller urørlige Eiendom til offentlig Brug, saa bør han have fuld Erstatning af Statskassen.*»

Grunnloven § 97 har to særlige siktemål. Den skal verne om den enkelte borgers individuelle rettigheter, og sette skranker for Stortingets lovgiverkompetanse. Grunnloven § 105 gjelder etter sin ordlyd avståelse fra eiendom, men anvendes analogisk også på rådighetsinnskrenkninger.

Det vern Grunnloven §§ 97 og 105 gir mot inngrep i etablerte økonomiske rettsposisjoner, er i stor grad sammenfallende med beskyttelsen etter EMK P1-1, som 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 offentliges 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.

NHO Geneo mener at både Grunnloven §§ 97 og 105 og EMK P1-1 gir private barnehager vern mot inngrep i deres økonomiske opparbeidede rettigheter, og bestemmelsene vil i det følgende vurderes i sammenheng.

Departementets forslag til omlegging av finansieringssystemet vil ha direkte betydning for private barnehagers eksistensgrunnlag. Private barnehagers godkjenninger er foreslått tidsbegrenset, der de etter gjeldende rett siden barnehageforliket har vært tidsubegrenset. Departementet foreslår også å avvikle likebehandlingsprinsippet, slik at private barnehager ikke lenger skal ha et rettskrav på et garantert minstenivå på offentlige tilskudd. Etter gjeldende rett har private barnehager et rettskrav på offentlige tilskudd som gjenspeiler kostnadsnivået i tilsvarende kommunale barnehager. I høringsnotatet foreslås det at kommunene skal gis hjemmel til å lage egne forskrifter om finansiering og nivå på finansiering etter forvaltningsskjønn. Virkningene disse forslagene vil ha for private barnehagers økonomi kan ikke utlignes på noen måte, da det er satt et makstak for foreldrebetaling i barnehageloven.

Departementet konkluderer med at i den grad private barnehagers godkjenning med tilhørende rett på likeverdige tilskudd skulle nyte et vern etter Grunnloven § 97, så er det snakk om «*en rettslig posisjon i Grunnlovens randsone, slik at vernet er beskjedent*».

Departementets vurdering av private barnehagers konstitusjonelle vern har ikke hensyntatt de siste 20 års rettspraksis. Normen for grunnlovsbrudd ved såkalt uegentlig tilbakevirkning har utviklet seg betydelig siden Borthen-dommen i 1996. NHO Geneo bestrider derfor departementets juridiske vurdering, og har fått dette vurdert nærmere av SANDS Advokatfirma DA, samt innhentet en ekstern

juridisk betenkning om private barnehagers konstitusjonelle vern av tidligere høyesterettsdommer Jens Edvin A. Skoghøy.²¹

I betenkningen har Skoghøy utredet om den foreslåtte omleggingen av finansieringssystemet griper inn i den rettsposisjonen som barnehager etter gjeldende lovgivning har, på en slik måte at omleggingen representerer brudd på tilbakevirkningsforbudet i Grunnloven § 97 og/eller den beskyttelse som EMK P1-1 gir etablerte rettsposisjoner.

Skoghøy har i betenkningens kapittel 2 redegjort for hvordan tilbakevirkningsforbudet i Grunnloven § 97 er blitt utviklet i Høyesteretts praksis²² siden 1996, slik på s. 3:

Etter Høyesteretts praksis før 2006 beskyttet Grunnloven § 97 først og fremst mot egentlig tilbakevirkning. Gjennom rettspraksis fra og med 2006 er imidlertid tilbakevirkningsforbudet blitt utvidet. Avhengig av hvor sterkt borgernes innrettelsesbehov er, beskytter Grunnloven § 97 også mot «uegentlig» tilbakevirkning.

Videre på s. 4 redegjør Skoghøy for utviklingen som har funnet sted siden 2006:

Gjennom de dommene som Høyesterett har avsagt etter tusenårsskiftet, kan man spore en klar utvikling i retning av å gi borgerne økt beskyttelse mot tilbakevirkende lovgivning. Denne utviklingen er åpenbart påvirket av EMD-praksis om EMK protokoll 1 artikkel 1.

Denne utviklingen startet med Rt. 2006 s. 293 (Arves Trafikkskole), hvor Høyesterett uttalte følgende om grunnlovsnormen:

I vår sak er Arves Trafikkskole fratatt en økonomisk rettighet. I sin virkning dreier det seg om å knytte økonomiske byrder til en tidligere handling. Man er da på et område hvor Grunnlovens tilbakevirkningsforbud står sterkt, men ikke i forbudets innerste kjerne. Etter mitt syn kan man ikke på dette området stille opp et absolutt forbud mot tilbakevirkning. Men fordi man er så nær kjerneområdet til § 97, må det mye til før en tilbakevirkning kan godtas.

Staten har anført at lovgiver må ha stor handlefrihet på skatte- og avgiftsområdet. Jeg bemerker at dette synspunktet har vært lagt til grunn som et generelt utgangspunkt i forhold til alminnelig inntekts- og formuesskatt. I vår sak gjelder det en transaksjonsavgift hvor nye byrder blir knyttet til en transaksjon som avgiftsmessig sett skulle ha vært gjort opp før lovendringen. Hensynet til omsetningslivets innrettelsesbehov må da veie tungt. Bestemmelsen i merverdiavgiftsloven § 74 om at merverdiavgift svares etter de regler som gjelder på leveringstiden, gir borgerne en særlig forventning om at lovendringer ikke skal skje med tilbakevirkende kraft til skade for dem. Når hensynene til forutberegnelighet og endelige oppgjør veier tungt, må mer generelle hensyn etter mitt syn vike. Jeg kan heller ikke se at lovgivers behov for handlingsrom er like stort på dette området som ved fastsettelsen av de rettslige rammer for det alminnelige skatteoppgjør i det enkelte inntektsår.

Etter dette mener jeg at en ny transaksjonsavgift bare kan legges på en tidligere handling dersom sterke samfunnsmessige hensyn gjør seg gjeldende. Det samme må gjelde når det er tale om å tilsidesette et korrekt gjennomført fradrag for merverdiavgift. Noen helhetsvurdering hvor bare den klart urimelige og urettferdige tilbakevirkning er forbudt, er det ikke rom for.
[vår understreking]

Høyesterett uttalte at i tilfeller som ligger nært opp til egentlig tilbakevirkning, så kan tilbakevirkning bare godtas dersom den er begrunnet i «sterke samfunnsmessige hensyn». Det samme ble lagt til grunn i Rt. 2007 s. 1281 P (Øvre Ullern) og Rt. 2010 s. 143 P (rederiskattesaken). Sistnevnte dom er oppsummert slik av Skoghøy på s. 10 i betenkningen:

²¹ Se vedlegg 1 til dette høringssvaret

²² De åtte plenumsdommene: Rt. 1996 s. 1415 P (Borthen-dommen), Rt. 1996 s. 1440 P (Thunheim-dommen), Rt. 2006 s. 293 P (Arves Trafikkskole), Rt. 2007 s. 1281 P (Øvre Ullern), Rt. 2007 s. 1306 P (Rollag), Rt. 2010 s. 143 P (rederiskatt), Rt. 2010 s. 1445 P (krigsforbrytersaken) og Rt. 2013 s. 1345 P (Volstad). De tre dommene avsagt i avdeling: Rt. 2011 s. 347 A (prøveløslatelse), HR-2016-389-A (stortingspensjonsdommen) og HR-2016-1906-A (lønnsrettsdommen)

På grunnlag av en samlet avveining av de konkrete virkningene av overgangsreglene konkluderte førstvoterende med at overgangsordningen var i strid med Grunnloven § 97. Rederienes innrettelsesbehov ble her ansett å være så sterkt at tilbakevirkningen – på samme måte som i saken om Arves Trafikkskole – bare kunne godtas som forenlig med Grunnloven dersom den var begrunnet i sterke samfunnsmessige hensyn. [vår understrekning]

Den samme grunnlovsnormen er senere lagt til grunn i Høyesterettsdommene HR-2016-389-A (stortingspensjonsdommen) og HR-2018-1906-A (løsningsrettsdommen).

Grunnlovsvernet av økonomiske rettigheter har utviklet seg slik gjennom rettspraksis at det må foreligge «sterke samfunnsmessige hensyn» for å bryte mot en berettiget forventning. Hvor sterkt innrettelsesbehovet er, er en del av vurderingen som skal foretas.

Ivar Alvik, professor ved Universitetet i Oslo, har oppsummert gjeldende grunnlovsnorm for vern av økonomiske rettigheter slik i Tidsskrift for rettsvitenskap:²³

Artikkelens hovedkonklusjon er at rettighetsvernet mot etterfølgende regulering kan formuleres som en presumsjonsbasert avveiningsnorm med to motstående utgangspunkter. Et første og grunnleggende utgangspunkt er at regulering må tåles, med et unntak for klart uforholdsmessige inngrep. Imidlertid suppleres dette av et annet og motstående utgangspunkt, som særlig aktualiseres der en etterfølgende regulering går langt i å tilsidesette en forutgående berettiget forventning eller særrett. I så fall kan man se det slik at inngrepet, selv om det har et regulatorisk siktemål, likevel får et element av avståelse (eller av direkte eller egentlig tilbakevirkning) som aktualiserer et skjerpet forholdsmessighetskrav. Under norsk rett har Høyesterett formulert dette som et krav til «sterke samfunnsmessige hensyn».

Departementet har i sin vurdering av grunnlovsvernet til private barnehager vist særlig til Rt. 2013 s. 1345 (Strukturkvote-dommen). Skoghøy har i sin betenkning vist til at Høyesterett heller ikke i den dommen har avvist at det finnes mellomformer på egentlig og uegentlig tilbakevirkning. Videre påpeker Skoghøy flere feilslutninger i departementets gjennomgang av Strukturkvote-dommen:

På s. 44 i høringsnotatet uttaler departementet at Høyesterett i Rt. 2013 s. 1345 (Volstad) kom til at tildelte strukturkvoter ikke not grunnlovsvern. Dette er en grov feil. Både flertallet og mindretallet i Høyesterett la til grunn at strukturkvotene not grunnlovsvern. Forskjellen på flertallet og mindretallet var at flertallet mente at terskelen for grunnlovsvernet var at tilbakevirkningen var klart urimelig eller urettferdig, og at denne terskelen ikke var overskredet, mens mindretallet mente at det ved inngrep i økonomiske rettigheter må foretas en momentbasert interesseavveining der forholdsmessighetsvurderinger står sentralt, og at tidsbegrensningen av strukturkvotene til 25 år grep for sterkt inn i Volstads berettigede forventninger, se punkt 2.6 foran. Et sentralt element i flertallets vurdering var at tidsbegrensningen ikke ville få virkning før i 2032 (25 år fra 2007), og at neddiskontert tap ved at strukturkvotene ble gjort tidsbegrenset, derfor ble begrensede. Ved at tidsbegrensningen ikke fikk virkning før etter 25 år, fikk fiskebåtrederiene også en betydelig omstillingsperiode.

Videre legger departementet uriktig til grunn at de private barnehagene ikke kan ha en berettiget forventning om at dagens rammebetingelser skal vedvare i ubestemt tid. Departementet skriver følgende på s. 46 i høringsnotatet:

Det må anses forutberegnelig for barnehagesektoren at når man oppnådde det politiske målet om full barnehagedekning så ville målene og prioriteringene i sektoren endres i tråd med endrede behov.

NHO Geneo bestrider dette. Dersom lovgivers intensjon med barnehageforliket kun var full barnehagedekning og rask utbygging av barnehagekapasitet, eller at offentlige tilskudd skulle kunne

²³ «Vernet av økonomiske rettigheter mot regulering under Grl. § 97 og 105 og EMK P 1-1», Tidsskrift for Rettsvitenskap, 2021, s. 97, punkt 2.3

reduseres over tid, er det grunn til å anta at det ville framkommet uttrykkelig av lovteksten eller forarbeidene. Det er ikke tilfellet for private barnehager.

Private barnehager har en beskyttet rettighet i barnehageloven § 19 som gir de et rettskrav på tilskudd til godkjente barnehager, og likeverdig økonomisk behandling av private og kommunale barnehager. Det foreligger et særskilt forhold i form av en gjeldende lov som gir de private barnehagene dette rettskravet, og rettskravet er ikke gjort tidsbegrenset, jf. Strukturvote-dommen.

Private barnehager har i tillegg fått en berettiget forventning om økonomisk likebehandling av private og kommunale barnehager gjennom den forhistorien dagens finansieringssystem har i barnehageforliket og senere regulering av barnehagesektoren, se gjennomgangen av forarbeider i punkt 2 og 3.

Gjennom dette lovgitte finansieringssystemet er private barnehager helt avhengig av at de blir økonomisk likebehandlet med kommunale barnehager. To sentrale elementer i barnehageforliket var innføring av maksimalpris på foreldrebetalingen og en plikt til økonomisk likeverdig behandling av private og kommunale barnehager. Når den offentlige finansieringen foreslås tidsbegrenset, og man avviker private barnehagers rettskrav på likeverdige tilskudd som tilsvarende kommunale barnehager, så må det også vurderes opp mot at private barnehager ikke har noen mulighet for alternativ finansiering. Det er satt en makspris på hva barnehagen kan ta i foreldrebetaling.

Private barnehager er derfor gjort helt avhengig av et finansieringssystem som ikke skiller mellom private og kommunale barnehager. Dette finansieringssystemet har ligget til grunn i barnehageloven siden barnehageforliket. Selv etter at full barnehagedekning var oppnådd, valgte lovgiver å forplikte seg til en opptappingsplan for offentlige tilskudd som skulle gi private barnehager 100 % likeverdige tilskudd fra 2016. Dette har gitt private barnehager en berettiget forventning om at økonomisk likebehandling av godkjente private og offentlige barnehager ligger fast.

Basert på dette investerte private barnehager i barnehagesektoren. Dersom likeverdighetsprinsippet skal utvikles, vil det gripe direkte inn i de etablerte rettsposisjoner ved at det rokker ved finansieringen av private barnehager og deres eksistensgrunnlag.

Skoghøy har vurdert dette nærmere i betenkningens punkt 5:

Likestillingen av private barnehager med kommunale barnehager går tilbake til barnehageforliket i Stortinget i 2003. Forliket bygger på en finansieringsmodell som i hovedsak bestod av offentlige tilskudd og foreldrebetaling. Siden 2011 er det kommunene som har stått for den offentlige delen av finansieringen. Kommunene får inndekning gjennom rammefinansieringen fra staten. Det kommunale driftstilskuddet utgjør anslagsvis 80-85 % av de private barnehagenes driftsinntekter, se HR-2021-62- A avsnitt 5. I Prop. 96 L (2019-2020), s. 73 er det opplyst at de private barnehagene årlig mottar rundt 20 milliarder i offentlige tilskudd og rundt 4 milliarder i foreldrebetaling. De tilskuddene som de private barnehagene får fra kommunene, danner således det hovedsakelige økonomiske fundamentet for driften av private barnehager. Tilskuddene utgjør betydelige beløp og finansierer en viktig sektor innenfor samfunnet. Ved å gå bort fra dagens retts sikre ordning for tildeling av tilskudd, rokkes det ved selve fundamentet for privat barnehagedrift.

Videre skriver Skoghøy følgende om departementets begrunnelse for omleggingen av finansieringssystemet opp mot normen for grunnlovsværn:

Etter min oppfatning er den begrunnelsen som departementet gir i sitt høringsnotat av 1. november 2023 for å legge om finansieringsordningen for private barnehager, ikke holdbar. I beste fall er begrunnelsen ytterst svak. Denne begrunnelsen rettferdiggjør ikke inngrep i de private barnehagenes berettigede forventninger til å motta tilskudd til barnehagedriften, og som de har innrettet seg etter.

Private barnehagers investeringer i barnehagesektoren har skjedd helt i tråd med myndighetenes ønsker og oppfordringer. Det har hele tiden vært lagt til grunn at private som investerer i barnehagesektoren skal kunne ha en avkastning av sin investerte kapital. Det er videre slik at siden private barnehager står for om lag 50 % av barnehagetilbudet, vil det offentlige fortsatt være avhengig av disse plassene. Dersom private barnehager må legge ned på grunn av manglende driftsgrunnlag, så vil det sannsynligvis føre til at kommunene etter hvert må overta de private barnehagene, siden det fortsatt vil være et fremtidig krav om full barnehagedekning. Det vil ikke føre til økonomiske besparelser, men sannsynligvis til økte kostnader for kommunene. Dersom barnehagesektoren utelukkende, eller i det helt vesentlige, skal drives i offentlig regi, vil det også redusere den innovasjon som har skjedd de siste årene og dermed redusere kvaliteten i barnehagene.

NHO Geneo kan derfor ikke se at det skulle foreligge noen sterke samfunnsmessige hensyn som innebærer at en slik avvikling av private barnehagers krav på likeverdig behandling med kommunale barnehager kan stå seg mot private barnehagers grunnlovsværn av deres økonomiske rettsposisjoner.

På s. 83 i høringsnotatet gjør departementet følgende vurdering av statens skjønnsmargin til å gjennomføre reguleringer for å ivareta samfunnsmessige hensyn etter EMK P1-1:

Staten har etter EMK P 1-1 en relativt vid skjønnsmargin til å gjennomføre reguleringer for å ivareta samfunnsmessige hensyn. Et sentralt moment i vurderingen av forholdsmessighet er hvilke berettigede forventninger den som rammes har om fortsatt drift.

I Fredin v. Sweden var spørsmålet om tilbakekall av en tillatelse til utvinning av grus i et grustak utgjorde en krenkelse av P 1-1. EMD la til grunn at tilbakekallet av tillatelsen innebar et betydelig tap for klager grunnet de investeringer som var foretatt, men bemerket at lovgivningen som eksisterte på det aktuelle tidspunktet åpnet for tilbakekall av tillatelsen. Klagerne hadde derfor ingen berettiget forventning om å kunne fortsette virksomheten i en lengre periode.⁴⁹ I et slikt tilfelle kunne ikke klager forvente mer enn at svenske myndigheter tok tilbørlig hensyn til deres interesser i vurderingen av om tillatelsen skulle kalles tilbake.

Om vurderingen som skal gjøres etter EMK P1-1 skriver Skoghøy:

I HR-2018-1906-A (løsningsrettsdommen) har Høyesterett tatt skrittet fullt ut. Her ble forholdsmessighetsvurderingene etter Grunnloven § 97 og EMK protokoll 1 artikkel 1 rett og slett slått sammen, se punkt 2.8 ovenfor. Det er etter dette ikke nødvendig å gå ytterligere inn på EMK protokoll 1 artikkel 1. Avveiningene vil i hovedsak bli de samme som ved vurderingen etter Grunnloven § 97. Det jeg har sagt i punkt 5 om forholdet til Grunnloven § 97, gjelder derfor tilsvarende for vurderingen etter EMK protokoll 1 artikkel 1.

I Fredin v. Sweden var spørsmålet om tilbakekall av en tillatelse til utvinning av grus i et grustak utgjorde en krenkelse av EMK P1-1. EMD la her til grunn at tilbakekallet av tillatelsen innebar et betydelig tap for klager grunnet de investeringer som var foretatt, men bemerket at lovgivningen som eksisterte på det aktuelle tidspunktet åpnet for tilbakekall av tillatelsen. Klagerne hadde derfor ingen berettiget forventning om å kunne fortsette virksomheten i en lengre periode. For private barnehager i Norge åpner ikke lovgivningen for inngrep i barnehagenes rettskrav på likeverdige tilskudd. Private barnehager har derfor en berettiget forventning om å kunne fortsette å drive private barnehager med samme rammevilkår som de kommunale barnehagene har.

Skoghøy²⁴ har med støtte i tidligere høyesterettsdommer konkludert med at de private barnehagene har opparbeidet seg et konstitusjonelt vern av sine opparbeidede økonomiske rettigheter etter både Grunnloven § 97 og EMK P1-1:

²⁴ Se punkt 5 og 6 i Skoghøys betenkning

Som nevnt i punkt 5, røkkes den foreslåtte omlegging av systemet for finansiering av private barnehager vesentlig ved det økonomiske fundament for driften av private barnehager. Barnehagene har innrettet sin virksomhet på grunnlag av den finansieringsordning som ble etablert ved barnehageforliket i 2003, og som er fulgt opp ved senere lovgivning. Den forventning til offentlige tilskudd som følger av barnehageforliket og senere lovgivning, er klart en berettiget forventning («legitimate expectation») som er beskyttet av EMK protokoll 1 artikkel 1. Det er ingen tungtveiende samfunnsinteresse som tilsier at det haster med å få lagt om finansieringssystemet. Dette tilsier at private barnehager i det minste må få en romslig frist til å tilpasse sin virksomhet til et nytt finansieringssystem.

Helt avslutningsvis i pkt. 6 konkluderer Skoghøy slik:

Min konklusjon er at uten en romslig omstillingsperiode vil den foreslåtte omlegging av finansieringssystemet for private barnehager ikke bare bryte med Grunnloven § 97, men også med EMK protokoll 1 artikkel 1.

I Strukturkvote-dommen la Høyesterett avgjørende vekt på at reguleringene med tidsbegrensning av strukturkvotene først ville få virkning etter 25 år, slik at fiskebåtrederiene fikk en romslig omstillingsperiode uten betydelig økonomisk tap.

For barnehagesektoren er det flere momenter som taler for en tilsvarende eller lenger omstillingsperiode, med likeverdige økonomiske tilskudd, som gir private barnehager et reelt driftsgrunnlag. For de private barnehagene er konsekvensene av reguleringene som foreslås mer inngripende. Bli departementets forslag vedtatt, så vil det være tilnærmet umulig å drive private barnehager. Det var heller ingen politisk uenighet knyttet til målene for barnehageforliket, slik det var for strukturkvotene. De private barnehagene hadde derfor ikke noen grunn til å tro at deres investeringer i barnehagesektoren kunne bli midlertidige. Med et slikt politisk utgangspunkt hadde ikke barnehagene noe grunnlag for å vurdere en risiko knyttet til deres investering og videre drift. Private aktører ble i tillegg mobilisert til å investere stort i barnehager mot en lovnad om økonomisk forutsigbarhet fra lovgiver.

Dette betyr at departementet ikke står fritt til å endre finansieringsordningen for private barnehager. Skal lovendringene kunne stå seg mot det konstitusjonelle vernet, må de private barnehagene få en omstillingsperiode på 25 år med dagens finansieringssystem med 100 % likeverdige tilskudd som kommunale barnehager.

5.3 EØS-avtalen

5.3.1 Innledning

Denne delen av NHO Geneos høringsuttalelse drøfter relevante EØS-rettslige problemstillinger i lys av høringsnotatets konklusjoner om at verken EØS-avtalens regler om fri bevegelse («grunnfrihetene») eller EØS-avtalens regler om offentlig støtte («statsstøtte») kommer til anvendelse på private barnehagers primæraktivitet.

Først, i punkt 5.3.2, argumenterer NHO Geneo for at både EØS-avtalens fri bevegelsesregler og EØS-avtalens statsstøtteregler kommer til anvendelse. Som vi kommer tilbake til nedenfor, anser vi det hensiktsmessig å behandle spørsmålet om disse to EØS-rettslige regelsettene anvendelse samlet.

Deretter, i punkt 6, vil NHO Geneo redegjøre for at flere av reguleringene høringsnotatet foreslår utgjør ikke rettferdiggjorte restriksjoner på etableringsretten etter EØS-avtalen artikkel 31, og/eller innebærer statsstøtte uforenlig med EØS-avtalen artikkel 61 og 59 (2).

5.3.2 Både EØS-avtalens fri bevegighets- og statsstøtteregler gjelder for private barnehager

Punkt 3.2 i departementets høringsnotat argumenterer for at hverken EØS-avtalens regler om fri bevegighet eller EØS-avtalens statsstøtteregler gjelder for private barnehagers primærvirksomhet. NHO Geneo er uenig i denne tolkningen av henholdsvis fri bevegighetsreglene og konkurranse-/statsstøtterettens økonomisk aktivitet-begreper. Etter NHO Geneos vurdering vil nevnte EØS-rettslige regelsett gjelde for private barnehagers primæraktivitet, fordi sistnevnte virksomhet innebærer utøvelse av økonomisk aktivitet i begge EØS-rettslige regelsetts forstand. NHO Geneo mener derfor at høringsnotatet trår feil i sin juridiske vurdering av EØS-rettens anvendelighet, med den juridiske risiko det vil innebære for statlige og kommunale barnehagemyndigheter.

Eventuelle nyansforskjeller mellom økonomisk aktivitet-begrepene etter henholdsvis fri bevegighet- og konkurranse-/statsstøtteren er uansett uten betydning for foreliggende vurderingstema. Denne høringsuttalelsen behandler derfor økonomisk aktivitet-problemstillingen samlet for henholdsvis fri bevegighetsreglene og konkurranse-/statsstøttereglene.

Økonomisk aktivitet-vilkårene er et «inngangskriterium» for respektive EØS-regelsetts anvendelse, og EU-domstolen har uttalt at økonomisk aktivitet-vilkårene ikke skal tolkes restriktivt eller innskrenkende.²⁵ Noe annet ville lett undergrave EØS-avtalens formål og funksjon.

Med mindre annet er spesifisert, adresserer denne drøftelsen av økonomisk aktivitet-vilkårene både private barnehager slik disse er organisert og finansiert etter gjeldende barnehagelovgivning, og private barnehager slik disse er foreslått organisert etter høringsnotatets regelverksendringsforslag.

Økonomisk aktivitet

Selv om offentlige og private leverandører tilbyr tjenester som fra sluttbrukerståsted fremstår som substituerbare med hverandre, er det ingen automatikk i at det offentlige og private tilbudet vurderes likt i spørsmålet om respektive aktører utøver økonomisk aktivitet i sistnevnte vilkårs forstand. Det offentliges tilbud kan være organisert som ikke-økonomisk aktivitet, samtidig som at det substituttede private tilbyr har en innretning og et formål som medfører at det får karakter av å være økonomisk aktivitet i fri bevegighets- og konkurranse-/statsstøttereglenes forstand.²⁶

I sak E-5/07 *Private Barnehagers Landsforbund («PBL»)* presiserer EFTA-domstolen selv at:

When the nature of an activity carried out by a public entity is assessed with regard to the State aid rules, it cannot matter whether the activity might, in principle, be pursued by a private operator²⁷

Det finnes også flere andre rettskilder som illustrerer at tilsvarende aktivitet utført av henholdsvis det offentlige og private, har ulik *organisering og karakter* på måter som innebærer at det offentliges tilbud anses som ikke-økonomisk, samtidig som det tilsvarende private tilbudet vurderes som økonomisk.²⁸ Nedenfor vil NHO Geneo vise at norske private barnehagers primærvirksomhet nettopp har en *organisering og karakter* som skiller den fra kommunale barnehager på avgjørende punkter.

²⁵ Uttalt av EU-domstolens storkammer sak i C-179/14 *Commission v Hungary*, EU:C:2016:108, avsnitt 152. Da i relasjon til tjenestefriheten

²⁶ Den relevante fri bevegighetsregelen vil i praksis være etableringsretten etter EØS-avtalen artikkel 31. Dette siden kravet om godkjenning for private barnehager medfører at det vil være tale om stabil og vedvarende næringsutøvelse, i motsetning til den midlertidige tjenesteytelse som tjenestefrihetene regulerer

²⁷ E-05/07 *Private Barnehagers Landsforbund*, avsnitt 80

²⁸ AG Pikamäe i Joined Cases C-262/18 P and C-271/18 P [GC] *Dovera and Union*, EU:C:2019:1144, avsnitt 105; T-138/15 *Aanbestedingskalender and Others*, EU:T:2017:675, avsnitt 103–104, opprettholdt ved anke i C-687/17 P

Aanbestedingskalender and Others, EU:C:2019:932; samt ESA Decision 26 June 2014, Dec. No. 244/14/COL, potential aid to

Videre er det i norsk barnehagesammenheng uomstridt at overfor borgerne er barnehagetilbudet organisert som en ikke-økonomisk tjeneste, jf. at barnehagebarnas foreldre bare betaler “*a fraction of the true costs*” og at kommunene gjennom barnehagetilbudet “[are] not seeking to engage in gainful activity, but [are] fulfilling its social, cultural and educational obligations towards [their] population».²⁹

Nevnte omstendigheter medfører allikevel ikke at private barnehagers primærvirksomhet av den grunn må anses som ikke-økonomisk aktivitet. Private leverandørers tjenesteytelse kan utmerket godt anses som økonomisk aktivitet, selv om aktiviteten overfor borgerne – i forholdet mellom det offentlige og sluttbrukeren – er organisert som en ikke-økonomisk tjeneste. Men i slike situasjoner betraktes det offentliges egenregileveranser som ikke-økonomiske, jf. *PBL-saken* og *263/86 Humbel*, som omhandlet henholdsvis kommunale barnehager og offentlige skoler.

Ovennevnte sondringer illustreres godt via EFTA-domstolens avgjørelse i *E-4/22 Stendi & Norlandia*. Gjennom aktuell nasjonal sektorlovgivning plikter kommunene å sørge for at det ytes forsvarlige sykehjemstjenester overfor borgerne. En kommune velger imidlertid selv om sykehjemstjenestene skal ytes av kommunen i egenregi, eller om kommunen skal inngå kontrakter med private leverandører som da driver sykehjem på vegne av kommunen. Overfor borgerne er kommunale sykehjemstjenester uansett organisert som en ikke-økonomisk virksomhet som pasientene ikke betaler markedsmessig vederlag for. Når kommunen selv står for sykehjemsdriften i egenregi, vil sistnevnte egenproduksjon klart betraktes som ikke-økonomisk aktivitet. *Stendi & Norlandia*-avgjørelsen bekreftet samtidig at private leverandørers leveranser av innholdsmessig tilsvarende sykehjemstjenester (hvor oppdragsgiver betaler vederlag til den private leverandøren for tjenesteleveransen) – underlagt samme regulatoriske krav/rammeverk, hvor oppdragsgiver legger detaljerte supplerende føringer for tjenesteinnholdet gjennom kontrakten – utgjør økonomisk aktivitet. Så selv om en offentlig velferdstjeneste er organisert som en *ikke-økonomisk* tjeneste hva gjelder relasjonen mellom det offentlige og brukerne av tjenesten, kan det samtidig finnes *økonomisk* oppstrømsmarked for leveranser av *inputs* til den offentlige velferdstjenesten. Disse nyansene som ikke fremgår av høringsnotatet, bekreftes av rettspraksis over tid, både fra konkurranse-/statsstøtteren³⁰ og fri bevegelsesreglene.³¹

Så selv om det vi kan karakterisere som *vederlags- og styringsmekanismene* er ulike mellom henholdsvis:

- omsorgstjenester offentlige oppdragsgivere anskaffer gjennom offentlige anskaffelser hvorpå det inngås kontrakter som sammen med sektorlovgivning definerer tjenesteinnholdet, og hvor leverandøren mottar det som er ment å være et markedsmessig vederlag,

the Nasjonal digital læringsarena (NDLA), avsnitt 71–72. Se fra fri bevegighetssaker: C-318/05 [GC] Commission v Germany, EU:C:2007:496, avsnitt 71–72. Se også C-109/92 Wirth, avsnitt 15–17 og Case 263/86 Humbel, EU:C:1988:451, avsnitt 17–20. Samtlige saker klargjør at et offentlig utdanningstilbud kan organiseres ikke-økonomisk selv om det fins private som selger utdanning som en økonomisk aktivitet

²⁹ C-74/16 [GC] *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania*, EU:C:2017:496, avsnitt 50

³⁰ Statlig finansierte sykehustjenester i Commission Decision (EU) 2016/2327, 5 July 2016, on State aid SA.19864 — 2014/C (ex 2009/NN54), *Public financing of Brussels public IRIS hospitals* (« IRIS »), avsnitt 107–110. Se også i samme sakskompleks, T-137/10 *Coordination bruxelloise d’institutions sociales et de santé (CBI)*, EU:T:2012:584 avsnitt 90–91. Norsk Helseforetak sitt kjøp av maritime ambulansetransporttjenester i ESA Decision 176/13/COL on alleged state aid to Redningssselskapet for its provision of ambulance transport services by maritime vessel, avsnitt 18–20, særlig 19, og statlig finansiering av posttjeneste-obligasjoner i Commission Decision (EU) 2019/115 of 10 July 2018 on the measures SA.37977 (2016/C) implemented by Spain for Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, S.A., avsnitt 161–162

³¹ Se *E-4/22 Stendi & Norlandia*, avsnitt 43–47 om leveranser av sykehjemstjenester til staten. Se også C-113/13 *Spezzino*, EU:C:2014:2440, avsnitt 35–38 og 50, og C-50/14 *CASTA and Others*, EU:C:2016:56, avsnitt 52 og 56 om leveranser av ambulansetjenester til staten: C-436/20 *ASADE I*, EU:C:2022:559, avsnitt 58–71, som er fulgt opp også i C-676/20 *ASADE II*, EU:C:2023:289, avsnitt 39, om leveranser av sosiale ytelser og helsetjenester mer generelt; og C-281/06 *Jundt*, EU:C:2007:816, avsnitt 31–35 om salg av utdanning/forelesningstjenester til et universitet

- *contra* private barnehager som etter kommunens vedtak om godkjenning og tilskudd³² utøver barnehagevirksomheten i henhold til den forskriftsfastsatte rammeplanen mot å få den maksprisregulerte foreldrebetalingen og det kommunale tilskuddet,

er den felles essensen:

- at både sykehjemstjenesteleverandører og private barnehager leverer tjenester med målsetning om å skape økonomisk overskudd for sin virksomhet,³³ tjenester som er ledd i kommunenes lovfastsatte ansvar³⁴ og tilbud overfor befolkningen, og som i relasjonen mellom kommunene og borgerne er organisert som ikke-økonomiske tjenester, dvs. det er klart at kommunene «*[are] not seeking to engage in gainful activity, but [are] fulfilling its social, cultural and educational obligations towards [their] population*», jf. ovenfor.

I den «felles essensen» inngår også at det offentlige gjør bruk av markedet og markedsmekanismer for å ivareta sitt ansvar og sine målsetninger overfor befolkningen. I barnehagesammenheng er dette tydeliggjort via barnehageforliket av 2003, hvor offentlige myndigheter i realiteten tok grep som gjorde det kommersielt mer attraktivt å etablere private barnehageplasser, som et nødvendig ledd i det å sikre full barnehagedekning ved hjelp av offentlig-privat samarbeid. En komponent i barnehageforliket var at private barnehager aksepterte et maksimaltak på foreldrebetaling mot forsikring om tilstrekkelig høyt tilskuddsnivå som muliggjorde en viss fortjeneste for effektive leverandører.³⁵ Sistnevnte var bakteppet for at private barnehager kunne akseptere begrensning av en potensielt avgjørende inntektsside. barnehageforliket er altså tuftet på at relevante offentlige myndigheter henvender seg til markedet for å få markedsaktørene til å produsere et velferdstilbud det offentlige har påtatt seg å levere.

En treffende illustrasjon på at ovennevnte forskjeller i *vederlags- og styringsmekanismer* ikke kan være avgjørende for om private leverandørers tjenesteproduksjon – herunder private barnehagers – anses som økonomisk eller ikke-økonomisk i relevante EØS-rettslige regelsetts forstand, er det faktum at enkelte kommuner kjøper inn barnehagetjenester gjennom offentlige anskaffelser.³⁶ Private barnehager som mot markedsmessig vederlag betalt av oppdragsgiver leverer tjenester til en oppdragsgiverkommune i henhold til en kontrakt anskaffet gjennom en offentlig anskaffelse, vil åpenbart bli ansett for å utøve økonomisk aktivitet, jf. *Stendi & Norlandia*. Selv høringsnotatet erkjenner at bruk av anskaffelsesmekanismen «*vil kunne tilsi*» at den private barnehagetjenesteleverandøren da utøver økonomisk aktivitet.³⁷ Paradoksalt nok gir høringsnotatet også uttrykk for at oppdragsgivers bruk av anskaffelses-/kontraktsmekanismen, ytterligere vil integre den private barnehagetjenesteleverandøren i kommunens barnehagetjenestetilbud, jf. at høringsnotatet i den forbindelse uttaler at «*[d]en private aktøren*» som leverer barnehageplasser til kommunen basert på en anskaffet kontrakt, «*da ikke [vil] anses som en «privat barnehage» i henhold*

³² Se barnehageloven §§ 6, 14 og 19

³³ At noen leverandører velger å være «ideelle» endrer ikke på dette, jf. eksempelvis avsnitt 45 i *Stendi & Norlandia*

³⁴ Se eksempelvis barnehageloven § 10 andre ledd

³⁵ Som redegjort for i en fotnote nedenfor, aksepterer statsstøtteren at leverandører av tjenester av allmenn økonomisk betydning gis en totalkompensasjon – her tilskudd pluss foreldrebetaling – som ikke bare dekker relevante kostnader, men også inkluderer rimelig fortjeneste

³⁶ Se side 50 i Kunnskapsdepartementets høringsnotat av 1. november 2023 med «[f]orslag til endringer i barnehageloven med forskrifter (Styring og finansiering av barnehagesektoren)» («*høringsnotatet*»), hvor det blant annet heter at «*anskaffelser benyttes i liten grad i barnehagesektoren i dag*», hvilket følgelig må bety at det benyttes i noen grad

³⁷ Se øverst på side 50 i *høringsnotatet*

til barnehageregelverket», og at det «da [vil] være kommunen som er ansvarlig for at barnehagen drives i henhold til barnehageregelverket».

Slik NHO Geneo ser det, viser gjennomgangen ovenfor at private barnehager utøver økonomisk aktivitet uavhengig av om virksomheten utøves på bakgrunn av kontrakt inngått etter en offentlig anskaffelse, eller om virksomheten utøves baserte på barnehagelovens regime med forhåndsgodkjenning, tilskudd og maksprisregulert foreldrebetaling.³⁸

Integrasjonsvilkåret

I praksis står man da tilbake med spørsmålet om private barnehager (som ikke leverer tjenester i henhold til en anskaffet kontrakt), oppfyller *integrert*-vilkåret som kan utledes fra EU- og EFTA-domstolssakene *Congregación* og *Freikirche*,³⁹ og som trolig kan innfortolkes i sak E-13/19 *Hraðbraut*, selv om ikke *Hraðbraut*-avgjørelsen eksplisitt nevner *integrert*-vilkåret.

I sak C-393/17 *Kirschstein* bekrefter generaladvokat Bobek (se avsnitt 74) eksistensen av et slikt *integrert*-vilkår, og at det må anses som et selvstendig og nødvendig kriterium for å kunne anse en gitt aktivitet som ikke-økonomisk. Generaladvokat Bobek erkjente også at *integrert*-vilkåret – der formulert som vilkåret om å være «*part of a system of public education*» – «[is] remaining rather unexplored» [vår understrekning].

En viss tolkningsveiledning kan likevel utledes fra *Congregación* avsnitt 55 og avsnitt 46 i generaladvokatuttalelsen til samme sak, hvor det blant annet heter at:

As was apparent from the hearing, the premises of the La Inmaculada school are predominantly used for providing instruction equivalent to compulsory education in state schools (educación obligatoria, comprising educación primaria and educación secundaria obligatoria). Those educational services are provided pursuant to an agreement between the Congregación and the competent Spanish Region – the Comunidad de Madrid (Autonomous Community of Madrid) – and the major part of the services is financed by public funds, with monetary payments and donations in kind by pupils or their parents playing only a marginal role. The compulsory education provided at the La Inmaculada school may thus be regarded as being fully integrated into the public education system in Spain.

I samme retning kan fra *Hraðbraut*-avgjørelsen sluttet at det der var snakk om non-profit-baserte videregående skoler som gjennom islandsk sektorlovgivning var godkjente («akkrediterte») til å tilby videregående opplæring. EFTA-domstolen konkluderte med at den opplæringen akkrediterte skoler tilbyr utgjør en integrert del av den videregående opplæring alle islandske ungdommer har lovfestet rett til.⁴⁰

Med adresse til *integrert*-vilkåret anfører NHO Geneo, at selv om den forskriftsfastsatte rammeplanen legger visse overordnede føringer for innholdet i private barnehagers virksomhet, har private barnehager et svært mangfoldig tilbud, hvor de i realiteten konkurrerer med hverandre om barn og

³⁸ Se til illustrasjon siste avsnitt i fortaleavsnitt 114 til anskaffelsesdirektivet (direktiv 2014/24) som understreker at det finnes alternativer til bruk av anskaffelsesmekanismen: “*Member States and public authorities remain free to provide those services themselves or to organise social services in a way that does not entail the conclusion of public contracts, for example through the mere financing of such services or by granting licences or authorisations to all economic operators meeting the conditions established beforehand by the contracting authority, without any limits or quotas, provided that such a system ensures sufficient advertising and complies with the principles of transparency and non-discrimination.*” Fortaleavsnittet refererer altså til “*economic operators*» når det er tale om en kombinasjon av forhåndsgodkjenningsordning og tilskudd, hvilket nettopp er den kombinasjonen både gjeldende og foreslått barnehagelovgivning opererer med. At det refereres til «*economic operators*» bygger på en forutsetning om at det utøves økonomisk aktivitet i anskaffelsesdirektivets forstand, hvilket samtidig innebærer at det er tale om økonomisk aktivitet i fri bevegelsesreglenes og konkurranse-/statsstøttereguleringens forstand, jf. *Stendi & Norlandia* avsnitt 38-47. Fortaleavsnittet viser at det på ingen måte er noen automatikk i at bruk av forhåndsgodkjenning og tilskudd innebærer at aktiviteten er ikke-økonomisk. Tvert imot må det «mer» og annet til, hvilket utdypes nedenfor

³⁹ C-74/16 [GC] *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania*, avsnitt 55; C-372/21 *Freikirche der Siebenten-Tags-Adventisten*, EU: C:2023:59, avsnitt 21

⁴⁰ Se *Hraðbraut* avsnitt 5–14 og 34–38

ansatte, basert på ulik profil/innhold (naturbarnehager, idrettsbarnehager, realfagsbarnehager mv.), ulik infrastruktur og pedagogikk, samt ulikt mattilbud osv.

Private barnehager nyter altså stor grad av selvstendighet hva gjelder innholdsmessig utforming av barnehagetilbudet. Blant annet på den bakgrunn anser NHO Geneo, at norsketablerte private barnehager skiller seg fra rettspraksisen om privatskoler tett integrert i det offentlige skoletilbudet, jf. *Congregación, Freikirche og Hraðbraut* vist til ovenfor.

Den forskriftsfastsatte rammeplanen for kommunale og private barnehager er relativt kortfattet og i stor grad preget av svært overordnede formulerte målsetninger. Dette til forskjell fra læreplanverket for grunnskolen og videregående opplæring, hvor det for hvert fag formuleres en rekke mer forpliktende formulerte kompetansemål. Samtidig stiller læreplanverket for grunnskolen og videregående opplæring spesifikke krav til timetall for hvert fag og til hvorledes elevene skal evalueres mv.

At private barnehager ikke kan anses for å oppfylle *integreert*-vilkåret illustreres nærmere av det konkurranseforholdet som råder mellom private barnehager. De konkurrerer om å fylle opp sine godkjente barnehageplasser, for derigjennom å kunne få så mye tilskudd og foreldrebetaling som er nødvendig for å generere fortjeneste gjennom effektiv drift.⁴¹ Økonomisk overskudd er fullt ut legitimt etter både gjeldende barnehagelovgivning og høringsnotatets lovgivningsforslag.⁴² Det kan blant annet vises til at i forbindelse med etablering av private barnehager kan antallet barnehageplasser være et forhandlingstema mellom kommunen og den private barnehageutbyggeren, på den måten at den private barnehagevirksomheten stiller krav om et tilstrekkelig antall plasser for å sikre lønnsomhet.

I lys av *integreert*-vilkåret taler formålene bak relevante EØS-rettslige regelsett sterkt imot at private barnehagers virksomhet anses som ikke-økonomisk: Det er selvsagt utsiktene til avkastning som ligger bak utenlandske investorers eierskap i norskregistrerte private barnehager. At virksomhet av så stor kommersiell interesse eventuelt faller helt utenfor EØS-avtalen, kan potensielt få store negative og konkurransevridende konsekvenser. Dersom norske myndigheter har anledning til å favorisere visse kategorier barnehagevirksomheter uhindret av EØS-avtalen, eller favorisere norskeide virksomheter på bekostning av nyetablerere fra andre EØS-stater, vil det være svært oppsiktsvekkende i lys av at det her er tale om en næringssektor som ellers tiltrekker seg betydelige investeringer fra inn- og utland.

At norske private barnehager ikke oppfyller dette *integreert*-vilkåret, tydeliggjøres også gjennom poengene redegjort for ovenfor, hvor vi viser at kravene om forhåndsgodkjenning for private barnehager og kravene til private barnehagers innhold, er like, uavhengig av om en kommune velger å kjøpe inn private barnehageplasser gjennom offentlig anskaffelse, eller gjennom å sikre tilbud om private barnehageplasser gjennom modellen med tilskuddsvedtak og maksprisregulert foreldrebetaling.

En ytterligere illustrasjon av disse poengene finnes i høringsnotatets punkt 5.3.6, hvor det redegjøres for at høringsnotatet legger opp til en videreføring og presisering av gjeldende lovgivnings mulighet for at private barnehager kan gis godkjenning for å drive uten tilskudd. Høringsnotatet bekrefter at både etter gjeldende og foreslått lovgivning, vil eventuelle slike barnehager måtte ha forhåndsgodkjenning og ellers tilfredsstillende samme innholdsmessige krav som barnehager innvilget tilskudd eller under kontrakt med kommunen. Ved siden av at denne konstruksjonen taler sterkt imot

⁴¹ Nettopp for å gjøre barnehagetilbudet mest mulig attraktivt, slik at oppnår tilskudd fra kommunene og deretter tiltrekker seg foreldre/barn, konkurrerer private barnehager også om ansatte og attraktive eiendommer

⁴² Til sammenligning er norsketablerte private grunn- og videregående skoler underlagt et utbytteforbud

at *integrert*-vilkåret er oppfylt for samtlige tre kategorier for organisering av det private barnehagetilbudet,⁴³ er «godkjenning uten tilskudd-modellen» heller ikke «*financed [...] from public funds*», jf. det andre hovedvilkåret som kan utledes fra *Congregación* og *Freikirche*.⁴⁴

At private barnehager som godkjennes for å drive uten tilskudd allikevel ikke gis anledning til å kreve betalt mer enn foreldrebetalingmaksprisen, vil dessuten åpenbart utgjøre en restriksjon på etableringsretten som vil måtte rettferdiggjøres dersom sistnevnte regulering utfordres rettslig. Med det som utgangspunkt, fremstår det som meget fjerntliggende å tenke seg at av tre kategorier private barnehager med like krav til godkjenning og innhold – og dermed samme grad av *integrering* i det kommunale barnehagesystemet – skal akkurat varianten med tilskudd og foreldrebetaling betraktes som ikke-økonomisk, mens de to andre kategoriene betraktes som økonomiske.

Slik NHO Geneo ser det, understøtter argumentasjonen ovenfor formaningen fra generaladvokat Bobek i *Kirchstein*, om å være forsiktig med å utvide anvendelsesområdet til «*the Humbel line of case-law*» som *Congregación* og *Freikirche* springer ut av.⁴⁵ Ukritisk utvidelse av dette «unntaket» for skolevirksomhet integrert i det offentlige skolesystemet kan gi svært uheldige og utilsiktede konsekvenser.

I *Kirchstein*-generaladvokatuttalelsen peker Bobek selv på at EU-domstolen har anlagt en annen tilnærming til helsetjenester.⁴⁶ Europakommisjonens avgjørelse i saken om *IRIS hospitals* er illustrerende i så måte. Dette belgiske sykehuset hadde juridisk status som en slags forening, men var majoritetskontrollert av offentlige myndigheter. Sykehusets virksomhet ble delvis finansiert direkte over statsbudsjettet, delvis indirekte gjennom det nasjonale trygd- og forsikringssystemet, og delvis (med 9 %) av privatbetalende pasienter.⁴⁷ Allikevel konkluderte Europakommisjonen med (avsnitt 108 og 109) at:

The financing which the IRIS-H receive through various allowances from the federal or federated authorities, together with direct payments by patients and payments by the INAMI remunerates the IRIS-H for the medical services rendered and can therefore, in this context, be considered as constituting the economic consideration for the hospital services provided. In such a system, there is a certain degree of competition between hospitals concerning the provision of healthcare services. (...)

In the present case, the main activities of the IRIS-H are hospital activities consisting of the provision of healthcare services. These hospital activities carried out by the IRIS-H are also provided by other types of bodies or entities, in particular clinics, private hospitals and other specialised centres, including the private hospitals of the complainants. Therefore, these hospital activities carried out by the IRIS-H against remuneration and in a competitive environment must be regarded as economic in nature⁴⁸

NHO Geneo mener derfor at det rettspraksisskapte «unntaket» for skoler integrert i det offentlige opplæringssystemet, må tolkes restriktivt og snevert, og at det er mer nærliggende å anlegge tilnærmingen fra helseområdet, som illustrert ved *IRIS hospitals*.

⁴³ Dvs. (i) tilskudd og foreldrebetaling, (ii) anskaffelsesregime og (iii) godkjenning uten rett til tilskudd, men likevel slik at alle underlegges like krav til forhåndsgodkjenning og innhold

⁴⁴ Se *Congregación*, avsnitt 55

⁴⁵ Se generaladvokatuttalelsen i *Kirchstein* avsnitt 85, inkludert forutgående og etterfølgende avsnitt

⁴⁶ Se generaladvokatens uttalelse i *Kirchstein* avsnitt 86-88

⁴⁷ Se for tallene, Commission Decision (EU) 2016/2327, 5 July 2016, on State aid SA.19864 — 2014/C (ex 2009/NN54), *Public financing of Brussels public IRIS hospitals*, avsnitt 46, fotnote 49

⁴⁸ Commission Decision (EU) 2016/2327, 5 July 2016, on State aid SA.19864 — 2014/C (ex 2009/NN54), *Public financing of Brussels public IRIS hospitals*, avsnitt 108–109. Generaldomstolen aksepterte den tilsvarende klassifiseringen som foretak i den tidligere avgjørelsen (som ble annullert av andre grunner), se T-137/10 *Coordination bruxelloise d'institutions sociales et de santé* (CBI), EU:T:2012:584, særlig avsnitt 90–91

Avslutningsvis presiseres det at høringsnotatets regelverksendringforslag er uten betydning for vurderingen av om private barnehagers virksomhet utgjør økonomisk aktivitet. I den forbindelse vises til at verken endringer i godkjenningsordningen eller kontrollen med det kommunale tilskuddet kan ha betydning i så måte, jf. blant annet poengene ovenfor om at godkjenningsordningen er lik for private barnehager som produserer barnehageplasser basert på en offentlig anskaffet kontrakt, barnehager som mottar tilskudd og foreldrebetaling, og godkjente barnehager som driver uten tilskudd.

6 Merknader til forslagene

6.1 Innledning

NHO Geneo mener at endringer i finansieringssystemet og rammevilkårene for private barnehager må skje slik at man fortsatt sikrer likebehandlingen av private og kommunale barnehager gjennom nasjonal lov. Våre primære synspunkter om finansieringssystemet for private barnehager fremgår av punkt 3.

Vårt syn er at den foreslåtte endringen av barnehageloven § 19 vil bety en finansieringsordning som svekker den demokratiske kontrollen med tilskuddsvedtakene til de private barnehagene. Mister man systemet med rettskrav og rettsanvendelsesskjønn, så vil barnehagetilbudet bli mer politisert og uforutsigbart for private barnehager, barnehagebarna og barnehageansatte, samt svekke foreldrenes valgfrihet.

NHO Geneo mener derfor at likeverdighetsprinsippet og rammene for forskriftshjemmel i dagens barnehagelov § 19 andre ledd må ligge fast, slik at de private barnehagene også beholder sitt rettskrav på en minimumsfinansiering som sikrer likebehandling av private og kommunale barnehager.

Videre forutsetter NHO Geneo at eventuelle endringer gjøres innenfor de rettslige skrankene oppstilt i Grunnloven §§ 97 og 105, EMK P1-1 og EØS-avtalen.

6.2 Godkjenning av barnehager

6.2.1 Innledning

NHO Geneo viser til forslagene i høringsnotatets kapittel 5, og vil gi nærmere merknader til følgende nye reguleringer:

- Innføre en etableringsgodkjenning med rett til tilskudd.
- En skjønnsmessig adgang til å stille vilkår for godkjenning.
- Godkjenne en barnehage uten tilskudd.

6.2.2 NHO Geneos vurdering av forslagene i høringsnotatets kapittel 5

Gjennom forslag til gjennomgripende endringer i barnehageloven § 14, foreslår høringsnotatet innføring av en såkalt «etableringsgodkjenning med rett til tilskudd» (se høringsnotatet s. 62) for alle nye barnehager. Den foreslåtte ordningen vil innebære at det gjennom ett vedtak tas stilling til både den godkjennings- og tilskuddstildeling en barnehageetablering reiser. Som allerede adressert ovenfor, skal det imidlertid fremdeles være adgang til å få godkjenning uten rett til tilskudd, jf. forslagene til nye §§ 14 a og 14 c i barnehageloven. Vurderingen kommunene skal foreta etter § 14, vil dermed i realiteten relatere seg til spørsmålet om den nye barnehagen skal innvilges tilskudd.

Ved vurderingen av om etableringsgodkjenning og dermed tilskudd skal innvilges, legger høringsnotatet opp til at det ved kommunens evaluering av om tilskudd skal innvilges, kan vektlegges en rekke skjønnsmessige hensyn, herunder hvorvidt «barnehagen er ideell». Slik NHO Geneo forstår lovforslaget, foreslås det at kommunene ved tilskuddstildelvurderingene skal kunne prioritere ideelle barnehager fremfor kommersielle.

NHO Geneo anfører at en slik adgang til prioritering av ideelle barnehager ved vurderingen om søknader om etableringsgodkjenning/tilskudd skal innvilges, utgjør en ikke-rettferdiggjort restriksjon på etableringsretten etter EØS-avtalen artikkel 31. I den forbindelse presiseres at etableringsrettens restriksjonsforbud omfatter mer enn bare tiltak som diskriminerer på bakgrunn av nasjonalitet eller etableringssted. Restriksjonsforbudet omfatter ethvert tiltak som gjør det mindre attraktivt å etablere slik virksomhet, herunder det å ekspandere virksomheten på ulike vis.⁴⁹ At en slik regel om adgang til prioritering av barnehager basert på eierform/utbyttepolitikk utgjør en restriksjon på etableringsretten, kan utledes allerede fra det faktum det fra etableringsretten utledes et generelt prinsipp om likebehandling av økonomiske aktører.⁵⁰ Adgangen til å prioritere ideelle barnehager ved vurderingen av om etableringsgodkjenning/tilskudd skal gis, må dermed betraktes som en restriksjon på etableringsretten.

Følgende sitat fra fortale avsnitt 114 i anskaffelsesdirektivet (direktiv 2014/24) illustrerer at likebehandlingskravet selvsagt også gjelder utenfor anskaffelsesdirektivets virkeområde:

Member States and public authorities remain free to provide those services themselves or to organise social services in a way that does not entail the conclusion of public contracts, for example through the mere financing of such services or by granting licences or authorisations to all economic operators meeting the conditions established beforehand by the contracting authority, without any limits or quotas, provided that such a system ensures sufficient advertising and complies with the principles of transparency and non-discrimination.

I sine retningslinjer om kompensasjon for utførelse av tjenester av allmenn økonomisk betydning, presiserer ESA at tildelingen av oppgaven med å utføre en tjeneste av allmenn økonomisk betydning, hvilket det å produsere barnehager under forutsetning om tilskudd og forskriftsregulert foreldrebetaling vil måtte betraktes som, skal skje i samsvar med de likebehandlingskrav som kan utledes fra EØS-primærretten, herunder etableringsretten.⁵¹

Ovennevnte redegjørelse innebærer at dersom en adgang til å prioritere ideelle barnehager ved tildelingen av etableringsgodkjenning/tilskudd skal kunne stå seg EØS-rettslig, må restriksjonen dette utgjør oppfylle vilkårene for rettferdiggjøring av restriksjoner. For NHO Geneo fremstår det som meget vanskelig å se for seg at et vilkår om «idealitet» skal være egnet og forholdsmessig hva gjelder å realisere eventuelle påberopte kvalitative formål relatert til barnehagevirksomheten, «*since [vilkåret] is not focused on the nature and quality of the services provided, but rather on the legal form of the entity*».⁵²

På den bakgrunn mener NHO Geneo at vilkårene for å rettferdiggjøre denne restriksjonen ikke er oppfylte. Det er først grunn til å påpeke at ønsket om å skjerme en gitt kategori økonomiske aktører fra konkurransepress, ikke i seg selv kan tjene som begrunnelse for å rettferdiggjøre restriksjoner.⁵³

⁴⁹ Se eksempelvis sak C-400/08 *Europakommisjonen mot Spania*, avsnitt 63 og 64

⁵⁰ Se sak C-113/13 *Spezzino*, avsnitt 50, som bekrefter at likebehandlingsprinsippet utledes fra etableringsretten. Se også avsnitt 129 og 130 i generaladvokatuttalelsen i sak C-436/20 *ASADE I*. I de nevnte avsnitt anvendes etableringsretten direkte

⁵¹ Se ESAs og Europakommisjonens “[F]ramework for State aid in the form of public service compensation”, punkt 2.6 og 2.7, avsnitt 19 og 20

⁵² Avsnitt 131 i generaladvokatuttalelsen i *ASADE I*

⁵³ Sak C-400/08 *Europakommisjonen mot Spania*, avsnitt 95-98; C-338/09 *Yellow Cab Verkehrsbetriebs*, avsnitt 51

Høringsnotatets punkt 5.3.2.5 begrunner den foreslåtte prioriteringsadgangen nærmere. Der heter det blant annet at:

Kommunen kan ønske å prioritere ideelle barnehager fordi den ønsker at eventuelle overskudd fra private barnehager skal reinvesteres i barnehagedriften. Ideelle barnehager er ikke er noen garanti for kvalitet i barnehagen. Departementet mener likevel det er større sannsynlighet for at kvaliteten i barnehagen blir høy hvis overskuddet reinvesteres i barnehagedrift, enn hvis det tas ut som et økonomisk utbytte for eier eller plasseres i andre typer selskaper i samme konsern gitt at andre forhold er like.

NHO Geneo merker seg at departementet gjør et forsøk på å rettferdiggjøre en slik regulering ved å hevde at det er større sannsynlighet for at kvaliteten i barnehagen blir høy med en ideell eierform. Dette har ikke departementet gjort noe forsøk på å dokumentere med et kunnskapsgrunnlag. NHO Geneo mener at dette heller ikke lar seg dokumentere. De årlige foreldreundersøkelsene som måler kvaliteten i barnehagene, gir ikke grunnlag for å dra en slik slutning. Overordnet finner NHO Geneo det som en svakhet at departementet her blander politikk og fag.

En prioriteringsadgang på slikt grunnlag kan etter NHO Geneos syn ikke oppfylle relevante rettferdiggjøringsvilkår. Vilkårene for å rettferdiggjøre en slik prioriteringsadgang vil i denne sammenhengen være minst like strenge som vilkårene for å rettferdiggjøre at offentlige anskaffelser av helse- og sosialtjenester reserveres for ideelle leverandører, hvilket både EFTA-domstolen og Oslo tingrett har adressert i et sakskompleks hvor to kommersielle leverandører av sykehjemstjenester gikk til søksmål med påstand om at EØS-retten gjorde Oslo kommune uberettiget til å reservere offentlige anskaffelser for ideelle leverandører. Etter at EFTA-domstolen hadde uttalt seg om at rettferdiggjøringstestens nærmere innhold i denne konkrete sammenhengen, konkluderte Oslo tingrett med at de EØS-rettslige vilkårene for å rettferdiggjøre reservasjonen, ikke var oppfylte. Med adresse til ovennevnte sitat fra høringsnotatet, var et sentralt poeng for Oslo tingrett at verken lovgiver eller oppdragsgiver bare kan bygge på slike udokumenterte presumsjoner om at reservasjoner til fordel for eller prioritering av ideelle, nødvendigvis vil medføre bedre kvalitet for anvendte beløp, hvilket særlig vil gjelde i situasjoner som dette der utgangspunktet etter økonomisk teori snarere vil være at muligheten for økonomisk utbytte vil stimulere til forbedret kvalitet og effektivitet.⁵⁴

Uansett er det lovgiver som her vil ha bevisbyrden for å godtgjøre at de strenge vilkårene for å rettferdiggjøre restriksjoner på etableringsretten er oppfylte.⁵⁵ NHO Geneo mener regelverk om godkjenning av barnehager gjøres gjennom objektive vilkår som ikke legger opp til en aktiv forskjellsbehandling. Forslaget til ny § 14 i barnehageloven overlater altfor mye forvaltningsskjønnsfrihet til kommunene ved vurderingen av om etableringsgodkjenning/tilskudd skal innvilges. NHO Geneo støtter ikke forslaget.

6.3 Varigheten av vedtak om etableringsgodkjenning

6.3.1 Innledning

NHO Geneo viser til forslagene i høringsnotatets kapittel 6, og vil gi nærmere merknader om følgende nye reguleringer:

- Lovfeste at godkjenningen bortfaller for barnehager som ikke er i drift i løpet av tre år.
- Om det bør innføres kommunal forkjøpsrett ved salg av barnehageeiendom

⁵⁴ Se EFTA-domstolens sak E-4/22 *Stendi & Norlandia*, avsnitt 63-87

⁵⁵ Se eksempelvis sak C-400/08 *Kommissjonen mot Spania*, avsnitt 82-86

- Om det bør innføres regler om varigheten av godkjenningsvedtak

I tillegg vil vi knytte merknader til departementets vurdering av forslagenes forhold til Grunnloven og EMK.

6.3.2 NHO Geneos vurdering av forslagene i høringsnotatets kapittel 6

NHO støtter ikke forslagene, og mener at reguleringene strider mot de private barnehagers konstitusjonelle vern av deres opparbeidede økonomiske rettigheter og rettsposisjoner etter Grunnloven §§ 97 og 105, samt EMK P1-1.

Forslaget om tidsbegrensning av godkjenningsvedtak vil ta bort avgjørende rettssikkerhetsgarantier for private barnehager som de har hatt siden barnehageforliket i 2003. Det er ikke mulig å se bort fra de negative fremtidige virkninger en slik endring kan få for privates mulighet og vilje til å satse på utvikling og modernisering av barnehagene, når rammebetingelsene og rettssikkerhetsgarantiene svekkes.

Departementet erkjenner selv på s. 78 i høringsnotatet at forslaget vil skape stor usikkerhet for private barnehager, barnehageansatte og foreldre til barn som går i private barnehager:

Samtidig vil en slik regulering kunne skape usikkerhet for aktørene som driver private barnehager, ansatte i private barnehager og foreldre til barn som går i private barnehager. I tillegg eier eller leier barnehagene byggene selv. Det kan bli utfordrende for private aktører å stille med barnehagebygg hvis godkjenningene blir tidsavgrenset. Hensynet til at sektoren skal kunne planlegge langsiktig kan ivaretas gjennom at godkjenningsvedtakene må gis for flere år av gangen, for eksempel minimum 10 år. Videre kan det stilles krav om at kommunen skal gi barnehagene avklaring om hvorvidt vedtaket om godkjenning vil bli fornyet i god tid før godkjenningen utløper, for eksempel minimum to år før utløpet av eksisterende godkjenningsvedtak.

NHO Geneo er sterkt kritisk til departementets vurdering av at disse forholdene vil kunne repareres gjennom en tidsbegrensning på minimum ti år og varsel om eventuell avvikling to år før utløpet av eksisterende godkjenningsvedtak.

Det vil for det første ikke være mulig for private barnehager å få nødvendig lånefinansiering i banken når barnehagevirksomheten tidsbegrenses slik departementet foreslår. Hvis det oppstår behov for vedlikehold av barnehagebygget syv år inn i en godkjenningsperiode, og det potensielt bare er tre år igjen av barnehagevirksomheten, så vil ingen banker være villige til å gi barnehagene lån med så kort driftshorisont. Det vil påvirke barnehagenes muligheter til å forvalte gode barnehagebygg som er avgjørende for god kvalitet på barnehagetilbudet til barna. Videre vil samme usikkerhet påvirke barnehageansattes valg av arbeidsgiver. Det er allerede vanskelig å rekruttere nok barnehagelærere for barnehager. Med en slik regulering for private barnehager vil det bli tilnærmet umulig for de å holde på barnehageansatte og rekruttere nye.

Det vises til gjennomgangen av private barnehagers konstitusjonelle vern i punkt 5. En tidsbegrensning av private barnehagers godkjenning og tilhørende rett på økonomisk tilskudd, vil for etablerte barnehager bety at de mister dagens lovfestede rettskrav til tilskudd. For private barnehager vil virkningen av et slik forslag innebære at de må nedlegge sin virksomhet når godkjenningen opphører. Private barnehager har ingen mulighet til å drifte et barnehagetilbud uten offentlige tilskudd, da det er satt et makstak på foreldrebetaling, og offentlige tilskudd utgjør om lag 85 % av inntektene til private barnehager .

NHO Geneo mener tidsbegrensning av godkjenning for etablerte barnehager vil være i strid med tilbakevirkningsforbudet i Grunnloven § 97 og EMK P1-1. Det vil også kunne utløse krav om erstatning etter Grunnloven § 105.

Skoghøy⁵⁶ har vurdert departementets vurdering av private barnehagers konstitusjonelle vern mot disse reguleringene i høringsnotatets punkt 6.3.4:

Her fremheves det at myndighetene ikke har gitt de private barnehagene noe tilsagn om at barnehager som har fått godkjenning, skal få beholde godkjenningen med rett til tilskudd på ubestemt tid. Det hevdes at barnehageforliket hadde som formål å gi insentiv til utbygging, og at myndighetene etter at dette målet er oppnådd, kan flytte fokus fra utbygging av nye barnehager til kvalitets- og kompetanseutvikling i eksisterende barnehager (s. 80-81, jf. s. 19). Etter departementets syn må det «anses forutberegnelig for barnehagesektoren at når man oppnådde det politiske målet om full barnehagedekning så ville målene og prioriteringene i sektoren endres i tråd med endrede behov» (s. 81).

Departementet konkluderer på dette grunnlag med at den foreslåtte omleggingen av finansieringsordningen for private barnehager ikke er i strid med Grunnloven § 97.

Videre skriver Skoghøy at den fremstillingen departementet gir av grunnlovs- og EMK-spørsmålene i punkt 6.3.4 i høringsnotatet «fremstår som eiendommelig, skjev og ubalansert.».

NHO Geneo støtter heller ikke departementets forslag til kommunal forkjøpsrett. Departementet skriver følgende om formålet med reguleringen:

Kommunal forkjøpsrett vil også kunne hindre gevinstrealisering ved salg og tilbakeleie av barnehageeiendom og ytterligere konsolidering av sektoren.

Det er vanskelig å forstå hva slags innretning departementet vurderer på en kommunal forkjøpsrett når det legges til grunn at forslaget skal hindre gevinstrealisering for private barnehager.

Forslaget om kommunal forkjøpsrett er vurdert nærmere i Juridisk betenkning til PBL-rettslige utfordringer med Storberget-utvalgets flertallsforslag av SANDS Advokatfirma DA⁵⁷:

Det å bli fratatt retten til økonomisk avkastning av sin virksomhet vil også 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. Om departementet vil gi kommunene hjemmel til å utøve forkjøpsrett under faktisk markedsverdi, vil det kunne være i strid med både Grunnlovens §§ 97 og 105.

Om departementet vil gi kommunene hjemmel til å utøve forkjøpsrett under faktisk markedsverdi, vil det kunne være i strid med både Grunnloven §§ 97 og 105. NHO Geneo vil også minne om at det lett kan oppstå uenighet mellom private barnehager og kommunene om hva faktisk markedsverdi utgjør, ref. Espira-saken på Økern, hvor Oslo kommune ikke tillot private aktører å drifte barnehagen av politiske årsaker, og hvor kommunen endte opp som eneste mulige kjøper.⁵⁸

⁵⁶ Betenkningens s. 18-20, vedlegg 1

⁵⁷ <https://www.pbl.no/globalassets/dokumenter/ubeskjuttet/rapporter/rettslige-utfordringer-med-storberget-utvalgets-flertallsforslag.pdf>

⁵⁸ <https://www.barnehage.no/espira-oslo-politikk/espira-barnehagen-pa-okern-kan-sannsynligvis-uansett-ikke-apnes-for-januar/135289>

NHO Geneo mener at forslaget om å lovfeste at godkjenningen bortfaller for barnehager som ikke er i drift i løpet av tre år må utredes nærmere. Det må også innrettes på slik måte at det bare får virkning i de tilfeller hvor private barnehager har hatt reell mulighet til å starte opp barnehagevirksomheten innen tre år, men selv har valgt det bort. Det vil være sterkt urimelig om private barnehager må bære konsekvensene av f.eks. politiske prosesser som vanskeliggjør oppstart av drift innen tre år.

6.4 Adgang til å redusere antall barnehageplasser en barnehage er godkjent for

I høringsnotatets kapittel 7 foreslår departementet å gi kommunene hjemmel til å redusere antall barnehageplasser en barnehage er godkjent for.

NHO Geneo støtter ikke forslaget. Forslaget er begrunnet i helt feil forutsetninger. Departementet skriver at formålet er å forhindre overkapasitet av barnehageplasser i hele eller deler av kommunen. NHO Geneo ser det som unødvendig å innføre en hjemmel for å redusere barnehageplasser i de private barnehagene for å forhindre overkapasitet.

Som vi har redegjort for i punkt 2.2.3 og 3.5, så finansierer kommunene de private barnehagene kun for benyttede barnehageplasser, slik at etterspørsel regulerer markedet selv. Kommunene følger ikke opp likebehandlingsprinsippet når det gjelder betaling for kapasitetsrisiko hos de private barnehagene, slik det gjøres for de kommunale barnehagene. Forslaget vil derfor kun ha reell virkning i forhold til formålet, om kommunene reduserer overkapasitet i egne kommunale barnehager, da dette er offentlig utgift.

Forslaget, slik det er lagt opp, vil svekke foreldrenes valgfrihet, og på sikt gi mindre mangfold i barnehagesektoren. Kommunene kan med lovendringsforslaget håndtere overkapasitet i egne kommunale barnehager gjennom å redusere barnehageplasser i private barnehager med god etterspørsel. Det vil fjerne dagens forutsigbarhet for finansiering av godkjente barnehager. Vekslende politisk flertall i en kommune kan bety store omveltninger i driftsgrunnlaget for den enkelte barnehage, hvor de private barnehagers satsing på kvalitet og utvikling vil ha mindre betydning for deres mulighet til å få tilskudd etter reell kapasitet.

NHO Geneo mener foreldrenes valgfrihet bør vektes høyere enn kommunepolitikers ideologiske preferanser. Sistnevnte er ikke et legitimt hensyn. Foreldre kan ha ulike grunner bak sitt valg av barnehage. Det kan være faktorer som f.eks. reiseavstand, kvaliteten på barnehagetilbudet, særlige satsinger på mat og pedagogikk, eller det faktum at foreldre gjerne ønsker at søsken skal få gå i samme barnehage. Disse faktorene vil ikke ha noen rettslig betydning om kommunene gis hjemmel til å redusere barnehageplasser basert på skjønnsmessige vilkår som f.eks. barnehagens eierform.

Lovforslagene som gir kommunene hjemmel til å sette vilkår for etablering av nye private barnehager og tidsavgrense varigheten av vedtak om etableringsgodkjenning, samt lovforslaget om å gi kommunene hjemmel til å redusere antall barnehageplasser, bør ses i sammenheng. Alle disse reguleringene vil ha samme virkning: nedleggelse av private barnehager om reguleringene blir vedtatt. Konsekvensen vil bli mindre mangfold i barnehagesektoren, mindre konkurranse som stimulerer til innovasjon i barnehagesektoren, og på sikt lavere kvalitet på barnehagetilbudet. Fullmakten det legges opp til i hjemmelsadgangen for reduksjon av barnehageplasser er i alle tilfelle for vid. Den er basert på forvaltningsskjønn, som betyr at klageinstans ikke kan overprøve alle sider av en vurdering.

NHO Geneo bestrider også departementets vurdering av hvorvidt forslaget vil stride mot Grunnloven §§ 97 og 105, samt EMK P1-1. Departements vurdering av hvorvidt de private barnehagenes

godkjenning og tilhørende rett til tilskudd nyter vern etter Grunnloven § 97 legges til grunn for deres vurdering av dette forslaget.

Vi viser til vår gjennomgang av dette i punkt 5.2. Antall barnehageplasser en barnehage er godkjent for har direkte betydning for barnehagens mulighet til å få et positivt driftsresultat. En kommunal hjemmel som gir kommunen fritt forvaltningsskjønn til å redusere antall barnehageplasser en barnehage er godkjent for, herunder en reduksjon av private barnehagers godkjente driftsgrunnlag, griper sterkt inn i de tilskudsberettigede barnehagenes forventninger. NHO Geneo kan heller ikke se at det foreligger noen sterke samfunnsmessige hensyn bak en slik regulering.

Et slikt inngrep i de private barnehagenes tidsubegrensede godkjenninger vil være i strid med Grunnloven § 97. Om kommunene i sine vedtak forskjellsbehandler private barnehager etter eierform i vedtak om reduksjon av barnehageplasser, så vil det utgjøre en ikke-rettferdiggjort restriksjon på etableringsretten etter EØS-avtalen artikkel 31. Dette er ikke vurdert av departementet i høringsnotatet.

6.5 Innføring av nye forskriftshjemler for kommunen

6.5.1 Innledning

I høringsnotatets kapittel 10 foreslår departementet en omlegging av finansieringssystemet gjennom å innføre følgende nye forskriftshjemler for kommunen:

- Forskrift om prioritering ved opptak av barn
- Forskrift om åpningstid
- Forskrift om bemanning og krav til kompetanse
- Forskrift om maksimalpris for foreldrebetaling og kostpenger

6.5.2 NHO Geneos vurdering av forslagene

NHO Geneo støtter ikke forslag til reguleringer som reduserer mangfoldet i barnehagesektoren, og reduserer foreldrenes muligheter til å velge en barnehage som passer deres behov.

Det fremgår ikke av høringsnotatet hvilke utfordringer man søker å løse med forskrift om prioritering ved opptak av barn, og hvilke virkninger forslaget vil ha for barnehagekapasitet opp mot etterspørsel etter barnehageplasser. Barnehagenes opptakskrets og opptakskriterier er regulert i gjeldende regelverk, og disse skal fremgå av de private barnehagenes vedtekter. NHO Geneo kjenner ikke til utfordringer med dagens ordning, og mener departementet bør utrede virkninger av dette forslaget for barn uten rett til barnehageplass før det vurderes innført.

NHO Geneo støtter ikke kommunale forskriftskrav om bemanning og krav til kompetanse. Dette er allerede regulert gjennom pedagognormen og bemanningsnormen som ble innført i 2018. Krav til bemanning bør fortsatt fastsettes i nasjonale normer og være kunnskapsbasert.

Departements forslag om krav til kompetanse vil svekke barnehagenes mulighet til å ha ulike pedagogiske opplegg i sine barnehager. Det vil overstyre barnehagenes vurderinger knyttet til innholdet i barnehagetilbudet, og svekke muligheter for å ha egne kvalitetssatsinger og profilbarnehager. Det vil en ensretting av barnehagetilbudet og mindre mangfoldig barnehagesektor.

NHO Geneo mener også at det er uheldig å åpne for over 300 ulike regelverk og rettigheter knyttet til noe så viktig som bemanning i barnehage. Det er heller ikke redegjort for hvordan kravet skal finansieres for private barnehager.

Det er ikke slik at det er mangel på krav knyttet til bemanning som er utfordringen i barnehagesektoren. Rekrutteringen til barnehagelæreryrket er i fritt fall. Høsten 2023 var det 2 838 planlagte studieplasser på landsbasis til ⁵⁹barnehagelærerutdanningen. Ved inngangen til september 2023 sto 1 025 studieplasser ledige. I Tromsø møtte 13 studenter til de 60 studieplassene på den ordinære barnehagelærerutdanningen. Det utgjør 36,1 prosent av de planlagte plassene. I 2019 var det 4 542 førstevalgssøkere til barnehagelærerutdanningen. Dette er nærmere halvert til 2 557 i 2023 og har ikke vært lavere siden 2003. Når regjeringen i sin barnehagestrategi har en ambisjon om at 60 % av de ansatte skal ha barnehagelærerutdanningen vil det mangle 13 000 barnehagelærere.

Norge har en bemanningskrise, og barnehagelærerne er yrkesgruppen i landet med høyest fravær. Det har bare forsterket seg etter innføring av nasjonal bemanningsnorm og skjerpet pedagognorm. I Danmark viser forskning⁶⁰ at sykefraværet går ned når andelen barnehagelærere økes. Noe som ikke stemmer med norsk barnehagesektor. Legemeldt fravær ⁶¹ er høyere i kommunal enn privat sektor, noe det har vært siden 2012. NHO Geneo mener at ulike kommunale normer knyttet til bemanning ikke løser de faktiske utfordringene knyttet til bemanning i barnehagesektoren: mangel på barnehagelærere.

Bemanningsnormen som trådte i kraft 1. august 2019 gjør at lærlinger i barne- og ungdomsarbeiderfaget ikke lenger er tellende som 50% tellende for verdiskapningsdelen for bemanning i private barnehager. Reguleringen har gjort det vanskeligere å oppfylle bemanningskravene, og svekket en viktig rekrutteringsmulighet for de private barnehagene. Private barnehager har fortsatt personalkostnad til lærlinger, uten at deres bidrag telles som verdiskapende. Det gjør at færre private barnehager har økonomisk handlingsrom til å ta inn lærlinger. NHO Geneo mener at reguleringen virker mot sin hensikt for kvaliteten i barnehagetilbudet, og ber departementet gjeninnføre 50 % verdiskaping for lærlinger i barne- og ungdomsarbeiderfaget slik at de telles med på bemanningsnormen for verdiskapningsdelen.

Med for rigide krav til bemanning vil det kunne oppstå situasjoner hvor det ikke er mulig å tilby nok barnehageplasser. Barnehagene kan ikke ta inn flere barn enn bemanningskravene tillater, og det har allerede vist seg å være vanskelig å rekruttere nok barnehagelærere. NHO Geneo mener derfor at departementet heller bør vurdere forslag som åpner for å godkjenne flere yrkesgrupper og utdanningsløp som en del av bemanningen.

NHO Geneo forutsetter at kommunale forskrifter om redusert foreldrebetaling kompenseres gjennom tilsvarende økning i offentlige tilskudd. Gitt en slik innretning støtter vi forslaget.

NHO Geneo støtter ikke forskrift om maksimalpris for kostpenger og forskrift som regulerer barnehagenes åpningstider. Forslaget om åpningstider vil redusere mangfoldet i barnehagetilbudet og svekke foreldrenes valgfrihet. Krav knyttet til åpningstider må finansieres av det offentlige. Private barnehagers driftsmargin åpner ikke for at det pålegges flere krav uten tilhørende finansiering. NHO Geneo er sterkt kritisk til å sette et maksimalt nivå for kostpenger. Det vil begrense de private barnehagenes mulighet til å tilby egne matsatsinger og påvirke kvaliteten på kosttilbudet, både i kommunale og private barnehager.

⁵⁹ <https://www.khrono.no/fritt-fall-i-sokere-som-vil-bli-barnehagelaerer/784289>

⁶⁰ <https://www.utdanningsnytt.no/arbeidstid-bemanningsnorm-danmark/storre-pedagogtthet-i-barnehagen-reduserer-sykefravaeret/379328>

⁶¹ <https://www.barnehagemonitor.no/sykefravaer/>

I stortingsdebatten, 10. juni 2005, fremgikk det at det ved innføring av maksimalpris for foreldrebetaling ikke skulle settes begrensninger for kvalitative satsinger i barnehagen. Trond Giske fra Arbeiderpartiet uttalte følgende:⁶²

Så er det altså slik at vi i barnehageforliket var enige om at når vi innfører makspris trinn 2, skal vi også ha et annet regelverk for hvilke ting det er mulig å få mer betaling for. Det kan være mat, det kan være ekstra pedagogikk, og det kan være spesielt flotte utearealer, etc.

Forslaget i høringsnotatets kapittel 14, om å lovfeste at kostpenger ikke skal overskride de faktiske utgiftene barnehagen har for mat og drikke, støttes av NHO Geneo. Det ivaretar at penger til matsatsinger går til det formålet, og kommer barna til gode. Maksimaltak for kosttilbudet vil derimot redusere mattilbudet i en rekke barnehager som har høyere kostutgifter enn departementets forslag tillater.

6.6 Regler om beregning av kommunalt tilskudd til private barnehager

6.6.1 Innledning

I høringsnotatets kapittel 12 og 13 foreslår departementet en omlegging av finansieringssystemet.

Foreslått endring av barnehageloven § 19 går bort fra dagens ordlyd: «Kommunen skal behandle private barnehager som mottar tilskudd, likeverdig med kommunale barnehager», og gir kommunene hjemmel til å fastsette kommunale forskrifter om beregning av tilskudd til de private barnehagene. Kommunen gis en vid adgang til å legge vekt på andre forhold enn økonomisk likebehandling av private og kommunale barnehager.

6.6.2 NHO Geneos vurdering av forslaget

NHO Geneo støtter ikke departementets forslag til nytt finansieringssystem med kommunale forskrifter. Vi har redegjort nærmere for finansieringssystemet i punkt 3, og foreslått alternativ justering av finansieringssystemet som ivaretar likebehandling av private og kommunale barnehager.

Departementets forslag til endring av barnehageloven § 19 betyr en avvikling av likebehandlingsprinsippet, og de private barnehagene går fra å ha et rettskrav på økonomisk likebehandling gjennom et rettsanvendelsesskjønn, til et system med forvaltningsskjønn hvor kommunene får hjemmel til å svekke likebehandlingen.

Likebehandling skal ikke lenger være en rettighet for de private barnehagene. Departementet omtaler det nå bare som rettesnor:

Etter departementets syn vil det være vanskelig å fullt ut sikre likeverdige barnehagetilbud i hver enkelt barnehage gjennom tilskuddsberegningen. Målet om likeverdige barnehagetilbud er ment som en rettesnor for tilskuddsberegningen

Rettsanvendelsesskjønn innebærer at forvaltningen må tolke og anvende rettsregler på konkrete saker. Det gir lite rom for skjønn, da forvaltningen skal følge rettsreglene slik de er fastsatt. Dette gir et sterkt rettighetsvern for de private barnehagene, da forvaltningen ikke kan ta avgjørelser som strider mot godkjente barnehagers rettskrav på likeverdige tilskudd i barnehageloven § 19.

Domstolskontrollen er sterk ved rettsanvendelsesskjønn. Dersom en privat barnehage mener at kommunen har tolket eller anvendt rettsreglene feil, kan saken bringes inn for domstolene, som vil

⁶² Stortingsbehandlingen av Innst. S. nr. 231 (2004-2005), jf. St.meld. nr. 28 (2004-2005)

kunne prøve alle sider av saken. Har kommunen f.eks. holdt noen kostnader utenfor beregningen av tilskuddssatsen til de private barnehagene, så kan domstolen prøve om kommunen har adgang til det.

Forvaltningsskjønn, som departementet nå vil innføre, innebærer derimot at forvaltningen har et betydelig handlingsrom til å vurdere og avgjøre saker ut fra hensiktsmessighet og rimelighet. Rettighetsvernet vil være svakere ved forvaltningsskjønn, da kommunene med lovendringsforslaget vil få vid adgang til å vektlegge hensyn som vil svekke likebehandlingen av private og kommunale barnehager.

NHO Geneo vil minne om at lovgiver i flere omganger med lovreguleringer for barnehagesektoren har valgt å opprettholde en nasjonal norm for økonomisk likebehandling. Det er nødvendig for å sikre et godt kvalitativt barnehage tilbud til alle barn, uavhengig av hvilken kommune de bor i.

Det kommunale selvstyret spiller inn ved at hvis kommunen bruker store ressurser per oppholdstime i de kommunale barnehagene, vil de private barnehagene ha tilsvarende krav på likeverdig tilskudd per oppholdstime. På samme måte vil private barnehager i kommuner som bruker lite ressurser per oppholdstime ha tilsvarende lite krav på tilskudd. Kommunen bestemmer selv ressursbruken på egne kommunale barnehager, og slik at det er egen ressursbruk som bestemmer størrelsen på tilskuddet per oppholdstime. Med en slik styringsmodell for kommunalt selvstyre for barnehagesektoren sikrer man at alle barnehager i kommunen settes likt i stand til å kunne levere like god kvalitet uavhengig av eierform.

Overgangen til kommunale forskrifter om tildeling av tilskudd til de private barnehagene vil som ytterste konsekvens kunne bety over 300 ulike regelverk og rettigheter å forholde seg til for private barnehager. I tillegg er det grunn til å tro at innholdet i den enkelte forskrift vil variere etter vekslende politisk flertall i den enkelte kommune. Fra barnehageforliket ble vedtatt og frem til nå har lovgiver trukket frem målsetning om bedre og mer forutsigbart finansieringssystem. Hensynet til forenkling har vært begrunnelse for en rekke endringer i finansieringssystemet. Dette går man nå bort fra, og det er uklart hvordan lovendringsforslagene skal ivareta formålene bak barnehageforliket.

NHO Geneo mener at likeverdighetsprinsippet og rammene for forskriftshjemmel i dagens barnehagelov § 19 andre ledd må beholdes, slik at de private barnehagene også beholder sitt rettskrav på en minimumsfinansiering som sikrer likebehandling av private og kommunale barnehager.

Barnehagene har omfattende kvalitetskrav i dag knyttet til alle aspekter av barnehagedriften. Likebehandling av kommunale og private barnehager gjør det mulig med en slik regulering. Forslagene i høringsnotatet avviker garantien om en minstefinansiering på nivå med kommunens kostnader for egne barnehager, samtidig som det legges inn omfattende skjønnsmarginer for kommunenes hjemler. En slik innretning gir verken økonomisk rom eller incentiver for kvalitetsutvikling og konkurranse mellom barnehagene. NHO Geneo kan heller ikke se at det foreligger sterke samfunnsmessige behov for å gripe inn mot dagens ordning.

6.6.3 Forholdet til Grunnloven, EMK og EØS

Private eiere har investert kapital og tid for å opparbeide en barnehagevirksomhet som skal gi et økonomisk utbytte og avkastning på investeringene etter barnehageloven. I høringsnotatet ses det bort fra det faktum at avviking av likeverdighetsprinsippet for private barnehager betyr risiko for at deres barnehager mister sitt eksistensgrunnlag og muligheten til å oppnå økonomisk avkastning på investeringene, slik at barnehagene kan bli mer eller mindre økonomisk verdiløse.

Forslag som svekker likebehandlingen av private og kommunale barnehager uten å være begrunnet i sterke samfunnsmessige behov vil komme inn under det konstitusjonelle vernet etter Grunnloven og EMK, jf. gjennomgangen i punkt 5. Skoghøy har vurdert dette nærmere i sin betenkning på s. 19:

(..) i stedet for at private barnehager — slik tilfellet er i dag — skal få samme tilskudd per plass som gjennomsnittet av kommunenes driftsutgifter i egne barnehager, foreslår departementet å gi kommunene myndighet til å fastsette ved forskrift hvordan tilskudd til private barnehager skal beregnes, slik at tilskuddene kunne tilpasses lokale behov (s. 121). Gjennom det som uttales om økonomien i private barnehager ligger det mellom linje ene at tilskuddene til private barnehager forutsettes redusert. Departementet foreslår lovfestet hvilke momenter kommunene «særlig» skal legge vekt på ved utformingen av forskriften. Det skal imidlertid være opp til kommunene å vurdere hvordan de enkelte momentene skal avveies mot hverandre og fastsette innholdet av forskriften. Innholdet av forskriften skal fastsettes ut fra fritt kommunalt forvaltningskjønn. På grunnlag av den forskrift som kommunene vedtar, skal kommunene minst en gang i året treffe vedtak om tildeling av tilskudd til de enkelte barnehagene.

Ordningen med at kommunen på grunnlag av et fritt forvaltningskjønn skal bestemme hvordan tilskudd til private barnehager skal beregnes, innebærer en dramatisk omlegging av den eksisterende finansieringsordning og vil gripe sterkt inn i de tilskuddsberettigede barnehagenes forventninger. I punkt 12.3.11 vurderer departementet forholdet til Grunnloven § 97 og EMK protokoll 1 artikkel 1, men denne vurderingen er ytterst syltynn. Det bare postuleres at de private barnehagenes godkjenning med tilhørende rett til tilskudd ikke nyter vern etter Grunnloven § 97. For det tilfellet at de private barnehagenes godkjenning med tilhørende rett til tilskudd skulle nyte vern etter Grunnloven § 97, mener departementet at det vil være tale om «en rettslig posisjon i Grunnlovens randsone, slik at vernet er beskjedent». Uten noen egentlig vurdering konkluderer departementet med at «de foreslåtte endringene i tilskuddsreglene ligger innenfor rammene til Grunnloven § 97 og Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) P 1-1» (s. 135).

Det er overraskende hvor lett departementet tar på en slik dramatisk omlegging av tilskuddssystemet som er foreslått. I dag er tilskuddsberegningen rettssikker: Driftstilskuddene til private barnehager beregnes ut fra gjennomsnittlige driftskostnader per heltidsplass i tilsvarende kommunale barnehager. Innholdet av kravet om likeverdig behandling beror på et rettsanvendelseskjønn, som domstolene kan prøve fullt ut, se HR-2021-62-A avsnitt 33. Dette har de private barnehagene innrettet seg etter. Den foreslåtte nyordningen gir ingen rettssikkerhetsgarantier for tilskuddenes størrelse. En slik dramatisk og brå omlegging utfordrer klart tilbakevirkningsforbudet i Grunnloven § 97 og beskyttelsen av etablerte rettsposisjoner etter EMK protokoll 1 artikkel 1. Det er overraskende at Kunnskapsdepartementet ikke innser dette.

Departementet foreslår også gi kommunene hjemmel til å omfordele en pott på 20 % av driftstilskuddet til private barnehager. I den grad det leder til forskjellsbehandling mellom ulike typer private barnehager, så vil en slik regulering være i strid med EØS-retten, jf. vår gjennomgang under punkt 5.3 og 6.2.

6.7 Krav til bruk av offentlige tilskudd og foreldrebetaling

Til departementets forslag i høringsnotatets kapittel 14 vil NHO Geneo knytte merknader til følgende forslag:

- Lovfeste krav til bruk av kostpenger
- Disponering av overskuddslikviditet
- Innføring av hjemmel til å skjønnsmessig behøvsprøve private barnehagers innkjøp, og bruk av driftstilskudd på eiendomskostnader i § 23 første ledd

NHO Geneo støtter ikke forslaget om å presisere at kostnader bare skal ha et omfang som er rimelig for å oppnå formålet. Forslag til barnehageloven § 23 første ledd gir kommunene hjemmel til å skjønnsmessig behøvsprøve private barnehagers innkjøp av varer og tjenester fra tredjeparter, samt

bruk av driftstilskudd på eiendomskostnader. Det er en praksis Utdanningsdirektoratet har prøvd å anføre i sine økonomiske tilsyn, men som Oslo tingrett i dom avsagt 10. november 2023 har avklart at det ikke er adgang til etter dagens barnehagelov. En slik adgang vil være svært inngripende overfor private barnehager. Det vil gjøre det tilnærmet umulig å ha egne kvalitative satsinger i barnehagen utover minimumskravene. De private barnehagers erfaring med det økonomiske tilsynet gjør at NHO Geneo heller ikke er trygg på man vil ha en god nok vurdering av hva som er det faktiske kostnadsnivået for eiendomskostnader. Derfor støttes heller ikke forslaget om å lovfeste en øvre grense for bruk av driftstilskudd og foreldrebetaling på kostnader til fast eiendom.

Barnehagesektoren er gjennomregulert i utgangspunktet. Likebehandling gjør det mulig. Nå avvikles likebehandlingsprinsippet, samtidig som det legges inn omfattende skjønnsmarginer for kommunenes hjemler til å detaljstyre private barnehagers barnehagetilbud. Det vil bidra til mer ensretting, mindre innovasjon og færre profilbarnehager når kvalitative satsinger skal behøvsprøves.

I høringsnotatets kapittel 14 vurderer departementet hvorvidt det bør innføres utbytteforbud for private barnehager. Det foreslås ikke en slik vurdering. NHO Geneo støtter at det ikke innføres utbytteforbud for private barnehager. Det må imidlertid bemerkes at summen av krav som stilles til private barnehager i dette høringsnotatet gjør at det ikke vil være mulig for private barnehager å generere et positivt driftsgrunnlag. Rammevilkårene det legges opp til gir ikke økonomisk handlingsrom til utbytte for private barnehager. Det vil igjen påvirke private aktører vilje og mulighet til å investere i barnehagesektoren fremover.

NHO Geneo støtter forslaget om å lovfeste at barnehagen kan kreve betaling for kost i tillegg til foreldrebetalingen. Tilsvarende støttes lovfesting av at kostpengene ikke skal overstige de faktiske utgiftene barnehagen har til mat og drikke til barna. Som det er redegjort nærmere for i punkt 6.5, så støtter ikke NHO Geneo at det settes et tak for kostpenger. Det vil svekke det kvalitative mattilbudet i flere barnehager, og har direkte virkning på barnehagetilbudet til barna.

NHO Geneo støtter ikke forslaget om å lovfeste at barnehagen ikke skal kunne låne ut overskuddslikviditet. Departementet har ikke redegjort tilstrekkelig for hvorfor det er en nødvendig regulering ved siden reguleringen knyttet til transaksjoner med nærstående.

6.8 Krav om å være et selvstendig rettssubjekt og revisjonsplikt

I høringsnotatets kapittel 15 vurderer departementet nærmere hvorvidt kravet om selvstendig rettssubjekt bør gjelde alle barnehager. Kravet ble innført i barnehageloven 1. januar 2023, og fastslo at alle private barnehager skal være selvstendige rettssubjekter. I høringsnotatets kapittel 16 foreslår departementet krav til revisjon av en statsautorisert revisor.

Det fremgår ikke av høringsnotatet om mindre fordyrende forslag er vurdert for å oppnå samme kontrollformål.

Gjeldende barnehagelov § 7 a bestemmer at med visse unntak skal hver private barnehage være et selvstendig rettssubjekt, jf. forholdet mellom første og tredje ledd i nevnte paragraf. Høringsnotatet foreslår å utvide unntaksadgangen for åpne barnehager, og å innføre en egen hjemmel for departementet til å gjøre unntak for kravet. Videre foreslår høringsnotatet å benytte nevnte forskriftshjemmel til å unnta «*[b]arnehager som eies av et sokn i Den norske kirke*» fra kravet om å være «*selvstendig rettssubjekt*».

NHO Geneo mener at kravet om selvstendig rettssubjekt bør oppheves for alle barnehager. Kravet påfører private barnehager betydelige kostnader, og det rokker ved likebehandlingsprinsippet i barnehageloven § 19. Det at private barnehager ilegges krav med økonomiske konsekvenser, og ikke

kommunale barnehager, medfører en økonomisk forskjellsbehandling som rokker ved likebehandlingsprinsippet i barnehageloven § 19. Kravet gir private barnehager betydelige administrative kostnader, anslagsvis engangskostnader på til sammen kr 61 millioner og årlig kr 103 millioner. Dette er penger som kunne gått til å forbedre barnehagetilbudet. NHO Geneo stiller derfor spørsmål ved om et slikt fordyrende krav for private barnehager er til barnas beste.

Departementet har ikke vurdert konkurransevidninger administrative forslag gir, og hvordan ulike rammevilkår påvirker forholdet mellom private og kommunale barnehager opp mot økonomisk likebehandling. NHO Geneo mener at forslag som svekker den økonomiske likebehandlingen av private og kommunale barnehager må være begrunnet i strenge samfunnsmessige hensyn for ikke å bryte med private barnehagers konstitusjonelle vern, jf. redegjørelsen i punkt 5.

Kravet om revisjon vil også påføre barnehager en betydelig økning i deres administrasjonskostnader, og er ikke tilstrekkelig utredet. Departementet anerkjenner at kravet vil bety nye kostnader, men skriver ikke noe om hvordan kravet skal finansieres:

Krav til revisjon av statsautorisert revisor vil medføre kostnader for barnehagene. Dette må ses i sammenheng med at de får tilskudd til administrasjon som del av driftstilskuddet.

Regelrådet har påpekt at forslaget om revisjon burde ha vært utredet grundigere.

NHO Geneo mener videre at vilkåret om at hver barnehage skal være et selvstendig rettssubjekt utgjør en ikke-rettferdiggjort restriksjon på etableringsretten. Ovennevnte foreslåtte unntak fra vilkåret underbygger at reguleringen er inkonsistent og uforholdsmessig, og dermed ikke rettferdiggjort.

Det må anses å være sikker EØS-rett at det å kreve at utøvelsen av en økonomisk aktivitet struktureres og organiseres på et spesifikt vis utgjør en restriksjon på etableringsretten som følgelig må rettferdiggjøres for å kunne opprettholdes.

Videre anfører NHO Geneo at dette vilkåret ikke er rettferdiggjort, jf. kravet til at restriksjoner på etableringsretten blant annet må oppfylle krav til egnethet, konsistens og nødvendighet. Sak C-299/02 Europakommisjonen mot Nederland gjaldt krav nederlandsk lovgivning stilte for å registrere skip i den nederlandske skipsregisterordningen. Blant annet ble det stilt krav om at aksjonærer, styremedlemmer og rederiets «management» måtte være borgere av EU- eller EØS-stater. Kravene var begrunnet i kontrollhensyn. EU-domstolen fant at disse kravene utgjorde en restriksjon på etableringsretten og uttalte blant annet følgende i rettferdiggjøringsvurderingen:

In this case, the ship registration scheme has the effect of restricting the freedom of establishment of shipowners. When shipowner companies wishing to register their ships in the Netherlands do not satisfy the conditions in issue, their only course of action is to alter the structure of their share capital or of their boards of directors: and such changes may entail serious disruption within a company and also require the completion of numerous formalities which have financial consequences. Likewise, shipowners must adjust their recruitment policies in order to ensure that their local representatives are not nationals of a State which is not a Member State of the Community or of the EEA.

A restriction such as the one in issue cannot be justified by grounds of the exercise of effective control and jurisdiction over ships flying the Netherlands flag. The Netherlands registration scheme is not apt to ensure the attainment of its objectives and goes beyond what is necessary to attain them. It is difficult to imagine how the structure of the share capital or the boards of directors of the shipowning companies or the nationality of the local representative may affect the exercise of effective control of the ship by the flag State. Those circumstances are not material to the adoption of measures such as the inspection of the ship, the registration of the details concerning it, verification of the qualification and the working conditions of the crew, and also the opening and conduct of an inquiry in the event of an accident or navigation incident

on the high seas. (...) In that regard, the argument whereby the Netherlands Government seeks to demonstrate that the registration scheme is proportionate cannot be upheld. ⁶³ [våre understrekninger]

På tilsvarende vis har NHO Geneo vanskelig for å se at et krav om å opprette en særskilt juridisk struktur for sin virksomhet skal kunne anses som forholdsmessig. Akkurat som EU-domstolen påpekte i *Europakommisjonen mot Nederland*, vil et slikt krav om en særskilt juridisk struktur være fordyrende for barnehagevirksomheter med flere barnehager og ellers begrense barnehagevirksomhetenes kommersielle frihet til å strukturere virksomheten i henhold til egne kommersielle vurderinger.

I tråd med EU-domstolens tilnærming i *Europakommisjonen mot Nederland*, anfører NHO Geneo at det kontrollformålet som begrunner foreliggende krav om at hver barnehage skal være separate juridiske enheter, i praksis kan oppfylles like godt uten å oppstille et slikt vilkår. En nærliggende analogi i så måte er det krav til separate regnskaper som kan utledes fra statsstøtteren i situasjoner hvor en økonomisk enhet som mottar offentlig støtte til ikke-økonomisk aktivitet, samtidig utfører økonomisk aktivitet. Fra statsstøttereislige kilder kan da ikke utledes noe krav om opprettelse av separate juridiske enheter. Det er opp til foretaket selv om kravet til regnskapsmessig skille implementeres innenfor samme eller separate juridiske enhet. Etter NHO Geneos syn illustrerer sistnevnte referanse til statsstøtteren at foreliggende krav om opprettelse av separate juridiske enheter begrunnet i kontroll med bruken av tilskuddene, ikke kan anses som forholdsmessig.

Den manglende nødvendigheten av dette vilkåret fremgår videre av den inkonsistens som ligger i at blant annet «[b]arnehager som eies av et sokn i Den norske kirke» er unntatt fra kravet med bakgrunn i forhold relatert til organiseringen av Den norske kirke. At departementet finner å foreslå unntak for kirke-eide barnehager fordi vilkåret vil skape kirkeinterne utfordringer i lys av den juridiske organiseringen av Den norske kirke, kan vanskelig illustrere annet enn at vilkåret egentlig går lenger enn nødvendig. Med andre ord, slike inkonsistenser viser at den restriktive nasjonale reguleringen ikke er egnet og/eller nødvendig for å realisere det påberopte formålet. Sak C-169/07 *Hartlauer* utgjør en treffende illustrasjon på det konsistenskrav som kan innfortolkes i forholdsmessighetsprinsippets krav til egnethet og nødvendighet. Saken gjaldt østerrikske myndigheters krav om behovsprøvet forhåndsgodkjenning av selvstendige tannklinikker, hvor flere tannleger kunne være ansatte som arbeidstakere. På samme tid gjaldt ikke tilsvarende forhåndsgodkjenningskrav for såkalte gruppepraksiser, hvor flere tannleger kunne praktisere, men da med status som medeiere/partnere. Overfor publikum fremstod altså begge kategorier som tannlegepraksiser med flere tannleger, som tilbød identiske tjenester og dekket samme behov. Om hvorvidt en slik restriksjon på etableringsretten kunne anses rettfærdiggjort under henvisning til folkehelsehensyn, uttalte EU-domstolen følgende relatert til *konsistenskravet*:

It must be recalled that national legislation is appropriate for ensuring attainment of the objective pursued only if it genuinely reflects a concern to attain it in a consistent and systematic manner. Since those two categories of providers of services may have comparable features and a comparable number of practitioners and provide medical services of equivalent volume, they may therefore have a similar impact on the market in medical services, and are thus liable to affect in an equivalent manner the economic situation of contractual practitioners in certain geographical areas and, in consequence, the attainment of the planning objectives pursued by the competent authorities. That inconsistency also affects the attainment of the objective of preventing a risk of serious harm to the financial balance of the national social security system. Even supposing that the uncontrolled establishment of independent outpatient dental clinics may lead to a considerable increase in the volume of medical services at constant prices to be paid for by that system, the Austrian Government has not put forward anything capable of explaining why the establishment of those clinics but not of group practices could have such an effect.

⁶³ Sak C-299/02 *Europakommisjonen mot Nederland*, avsnitt 19, 21 og 22

At visse kategorier private barnehager får unntak fra dette kravet, herunder barnehager eid av Den norske kirke, innebærer altså en inkonsistens som sammen med de øvrige faktiske og rettslige momenter redegjort for ovenfor, viser at kravet til separate juridiske enheter for hver barnehage, ikke oppfyller kravene til egnethet, konsistens og nødvendighet som inngår i forholdsmessighetskravet. Den restriksjonen denne reguleringen innebærer på etableringsretten, kan dermed ikke anses rettfærdiggjort.

6.9 Endringer i tilsyns- og reaksjonsbestemmelsene, og utvidet hjemmel til informasjonsinnhenting

I høringsnotatets kapittel 19 og 21 foreslår departementet å:

- Gi Utdanningsdirektoratet utvidede tilsyns- og reaksjonshjemler
- Gi Utdanningsdirektoratet utvidet hjemmel til å innhente opplysninger

NHO Geneo støtter ikke disse forslagene, og viser til manglende rettsikkerhet og forutsigbarhet for de private barnehagene slik det skisseres i høringsnotatet.

Private barnehager opplever i dag en tilsynspraksis hvor det fattes midlertidige vedtak om tilbakebetaling i strid med gjeldende rett. Dette gir de private barnehagene store administrasjonskostnader, og advokatutgifter til oppfølging av vedtak. Det har også blitt flere rettstvister knyttet til den type vedtak da økonomisk tilsyn praktiseres vilkårlig og krav om tilbakebetaling ofte mangler hjemmelsgrunnlag.

Utvidede hjemler vil bidra ytterligere til at private barnehager får økte kostnader til administrasjon og juridisk bistand for å etterleve strengere krav til dokumentasjon, uten at det følger med finansiering til oppfølging av disse kravene. NHO Geneo motsetter seg derfor utvidede tilsyns- og reaksjonshjemler, og mener kostnadene det innebærer heller bør gå til kvalitative satsinger i barnehagene.

Departementet viser også til behovet for å kunne innføre overtredelsesgebyr i høringsnotatet:

«Departementet foreslår ikke å innføre en hjemmel for bruk av overtredelsesgebyr nå, men vil følge med på erfaringene til tilsynsmyndighetene og eventuelt vurdere dette på et senere tidspunkt.»

NHO Geneo mener at dette vil være et meget inngripende tiltak, og departementet bør vise varsomhet med innføring av slike hjemler uten konsekvensutredning. Departementet har ikke adressert hvilke rettsikkerhetsgarantier som må gjelde i den sammenheng, og kravet til proporsjonalitet.

På s. 178 i høringsnotatet ber departementet om høringsinstansenes syn på om det er behov for å gi statsforvalterne hjemmel til å holde tilbake tilskudd, redusere tilskudd og til å kreve tilbakebetaling av tilskudd når de fører tilsyn med private barnehager i særlige tilfeller. NHO Geneo er ikke kjent med at det foreligger noe slikt behov i dag og fremholder at departementet bør se an utviklingen med økonomisk tilsyn før det gis slike inngripende hjemler. Dette gjelder særlig fordi vi er på områder hvor vurderingene har en tendens til å bli meget skjønsmessige og dermed gir en svak rettsikkerhet for barnehagene. Det er viktig at det ikke utvikles et regelverk med svak forutsigbarhet som kan føre til at private barnehager velger å ikke investere og satse i denne viktige sektoren grunnet manglende rettsikkerhet.

På s. 179 ber departementet tilsvarende om høringsinstansenes syn på om det er behov for å gi kommunen hjemmel til å føre tilsyn med kravene til bruk av offentlige tilskudd og foreldrebetaling i

barnehageloven kapittel V med forskrifter. NHO Geneo er ikke kjent med at det foreligger slikt behov i dag. Videre bør man se dette an opp eksisterende tilsynsmyndighet tilliggende utdanningsdirektoratet.

På s. 183 foreslås det å gi en utvidet hjemmel til å innhente opplysninger. Det heter på s. 184:

«Departementet mener på bakgrunn av dette at det i noen tilfeller er behov for at Utdanningsdirektoratet kan innhente opplysninger og dokumentasjon fra andre enn barnehagen eller barnehagens nærstående i forbindelse med tilsyn. Dette for å sikre at direktoratet får tilstrekkelig og nødvendig informasjon til å kunne utføre tilsynsoppgaven. Andre enn barnehagen eller barnehagens nærstående kan være juridiske personer som inngår avtaler eller handler med en privat barnehage. Det vil også kunne være revisor, regnskapsfører, bank, leverandører av varer og tjenester og ansatte eller tidligere ansatte, samt skatteetaten og andre offentlige myndigheter.»

Dette rører ved flere forhold; både forholdet til forretningshemmeligheter, personers rettssikkerhet og kravene til GDPR. Disse forhold er ikke vurdert nærmere av departementet i høringsnotatet. For NHO Geneo er viktig at barnehageeiere og barnehager ikke får en svakere rettssikkerhet enn andre i samfunnet. Så omfattende som innsynshjemlene er utformet, er det viktig at det samtidig legges opp til at rettssikkerheten ivaretas. Det er viktig at det er begrensinger i tilsynets videre bruk av opplysningene i ettertid. Det er også viktig å innrette det slik at det bare gjelder opplysninger som barnehagene faktisk råder over, og gjelder tilsvarende overfor kommunene.

NHO Geneo er kjent med at private barnehager ofte ikke gis innsyn i tallgrunnlaget til kommunale barnehager, og vurderinger knyttet til eiendomskostnader. Sanksjonen for manglende opplysninger kan ikke i slike tilfeller rettes mot private barnehager, når de ikke har tilgang til alle opplysninger, f.eks. eiendomsopplysninger som kommunen sitter på ved leie av barnehagebygg.

7 Vedlegg

Juridisk betenkning: *Kunnskapsdepartementets høringsnotat 1. november 2023 med forslag til endringer i finansieringssystemet for private barnehager- bryter forslaget med grunnloven § 97 og/eller EMK Protokoll 1 Artikkel 1?* Jens Edvin A. Skoghøy

PROFESSOR, DR. JURIS
Jens Edvin A. Skoghøy
ØVRE LJANSKOLL VEI 4 C
1169 OSLO
E-POST:
jeneas@online.no

OSLO, 2. januar 2024
TELEFON 93 02 96 58 (MOBIL)

NHO Geneo
v/advokat Morten Steenstrup
Postboks. 1829 Vika

0123 OSLO

KUNNSKAPSDEPARTEMENTETS HØRINGSNOTAT 1. NOVEMBER 2023 MED FORSLAG TIL ENDRINGER I FINANSIERINGSSYSTEMET FOR PRIVATE BARNEHAGER – BRYTER FORSLAGET MED GRUNNLOVEN § 97 OG/ELLER EMK PROTOKOLL 1 ARTIKKEL 1?

1. Innledning

1.1. Oppdraget

På de vilkår som er angitt i barnehageloven § 6, plikter virksomheter som har ansvar for barn under opplæringspliktig alder, å søke om kommunal godkjenning som barnehage. Dersom barnehagen oppfyller kravene i barnehageloven, har den rett til godkjenning som barnehage.

Etter § 19 første ledd «kan» kommunen gi tilskudd til godkjente private barnehager. Hvorvidt det skal gis tilskudd, avgjøres ved godkjenningen. Dersom en barnehage er godkjent med rett til tilskudd, har barnehagen krav på å få tilskudd i samsvar med driftskostnadene i tilsvarende kommunale barnehager.

Den någjeldende finansieringsordning for private barnehager går tilbake til barnehageforliket i Stortinget i 2003. Det ble da innført begrensninger i adgangen for barnehagene til å ta betaling fra foreldrene. Barnehagedriften skulle i stedet hovedsakelig finansieres ved offentlige tilskudd. Siden 2011 er det kommunene som har stått for den offentlige delen av finansieringen. Driftstilskuddene til private barnehager beregnes ut fra gjennomsnittlige driftskostnader per heltidsplass i tilsvarende kommunale barnehager. Kommunene får inndekning gjennom rammefinansiering fra staten. Det kommunale driftstilskuddet utgjør anslagsvis 80–85 % av de private barnehagenes driftsinntekter, se HR-2021-62-A avsnitt 5.

En sentral bestemmelse for private barnehagers rett til driftstilskudd fra kommunene er barnehageloven § 19 andre ledd, som bestemmer:

«Kommunen skal behandle private barnehager som mottar tilskudd, likeverdig med kommunale barnehager. Departementet kan gi forskrift om hva som er likeverdig behandling.»

Ved Høyesteretts dom i HR-2021-62-A (Fredrikstad) ble det fastslått at innholdet i kravet til likeverdig behandling etter denne bestemmelsen beror på et rettsanvendelsesskjønn, hvor domstolene har full prøvelsesrett (avsnitt 33).

I Kunnskapsdepartementets høringsnotat 1. november 2023 har departementet blant annet foreslått å gå bort fra at størrelsen på driftstilskuddene til private barnehager skal være koblet til driftskostnadene i kommunale barnehager. Utmålingen av driftstilskudd til private barnehager skal etter forslaget i stedet reguleres ved kommunal forskrift. Dette reiser spørsmål om denne omleggingen griper inn i den rettsposisjonen som private barnehager etter gjeldende lovgivning har, på en slik måte at omleggingen representerer brudd på tilbakevirkningsforbudet i Grunnloven § 97 og/eller den beskyttelse som Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) protokoll 1 artikkel 1 gir etablerte rettsposisjoner. NHO Geneo har bedt meg om å utrede dette. Med dette avgir jeg min betenkning.

1.2. Opplegget av betenkningen

Etter Grunnloven § 97 må «[i]ngen lov ... gis tilbakevirkende kraft». Det er sikker rett at denne bestemmelse ikke bare forbyr å knytte nye byrder til eldre handlinger eller begivenheter («egentlig tilbakevirkning»), men at den også beskytter mot uforholdsmessig inngripende eller tyngende inngrep i etablerte rettsposisjoner («uegentlig tilbakevirkning»).

I Rt. 1996 s. 1415 P ble det lagt til grunn at en uegentlig tilbakevirkning måtte virke «klart urimelig eller urettferdig» for at den skulle være grunnlovsstridig. Under påvirkning fra praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) om EMK protokoll 1 artikkel 1 bygger imidlertid senere høyesterettsavgjørelser på at det er en flytende overgang fra egentlig til uegentlig tilbakevirkning. Som hovedregel er egentlig tilbakevirkning forbudt. For uegentlig tilbakevirkning er utgangspunktet motsatt. Den overordnede normen for vurderingen av om et inngrep i en etablert rettsposisjon skal underkjennes, er hvorvidt inngrepet er *uforholdsmessig tyngende eller inngripende*. I punkt 2 vil det bli redegjort for hvordan tilbakevirkningsforbudet i Grunnloven § 97 er blitt utviklet i Høyesteretts praksis siden 1996.

Etablerte rettsposisjoner er ikke bare beskyttet av Grunnloven § 97, men også av EMK protokoll 1 artikkel 1. Denne bestemmelsen skiller ikke mellom egentlig og uegentlig tilbakevirkning, men inneholder et lignende skille mellom avståelse og regulerende inngrep. Mellom disse formene for inngrep er det en flytende overgang. Avgjørelsen av om et inngrep er i strid med EMK protokoll 1 artikkel 1, beror i siste instans på en vurdering av *forholdsmessigheten av inngrepet*. Den beskyttelsen som denne bestemmelsen gir, vil bli behandlet i punkt 3.

I punkt 4 vil jeg ta for meg Kunnskapsdepartementets utlegning av Grunnloven § 97 og EMK protokoll 1 artikkel 1 i høringsnotatet. Jeg vil her søke å påvise at departementet

ikke har tatt inn over seg utviklingen i Høyesteretts praksis om tilbakevirkningsforbudet i Grunnloven § 97 etter 1996.

I henholdsvis punkt 5 og 6 gjør jeg rede for mitt syn på hvordan departementets forslag til endring av finansieringssystemet for private barnehager forholder seg til Grunnloven § 97 og EMK protokoll 1 artikkel 1.

2. Utviklingen i grunnlovsbeskyttelsen av etablerte rettsposisjoner

2.1. Introduksjon

Grunnloven § 97 forbyr å gi lover «tilbakevirkende kraft». Forbudet er begrunnet i allmenne rettferds- og rettssikkerhetshensyn og tar sikte på å sikre forutberegnelighet for samfunnsmedlemmene («borgerne») – herunder selskaper og andre sammenslutninger. Disse hensynene – «legal certainty» og «foreseeability» – er fundamentale for demokratiske rettsstater: Borgerne skal kunne stole på gjeldende lovgivning og innrette sin virksomhet etter denne.

Ved tolkingen av Grunnloven § 97 har det siden 1996 vært vanlig å skille mellom «egentlig» og «uegentlig» tilbakevirkning. Med «egentlig» tilbakevirkning menes at det blir knyttet nye byrder eller andre ufordelaktige rettsvirkninger til eldre handlinger, unnlatelser eller begivenheter. Med «uegentlig» tilbakevirkning menes at det med virkning fremover blir grepet inn i rettsforhold som var oppstått da loven ble vedtatt.

Skillet mellom egentlig og uegentlig tilbakevirkning ble introdusert av professor Carl August Fleischer på 1960-tallet. Før dette skillet ble introdusert, eksisterte det i teorien to hovedoppfatninger, som ble kalt for *rettighetsteorien* og *standardteorien*. Etter standardteorien berodde spørsmålet om en tilbakevirkning var i strid med Grunnloven § 97, alltid på en rimelighetsvurdering: Det var bare den urettferdige tilbakevirkningen som var forbudt. De som var tilhengere av rettighetsteorien, ville ha fastere regler for når tilbakevirkning var forbudt. Ved Høyesteretts dom i Rt. 1996 s. 1415 P (Borthen) «adopterte» Høyesterett Fleischers skille mellom egentlig og uegentlig tilbakevirkning og gav samtidig enkelte retningslinjer for når uegentlig tilbakevirkning er forbudt. Ved tolkingen av Grunnloven § 97 er det derfor ikke nødvendig å gå nærmere inn på tidligere rettspraksis og teori. Rettsutviklingen i moderne tid starter med Borthendommen.

Etter Høyesteretts praksis før 2006 beskyttet Grunnloven § 97 først og fremst bare mot egentlig tilbakevirkning. Gjennom rettspraksis fra og med 2006 er imidlertid tilbakevirkningsforbudet blitt utvidet. Avhengig av hvor sterkt borgernes innrettelsesbehov er, beskytter Grunnloven § 97 også mot «uegentlig» tilbakevirkning.

Den mest iøynefallende form for egentlig tilbakevirkning er nykriminalisering, illeggelse av mer inngripende eller tyngende straffereaksjoner og skjerpning av strafferammene. På disse områdene inneholder Grunnloven § 97 et absolutt tilbakevirkningsforbud, se for eksempel Rt. 2010 s. 1445 P (krigsforbrytersaken) avsnitt 87–88. Kategorien egentlig tilbakevirkning omfatter imidlertid også tilfeller hvor det blir knyttet andre former for tyngende rettsvirkninger enn straff til eldre handlinger, unnlatelser eller begivenheter – for eksempel erstatningsansvar eller andre former for forpliktelser. Som hovedregel er også denne form for egentlig tilbakevirkning forbudt, men her er tilbakevirkningsforbudet ikke absolutt.

Terskelen for å tillate *egentlig tilbakevirkning* er imidlertid svært høy. Det må foreligge særdeles tungtveiende samfunnsmessige hensyn for å tillate slik tilbakevirkning, se for eksempel Rt. 1962 s. 369 P (gullklausuldommen) på s. 385.

For *uegentlig tilbakevirkning* har hovedregelen tradisjonelt vært den motsatte. Utgangspunktet har her vært «lovgivernes frihet». I Høyesteretts dom i Rt. 1996 s. 1415 P (Borthen) ble det oppstilt som vilkår for at uegentlig tilbakevirkning skal være grunnlovsstridig, at tilbakevirkningen er «klart urimelig eller urettferdig». Utviklingen etter tusenårsskiftet har imidlertid gått i retning av å nedtone skillet mellom egentlig og uegentlig tilbakevirkning, og å fremheve at det er en flytende overgang mellom disse tilbakevirkningsformene. Sentralt i vurderingen av om et inngrep i en etablert rettsposisjon er forbudt, er *borgernes innrettelsesbehov* og deres *berettigede forventninger*.

Siden midten av 1990-tallet har vi fått åtte viktige plenumsdommer av Høyesterett om tilbakevirkningsforbudet i Grunnloven § 97 – Rt. 1996 s. 1415 P (Borthen-dommen), Rt. 1996 s. 1440 P (Thunheim-dommen), Rt. 2006 s. 293 P (Arves Trafikkskole), Rt. 2007 s. 1281 P (Øvre Ullern), Rt. 2007 s. 1306 P (Rollag), Rt. 2010 s. 143 P (rederiskatt), Rt. 2010 s. 1445 P (krigsforbrytersaken) og Rt. 2013 s. 1345 P (Volstad). I tillegg har Høyesterett avsagt tre prinsipielt viktige dommer i avdeling – Rt. 2011 s. 347 A (prøveløslatelse), HR-2016-389-A (stortingspensjonsdommen) og HR-2016-1906-A (løsningsrettsdommen).

Jeg deltok selv som dommer i Høyesterett i Rt. 2006 s. 293 P (Arves Trafikkskole), Rt. 2007 s. 1281 P (Øvre Ullern), Rt. 2007 s. 1306 P (Rollag), Rt. 2010 s. 143 P (rederiskatt), Rt. 2010 s. 1445 P (krigsforbrytersaken), Rt. 2011 s. 347 A (prøveløslatelse) og Rt. 2013 s. 1345 P (Volstad). Seks av disse var plenumssaker. Fire av plenumssaken er avgjort under dissens. I to av dem – Arves Trafikkskole og rederiskattesaken – tilhørte jeg flertallet, mens jeg i de to andre – krigsforbrytersaken og Volstad – tilhørte mindretallet. Gjennom min deltakelse som dommer i disse sakene har jeg fulgt utviklingen i Høyesteretts praksis på nært hold.

Gjennom de dommene som Høyesterett har avsagt etter tusenårsskiftet, kan man spore en klar utvikling i retning av å gi borgerne økt beskyttelse mot tilbakevirkende lovgivning. Denne utviklingen er åpenbart påvirket av EMD-praksis om EMK protokoll 1 artikkel 1. I det følgende skal jeg gå gjennom de høyesterettsdommene som gjelder beskyttelsen etter Grunnloven § 97 mot *inngrep i etablerte rettsposisjoner*.

2.2. Borthen-dommen

Jeg starter min gjennomgang av praksis om hvilken beskyttelse Grunnloven § 97 gir mot inngrep i etablerte rettsposisjoner, med Høyesteretts dom i Rt. 1996 s. 1415 P (Borthen-saken). Denne saken gjaldt spørsmål om grunnlovsværn for ektefelle tillegg til løpende alderspensjon. Den ble for Høyesterett behandlet sammen med Thunheim-saken (Rt. 1996 s. 1440 P), som gjaldt grunnlovsværn for tilleggspensjon til uførepensjonister. Den grunnleggende grunnlovdrøftelse finnes i Borthen-dommen. I Thunheim-dommen blir det for grunnlovsspørsmålet bare vist til Borthen-dommen.

Saksforholdet i Borthen-saken var i korte trekk at alderspensjonister som forsørget

ektefelle, før lovendring i 1990 hadde krav på ektefelle tillegg hvis ikke ektefellen selv oppebar uførepensjon eller hadde rett til alderspensjon. Ved lovendring i 1990 ble vilkårene for ektefelle tillegg skjerpet. Det skulle ikke være tilstrekkelig at pensjonisten forsørget ektefelle. Også inntekt på pensjonistens hånd kunne utelukke eller medføre avkorting i ektefelle tillegg. Spørsmålet var om det var i strid med Grunnloven § 97 å endre folketrygdlovens regler om ektefelle tillegg med virkning også for dem som allerede var tilstått slikt tillegg. Etter først å ha fastslått at folketrygdens pensjonsrettigheter har grunnlovsværn, gikk førstvoterende nærmere inn på vurderingsnormen etter Grunnloven § 97 for uegentlig tilbakevirkning. Med tilslutning fra de øvrige dommerne (hvorav noen hadde enkelte særbemerkninger) uttalte han (på s. 1424–1427):

«Inngrepet i saken – og det gjelder for øvrig også for de regler om tilleggspensjon som er aktuelle i Thunheimsaken – medfører ikke at det knyttes nye byrder til tidligere handlinger, men at lovendringen for fremtiden svekker rettslige posisjoner. Det er dette som gjerne benevnes uegentlig tilbakevirkning. Det er klart at også slike inngrep i etablerte rettigheter eller posisjoner etter omstendighetene, blant annet under hensyn til karakteren av de posisjoner som berøres og de nærmere virkninger av endringene, vil kunne rammes av Grunnloven § 97.

Statens prinsipale anførsel er at trygderettigheter, ut fra rettighetenes karakter, faller utenfor vernet etter Grunnloven § 97. Rettighetene er etablert ved lov. De gjelder – anføres det – så lenge og med det innhold loven til enhver tid gir dem. Innskrenkes rettighetene, er det ikke lenger grunnlag for å gjøre dem gjeldende med det videre innhold de hadde etter den tidligere regel. ...

Jeg er enig med staten i at det må være utgangspunktet og hovedregelen at lovbestemte økonomiske ytelser fra det offentlige for fremtiden kan falle bort eller begrenses gjennom ny lovgivning uten hinder av Grunnloven § 97. Men etter min mening har pensjonsrettigheter etter folketrygdloven som grunnpensjonen med tilknyttede rettigheter og tilleggspensjonen, et fundament og en karakter ut over det at de er forankret i konkrete lovregler som tilsier at de må stå i en annen og sterkere stilling når det gjelder grunnlovsværn.

...

Staten har sterkt fremholdt at grunnlovsbeskyttelse for inngrep i økonomiske rettigheter i praksis og litteratur særlig har vært knyttet til rettigheter med et privatrettslig grunnlag, helt til Kjønstads betenkning i 1984. Jeg kan imidlertid ikke se at det å akseptere grunnlovsværn for trygderettigheter vil innebære noe brudd med vår tradisjon for tolking av Grunnloven § 97. Bestemmelsen – med dens generelle ordlyd om at 'Ingen Lov maa gives tilbagevirkende Kraft' – stiller etter vår rettstradisjon opp et forbud, som vel kan gis et mer presist innhold på spesielle rettsområder, men som ellers, blant annet på det rettsområdet vi her er på, må anses for å rette seg mot særlig urimelig eller urettferdig tilbakevirkning. Jeg kommer nærmere tilbake til den standard som ligger i forbudet, men vil her bemerke at den vil måtte variere over tid og med skiftende samfunnsforhold, både med hensyn til karakteren av de posisjoner som vernes og hvor mye og hva som skal til av virkninger for å utløse grunnlovsstrid. ...

Å gi grunnlovsværn for folketrygdens pensjonsrettigheter er etter mitt skjønn ved fortolkningen av Grunnloven § 97 nettopp å trekke rettslige konsekvenser av den samfunns- og rettsutvikling vi har fått gjennom etableringen av det offentlige pensjonssystem, som skal gi trygghet og forutberegnelighet for levestandard ved uførhet og alderdom.»

Deretter uttalte førstvoterende om vurderingsnormen for når *uegentlig tilbakevirkning* er grunnlovsstridig (på s. 1428–1430):

«Den har tradisjonelt i statsrettslæren – i ‘standardteorien’ – vært formulert slik at Grunnloven § 97 rammer tilbakevirkning som innebærer et ‘overgrep’ – jf Ragnar Knoph, *Rettslige Standarder* side 182. ...

...

Det kan spørres om ‘overgrep’ er et adekvat stikkord for normen etter Grunnloven § 97. ‘Overgrep’ leder nok tanken mer hen på noe som bare vil kunne være en teoretisk mulighet enn på det som også kan bli resultatet ut fra en vurdering av et praktisk foreliggende tilfelle. Jeg vil anta at en angivelse av normen til å gjelde ‘klart urimelig eller urettferdig’ tilbakevirkning er mer adekvat, iallfall med henblikk på det aktuelle rettsfelt. Inn i avveiningen vil blant annet komme hvilke rettigheter eller posisjoner inngrepet gjelder, hvilket grunnlag den enkelte eller en gruppe har for sine forventninger, om inngrepet er plutselig og betydelig og om fordelingen av byrdene rammer den enkelte eller en gruppe særlig hardt. Men på dette rettsområdet må lovgivers spillerom, i lys av de hensyn som ligger bak Grunnloven § 75 bokstav a og d, være vesentlig. Det vil bare være de kvalifiserte eller åpenbare tilfeller av urimelighet og urettferdighet som kan rammes. Jeg tilføyer at det nok i praksis først og fremst er inngrep som rammer avgrensede grupper pensjonister innenfor folketrygden som vil kunne stride mot Grunnloven § 97.»

Hvorvidt det innebar en grunnlovsstridig tilbakevirkning å la de nye reglene for ektefelle tillegg få anvendelse på løpende pensjoner, ble av Høyesterett vurdert på grunnlag av denne normen. Konklusjon ble at «Borthens posisjon som pensjonist, hans forventninger om å opprettholde ektefelle tillegg og virkningen for ham av bortfallet, ikke kan ha en slik gjennomslagskraft i forhold til de behov som lovendringen skulle vareta, at det her foreligger noen krenkelse av tilbakevirkningsforbudet i Grunnloven § 97» (s. 1433). *Innrettelsesbehovet* var altså ikke sterkt nok til at inngrepet i Borthens pensjonsrettigheter var grunnlovsstridig.

Som jeg skal komme tilbake til, står innrettelsesbehovet også i senere rettspraksis sentralt ved vurderingen av om inngrep i etablerte rettsposisjoner er grunnlovsstridig. Det som ellers kjennetegner rettspraksis etter tusenårsskiftet, er at det ikke kan opereres med egentlig og uegentlig tilbakevirkning som klart adskilte former for tilbakevirkning, men at disse betegnelsene representerer yttertilfeller. Det finnes en gradvis overgang fra egentlig til uegentlig tilbakevirkning. Spørsmålet om tilbakevirkning i tilfeller som faller mellom disse ytterpunktene, er grunnlovsstridig, beror på en *totalvurdering*. Sentrale momenter i vurderingen er hvor sterkt tilbakevirkningselementet er, og hvor stort borgernes innrettelsesbehov er. Startskuddet for denne praksisomleggingen er Rt. 2006 s. 293 P (Arves Trafikkskole).

Som eksempel på uegentlig tilbakevirkning som klart må aksepteres, kan nevnes ny lovgivning som reduserer satsen for skattemessige avskrivninger. Hvis avskrivningssatsen blir redusert, vil en næringsdrivende som har gjort en anskaffelse i tillit til de avskrivningssatser som gjaldt på anskaffelsestidspunktet, bli skuffet i sine forventninger, idet det vil gå lengre tid før anskaffelsen er fullt ut avskrevet. Det er likevel ikke tvilsomt at en ny lov som reduserer avskrivningssatsen, uten hinder av Grunnloven § 97 også kan gis anvendelse for anskaffelser som er foretatt før den nye loven ble vedtatt. Loven virker bare fremover, og den forventning som er knyttet til de avskrivningssatser som gjaldt på anskaffelsestidspunktet, er ikke av en slik karakter at

den er beskyttet av Grunnloven § 97.

2.3. *Dommen om Arves Trafikkskole*

Den første høyesterettsdommen som bygger på at det finnes *mellomformer mellom egentlig og uegentlig tilbakevirkning*, er Rt. 2006 s. 293 P (Arves Trafikkskole). Det var her spørsmål om en merverdiavgiftspliktig næringsdrivende kunne fratras fradragsrett for inngående merverdiavgift for en anskaffelse som hadde funnet sted.

Bakgrunnen for saken var at det med virkning fra 1. januar 2001 ble innført merverdiavgiftsplikt på tjenester. Dette omfattet også kjøreopplæring. Ved lovendring 21. desember 2001 nr. 113, som trådte i kraft 1. januar 2002, ble kjøreopplæring unntatt fra avgiftsplikt. Det ble fastsatt følgende overgangsordning:

«Næringsdrivende som driver kjøreopplæring plikter å tilbakeføre en forholdsmessig del av fradragsført inngående merverdiavgift av personkjøretøy anskaffet i perioden fra 1. juli 2001 til 1. januar 2002. Tilbakeføringsbeløpet skal utgjøre fradragsført inngående merverdiavgift redusert med 1/36 for hver hele måned kjøretøyet har vært registrert i denne perioden, regnet fra tidspunktet for registreringen av kjøretøyet. Beregning av merverdiavgift tas med på omsetningsoppgaven for 6. termin 2001. Departementet kan gi forskrift med nærmere bestemmelser om tidspunktet for innbetaling av beløpet som skal tilbakeføres.»

Arves Trafikkskole hadde inngått kontrakt om kjøp av ny bil 12. oktober 2001. Bilen ble levert 28. november 2001. Høyesterett kom under dissens (11 mot 4) til at den tilbakeføringsplikt som fulgte av overgangsbestemmelsen, var i strid med Grunnloven § 97.

Etter å ha konkludert med at loven virket tilbake til skade for borgerne, behandlet førstvoterende «hvilken norm som gjelder ved vurderingen av om tilbakevirkningen er grunnlovsstridig i et tilfelle som dette – hvor det kreves tilbakeføring av et beløp som var fradragsført etter dagjeldende lovgivning som følge av en bestemt handling». Dette måtte etter hennes oppfatning «bedømmes på samme måte som hvor en ny avgift blir lagt på en handling som tidligere var avgiftsfri» (avsnitt 57). Hun fortsatte (avsnitt 70–72):

«I vår sak er Arves Trafikkskole fratatt en økonomisk rettighet. I sin virkning dreier det seg om å knytte økonomiske byrder til en tidligere handling. Man er da på et område hvor Grunnlovens tilbakevirkningsforbud står sterkt, men ikke i forbudets innerste kjerne. Etter mitt syn kan man ikke på dette området stille opp et absolutt forbud mot tilbakevirkning. Men fordi man er så nær kjerneområdet til § 97, må det mye til før en tilbakevirkning kan godtas.

Staten har anført at lovgiver må ha stor handlefrihet på skatte- og avgiftsområdet. Jeg bemerker at dette synspunktet har vært lagt til grunn som et generelt utgangspunkt i forhold til alminnelig inntekts- og formuesskatt. I vår sak gjelder det en transaksjonsavgift hvor nye byrder blir knyttet til en transaksjon som avgiftsmessig sett skulle ha vært gjort opp før lovendringen. Hensynet til omsetningslivets innrettelsesbehov må da veie tungt. Bestemmelsen i merverdiavgiftsloven § 74 om at merverdiavgift svares etter de regler som gjelder på leveringstiden, gir borgerne en særlig forventning om at lovendringer ikke skal skje med tilbakevirkende kraft til skade for dem. Når hensynene til forutberegnelighet og endelige oppgjør veier tungt, må mer generelle hensyn etter mitt syn vike. Jeg kan heller ikke se at lovgivers behov for handlingsrom er like stort på dette området som ved fastsettelsen av de rettslige rammer for det alminnelige skatteoppgjør i det enkelte inntektsår.

Etter dette mener jeg at en ny transaksjonsavgift bare kan legges på en tidligere handling dersom sterke samfunnsmessige hensyn gjør seg gjeldende. Det samme må gjelde når det er tale om å tilsidesette et korrekt gjennomført fradrag for merverdiavgift. Noen helhetsvurdering hvor bare den klart urimelige og urettferdige tilbakevirkning er forbudt, er det ikke rom for.»

Siden Arves Trafikkskole ved endringen av merverdiavgiftsloven var blitt fratatt en økonomisk rettighet, hadde lovendringen samme virkning som hvor det blir knyttet økonomiske byrder til en tidligere handling. Tilfellet lå derfor *nært opp til egentlig tilbakevirkning*, og da kunne tilbakevirkning etter Høyesteretts flertalls syn bare aksepteres dersom den var begrunnet i «*sterke samfunnsmessige hensyn*».

2.4. Øvre Ullern-dommen

Den neste høyesterettsdommen i utviklingen er Rt. 2007 s. 1281 P (Øvre Ullern). Spørsmålet i denne saken var om en endring av tomtfesteloven i 2004, som gav adgang til å kreve festetiden for tidligere tidsbegrensede festekontrakten forlenget slik at de gikk over til å bli tidsubegrensede, kunne gjøres gjeldende for tidligere inngåtte festekontrakter. Med tilslutning fra de øvrige dommerne fremholdt førstvoterende (avsnitt 99):

«Da § 33 regulerer konsekvensene av en allerede inngått avtale, står vi overfor det som betegnes som 'uegentlig tilbakevirkning'. Det er imidlertid klart at også inngrep i etablerte rettigheter eller posisjoner etter omstendighetene kan rammes av Grunnloven § 97. For slike tilfeller er den såkalte 'standardteorien' fremherskende i dag, jf. Rt. 2006 side 293 avsnitt 60. Etter den må det foretas en helhetsvurdering av hvilke virkninger loven får. Ved denne vurderingen må det på den ene siden legges vekt på hensynet til festerne. Disse hensynene må avveies mot hvilke konsekvenser loven får for bortfesterne, og hvor beskyttelsesverdige deres interesser er.»

Som det fremgår av sitatet, bygger Høyesteretts vurdering av om tilbakevirkningen var i strid med Grunnloven § 97, i denne dommen på en «helhetsvurdering» og en *åpen balansering av de interessene som står mot hverandre*. På grunnlag av en avveining av bortfesteres og festeres interesser kom Høyesterett til at tomtefesteres rett etter tomtfesteloven § 33 til å kreve forlengelse ikke var i strid med Grunnloven § 97.

Synspunktene i Øvre Ullern-saken ble uten ytterligere drøftelse lagt til grunn i Rt. 2007 s. 1306 P (Rollag-saken), som ble behandlet sammen med Øvre Ullern. Rollag-saken gjaldt forlengelse av festekontrakt for fritidshus. Dommen er kort og inneholder for grunnlovsspørsmålet stort sett bare en henvisning til Øvre Ullern-dommen.

Rollag-dommen ble – sammen med noen andre dommer om tilsvarende spørsmål – påklaget til EMD, og ved EMDs dom 12. juni 2012 i saken Lindheim og andre mot Norge ble Norge dømt for brudd på EMK protokoll 1 artikkel 1. Det som var avgjørende for EMDs konklusjon, var at lovgiverne *ikke hadde foretatt en rimelig avveining av allmennhetens interesser og bortfesteres eiendomsrettigheter*. Jeg finner ikke grunn til å gå nærmere inn på denne dommen her.

2.5. Rederiskattedommen

Synspunktene i dommene om Arves Trafikkskole og i Øvre Ullern-saken om grunnlovsvurderingen ved uegentlig tilbakevirkning ble fulgt opp i Rt. 2010 s. 143 P

(rederiskattesaken). Spørsmålet var her om overgangsbestemmelsen for rederibeskatningsordningen av 2007 var i strid med tilbakevirkningsforbudet i Grunnloven § 97. Dette spørsmålet oppstod for rederier som hadde vært med i rederibeskatningsordningen av 1996. Under dissens (6 mot 5) kom Høyesterett til at overgangsordningen var grunnlovsstridig.

I førstvoterendes votum, som er flertallsvotumet, blir det først gitt en oversikt over utviklingen av beskatningen av rederinæringen og den overgangsordning som var fastsatt ved vedtakelsen av rederibeskatningsordningen av 2007. Hovedelementet i 1996-ordningen var at løpende skipsfartsinntekter var fritatt for skatteplikt. Beskatning skulle først skje ved utdeling av midlene fra rederiene. Så lenge inntektene ble beholdt i rederiene, var det ikke skatteplikt. Etter 2007-ordningen skulle skipsfartsinntekter være skattefrie, men for at rederier som hadde vært med i 1996-ordningen, skulle kunne gå inn i 2007-ordningen, måtte minst to tredeler av de ubeskattede midlene tas til beskatning fra og med inntektsåret 2007 med minst 10 prosent per år. Opp til en tredel var «fritatt for skatteplikt» så langt et beløp tilsvarende 28 % ble benyttet til miljøtiltak.

På vegne av flertallet fremholdt førstvoterende at det med disse overgangsreglene ikke lenger var opp til rederiene selv å fastsette et lavt skattnivå på inntektene ved «å la være å ta utbytte». Ved at de inntekter som var innvunnet under 1996-ordningen, måtte tas til beskatning over en ti-årsperiode, ble skattnivået for disse inntektene betydelig økt sammenlignet med det som var situasjonen under 1996-ordningen (avsnitt 129).

Etter å ha påpekt dette gikk førstvoterende over til å drøfte «kva grad av skatteskjerpning desse overgangsreglane representerte for reierinæringa». Finansdepartementet hadde i brev 31. oktober 2007 til finanskomiteen i Stortinget beregnet den samlede opparbeidete «skattekreditt» til 21 milliarder kroner. Dersom to tredeler skulle innbetales, ville det utgjøre rundt 14,1 milliarder kroner. På grunnlag av noen mer spesifikke regneoperasjoner foretok førstvoterende denne oppsummeringen (avsnitt 135–136):

«Oppsummeringsvis vil eg så langt seie at reiarlaga ved overgangen mellom ordningane hadde ein latent skatteskyldnad med ein noverdi. Denne latente skatteskyldnaden er bytt ut med ein aktualisert skyldnad slik den er nedfelt i overgangsordninga. Ombytinga inneber skjerpning av skatteskyldnaden. Dette var då også lovgivars siktemål med overgangsreglane. Sjølv om storleiken på auken i skatteskyldnaden til ein viss grad kan vere usikker, er det ikkje tvilsamt at det er ein monaleg auke. Det er ikkje grunnlag for å leggje til grunn anna enn at dette også gjeld reiarlaga i saka no.

Denne skjerpninga gjeld uskatta inntekter tekne inn i 1996-ordninga ved inngangen i ordninga og ved opptening i dei enkelte inntektsåra reiarlaget var i 1996-ordninga. Dette er år der det var fastsett i lova at den opptente inntekta berre kom til skattlegging om og når den vart teken ut. I dette ligg ein markert tilbakeverknad, som er knytt opp til tidlegare skatteår med fastsette skatteposisjonar.»

Spørsmålet var så om denne tilbakevirkningen var i strid med Grunnloven § 97. Dette avhang av hvilken norm som skulle gjelde for vurderingen av tilbakevirkningsspørsmålet i den aktuelle sak. Etter en gjennomgang av Høyesteretts praksis siden Borthen-dommen gav førstvoterende uttrykk for dette synet på tilbakevirkningsnormen (avsnitt 153–154):

«Ut frå rettspraksis kan det etter mitt syn stillast opp nokre hovudpunkt. Spørsmålet om ei lov som knyter verknader til tidlegare hendingar eller grip inn i etablerte rettsposisjonar, er i strid med Grunnlova § 97, er avhengig av kor sterkt tilbakeverknadselementet er. Dersom lova direkte knyter tyngjande rettsverknader til eldre hendingar, er lova som hovudregel grunnlovsstridig. Om lova derimot berre gir reglar om korleis ein etablert rettsposisjon skal utøvast for framtida, er hovudregelen den motsette. Mellom desse ytterpunkta finst det overgangsformer. I vår sak står vi overfor ei slik overgangsform. Og vi er i ein tilbakeverknadssituasjon som har klare parallellar med tilfellet i Arves Trafikkskole. For åra fram til og med 2006 var grunnlaget for likningane og vilkåra for skattlegging fastlagt og endeleg, då 2007-ordninga vart vedteken. Eg kan vanskeleg sjå det annleis enn at det var hendingar og disposisjonar som fann stad i tidlegare år, som her vart gjenstand for meir omfattande skattlegging på grunn av overgangsreglane. Som i saka om Arves Trafikkskole gjeld vår sak dessutan eit område der omsynet til innrettingsbehovet for næringa må vege tungt. Eg peikar særleg på at foremålet med 1996-ordninga nettopp var å påverke åtferda til reieria.

Dette tilseier at norma må liggje nær opp til den som vart nytta i Arves Trafikkskole. Det må dermed i ei sak som dette liggje føre sterke samfunnsmessige omsyn for at tilbakeverknad skal bli tillaten.»

På grunnlag av en *samlet avveining av de konkrete virkningene av overgangsreglene* konkluderte førstvoterende med at overgangsordningen var i strid med Grunnloven § 97. Rederienes innrettelsesbehov ble her ansett å være så sterkt at tilbakevirkningen – på samme måte som i saken om Arves Trafikkskole – bare kunne godtas som forenlig med Grunnloven dersom den var begrunnet i *sterke samfunnsmessige hensyn*.

Mindretallet kom til at overgangsordningen ikke var i strid med Grunnloven § 97. Selv om mindretallet var enig i at det finnes overgangsformer mellom egentlig og uegentlig tilbakevirkning, mente mindretallet at det hadde stor betydning hvilken kategori av tilbakevirkning man stod overfor (avsnitt 192). Etter mindretallets syn måtte overgangsordningen rubliseres som uegentlig tilbakevirkning, og slik mindretallet så det, måtte vilkåret for å underkjenne overgangsordningen som grunnlovsstridig da være at tilbakevirkningen var «klart urimelig eller urettferdig» (avsnitt 209). Denne terskelen var etter mindretallets syn ikke oppfylt. Ved vurderingen la mindretallet betydelig vekt på at Stortinget hadde vurdert forholdet til Grunnloven § 97 og funnet at bestemmelsen ikke var krenket (avsnitt 268).

2.6. *Volstad-dommen*

Rt. 2013 s. 1345 P (Volstad) gjaldt endring av forskrift om strukturkvoteordning for havfiskeflåten. Strukturkvoteordningen var et virkemiddel for å bygge ned fiskeflåten. Ved å kondemnere et fartøy som hadde fiskekvoter, kunne redere få overføre kvoterettigheter til gjenværende fartøy («strukturkvoter»). Slik forskriften opprinnelig lød etter ikrafttredelsen i 2005, var det ingen begrensning i det antall år et fartøy kunne beholde strukturkvoter. I 2007 ble imidlertid forskriften endret, slik at det ble innført en tidsbegrensning for kvotene på 25 år. Ett av de rederiene som ble rammet (Volstad AS), gikk til søksmål mot staten og hevdet at forskriftsendringen var i strid med blant annet Grunnloven § 97.

Høyesterett kom under sterk dissens (9 mot 8) til at regelendringen ikke innebar tilbakevirkning i strid med Grunnloven § 97. Flertallet tok utgangspunkt i at det dreide seg om inngrep i en etablert rettsposisjon, og at normen for grunnlovsvernet da var om tilbakevirkningen var klart urimelig eller urettferdig. Selv om flertallet ikke avviste at

det kan finnes mellomformer mellom egentlig og uegentlig tilbakevirkning, uttalte flertallet at det var «gode grunner til å oppstille ulike normer for grunnlovsvernet for egentlig og uegentlig tilbakevirkning, slik det er gjort i rettspraksis» (avsnitt 95). Flertallet uttalte seg imidlertid nokså forbeholdent og «ullent» om overgangsformene og tok ikke avstand fra dommene i Rt. 2006 s. 293 P (Arves Trafikkskole), Rt. 2007 s. 1281 P (Øvre Ullern) og Rt. 2010 s. 143 P (rederiskatt). Med tilslutning fra de øvrige dommerne som utgjorde flertallet, uttalte førstvoterende i Volstad-saken (avsnitt 97–101):

«Også en bestående rettsposisjon vil ha sitt grunnlag i en fortidig handling som er gjort ut fra datidens rettsstilstand. Et inngrep i denne kan derfor etter omstendighetene ramme den enkelte hardt. Ved lovgivning som regulerer framtidig utøvelse av oppnådde rettsposisjoner, er det imidlertid en avgjørende forskjell sammenlignet med egentlig tilbakevirkning, idet det gjennomgående i større eller mindre grad vil være mulig å innrette seg. En slik tilbakevirkning vil dermed vanligvis ha en mindre inngripende karakter. Behovet for å kunne regulere pågående virksomhet er også gjennomgående større enn behovet for å gripe inn overfor avsluttet aktivitet. Terskelen for å gripe inn overfor Stortingets egen vurdering av behovet for å gi loven tilbakevirkende kraft må da ligge høyere enn ved den egentlige tilbakevirkning. At det gjelder en slik terskel for at domstolene skal sette sin vurdering av lovens rimelighet over Stortingets, kom til uttrykk i normen slik den ble formulert i Borthen-dommen, ved at den retter seg mot inngrep som er 'særlig' eller 'klart' urimelig eller urettferdig. Ved denne vurderingen må det imidlertid både tas hensyn til inngrepets virkning for den som rammes og behovet for og de generelle virkningene av tiltaket.

I en del tilfeller vil imidlertid et inngrep i en bestående rettsposisjon kunne ha virkninger som – selv om de retter seg framover i tid – har klare fellestrekk med de man har ved egentlig tilbakevirkning. Jeg tenker spesielt på de tilfellene der rettsposisjonen er et resultat av økonomisk eller annen innsats. Både vår sak og Rt. 2006 side 262 ektefellepensjon – der rettighetshaveren hadde etablert sin rettsposisjon lenge før lovendringen – er eksempler på dette. Slike forhold vil kunne få betydning ved selve anvendelsen av normen.

Vår sak gjelder framtidig endring av en etablert rettsposisjon – istedenfor å få beholde strukturkvotene så lenge som grunnkvotesystemet gjelder, faller disse bort etter 25 år. Det er altså ikke spørsmål om å knytte byrder til tidligere handlinger, men om regulering av et oppnådd gode. Volstad gjør likevel gjeldende at en grunnlovsnorm lik den som ble lagt til grunn i Arves Trafikkskole og rederiskattesaken, skal anvendes. Jeg er ikke enig i dette. Hvordan inngrepet rammer den enkelte, kommer – som jeg nettopp har framholdt – inn ved den konkrete forholdsmessighetsvurderingen, som naturlig inngår i avgjørelsen av om inngrepet er særlig urimelig eller urettferdig. Virkningen av inngrepet kan ikke i seg selv gi grunnlag for å anvende en annen norm enn den som ellers gjelder for uegentlig tilbakevirkning.

På bakgrunn av avgjørelsen i Rt. 2007 side 1281 Øvre Ullern Terrasse kan det spørres om det er riktig å foreta grunnlovsvurderingen ved uegentlig tilbakevirkning ut fra normen slik den ble formulert av Høyesterett i Borthen-dommen og ektefellepensjons-dommen. I Øvre Ullern Terrasse la Høyesterett til grunn en interessebasert avveining selv om det gjaldt uegentlig tilbakevirkning. Dette ble imidlertid begrunnet i at det dreide seg om to parter – bortfester og fester – med hver sin interesse i eiendommen, jf. avsnitt 101. Dette betyr ikke at Høyesterett generelt har tilsidesatt normen fra Borthen-dommen, jf. at førstvoterende i avsnitt 100 i dommen om Øvre Ullern Terrasse viser til at det framgår av Borthen-dommen at økonomiske rettigheter omfatter 'svært forskjellige kategorier'. På side 1431 i Borthen-dommen avviste Høyesterett at avgjørelsen måtte bero på en interesseavveining der det *offentliges* interesse må vike dersom den ikke overstiger de interesser som blir skadelidende ved den nye loven. Som Høyesterett der understreket, vil en slik norm 'være av utpreget politisk karakter og lite egnet som rettslig norm'.

Jeg vil ikke avvise at normen i andre saker ved inngrep i bestående rettsposisjoner kan gis en annen og mer treffende formulering som bedre fanger opp hva grunnlovsmessigheten skal prøves mot enn det Borthen-normen gjør. Men jeg finner ikke grunn til i denne saken å gå nærmere inn på dette. Også i Borthen-dommen oppstilles en relativ norm, som er fleksibel og skjønsmessig. Den egner seg godt for å anvendes i dette tilfellet hvor Volstads anførsel nettopp synes å være at selskapet er urimelig og urettferdig behandlet.»

Selv om Høyesteretts flertall i denne dommen i større utstrekning enn i de andre dommene etter Borthen-dommen i 1996, ville la skillet mellom egentlig og uegentlig tilbakevirkning være avgjørende, fremholder flertallet samtidig at også en etablert rettsposisjon vil ha grunnlag i en fortidig handling, og at det derfor kan være behov for å beskytte den som har innrettet seg. Flertallet mener imidlertid at dette i hovedsak kan skje innenfor rammen av «Borthen-normen», som betegnes som «relativ», «fleksibel» og «skjønsmessig».

Ved den konkrete vurderingen av om Volstad var blitt «urimelig og urettferdig behandlet», tok Høyesteretts flertall utgangspunkt i at eieren av et fartøy som hadde fått tildelt strukturkvote uten tidsbegrensning på grunnlag av 2005-forskriften, og som i 2007 hadde fått begrenset tidsrammen til 25 år, objektivt sett kunne ha en sterk forventning om å beholde kvoten uten tidsbegrensning. På den annen side ble det lagt vekt på at det økonomiske tapet som følge av tidsbegrensningen ikke ville være av særlig stort omfang, blant annet hensett til de skattemessige avskrivningsreglene. Den omstendighet at avskrivningsmuligheten ikke hadde hatt noen verdi for Volstad, ble ikke tillagt særlig vekt, da det ikke var bestridt at avskrivningsretten «gjennomgående vil være fordelaktig for de rederier som berøres» (avsnitt 117). Flertallet la også vekt på at hovedtyngden av virkningen av 2007-forskriften ville inntreffe et godt stykke inn i fremtiden, og at neddiskontert tap derfor ville bli begrenset. Forskriftsendringen representerte da etter flertallets syn ikke noe klart urimelig eller urettferdig inngrep overfor rederiet.

Mindretallet hadde en annen tilnærming til vurderingen av om tilbakevirkningen var grunnlovstridig, og uttalte (avsnitt 190–191):

«Høyesterett har i flere plenumsdommer gitt uttrykk for at det ved inngrep i økonomiske rettigheter må foretas en momentbasert interesseavveining der forholdsmessighetsvurderinger står sentralt, jf. plenumsdommen om rederiskatt i Rt. 2010 side 143 avsnitt 150. Et viktig spørsmål blir da hvor sterkt tilbakevirkningselementet er, jf. dommen avsnitt 153.

Førstvoterende bygger i stor grad sin drøftelse av grunnlovsnormen på skillet mellom egentlig og uegentlig tilbakevirkning. Dette skillet kan kanskje være egnet som et pedagogisk virkemiddel, men mitt syn er at det etter dagens rettsstilstand ikke er avgjørende for valget av grunnlovsnorm. Verken i plenumsdommen om Arves Trafikkskole i Rt. 2006 side 293 eller i plenumsdommen om rederiskatt i Rt. 2010 side 143 er skillet benyttet av flertallet, og skillet har vært kritisert i juridisk teori, jf. blant annet Moltumyr Høgberg, Forbud mot tilbakevirkende lover (2010) side 270-275 med videre henvisninger og i TFR 2010 side 694 flg. på side 712.»

Mindretallets tilnærming til grunnlovsspørsmålet i denne dommen er i samsvar med flertallets tilnærming i rederiskattesaken og i dommen om Arves Trafikkskole. Som jeg skal komme tilbake til, er synspunktet til mindretallet i Volstad-dommen om at grunnlovsvurderingen må foretas på grunnlag av en «momentbasert interesseavveining

der forholdsmessighetsvurderinger står sentralt», fulgt opp i senere rettspraksis.

For mindretallet i Volstad-saken var det et sentralt element i vurderingen at fiskerimyndighetene i 2005 hadde benyttet tidsubegrensede strukturkvoter som et viktig incitament for å få «fart» i struktureringen. Når myndighetene hadde benyttet en slik «gulrot», burde de etter mindretallets syn ikke kunne trekke gulroten tilbake etter at borgerne hadde handlet.

2.7. Stortingspensjonsdommen

Etter Volstad-dommen har Høyesterett behandlet Grunnloven § 97 i HR-2016-389-A (stortingspensjonsdommen) og HR-2018-1906-A (løsningsrettsdommen).

Under henvisning til at Høyesteretts flertall i Volstad-saken ikke tok sikte på å fravike tidligere praksis (avsnitt 73), har Høyesterett i HR-2016-389-A (stortingspensjonsdommen) vendt tilbake til de vurderingskriteriene som ble benyttet av Høyesteretts flertall i dommene om Arves Trafikkskole og rederiskatt. Det blir her fremholdt at det er en *flytende overgang mellom egentlig og uegentlig tilbakevirkning*, og at spørsmålet om et inngrep i etablerte rettsposisjoner er grunnlovsstridig, beror på en momentbasert helhetsvurdering der et sentralt kriterium er *hvor sterkt tilbakevirkningselementet er* (avsnitt 76–77).

Problemstillingen i HR-2016-389-A (stortingspensjonsdommen) var om en ny lov om regulering av stortingspensjoner kunne gis virkning for pensjoner som var opptjent da loven ble vedtatt. Saken var anlagt av stortingsrepresentant Carl I. Hagen. Høyesterett kom enstemmig til at Grunnloven § 97 ikke var krenket.

Etter å ha gjennomgått rettspraksis fra Borthen-dommen til Volstad-dommen fremholdt Høyesterett at flertallet i Volstad-saken ikke hadde avvist at det finnes mellomformer mellom egentlig og uegentlig tilbakevirkning (avsnitt 73). Deretter uttaler førstvoterende med tilslutning fra de øvrige dommerne (avsnitt 76–77):

«Fra denne gjennomgåelsen slutter jeg at kjernespørsmålet er hvor sterkt tilbakevirkningselementet er. Hvis loven direkte knytter tyngende rettsvirkninger til tidligere hendelser, er loven som hovedregel grunnlovsstridig. Gir loven derimot bare regler om hvordan en allerede etablert posisjon skal utøves, er hovedregelen den motsatte. I de sistnevnte tilfellene har lovgiveren et betydelig spillerom, se avsnitt 94 i strukturkvotedommen. Det er en glidende overgang mellom disse ytterpunktene. I rederiskattedommen omtales dette som 'overgangsformer', mens det i strukturkvotedommen fremheves at 'Borthen-normen' er relativ, fleksibel og skjønsmessig.

Jeg konstaterer videre at det uavhengig av normvalg må skje en avveining mellom de vernede interesser på den ene siden, og de samfunnmessige hensynene på den annen. Vurderingen må skje konkret for dem som er parter i saken, men det må kunne tas hensyn til helheten ved lovreguleringen, se avsnitt 155 i rederiskattedommen. Ved vurderingen har det betydning hvilke rettigheter eller posisjoner inngrepet gjelder, hvilket grunnlag den enkelte eller en gruppe har for sine forventninger, om inngrepet er plutselig og betydelig, og om fordelingen av byrdene rammer den enkelte eller en gruppe særlig hardt, jf. Borthen-dommen og strukturkvotedommen. De samfunnmessige hensynene må holdes opp mot dette.»

Den konkrete avveiningen sammenfatter førstvoterende på denne måten (avsnitt 115):

«Når jeg så skal samle trådene, konstaterer jeg at tilbakevirkningselementet ikke er spesielt sterkt. Jeg mener at dette var mer markert både i saken om Arves trafikkskole, rederiskattesaken og strukturvotesaken. Hagen er påført en ulempe som er merkbar, men heller ikke mer. Hans berettigede forventninger må først og fremst ha knyttet seg til en trygg og god pensjon, ikke til at reguleringsbestemmelsen skulle opprettholdes uten noen endringer. Mot hans interesser står tungtveiende samfunnsmessige hensyn knyttet blant annet til økonomisk bærekraft for våre velferdsordninger og til likebehandling av store grupper.»

Som det fremgår av oppsummeringen, mente Høyesterett i stortingspensjonsdommen at tilbakevirkningselementet ikke var særlig sterkt. Carl I. Hagens berettigede forventninger til pensjonsordningen måtte da vike for «tungtveiende samfunnsmessige hensyn».

2.8. Løsningsrettsdommen

I HR-2018-1906-A (løsningsrettsdommen) var det blant annet spørsmål om det var i strid med Grunnloven § 97 å gi den lovbestemte tidsbegrensningen for bruk av løsningsretter som følger av løsningsrettsloven § 23 tredje ledd, anvendelse på løsningsretter som var avtalt før løsningsrettsloven ble vedtatt.

Med tilslutning fra de øvrige dommerne viste førstvoterende til den oppsummering av tilbakevirkningsforbudet som var gjort i stortingspensjonsdommen (avsnitt 90–91). Under henvisning til at tidsbegrensningen hadde et «legitimt formål forankret i samfunnsmessige hensyn», at løsningsretten ved bortfallet hadde stått ved lag i 50 år, at tilbakevirkningselementet var «nokså lite fremtredende», og at løsningsrettsloven er en «allmenn lov som generelt retter seg mot avtalte løsningsretter», fant Høyesterett enstemmig at det ikke forelå noen konflikt med Grunnloven § 97 (avsnitt 93).

I alle sakene etter tusenårsskiftet om grunnlovsmessigheten av inngrep i etablerte rettsposisjoner, har det også vært anført at inngrepet var i strid med EMK protokoll 1 artikkel 1. I løsningsrettsdommen gjorde Høyesterett denne drøftelsen svært kort. Med tilslutning fra de øvrige dommerne uttalte førstvoterende (avsnitt 100):

«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.»

Det er et interessant trekk ved løsningsrettsdommen at Høyesterett ved grunnlovsvurderingen *ikke går vegen om en «klart urimelig eller urettferdig»-vurdering, men går rett på en forholdsmessighetsvurdering*. Et annet interessant trekk er at forholdsmessighetsvurderingene etter Grunnloven § 97 og EMK protokoll 1 artikkel 1 ble slått sammen.

Etter denne dommen må det anses ettertrykkelig fastslått at det ved avgjørelsen av om et inngrep i en etablert rettsposisjon er i strid med Grunnloven § 97, må foretas en *tilsvarende forholdsmessighetsvurdering som etter EMK protokoll 1 artikkel 1*. Som jeg skal komme tilbake til i punkt 3, tillater EMK protokoll 1 artikkel 1 at det blir gjort inngrep i etablerte rettigheter dersom inngrepet har et legitimt formål, er hjemlet i en forutberegnelig rettsregel og etter en proporsjonalitetsvurdering tilfredsstillende krav til «rimelig balanse» mellom de interessene som står mot hverandre.

2.9. *Hvor står vi nå?*

Den hovedsakelige uenigheten mellom flertallet og mindretallet i Volstad-saken var om man skulle behandle egentlig og uegentlig tilbakevirkning som to adskilte kategorier. Men siden flertallet i Volstad-saken ikke tok avstand fra dommene om Arves Trafikkskole, tomtefeste og rederiskatt, kunne Høyesterett i de to etterfølgende sakene oppstille den vurderingsnormen de gjorde uten å måtte fravike flertallsvotumet i Volstad-saken. I stortingspensjonsdommen og løsningsrettsdommen er flertallsvotumet i Volstad-dommen blitt harmonisert med de øvrige dommene om Grunnloven § 97 etter tusenårsskiftet. Det ble lagt til grunn at flertallet i Volstad-dommen ikke fravek den foreutgående rettspraksis etter Borthen-dommen. Flertallsvotumet i Volstad-dommen må etter dette leses i lys av de øvrige høyesterettsdommene om Grunnloven § 97 etter tusenårsskiftet.

Spørsmålet om et inngrep i en etablert rettsposisjon er grunnlovsstridig, beror etter dette på en *avveining av de motstående interessene*. Den overordnede norm for vurderingen av om et inngrep i en etablert rettsposisjon skal underkjennes, er hvorvidt inngrepet er *uforholdsmessig tyngende eller inngripende*, se Jens Edvin A. Skoghøy, *Rett og rettsanvendelse*, 2. utgave, Oslo 2023, s. 292. De sentrale momentene i vurderingen vil være

- hvor langt loven griper inn i beskyttelsesverdige forventninger,
- hvor sterkt tilbakevirkningselementet er,
- hvilke tilpasningsmuligheter som foreligger,
- i hvilken utstrekning borgerne har innrettet seg etter de forventningene som tidligere lovgivning har skapt,
- hvilket formål lovgiver har med loven og med å gripe inn i etablerte rettsposisjoner, og hvor tungtveiende dette formålet er, og
- hvorvidt tilbakevirkningen virker usaklig diskriminerende.

Selv om det av pedagogiske grunner kan være god grunn for å skille mellom egentlig og uegentlig tilbakevirkning, kan disse tilbakevirkningsformene ikke behandles som to adskilte kategorier. Mellom egentlig og uegentlig tilbakevirkning er det en flytende overgang. Jo tyngre en lov griper inn i en beskyttelsesverdig forventning, desto mer tungtveiende må inngrepet være begrunnet for at det skal være forenlig med Grunnloven § 97.

Avhengig av hvor fremtredende tilbakevirkningselementet er, har Høyesterett etablerte ulike terskler for når tilbakevirkningen er grunnlovsstridig. I tilfeller hvor behovet for å kunne innrette seg etter tidligere lovgivning er særlig sterkt, vil tilbakevirkningselementet være mer fremtredende enn i tilfeller hvor innrettelsesbehovet er mindre. Hvor innrettelsesbehovet er stort, kan inngrep bare aksepteres dersom dette er begrunnet i *sterke samfunnsmessige hensyn*, jf. Ivar Valvik, «Vernet av økonomiske rettigheter mot regulering under Grl. §§ 97 og 105 og EMK P 1-1», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2021, s. 97 ff. Hvis tilbakevirkningselementet er mindre fremtredende, beror grunnlovsvurderingen på en balansering av de motstående interessene. Avgjørende er om inngrepet er *uforholdsmessig tyngende eller inngripende*.

3. Beskyttelsen av etablerte rettsposisjoner etter EMK protokoll 1 artikkel 1

Det som kjennetegner et formuesgode, er at det er knapphet på godet, og at det derfor er av interesse for borgerne å eie eller på annen måte ha kontroll over det. Dersom borgerne kan råde over eller på annen måte kontrollere et aktivum eller annen fordel, eller godet gir grunnlag for en eller annen form for virksomhet, er det behov for å beskytte borgernes forhold tilformuesgodet. Den eiendomsbeskyttelsen som EMK protokoll 1 artikkel 1 gir, skal gi borgerne *grunnlag for å kunne innrette seg* og skal *beskytte mot overgrep og vilkårlighet*.

EMKs eiendomsbegrep er svært vidt. Det er ikke bare fast eiendom og andre fysiske gjenstander som er beskyttet. Også fordringer, immaterielle rettigheter og offentligrettslige tillatelser til å utøve økonomisk virksomhet er vernet, se Jon Fridrik Kjølbro, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere*, 6. udgave, København 2023, s. 1327 ff. og Rt. 2013 s. 1345 P (Volstad). Det er heller ikke nødvendig at rettigheten har oppstått («eksisterende formuerettigheter»). Etter EMDs praksis beskytter protokoll 1 artikkel 1 også berettigede forventninger («legitimate expectations») om å oppnå rettigheter til formuesgoder, se nærmere Stig H. Solheim, *Eiendomsbegrepet i Den europeiske menneskerettskonvensjon*, Oslo 2010, s. 218 ff.

Etter EMK protokoll 1 artikkel 1 første ledd første punktum har «[e]nhver fysisk eller juridisk person rett til å nyte sin eiendom i fred». Denne bestemmelsen, som det er vanlig å kalle «*prinsippregelen*», gir uttrykk for et overordnet rettsprinsipp: Retten til eiendom skal anerkjennes og respekteres.

At retten til eiendom må anerkjennes og respekteres, innebærer imidlertid ikke at det ikke kan gjøres inngrep i formuerettigheter. Det er behov for at myndighetene skal kunne regulere eiendomsutnyttelsen til samfunnets felles beste. For å oppnå best mulig ressursutnyttelse må myndighetene for eksempel kunne bestemme hvordan ulike arealer skal benyttes. Dette gir EMK protokoll 1 artikkel 1 adgang til. Artikkel 1 andre ledd fastsetter at eiendomsvernet «ikke på noen måte [skal] 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». Denne bestemmelsen, som vanligvis blir kalt «*kontrollregelen*», anerkjenner samfunnets rett til å gripe inn i eiendomsutnyttelsen og regulere bruken for fremtiden til beste for fellesskapet.

Samfunnet kan også få behov for å overta eiendomsrett eller annen rett til et areal eller annet formuesgode. Hvis eieren ikke frivillig vil avstå det formuesgodet samfunnet har behov for, kan myndighetene kreve tvangsavståelse. Her oppstiller imidlertid protokoll 1 artikkel 1 første ledd andre punktum en begrensning: Ingen kan bli fratatt sin eiendom «unntatt i det offentliges interesse og på de betingelser som er hjemlet i lov og ved folkerettens alminnelige prinsipper». Denne bestemmelsen, som det er vanlig å kalle «*avståelsesregelen*», begrenser statenes adgang til å kreve tvangsoverføring av eiendom. Det må være hjemlet i en forutberegnelig rettsregel, og avståelsen må skje «i det offentliges interesse» og i samsvar med internasjonalt aksepterte rettsprinsipper.

Det er en flytende overgang mellom de tre reglene i protokoll 1 artikkel 1, og ingen av dem er absolutte. Kontrollregelen gir selv anvisning på at det kan gjøres inngrep etter

en interesseavveining, og dette ligger også innbakt i avståelsesregelen. Heller ikke prinsippregelen er absolutt. Etter praksis fra EMD kan det gjøres inngrep i formuerettigheter dersom inngrepet har et legitimt formål, er hjemlet i en forutberegnelig rettsregel og etter en proporsjonalitetsvurdering tilfredsstillende krav til «rimelig balanse» mellom de interessene som står mot hverandre, se Kjølbros, *op.cit.* s. 1327 ff.

På grunnlag av barnehageforliket i 2003 – og den senere oppfølging av dette i lovgivningen – har private barnehager klart en beskyttelsesverdig forventning om offentlige tilskudd. Denne forventningen er beskyttet av EMK protokoll 1 artikkel 1 som en «legitimate expectation».

Det inngrep som forslaget om omlegging av finansieringssystemet for private barnehager gjør i private barnehagers berettigede forventninger om driftstilskudd, må vurderes etter kontrollregelen. Som nevnt anerkjenner denne regelen samfunnets adgang til å gjøre inngrep i etablerte rettsposisjoner dersom inngrepet etter en proporsjonalitetsvurdering tilfredsstillende krav til «rimelig balanse» mellom de interessene som står mot hverandre. Samfunnets interesse i å gjøre inngrep må avveies mot borgernes innrettelsesbehov. Borgerne skal ikke – uten erstatning – være nødt til å akseptere inngrep som etter en totalvurdering av de interesser som gjør seg gjeldende, fremstår som *uforholdsmessig tyngende eller inngripende*, Gudrun Gauksdóttir, *The Right to Property and the European Convention on Human Rights*, Uppsala 2004, s. 277 ff. og Peer Lorenzen mfl., *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, Bind II*, 2. udgave, København 2004, s. 797 ff.

4. Kunnskapsdepartementets vurderinger av grunnlovs- og EMK-spørsmålene i høringsnotatet

I Kunnskapsdepartementets høringsnotat 1. november 2023 behandles de rammene for endringer i regelverket for finansiering og styring av barnehagene som følger av Grunnloven § 97 og EMK protokoll 1 artikkel 1, mer generelt i punkt 3.1 (s. 42 ff.).

På s. 44 i høringsnotatet uttaler departementet at Høyesterett i Rt. 2013 s. 1345 (Volstad) kom til at tildelte strukturkvoter *ikke nøy grunnlovsvern*. Dette er en grov feil. Både flertallet og mindretallet i Høyesterett la til grunn at *strukturkvotene nøy grunnlovsvern*. Forskjellen på flertallet og mindretallet var at flertallet mente at terskelen for grunnlovsvernet var at tilbakevirkningen var klart urimelig eller urettferdig, og at denne terskelen ikke var overskredet, mens mindretallet mente at det ved inngrep i økonomiske rettigheter må foretas en momentbasert interesseavveining der forholdsmessighetsvurderinger står sentralt, og at tidsbegrensningen av strukturkvotene til 25 år grep for sterkt inn i Volstads berettigede forventninger, se punkt 2.6 foran. Et sentralt element i flertallets vurdering var at tidsbegrensningen ikke ville få virkning før i 2032 (25 år fra 2007), og at neddiskontert tap ved at strukturkvotene ble gjort tidsbegrenset, derfor ble begrensede. Ved at tidsbegrensningen ikke fikk virkning før etter 25 år, fikk fiskebåtrederiene også en betydelig omstillingsperiode.

I departementets høringsnotat blir det oppstilt som vilkår for at et inngrep i en etablert rettsposisjon skal være grunnlovsstridig, at det foreligger «et særskilt forhold». Departementet legger i høringsnotatet til grunn at det ikke foreligger særlige forhold

som skulle tilsi at det offentlige har bundet seg til ikke å endre tillatelsene til å drive barnehage dersom samfunnsforholdene skulle endre seg (s. 44–45). Etter departementets oppfatning har private barnehager «ikke noen berettiget forventning om at dagens rammebetingelser skal vedvare i ubestemt tid» (s. 45).

Det fremstår som uklart hva som er rettskildegrunnlaget for departementets vilkår om at det må foreligge «et særskilt forhold» for at et inngrep i en etablert rettsposisjon skal være grunnlovsstridig. Uttalelsen kommer umiddelbart etter at departementet har sitert en uttalelse hos Arvid Frihagen, *Forvaltningsrett III*, 4. utgave, Bergen 1992, s. 61. På denne bakgrunn virker det som at det er Frihagens uttalelse som departementets synspunkt om «et særskilt forhold» er basert på. Det Frihagen uttaler, er at «tillatelser stort sett må anses gitt på den forutsetning at de gjelder innenfor rammen av de gjeldende lov- og forskriftsregler på området, og at det normalt ikke vil være grunnlag for å anta at slike rammevilkår ikke vil kunne endres over tid». Det kan vanskelig ses å være noe grunnlag for ut fra denne uttalelsen å oppstille et vilkår om at det må foreligge «et særskilt forhold» for at et inngrep i en rettsposisjon skal være grunnlovsstridig. Frihagens uttalelse er dessuten avgitt før vi fikk den lange rekken av høyesterettsdommer om når inngrep i etablerte rettsposisjoner er grunnlovsstridig. Etter at vi har fått disse dommene, må spørsmålet om et inngrep i en rettsposisjon er grunnlovsstridig, avgjøres på grunnlag av de kriteriene som er trukket opp av Høyesterett gjennom disse dommene. Disse kriteriene har jeg oppsummert i punkt 2.9 ovenfor. Eldre teoriuttalelser har liten vekt.

Spørsmålet om det foreslåtte omleggingen av finansieringsordningen for private barnehager er *i strid med EMK protokoll 1 artikkel 1*, behandler departementet på s. 47–48. Under henvisning til EMD-praksis sier departementet at det ikke er tvilsomt at offentlige tillatelser til å drive næringsvirksomhet utgjør eiendom («possessions») etter bestemmelsen, men det er ikke «like opplagt at offentlige tilskudd» gjør det. Etter departementets oppfatning «er det lite nærliggende å betrakte offentlige tilskudd til en viss virksomhetstype som en eiendomsrettighet» (s. 48).

Dette fremstår som overraskende. Som det fremgår av punkt 3 ovenfor, kan det ikke være tvilsomt at private barnehager på grunnlag av barnehageforliket i 2003 og senere lovgivning har en beskyttelsesverdig forventning om offentlige tilskudd. Denne forventningen er beskyttet av EMK protokoll 1 artikkel 1 som en «legitimate expectation».

I punkt 6.3.4 i høringsnotatet av 1. november 2023 kommer departementet tilbake til spørsmålet om *grunnlovsbeskyttelse og vern etter EMK protokoll 1 artikkel 1* (s. 79 ff.). Her fremheves det at myndighetene ikke har gitt de private barnehagene noe tilsagn om at barnehager som har fått godkjenning, skal få beholde godkjenningen med rett til tilskudd på ubestemt tid. Det hevdes at barnehageforliket hadde som formål å gi insentiv til utbygging, og at myndighetene etter at dette målet er oppnådd, kan flytte fokus fra utbygging av nye barnehager til kvalitets- og kompetanseutvikling i eksisterende barnehager (s. 80–81, jf. s. 19). Etter departementets syn må det «anses forutberegnelig for barnehagesektoren at når man oppnådde det politiske målet om full barnehagedekning så ville målene og prioriteringene i sektoren endres i tråd med endrede behov» (s. 81). Departementet konkluderer på dette grunnlag med at den

foreslåtte omleggingen av finansieringsordningen for private barnehager ikke er i strid med Grunnloven § 97.

Når det gjelder vernet etter EMK protokoll 1 artikkel 1, konkluderer departementet med at «virksomhetene ikke har noe sterkere vern etter EMK protokoll 1 artikkel 1 enn etter Grunnloven § 97» (s. 85).

Den fremstillingen departementet gir av grunnlovs- og EMK-spørsmålene i punkt 6.3.4 i høringsnotatet, fremstår som eiendommelig, skjev og ubalansert.

Det er klart at myndighetene ikke kan være forpliktet for all fremtid til å opprettholde den finansieringsmodell for barnehager som er etablert, men etter som tiden går og samfunnet utvikler seg, må kunne foreta justeringer i denne. Dette må imidlertid skje med respekt for de forventninger som er skapt, og som private barnehageeiere har innrettet seg etter. Gjennom barnehageforliket i 2003 ble det tatt et løft for å oppnå full barnehagedekning. Det at private barnehager skulle få tilskudd som tilsvarte driftsutgiftene i kommunale barnehager, var et viktig element i dette. Det ble også fremholdt at private barnehager «utgjør en vesentlig del av barnehagetilbudet, og bidrar positivt til mangfoldet i sektoren», og at likebehandling derfor også var et mål i seg selv, se Ot. prp. nr. 76 (2002–2003) om lov om endringer i lov 5. mai 1995 nr. 19 om barnehager (barnehageloven), s. 36. Disse føringene har de private barnehagene innrettet seg etter. Myndighetene kan derfor ikke bare endre finansieringsmodell «over natten».

I departementets høringsnotat av 1. november 2023 foreslås det lovfestet at kommunene skal gi tilskudd til private barnehager som har fått vedtak om etableringsgodkjenning, og til private barnehager som allerede mottar tilskudd (s. 111 ff.). Dette er bra, men i stedet for at private barnehager – slik tilfellet er i dag – skal få samme tilskudd per plass som gjennomsnittet av kommunenes driftsutgifter i egne barnehager, foreslår departementet å gi kommunene myndighet til å fastsette ved forskrift hvordan tilskudd til private barnehager skal beregnes, slik at tilskuddene skal kunne tilpasses lokale behov (s. 121). Gjennom det som uttales om økonomien i private barnehager, ligger det mellom linjene at tilskuddene til private barnehager forutsettes redusert. Departementet foreslår lovfestet hvilke momenter kommunene «særlig» skal legge vekt på ved utformingen av forskriften. Det skal imidlertid være opp til kommunene å vurdere hvordan de enkelte momentene skal avveies mot hverandre og fastsette innholdet av forskriften. Innholdet av forskriften skal fastsettes ut fra *fritt kommunalt forvaltningsskjønn*. På grunnlag av den forskrift som kommunene vedtar, skal kommunene minst én gang i året treffe vedtak om tildeling av tilskudd til de enkelte barnehagene.

Ordnningen med at kommunen på grunnlag av et fritt forvaltningsskjønn skal bestemme *hvordan tilskudd til private barnehager skal beregnes*, innebærer en dramatisk omlegging av den eksisterende finansieringsordning og vil gripe sterkt inn i de tilskuddsberettigede barnehagenes forventninger. I punkt 12.3.11 vurderer departementet forholdet til Grunnloven § 97 og EMK protokoll 1 artikkel 1, men denne vurderingen er ytterst syltynn. Det bare postuleres at de private barnehagenes godkjenning med tilhørende rett til tilskudd ikke nyter vern etter Grunnloven § 97. For det tilfellet at de private barnehagenes godkjenning med tilhørende rett til tilskudd

skulle nyte vern etter Grunnloven § 97, mener departementet at det vil være tale om «en rettslig posisjon i Grunnlovens randsone, slik at vernet er beskjedent». Uten noen egentlig vurdering konkluderer departementet med at «de foreslåtte endringene i tilskuddsreglene ligger innenfor rammene til Grunnloven § 97 og Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) P 1-1» (s. 135).

Det er overraskende hvor lett departementet tar på en slik dramatisk omlegging av tilskuddssystemet som er foreslått. I dag er tilskuddsberegningen rettssikker: Driftstilskuddene til private barnehager beregnes ut fra gjennomsnittlige driftskostnader per heltidsplass i tilsvarende kommunale barnehager. Innholdet av kravet om likeverdig behandling beror på et rettsanvendelsesskjønn, som domstolene kan prøve fullt ut, se HR-2021-62-A avsnitt 33. Dette har de private barnehagene innrettet seg etter. Den foreslåtte nyordningen gir ingen rettssikkerhetsgarantier for tilskuddenes størrelse. En slik dramatisk og brå omlegging utfordrer klart tilbakevirkningsforbudet i Grunnloven § 97 og beskyttelsen av etablerte rettsposisjoner etter EMK protokoll 1 artikkel 1. Det er overraskende at Kunnskapsdepartementet ikke innser dette.

5. Hvordan forholder departementets forslag seg til Grunnloven § 97?

Ifølge Prop. 96 L (2019–2020) Endringer i folkehøyskoleloven, barnehageloven og voksenopplæringsloven m.m. (samleproposisjon), s. 73 består barnehagesektoren av om lag 5 700 barnehager, hvorav om lag 3 000 er private. Driften av private barnehager finansieres i det vesentlige gjennom offentlige tilskudd. Ifølge Statistisk Sentralbyrå er det 268 730 barnehagebarn, hvorav 48 % går i offentlig barnehage. Følgelig går 139 740 barn i private barnehager.

Likestillingen av private barnehager med kommunale barnehager går tilbake til barnehageforliket i Stortinget i 2003. Forliket bygger på en finansieringsmodell som i hovedsak bestod av offentlige tilskudd og foreldrebetaling. Siden 2011 er det kommunene som har stått for den offentlige delen av finansieringen. Kommunene får inndekning gjennom rammefinansieringen fra staten. Det kommunale driftstilskuddet utgjør anslagsvis 80–85 % av de private barnehagenes driftsinntekter, se HR-2021-62-A avsnitt 5. I Prop. 96 L (2019–2020), s. 73 er det opplyst at de private barnehagene årlig mottar rundt 20 milliarder i offentlige tilskudd og rundt 4 milliarder i foreldrebetaling. De tilskuddene som de private barnehagene får fra kommunene, danner således det *hovedsakelige økonomiske fundamentet for driften av private barnehager*. Tilskuddene utgjør betydelige beløp og finansierer en viktig sektor innenfor samfunnet. Ved å gå bort fra dagens rettssikre ordning for tildeling av tilskudd, rokkes det ved selve fundamentet for privat barnehagedrift.

Barnehageforliket i 2003 hadde blant annet som formål å oppnå full barnehagedekning. Likebehandlingen av kommunale og privat barnehager var et sentralt element i denne målsetningen. I Ot. prp. nr. 76 (2002–2003) om lov om endringer i lov 5. mai 1995 nr. 19 om barnehager (barnehageloven), s. 36 er det imidlertid uttalt at likebehandlingen ikke bare var et «virkemiddel for å oppnå full behovsdekning», men også var «et mål i seg selv». Det ble vist til at private barnehager «utgjør en vesentlig del av barnehagetilbudet, og bidrar positivt til mangfoldet i sektoren». Dette gjentas og utdypes på s. 37:

«Den økonomiske likebehandlingen må ta utgangspunkt i kommunens finansiering av egne barnehager. Den kommunale støtten til private barnehager er etter gjeldende rett

frivillig. Kommunene bruker i dag langt mer midler på egne barnehager enn de gir i støtte til private barnehager. Kommunale og private barnehager har dermed ikke like rammevilkår. Dette fører til at foreldre som har barn i private barnehager uten kommunal støtte, i mindre grad får del i offentlige midler enn foreldre med barn i kommunale barnehager. Økonomisk likebehandling kan ikke sees isolert fra de økonomiske rammene kommunen stilles ovenfor. Den finansielle siden av likebehandlingen må derfor vurderes i sammenheng med finansieringsreformen og endringene i barnehageloven for øvrig.

Private barnehager utgjør en vesentlig del av barnehagetilbudet og bidrar positivt til mangfoldet i sektoren. Likebehandling av private og offentlige barnehager er et mål i seg selv og et virkemiddel for å nå full behovsdekning. Prinsippet om likebehandling synliggjør også at man ikke kan diskriminere en barnehage som følge av dens verdimeslige eller pedagogiske profil. Økonomisk likebehandling er også en forutsetning for å nå målet om redusert foreldrebetaling. Gjennom økonomisk likebehandling vil private barnehager også kunne tilby gode lønns- og pensjonsvilkår for sine ansatte. Spørsmålet om inngåelse av tariffavtaler er imidlertid et forhold mellom partene i arbeidslivet. Innenfor en kommunal modell må likebehandling av offentlige og private barnehager sikres gjennom lovregulering.»

Deretter blir det på s. 37 redegjort for det nærmere innholdet av kravet til likebehandling av kommunale og private barnehager og innholdet av lovens begrep «likeverdig»:

«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. »

Som motstykke til at de private barnehagene skulle få offentlige tilskudd som tilsvarer driftsutgiftene i tilsvarende kommunale barnehager, ble det ved barnehageforliket innført begrensning i adgangen til å ta foreldrebetaling. Dette skjedde ved at det i dagjeldende barnehagelov ble tatt inn en bestemmelse i § 15 a som gav Kongen hjemmel til ved forskrift å fastsette bestemmelser om foreldrebetaling. I Ot. prp. nr. 76 (2002–2003) blir det uttalt på s. 41:

«Regjeringen og Stortingets overordnede mål for barnehagesektoren er at alle småbarnsfamilier som ønsker det skal få tilbud om en barnehageplass. Den prisen foreldrene må betale for en barnehageplass er avgjørende for hvor realistisk tilbudet er. Av den grunn er nivået på foreldrebetalingen viktig for om tilbudet reelt sett er tilgjengelig for alle.

Gjennom den kraftige opptrappingen av offentlige midler som det legges opp til både fra Regjeringens side, jf Stortingsmeldingen, og fra Stortingets side, jf barnehageavtalen, og som til dels allerede har funnet sted, settes barnehageeiere i stand til en betydelig reduksjon i foreldrebetalingen. Ved overgang til rammefinansiering som nå foreslås, vil kommunene overta ansvaret for å holde foreldrebetalingen på et lavt nivå, både i kommunale og private barnehager. I den grad kommunene bryter med denne intensjonen, vil de måtte stå til ansvar for brukerne av tjenestetilbudet. Sammenlignet med dagens delte ordning, vil det kommunale ansvaret være tydeligere. Lokalt folkestyre gir generelt gode vilkår for brukerne til å føre krav og kritikk til ansvarlig myndighet. Regjeringen

mener at det er nødvendig og ønskelig med moderasjonsordninger i foreldrebetalingen. I dag har alle kommuner søskenmoderasjon i sine barnehager, og mange har ulike rabatt- og friplassordninger for familier med lav betalingsevne. Det er viktig at barn med særskilte behov og barn i økonomisk vanskeligstilte familier sikres tilgang til barnehager, gjennom tiltak som bl.a fortrinnsrett, søskenmoderasjon og graderte betalingssatser. Regjeringen har tillit til at kommunene viderefører dagens ordninger og mener det er uheldig å styre dette fra statlig nivå.

...

Ettersom regler om foreldrebetaling kan innebære et inngrep i det kommunale selvstyret og i private virksomheters inntektsforhold, kreves det eventuelt en tydelig hjemmel. Regler om foreldrebetaling i barnehager kan fastsettes i lov. En eventuell lovhjemmel om foreldrebetaling bør ikke inneholde detaljerte bestemmelser, dette bør eventuelt gis i forskrifter. En eventuell hjemmel bør innføres i barnehageloven for å kunne gi forskrifter om foreldrebetalingen, søskenmoderasjon, inntektsgradering mv. Etter departementets vurdering bør slike forskrifter fastsettes ved kongelig resolusjon for å ivareta en betryggende politisk behandling. »

I den någjeldende barnehagelov av 2005 finnes hjemmelen for å gi forskrift om foreldrebetaling i § 20. Etter forskrift 16. desember 2005 om foreldrebetaling § 1 skal foreldrebetaling for en plass i en barnehage ikke settes høyere enn en maksimalgrense som blir fastsatt i Stortingets årlige budsjettvedtak.

Den maksimalgrensen som er fastsatt for foreldrebetaling, medfører at de private barnehagene ikke kan kompensere for reduserte offentlige tilskudd ved å øke foreldrebetalingen. Tvert imot blir det i Kunnskapsdepartementets høringsnotat 1. november 2023 foreslått ytterligere begrensninger i barnehagenes rett til å kreve foreldrebetaling, idet det foreslås at kommunene skal kunne gi forskrift om lavere foreldrebetaling enn den maksimalsats som er fastsatt av Stortinget (s. 106–107, jf. s. 206).

De private barnehagene har innrettet seg på den finansieringsmodellen som ble etablert ved barnehageforliket i 2003, og som er fulgt opp ved senere lovvedtak. Dette har dannet grunnlag for utbygging av det private barnehagenettet og en sikker barnehagedrift. Myndighetene kan da ikke bare «over natten» gå bort fra denne finansieringsmodellen. De private barnehagene må få tid til å tilpasse seg.

I Rt. 2013 s. 1345 P (Volstad) aksepterte Høyesteretts flertall at opprinnelig tidsbegrensede strukturkvoter i 2007 ble tidsbegrenset til 25 år. En avgjørende premiss for å akseptere dette var at tidsbegrensningen ikke ville få effekt før i 2032 (25 år fra 2007). Ved at tidsbegrensningen ikke fikk virkning før etter 25 år, ble det økonomiske tapet fiskebåtrederiene ble påført, ikke katastrofalt, og fiskebåtrederne fikk også en betydelig omstillingsperiode. Det er det ikke lagt opp til i Kunnskapsdepartementets høringsnotat om omlegging av barnehagefinansieringen.

Omlegging av systemet for finansiering av private barnehager, vil være en såkalt *uegentlig tilbakevirkning*. Som det fremgår av gjennomgangen av rettspraksis i punkt 2, er imidlertid skillet mellom egentlig og uegentlig tilbakevirkning blitt nedtonet i høyesterettspraksis etter tusenårsskiftet.

Mellom egentlig og uegentlig tilbakevirkning er det en flytende overgang. Jo tyngre et inngrep er, desto mer tungtveiende må det være begrunnet for at det skal være forenlig

med Grunnloven § 97. Den overordnede norm for vurderingen av om et inngrep i en etablert rettsposisjon skal underkjennes, er hvorvidt inngrepet er *uforholdsmessig tyngende eller inngripende*. Som nevnt i punkt 2.9 foran, må dette avgjøres ut fra en avveining av de motstående interessene. De sentrale momentene i vurderingen er

- hvor langt loven griper inn i beskyttelsesverdige forventninger,
- hvor sterkt tilbakevirkningselementet er,
- hvilke tilpasningsmuligheter som foreligger,
- i hvilken utstrekning borgerne har innrettet seg etter de forventningene som tidligere lovgivning har skapt,
- hvilket formål lovgiver har med loven og med å gripe inn i etablerte rettsposisjoner, og hvor tungtveiende dette formålet er, og
- hvorvidt tilbakevirkningen virker usaklig diskriminerende.

Barnehageforliket fra 2003 og den senere oppfølging av dette gjennom lovgivningen, har skapt en sterk forventning om fortsatt finansiering av private barnehager på linje med kommunale. Den foreslåtte omlegging av finansieringsordningen griper sterkt inn i denne forventningen.

De private barnehagene har innrettet sin virksomhet i tillit til den finansieringsordning som ble etablert ved barnehageforliket. Det har vært bred politisk enighet om denne finansieringsordningen. Private barnehager har gjort betydelige investeringer i tillit til denne ordningen. Dersom finansieringsordningen blir lagt om uten en romslig tilpasningstid, vil omleggingen ha et sterkt tilbakevirkende element. Virkningen av omleggingen vil ha likhetstrekk med at det blir knyttet nye byrder til tidligere handlinger, slik tilfellet var i Rt. 2006 s. 293 P (Arves Trafikkskole) og Rt. 2010 s. 143 P (rederiskatt). I disse dommene krevde Høyesteretts flertall at inngrepet for å bli ansett forening med Grunnloven § 97, måtte være begrunnet i *sterke samfunnsmessige hensyn*. Det foreligger ikke sterke samfunnsmessige hensyn som kan rettferdiggjøre en brå omlegging av finansieringsordningen for private barnehager.

DSom tidligere nevnt, har likebehandlingen av kommunale og privat barnehager ikke bare vært et «virkemiddel for å oppnå full behovsdekning», men har også vært ansett som «et mål i seg selv», se Ot. prp. nr. 76 (2002–2003), s. 36–37. De private barnehagene har vært ansett å gi et positivt bidrag til «mangfoldet i sektoren», se Ot. prp. nr. 76 (2002–2003), s. 37. Ved en så dramatisk omlegging av finansieringsordningen som er foreslått, vil omleggingen ha et klart usaklig diskriminerende element i seg. Det er ingen saklig grunn til at private barnehager skal ha en dårligere finansiering enn kommunale barnehager.

I Kunnskapsdepartementets høringsnotat av 1. november 2023 er det ikke angitt noe klart formål for forslaget om å svekke finansieringen av private barnehager. Det hevdes at barnehageforliket hadde som formål å gi insentiv til utbygging, og at myndighetene etter at dette målet er oppnådd, kan flytte fokus fra utbygging av nye barnehager til kvalitets- og kompetanseutvikling i eksisterende barnehager (s. 80–81, jf. s. 19).

Jeg har imidlertid vanskelig for å se at en svekkelse av finansiering av private barnehager kan være et egnet virkemiddel for å utvikle kompetanse og styrke den faglige kvaliteten i barnehage tilbudet. Dersom formålet hadde vært

kompetanseutvikling og styrking av den faglige kvaliteten i barnehagetilbudet, ville det ha vært et mer adekvat virkemiddel å stille krav til det faglige innhold av barnehagetilbudet.

Barnehageloven kapittel VI stiller krav til personalet, og kapittel VIII stiller krav til psykososialt barnehagemiljø. Hva offentlige tilskudd og foreldrebetaling kan brukes til, reguleres av § 23. Og § 23 a forbyr å drive eller eie annen virksomhet i samme rettssubjekt som barnehagen. Det er etablert tilsynsorganer som skal påse at de krav loven stiller, blir fulgt, se § 10, jf. § 13. Dette sikrer at de offentlige tilskuddene som blir gitt til private barnehager, går til faglig utvikling av barnehagene.

Så vidt jeg kan se, legger den eksisterende loven godt til rette for kvalitets- og kompetanseutvikling i barnehagene. Dersom det er behov for å stille ytterligere faglige krav, kan det gjøres ved at det blir gitt nye bestemmelser som stiller krav til kvalitet og kompetanse. Det er i det hele tatt vanskelig å se at svekkelse av finansieringen av de private barnehagene kan være et egnet virkemiddel for å bygge opp kompetansen og utvikle den faglige kvaliteten i barnehagene.

Etter min oppfatning er den begrunnelsen som departementet gir i sitt høringsnotat av 1. november 2023 for å legge om finansieringsordningen for private barnehager, ikke holdbar. I beste fall er begrunnelsen ytterst svak. Denne begrunnelsen rettferdiggjør ikke inngrep i de private barnehagenes berettigede forventninger til å motta tilskudd til barnehagedriften, og som de har innrettet seg etter. Under enhver omstendighet må en omlegging av finansieringsordningen gjennomføres over en lengre tidsperiode. I Rt. 2013 s. 1345 P (Volstad) fant Høyesterett med et knapt flertall (9 mot 8) innvilgede strukturkvoter kunne tidsbegrenses til 25 år. Det er betydelige midler som er investert i barnehagesektoren. De private barnehagene har behov for å tilpasse seg nytt finansieringssystem. Etter min oppfatning bør barnehagene i alle fall få en omstillingstid på 10–15 år.

6. Bryter den foreslått omleggingen av tilskuddsordningen med EMK protokoll 1 artikkel 1?

Som nevnt i punkt 5, rokker den foreslåtte omlegging av systemet for finansiering av private barnehager vesentlig ved det økonomiske fundament for driften av private barnehager. Barnehagene har innrettet sin virksomhet på grunnlag av den finansieringsordning som ble etablert ved barnehageforliket i 2003, og som er fulgt opp ved senere lovgivning. Den forventning til offentlige tilskudd som følger av barnehageforliket og senere lovgivning, er klart en berettiget forventning («legitimate expectation») som er beskyttet av EMK protokoll 1 artikkel 1. Det er ingen tungtveiende samfunnsinteresse som tilsier at det haster med å få lagt om finansieringssystemet. Dette tilsier at private barnehager i det minste må få en romslig frist til å tilpasse sin virksomhet til et nytt finansieringssystem.

Med den utviklingen Høyesteretts vurdering av om et inngrep i en etablert rettsposisjon bryter Grunnloven § 97, har gjennomgått etter tusenårsskiftet, blir det ikke noen vesentlig forskjell på vurderingene etter Grunnloven § 97 og EMK protokoll 1 artikkel 1, jf. Ivar Valvik, «Vernet av økonomiske rettigheter mot regulering under Grl. §§ 97 og 105 og EMK P 1-1», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2021, s. 97 ff. (punkt 2.3). Dette bekreftes også av norsk rettspraksis. I Rt. 2013 s. 1345 P (Volstad) er vurderingen av

om inngrepet er i strid med EMK protokoll 1 artikkel 1, i stor grad basert på samme argumenter som grunnlovsvurderingen. Av mindretallet på åtte dommere tok tre dommere også stilling til om det forelå brudd på EMK protokoll 1 artikkel 1. Jeg var talsperson for denne tre dommer-fraksjonen og uttalte der (avsnitt 232):

«Det vern Grunnloven § 97 gir mot inngrep i etablerte økonomiske rettsposisjoner, er i stor grad sammenfallende med beskyttelsen etter EMK protokoll 1 artikkel 1.»

I HR-2018-1906-A (løsningsrettsdommen) har Høyesterett tatt skrittet fullt ut. Her ble forholdsmessighetsvurderingene etter Grunnloven § 97 og EMK protokoll 1 artikkel 1 rett og slett slått sammen, se punkt 2.8 ovenfor. Det er etter dette ikke nødvendig å gå ytterligere inn på EMK protokoll 1 artikkel 1. Avveiningene vil i hovedsak bli de samme som ved vurderingen etter Grunnloven § 97. Det jeg har sagt i punkt 5 om forholdet til Grunnloven § 97, gjelder derfor tilsvarende for vurderingen etter EMK protokoll 1 artikkel 1.

Min konklusjon er at uten en romslig omstillingsperiode vil den foreslåtte omlegging av finansieringssystemet for private barnehager ikke bare bryte med Grunnloven § 97, men også med EMK protokoll 1 artikkel 1.

Med vennlig hilsen


Jens Edvin A. Skoghøy