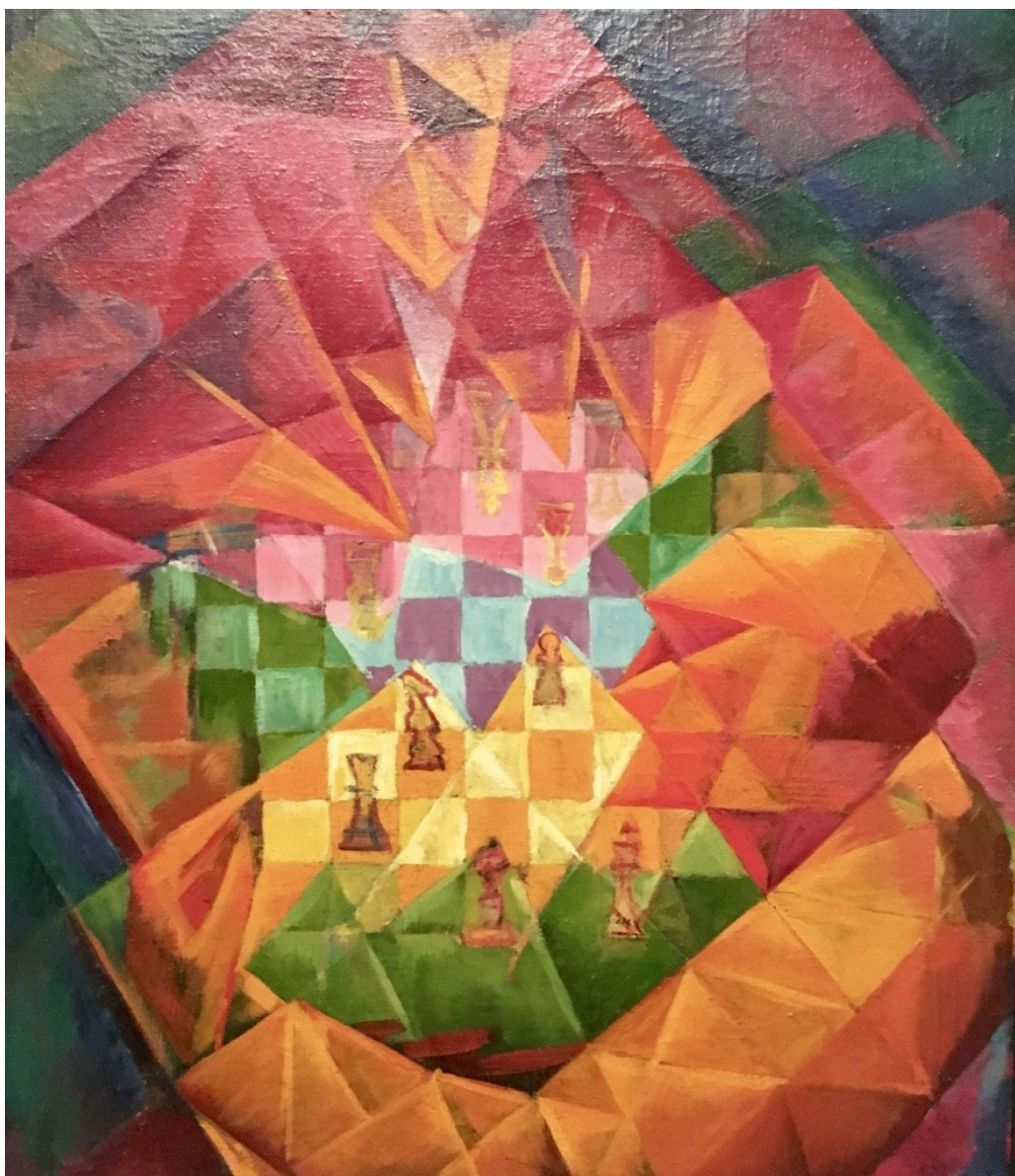


# Private barnehagers adgang til å stifte gjeld

- *Beskrivelse av samfunnsøkonomiske mål for sektoren og det privatøkonomiske grunnlaget for aktørenes tilpasning.*
- *Rettslig vurdering av aktørenes adgang til låneopptak etter gjeldende rett.*
- *Forslag til endring av regulering.*



## INNHALDSFORTEGNELSE

<b>1. INNLEDNING</b>	<b>3</b>
<b>1.1 Bakgrunn og problemstilling</b>	<b>3</b>
<b>1.2 Sammendrag og konklusjoner</b>	<b>3</b>
<b>2. OFFENTLIG FINANSIERING AV BARNEHAGER</b>	<b>3</b>
<b>2.1 Begrunnelse og formål</b>	<b>3</b>
2.1.1 Rettslig regulering av formål	6
<b>2.2 Barnehage som privatøkonomisk virksomhet betraktet</b>	<b>7</b>
<b>2.3 Høy gjeldsgrad i den private del av barnehagesektoren</b>	<b>8</b>
2.3.1 Generelle sammenhenger	8
2.3.2 Eiernes vurdering av gjeldsgrad	9
2.3.2.1 Etterspørselssiden	9
2.3.2.2 Tilbudssiden	10
2.3.3 Eierperspektivet - oppsummering	12
<b>2.4 Bidrar høy gjeldsgrad til å realisere de samfunnsmessige mål for sektoren - myndighetsperspektivet</b>	<b>12</b>
<b>3. RETTLIG VURDERING AV PRIVATE BARNEHAGERS ADGANG TIL GJELDSOPPTAK</b>	<b>14</b>
<b>3.1 Formål med gjeldsoptak</b>	<b>14</b>
<b>3.2 Periodisering – krav til tidsmessig sammenheng mellom kommunalt tilskudd og driftskostnader</b>	<b>15</b>
<b>3.3 Kommunelovens regler om økonomiforvaltning</b>	<b>16</b>
<b>3.4 Konklusjon – rettslig vurdering</b>	<b>18</b>
<b>4. FORSLAG TIL REGULERING AV PRIVATE BARNEHAGERS GJELDSOPPTAK</b>	<b>19</b>
<b>4.1 Ny § 14b</b>	<b>19</b>
<b>4.2 Overgangsregler, sanksjoner og mulige tilpasninger fra aktørenes side</b>	<b>24</b>

## 1. Innledning

### 1.1 Bakgrunn og problemstilling

I BDOs rapport «Kapitalstruktur i private barnehager» datert 22. oktober 2018 fremgår at gjeldsgraden i den private del av barnehagesektoren er høy og tiltakende. Det innebærer at private barnehager som driver med tilskudd fra det offentlige i økende grad opptar lån i finansinstitusjoner, fra andre enheter i samme konsern, utsteder konvertible lån, ansvarlige lån eller obligasjonslån.

Det fremgår ikke av BDOs rapport hva som er sikkerhet for barnehagens gjeldsoptak. Det fremgår heller ikke hva lånet benyttes til (lånets formål).

Kunnskapsdepartementet ønsker en vurdering av hvorvidt dette er en ønskelig utvikling sett fra det offentliges side. Dersom den observerte gjeldsoppbygging ikke anses hensiktsmessig ut fra det offentliges formål med å finansiere barnehagesektoren, ønsker departementet forslag til hvordan gjeldsoptak i private barnehager kan reguleres. Det ønskes herunder en vurdering av hvorvidt slike låneopptak kan sies å være i samsvar med gjeldende regulering.

### 1.2 Sammendrag og konklusjoner

I kapittel 2 drøftes den samfunnsøkonomiske begrunnelsen for at det offentlige subsidierer<sup>1</sup> borgernes bruk av barnehager, herunder hvordan dette formålet er kommet til uttrykk i den rettslige reguleringen. Deretter drøftes, med utgangspunkt i de private aktørenes mål med virksomheten, mulige årsaker til den observerte utvikling. Økt gjeldsgrad lar seg forklare med risikovilje hos de private aktørene i kombinasjon med strukturelle forhold i kapitalmarkedet. Økt gjeldsgrad bidrar imidlertid ikke til å realisere de samfunnsmessige mål for sektoren, blant annet fordi økt gjeldsgrad innebærer høyere risiko for forsyningsvikt.

I kapittel 3 drøftes hvorvidt og eventuelt i hvilken grad private barnehagers låneopptak er i samsvar med gjeldende regulering. Det kan argumenteres for at private barnehager som mottar driftstilskudd har adgang til å stifte gjeld kun dersom lånet benyttes til investeringer som har tilknytning til barnehagens ordinære drift. Men det vil i alle tilfelle være vanskelig å forfølge en slik anførsel, og konklusjonen er derfor at det er behov for å presisere private barnehagers adgang til låneopptak ved en lovendring.

I kapittel 4 foreslås en ny bestemmelse som uttrykkelig regulerer private barnehagers adgang til å stifte gjeld. Forslaget bygger på de samme hensyn som begrunner begrensninger i kommuners adgang til å stifte gjeld.

## 2. Offentlig finansiering av barnehager

### 2.1 Begrunnelse og formål

I 2016 var det offentliges samlede kostnader knyttet til drift av barnehager på 50,7 mrd. kr, fordelt på 27,2 mrd. kr til kommunale barnehager og 23,5 mrd. til private barnehager. Den offentlige finansieringen utgjør om lag 83 prosent av den reelle kostnaden ved en

---

<sup>1</sup> Jeg vil i tråd med eksisterende begrepsbruk på området benytte termen «finansiere» som synonym for å «subsidiere», selv om det ikke er helt presist.

barnehageplass. Foreldrebetalingen utgjør dermed godt under 20 prosent av den faktiske kostnaden ved en barnehageplass.<sup>2</sup>

Barnehager må i dag anses som et velferdsgode i samme gruppe som utdannings-, helse- og sosialtjenester. Det offentlige begrunnelse for å (del)finansiere slike tjenester er at uten offentlig finansiering ville disse blitt benyttet i et for lavt omfang i forhold til hva som anses som et samfunnsøkonomisk ønskelig forbruk av tjenesten. Begrunnelsen er at bruk av barnehage har positive eksterne effekter for resten av samfunnet som den enkelte ikke tar hensyn til i sin kjøpsbeslutning. Det kan for eksempel være effekter på barnas utdannings- og inntektsnivå som voksne, effekter på integrasjon av minoritetsspråklige og på kvinners arbeidstilbud. Samfunnsøkonomer uttrykker det gjerne som at begrunnelsen for offentlig «inngrep», her ved subsidiere prisen på tjenesten, er at det foreligger *markedssvikt*.

Det offentlige dekker derfor en betydelig del av kostnaden ved en barnehageplass. Fra 1. januar 2018 er den maksimale foreldrebetaling fastsatt til 2910 kr per måned. Differansen mellom foreldrebetaling og den reelle kostnaden dekkes av det offentlige gjennom statlige rammetilskudd til kommunene. Kommunene mottar rammetilskuddet, og benytter dette enten til å drifte egne kommunale barnehager eller ved at de gir tilskudd til private barnehager<sup>3</sup>.

Formålet med å finansiere barnehager fremgår ikke direkte av barnehageloven (lov nr. 64/2005). Barnehageloven (bhl) er en lov som regulerer mange og svært ulike sider av barnehagesektoren.<sup>4</sup> I lovens § 1 angis *formålet med barnehager* med utgangspunkt i barnets behov. Dette er en verdiorientert bestemmelse der det for eksempel heter at «[b]arnehagen skal i samarbeid og forståelse med hjemmet ivareta barnas behov for omsorg» og videre at «[b]arna skal få utfolde skaperglede, undring og utforskertrang». Man kan altså ikke utfra en tolkning av formålsbestemmelsen utlede hvorfor det offentlige betaler over 80 prosent av det en barnehageplass reelt sett koster.

Den overordnede begrunnelsen er at dette er et velferdsgode som det er et politisk uttalt mål at flest mulig skal ha tilgang til, uavhengig av den enkeltes økonomi. En slik begrunnelse kan til dels også utledes rettslig dersom en leser bhl § 12a og § 15 i sammenheng. § 12a gir barn som tilfredsstillende visse alderskriterier en individuell rett på barnehageplass i den kommunen de er bosatt, mens § 15 hjemler fastsettelse av maksimal foreldrebetaling.<sup>5</sup> At lovgivningen gir borgerne individuelle rettigheter er et velkjent virkemiddel for å sikre befolkningen tilgang til velferdstjenester. Slike bestemmelser finner vi også på utdannings-, helse- og sosialrettens område.<sup>6</sup>

---

<sup>2</sup> Telemarksforskning (2018) «Kostnader i barnehager 2016» s. 66.

<sup>3</sup> Jeg vil i det følgende av språklige hensyn stort sett bruke betegnelsen private barnehager om de barnehager som ikke er kommunale. Dette avviker fra den mer presise begrepsbruken i loven, hvor man bruker betegnelsene «ikke-kommunale barnehager» og «kommunale barnehager». Pr 1. januar 2018 var 15 barnehager statlig eller fylkeskommunale. Disse er «ikke-kommunale», men ikke private barnehager.

<sup>4</sup> Se Ot.prp.nr.72(2004-2005) s.7 flg. for en gjennomgang av lovens ulike funksjoner.

<sup>5</sup> Dette skjer i Stortingets årlige budsjettvedtak.

<sup>6</sup> Andre eksempler er helse- og omsorgstjenesteloven §3-1 og opplæringslova § 2-1.

Begrunnelsen for å finansiere barnehagesektoren, så vel kommunale som private barnehager, må derfor best kunne uttrykkes som at det anses som et velferdsgode på linje med andre utdannings-, helse- og sosialtjenester. Ved at barnehagesektoren i 2005 ble overført til Kunnskapsdepartementet ble innholdet i barnehagene underlagt sterkere statlig styring og kontroll, noe som underbygger at borgernes tilgang til barnehager ble sett på som et stadig mer sentralt velferdsgode. I St.meld.nr.41 (2009) *Kvalitet i barnehagen* angis for eksempel at man skal styrke barnehagen som læringsarena. Det fremheves at barnehagen skal bidra til at alle barn skal få utfolde seg, lære og være godt forberedt når de begynner på skolen.

Barnehager subsidieres altså av det offentlige på lik linje med andre velferdsgoder som anses viktige for borgerne. Mulighet til å benytte seg av et velferdsgode avhenger både av tilgjengelighet og av pris på godet. Innføring av maksimalpris for brukerne, som ble motsvart av økte overføringer fra statlig side, og kombinert med innføring av lovfestet rett til barnehageplass, var elementer for å bidra til at en større andel av befolkningen skulle ha mulighet til å benytte dette velferdsgodet.

Jeg har så langt drøftet begrunnelsen for offentlig finansiering av barnehagesektoren uavhengig av om barnehagen er kommunal eller privat. Dette viser at formålet med å finansiere sektoren *ikke* avhenger av om barnehagen er kommunal eller privat. Formålet er at velferdsgodet «barnehager» skal være tilgjengelig for alle som ønsker det og uavhengig av foreldrenes økonomi.

Statens verktøy for å nå dette formålet er overføringer til barnehagesektoren. Dette skjer via rammetilskuddet til kommunene. Gjennom rammetilskuddet gis tilskudd *både* til kommunale og private barnehager, fordi det kommunale tilskudd til private barnehager hentes fra kilde, nemlig rammetilskuddet. Barnehagesektoren ble rammefinansiert 1. januar 2011 og begrunnelsen var blant annet å styrke den kommunale selvråderetten. Ved at kommunen etter bhl § 8 annet ledd plikter å tilby barnehageplass til alle barn med individuell rett på plass, legges føringer på kommunens bruk av rammetilskuddet. For øvrig er både kommunale og private barnehager underlagt samme minstekrav til kvalitet, arealbruk, bemanningsnorm mv. Staten følger opp kommunens rammetilskudd gjennom kommunelovens generelle regler for økonomiforvaltning, herunder kommuners adgang til å ta opp gjeld. Jeg kommer tilbake til dette i avsnitt 3.3.

Før jeg forlater temaet «formål med offentlig finansiering av barnehagesektoren», bør også nevnes at det noen ganger trekkes frem som en særskilt begrunnelse for å finansiere *private* barnehager at disse bidrar til valgfrihet, mangfold og innovasjon i sektoren<sup>7</sup>. Det innebærer at det offentliges formål med å gi tilskudd til private barnehager ikke utelukkende er at de skal bidra til økt tilgjengelighet for befolkningen, men også at de bidrar til et mangfold som ellers ikke ville vært der. Dette er imidlertid ikke kommet til uttrykk i lovteksten, og jeg vil i det følgende ikke anse dette som et argument for en annen og lempeligere regulering av private barnehager enn av kommunale barnehager. Argumentet kunne i alle tilfelle speilvendes, siden andelen private barnehager i dag er om lag 50 prosent, slik at også kommunale barnehager nå kan sies å bidra til et mangfold.

---

<sup>7</sup> Se f. eks. formuleringer i Innst. 73 S (2011-2012) s. 3 flg. med videre henvisninger.

Videre var det ved tidspunktet for lovfesting av individuell rett på barnehageplass, ikke ansett å være tilstrekkelig kapasitet i kommunene til å bygge ut de nødvendige antall plasser i egen regi. Man ga derfor insentiver gjennom ulike former for etableringsubsidier til private barnehager. I dag er det tilnærmet full barnehagedekning og demografien tilsier ikke at behovet for plasser vil stige nevneverdig. Jeg vil derfor se bort fra etableringsformålet i den videre drøftelsen.

Oppsummert og noe unyansert kan en derfor si at i dag er formålet med å gi driftstilskudd til private barnehager, at dette bidrar til at det offentlige ved kommunen løpende kan oppfylle sin lovpålagte plikt i bhl § 8 annet ledd til å tilby barnehageplass til alle med individuell rett på slik plass etter § 12 a. Private barnehager er på denne måten kommunens forlengede arm for å nå dette målet.

### 2.1.1 Rettslig regulering av formål

Det overordnede formålet med å finansiere barnehagesektoren kommer som nevnt ikke eksplisitt til uttrykk i lovteksten. Formålet med å gi tilskudd til *private* barnehager angis i loven i § 14a, jamfør § 14, som formålet *med* tilskuddet, forstått som hva det skal benyttes til, ikke forstått som begrunnelsen for tilskuddet. Det er en viktig distinksjon. Man kan altså ikke alene ut fra lovens ordlyd lete seg frem til begrunnelsen for at det offentlige gir tilskudd til private barnehager.

Offentlig finansiering av private barnehager er regulert i bhl § 14. Etter § 14 første ledd har private barnehager som er godkjent før barnehagesektoren ble rammefinansiert 1. januar 2011 en lovfestet rett på tilskudd fra kommunen. Etter § 14 annet ledd *kan* kommunen yte tilskudd til barnehager som søker om godkjenning etter dette tidspunkt. Etter tredje ledd skal alle godkjente barnehager behandles likeverdig med kommunale barnehager. Totalt var det vel 3200 private barnehager i 2016, inkludert familiebarnehager og 15 statlige og fylkeskommunale barnehager.<sup>8</sup>

Formålet med det kommunale driftstilskuddet er regulert i bhl § 14a første ledd, jamfør § 14 første ledd. Lest i sammenheng skal kommunen skal yte tilskudd til barnehagens *ordinære* drift og tilskuddet skal komme *barna til gode*. Ordinær drift er altså formålet for tilskuddet og det presiseres at tilskuddet skal komme barna til gode.

Denne formuleringen er i tråd med at tilskuddsordninger på Kunnskapsdepartementets område gjennomgående er lovregulert gjennom fastsettelsen av et formål for tilskuddet og en presisering av at det skal komme det aktuelle formålet til gode. I forslaget til endringer i barnehageloven i 2011 la departementet opp til samme retts tekniske tilnærming, med angivelse av intensjon og formål med tilskuddet. Det ble lagt til grunn at det helhetlige forslaget hadde paralleller til reguleringen i privatskoleloven, fagskoleloven, universitets- og høyskoleloven, voksenopplæringsloven og studentsamskipnadsloven.<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> Telemarksforskning (2018) s. 30.

<sup>9</sup> Se Prop.98L (2011-2012) pkt.5.1.

## 2.2 Barnehage som privatøkonomisk virksomhet betraktet

Ulike virksomheter vil ha ulik «naturlig» sammensetning av postene i resultatregnskapet. Sammensetningen avhenger av hva som produseres i virksomheten, herunder og primært hvor arbeidsintensiv eller kapitalintensiv produksjonen er. Sammensetningen avhenger også av hvordan virksomheten er finansiert (balansesammensetningen). Med høy andel gjeld vil en større andel av kostnadene gå til betaling av renter (finanskostnader) og motsatt.<sup>10</sup> En barnehage som eier sine egne lokaler vil typisk ha høyere finanskostnader og lavere husleie enn en barnehage som leier lokaler.

I barnehager «produseres» opphold og omsorg for barn mellom 1-5 år. Til det behøves kapitalinnsats som en opparbeidet tomt, en bygning med innredede lokaler og noen faste innretninger som utendørs lekeapparater. Dette er investeringer som skal avskrives dersom barnehagen driver i egne lokaler. I tillegg kommer løpende driftskostnader knyttet til vedlikehold, renhold, oppvarming, administrasjon og forbruksmateriell som benyttes i det pedagogiske arbeidet.

Den desidert viktigste innsatsfaktoren for å produsere barnehageplasser er arbeidskraft. Barnehagevirksomhet er utpreget arbeidsintensiv og personalkostnadene utgjør den klart største delen av kostnadene i barnehager. I 2016 utgjorde personalkostnader om lag 80 prosent av en barnehages samlede kostnader.<sup>11</sup>

Dersom barnehagen ikke eier sine egne lokaler vil også husleie være en løpende driftskostnad av betydelig størrelsesorden.

Dersom barnehagen eier sine egne lokaler vil den løpende driftskostnaden knyttet til lokalene ikke fremkomme som husleie i regnskapet, men som finanskostnad, i form av renter på lånet som foretaket har med pant i bygningsmassen og eventuelt tomten. Dersom eiendommen ikke er fullt ut belånt, vil den løpende driftskostnaden være lavere, noe som slår ut i et høyere driftsresultat. Nedbetalt eiendom er en del av foretakets egenkapital, og deler av «husleien» vil da være avkastning på den egenkapitalen som er bundet i eiendom og bygninger. I BDOs rapport fremgår at barnehagene som eier egne lokaler har finanskostnader på gjennomsnittlig 1,57 prosent av totale driftsinntekter. For barnehagene som leier lokaler er tallet 6,56 prosent.<sup>12</sup> Det er stor variasjon innenfor hver gruppe, men gjennomsnittstallet illustrerer at en barnehage som eier sine egne lokaler alt annet likt vil ha høyere driftsresultat og derfor høyere avkastning på egenkapitalen.<sup>13</sup>

En barnehages inntektsside består i hovedsak av driftstilskudd fra kommunen og foreldrebetalingen. Foreldrebetalingen har et lovregulert maksimalnivå. Godkjente

---

<sup>10</sup> Sammensetningen av balansen vil også kunne være påvirket av eiers vilje til å ta risiko. Dette vil bli omtalt i avsnittene 2.3.2 - 2.3.3.

<sup>11</sup> Telemarksforskning (2018) s. 52. I kommunale barnehager utgjorde personalkostnadene 83 % av totale kostnader, mens tilsvarende tall for private ordinære barnehager er 77 %. De kommunale barnehagene har høyere bemanning.

<sup>12</sup> BDO (oktober 2018) *Kapitalstruktur i private barnehager*, s. 4 flg.

<sup>13</sup> Dersom resultatet overstiger begrensingen i § 14a om et «rimelig årsresultat» vil salg av eiendommen og avtaler om tilbakeleie være en metode for å hente ut gevinster utover et rimelig årsresultat, se BDO (mai 2018) *Markedssvikt, lønnsomhet og gevinstrealisering i barnehagesektoren*, s. 17 flg.

barnehager etter bhl § 10, har en lovfestet rett på tilskudd fra kommunen for de antall barn som har opphold i barnehagen, innenfor det antall barn som barnehagen er godkjent for.

Personalkostnader, altså utgifter til lønn og pensjoner, avhenger tilnærmet proporsjonalt av antall barn, slik at 80 prosent av barnehagens løpende driftskostnader, med noe tidsetterslep, kan justeres ned dersom barnehagen ikke klarer å fylle alle plassene den har godkjenning for. Dette er variable kostnader. Utgifter til rente på lån med pant i eiendom/bygningsmasse eller leie av lokaler vil ikke i samme grad kunne tilpasses en situasjon med færre barn, og er faste uavhengig av antall barn.

Størrelsen på lønnskostnadene er i stor grad gitt ved den lovfestede bemanningsnorm, herunder krav til bemanningens kompetanse, uttrykt som antall barn per pedagog for de ulike aldersgrupper. Nivå på pensjonskostnader vil kunne variere noe avhengig av de ansattes alderssammensetning og av om pensjonsordningen er innskudds- eller ytelsesbasert. Lønnskostnader vil dessuten variere med barnehagens praksis for å sette inn vikarer ved sykefravær.

Den iboende «risiko» i barnehagevirksomhet som er godkjent etter bhl § 10, er dermed om barnehagen klarer å fylle opp antall plasser som den har godkjenning for og derfor er arealmessig dimensjonert for. Sannsynlighet for tomme plasser avhenger av lokal demografi, kvinners (og muligens menns) frekvens for arbeidsdeltakelse, nivået på foreldrebetaling og barnehagens relative attraktivitet i det lokale markedet. Dersom barnehagen har ledig kapasitet, mister den driftstilskudd for de plasser som står tomme, mens arealkostnaden vil være vanskelig å bli kvitt. Denne utgjør likevel en beskjedent andel av samlede kostnader, slik at effekten på barnehagens resultat vil være langt mindre enn det tapte tilskuddet.

I tillegg til risiko for tomme plasser kommer muligens risiko for endringer i regelverket, for eksempel ved at det tillates færre barn per ansatt og/eller per pedagog. Sistnevnte vil øke barnehagens personalkostnader. Men som regel vil slike endringer også medføre endringer i tilskuddsnivået. Unntaket kan være dersom tilskuddsmyndigheten mener det i utgangspunktet er «slack» i eksisterende tilskuddsnivå.

Oppsummert kan en si at virksomhet som driver barnehager med godkjenning etter bhl § 10 innebærer relativt lav risiko for eieren av virksomheten.

## 2.3 Høy gjeldsgrad i den private del av barnehagesektoren

### 2.3.1 Generelle sammenhenger

For alle virksomheter vil det for gjeldsgrad over et visst terskelnivå, være en positiv sammenheng mellom gjeldsgrad og konkurrisisiko. Konkursrisikoen øker da med økende gjeldsgrad.<sup>14</sup> Denne effekten slår inn fordi de som eier foretakets gjeld, i motsetning til eierne av dets egenkapital, har rett på en fast avkastning på sitt lån (den avtalte renten). En høyere andel gjeld vil derfor innebære at en større andel av driftsresultatet er bundet til å betjene gjelden. Det gjør at foretaket har mindre «buffer» mot uforutsette hendelser. Eierne av foretakets egenkapital har derfor fått høyere risiko på sin kapital.

---

<sup>14</sup> Risiko brukes her synonymt med sannsynlighet.



Et synonym for konkursrisiko er PD (Probability of Default). Denne påvirkes av flere forhold, herunder egenkapitalgrad. Bankene kategoriserer sine utlånsporteføljer etter deres PD. Finansinstitusjoner som yter lån betinger seg som regel i låneavtalen at de kan øke renten dersom egenkapitalen faller under på forhånd angitte grenser (såkalte «covenants» i låneavtalen). Bankene øker da renten for å ta seg betalt for den økte konkursrisikoen som oppstår når gjeldsgraden øker. Det benevnes risikopåslag.

Kort oppsummert kan en på generelt grunnlag si at dersom gjeldsgraden først er kommet over et visst nivå, så øker konkursrisikoen når gjelden øker videre utover dette nivået. Hvilket terskelnivå dette gjelder fra, vil variere med virksomhetens art og av hva gjelden benyttes til.

### 2.3.2 Eiernes vurdering av gjeldsgrad

Private barnehager som har godkjenning etter bhl § 10 har i realiteten en evigvarende rett på driftstilskudd fra kommunen. Barnehagens *inntektsrisiko* er derfor begrenset til om de klarer å fylle plassene den er godkjent for. Det avhenger av demografi, barnehagens lokale konkurranseposisjon og foreldres arbeidsdeltakelse. Denne risikoen vurderes trolig som lav av eierne av barnehager, jamfør avsnitt 2.2. Eiernes *resultatrisiko* er dessuten lavere, fordi kostnadene kan tilpasses på nokså kort sikt, da 80 prosent av en barnehages driftskostnader er variable personalkostnader.

Den observerte høye og tiltakende gjeldsgrad i barnehagesektoren lar seg forklare både med forhold på etterspørsels- og tilbudssiden:

#### 2.3.2.1 Etterspørselssiden

Det fremgår av BDOs rapport<sup>15</sup> at noen barnehager har lagt ut egne obligasjonslån. I kapitalmarkedet er det i dagens lavrenteverden etterspørsel etter papirer med relativt lav risiko og lang løpetid. Slike papirer gir en sikker årlig utbetaling (rentekupong) over mange år. Institusjonelle investorer som forvalter pensjons- og forsikringsmidler har lange forpliktelser på sin gjeldsside og er underlagt offentligrettslige reguleringer som begrenser deres mulighet til å ta risiko. Slike investorer er på jakt etter lange papirer med marginalt høyere risiko, og derfor høyere løpende kontantutbetalinger, enn statspapirer. For slike investorer vil alternativet til statsgaranterte papirer være selskapsobligasjoner med høy kredittrating, kommuneobligasjoner eller investeringer i offentlig infrastruktur med løpende leieinntekter.<sup>16</sup> Obligasjoner med sikkerhet i fremtidige kommunale tilskudd til barnehagedrift vil for slike investorer fremstå som et godt alternativ, fordi et slikt papir samsvarer med deres behovsprofil hva gjelder risiko og løpetid.<sup>17</sup> Strukturelle forhold i kapitalmarkedet kan dermed tilsi at det er en viss etterspørsel etter denne type papirer.

---

<sup>15</sup> BDO (oktober 2018) s. 9-10, tabell 4 og 5.

<sup>16</sup> Gassrørledningen Gassled er eksempel på infrastruktur med løpende brukerbetaling (tariffer).

<sup>17</sup> Prisingen (pålydende rente) av slike obligasjoner fremgår ikke av BDOs rapport. Prisingen kunne sagt noe om hvordan investorer vurderer risikoen. Lav risiko drar i retning av lav pålydende rente. At papiret er et nytt og ukjent produkt for investorene, og derfor antatt lite likvid, vil dra i motsatt retning.

Den underliggende sikkerhet for investorene er den lovfestede rett på fremtidige kommunale tilskudd som besittes av den juridiske enheten som utsteder obligasjonen.<sup>18</sup> Barnehageforetaket tar dermed opp lån hvor den egentlige sikkerheten er fremtidige kommunale tilskudd. Siden kommunale tilskudd til private barnehager er avledet fra de fremtidige kommunale rammetilskudd, innebærer konstruksjonen i realiteten at de fremtidige rammetilskudd til kommunene belånes.

Nåverdien av (hele eller deler av) disse neddiskonteres med den avtalte renten på obligasjonene og utbetales eieren av barnehagen.

Dersom barnehageforetaket opptar et *ordinært banklån*, er det banken som er på «etterspørselssiden». I motsetning til ved emisjon av obligasjonslån, vil en bank i sitt lånetilsagn normalt be om at «formål» med lånet oppgis og vil dessuten i låneavtalen sikre seg gjennom ulike «covenants», for eksempel rett til å øke renten dersom egenkapitalen faller under visse nivåer.

Banklån kan opptas med pant i barnehagens eiendomsmasse. En bank vil også kunne innvilge lån med sikkerhet i fremtidige kommunale tilskudd. BDOs rapport dokumenterer økt tendens til at private barnehager opptar langsiktig gjeld i finansinstitusjoner. Hva som er sikkerheten for gjelden eller formålet med gjelden fremkommer ikke. Man må ha tilgang til låneavtalene med bankene for å avdekke slike forhold.

Det er verdt å merke seg at låneformål og panteobjekt ikke må samsvare. Dersom barnehagens lokaler er helt eller delvis nedbetalte, kan foretaket ta opp nye lån med pant i eiendommen, og benytte den utbetalte hovedstol til andre formål enn investeringer i barnehagens lokaler. Dette på samme måte som boligeiere kan ta opp rammelån med pant i boligen for å finansiere bilkjøp eller annet forbruk.

#### 2.3.2.2 Tilbudssiden

På «tilbudssiden» i dette kapitalmarkedet står eierne av private barnehager med rett på kommunale driftstilskudd. Når barnehagen tar opp lån i en bank eller legger ut egne obligasjonslån, neddiskonteres reelt sett deler av de fremtidige kommunale tilskudd og utbetales up-front til foretaket. Som motytelse får investorene eller banken en årlig utbetaling av renter på lånet. Denne er avtalt på forhånd.<sup>19</sup>

Eieren(e) av barnehagen mottar beløpet som en engangsutbetaling. Det fremgår som nevnt ikke av BDOs rapport hva dette beløpet benyttes til. Og selv om lånet opptas med pant i fast eiendom, er det som presisert over *ikke* ensbetydende med at hovedstol benyttes til investering i fast eiendom, fordi en eksisterende eiendom som er helt eller delvis nedbetalt kan belånes.

---

<sup>18</sup> Obligasjoner må ikke – men kan - ha en formell sikkerhet/pant. Variasjonen er her stor, og man kjenner ikke den konkrete utforming av obligasjoner utstedt av barnehager. Poenget her er imidlertid at den reelle «sikkerhet» er fremtidige kommunale tilskudd, da det er lite annet som kan gi investorene trygghet for at de mottar de avtalte kupongbetalinger.

<sup>19</sup> I avtalen kan den imidlertid knyttes til variable faktorer som nivået på NIBOR. Dette er neppe aktuelt for denne type lån.

Dersom det utbetalte lånebeløpet (hovedstol) benyttes til investering i fast eiendom som skal benyttes i barnehagens drift er låneformålet rett frem og knyttet til barnehagens driftsmessige behov. Lånet benyttes da til barnehagens «ordinære drift», jamfør bhl § 14 første ledd. Bygningene avskrives da ofte i takt med nedbetalingen av hovedstol, mens rentene på lånet kan sammenlignes med husleiekostnad for de barnehager som driver sin virksomhet i leide lokaler.

Dersom låneformålet ikke er investering i lokaler eller annet til egen drift, må poenget med å oppta lån, det være seg hos finansinstitusjoner eller i kapitalmarkedet, være at hovedstolen plasseres i et investeringsobjekt som gir høyere forventet avkastning enn den sikre renten man har forpliktet seg til overfor långiver. Barnehageforetaket kan for eksempel plassere midlene i rentepapirer med høyere risiko enn sine egne, i aksjer, i eiendom eller benytte dem til oppkjøp av andre virksomheter. Men for at dette skal være et (forventet) lønnsomt bytte, må midlene plasseres i et objekt med en høyere avkastningsrisiko enn foretakets egen.

Forretningsideen kan sammenlignes med opplegget da Terra Finans på 2000-tallet bisto en rekke kommuner med å bytte fremtidige inntekter fra blant annet salg av konsesjonskraft og aksjeutbytte fra kraftselskap til plasseringer i finansmarkedet. Denne såkalte restruktureringen besto i at banker utbetalte nåverdien av kommunenes antatte fremtidige inntektsstrømmer, som de deretter investerte i ulike rentebærende finansielle produkter. Forretningsidéen gikk i korthet ut på å sikre kommunene en meravkastning gjennom differansen mellom kommunens lånerente (diskonteringsrenten) og en høyere forventet plasseringsrente i finansmarkedet.<sup>20</sup>

Dette kan åpenbart være en rasjonell strategi vurdert fra eiernes side. Eierne av et foretak som driver barnehage kan, basert på *sin* evne til å bære risiko, ha et rasjonelt ønske om å øke risikoen på egenkapitalen som er plassert i foretaket. Dette skjer nettopp ved at foretaket bytter (swapper) sikre fremtidige kommunale driftstilskudd mot mer usikre investeringer i andre aktiva, det være seg rentepapirer, aksjer eller eiendom. Merverdien ligger i at den forventede avkastning på de aktiva hvor pengene plasseres, er høyere enn det de må betale på obligasjonen de har utstedt. Akkurat som Terrakommunene tenkte.

Dersom hovedstolen brukes til å kjøpe andre barnehager (organisk vekst), endres ikke den generiske risikoen da risikoen fremdeles er knyttet til samme demografiske faktorer og samme type driftsrisiko. En får i stedet en multiplikatoreffekt. Den potensielle gevinsten ligger da i at en større enhet gir stordriftsfordeler og markedsrett for eieren. Det vil si at det er potensialet for kostnadsreduksjoner og effekten av økt markedsrett som fører til at låneopptak og oppkjøp er en (forventet) lønnsom strategi. Gjelden brukes da til å skyte inn egenkapital i det oppkjøpte foretaket.

---

<sup>20</sup> Kommunene ble saksøkt av bankene etter at de innstilte tilbakebetalingen av utestående beløp under henvisning til låneavtalene var ugyldige med henvisning til kommunelovens § 50. Spørsmålet ble ikke prøvd for domstolene da kommunene i 2015 inngikk et forlik med DNB om betaling av et lavere beløp enn opprinnelig krevd fra DNB.

### 2.3.3 Eierperspektivet - oppsummering

Gjennomgangen har vist at låneopptak kan være en rasjonell strategi sett fra eieren av den private barnehagens side. Dersom eieren av egenkapitalen har preferanse for høyere risiko enn den risiko som er iboende i «barnehagevirksomhet», er det rasjonelt å øke risikoen – og derved forventet avkastning – ved å bytte fremtidige kommunale driftstilskudd mot investeringer i aktiva med høyere risiko.

Dette er *ikke* et uttrykk for markedssvikt, men en direkte konsekvens av at det offentlige bruker private aktører som ledd i gjennomføringen av politiske målsettinger med et fellesskapsformål for øyet. Formålet med og grunnlaget for privat virksomhet avviker fra grunnlaget for kommunal virksomhet. Formålet med kommunal virksomhet er å tjene innbyggernes interesser, i dette tilfellet med høy grad av sikkerhet å tilby borgerne tilstrekkelige og rimelige barnehageplasser av god kvalitet. For kommunene er rammetilskuddet et virkemiddel for å nå politiske mål. Mens formålet med privat virksomhet er å maksimere profitten, gitt den risiko som *eieren* ønsker å ta. Eieren av en privat barnehage har ikke insentiver til å vektlegge det offentlige målet om å minimere forsyningsrisikoen på barnehagesektoren.

Risikoviljen til eieren av en privat barnehage kan derfor meget vel avvike fra risikoviljen til kommunen.

### 2.4 Bidrar høy gjeldsgrad til å realisere de samfunnsmessige mål for sektoren - myndighetsperspektivet

Kunnskapsdepartementet ønsker en vurdering av om økt gjeldsgrad i private barnehager er hensiktsmessig sett fra det offentliges side.

Mens eiernes formål med barnehagedrift er maksimal forventet avkastning på sin innskutte egenkapital, gitt sin risikotoleranse, har det offentlige et annet formål med å yte tilskudd til barnehagedrift.

Det offentliges mål med å finansiere barnehager ble drøftet og presisert i avsnitt 2.1. Formålet er å *sikre* at velferdstjenesten «barnehager» skal være tilgjengelig for alle barn som ønsker det og uavhengig av foreldrenes økonomi, herunder sikre at kommunen kan oppfylle sin lovpålagte plikt til å tilby plass til alle borgere med individuell rett på plass etter bhl § 8 annet ledd, jmfør § 12a. Dette formålet er på linje med det offentliges formål på andre sektorer hvor det offentlige frivillig eller lovpålagt forsyner borgerne med velferdstjenester. I dette formålet ligger ikke en vilje til å akseptere risiko for at målet ikke nås.<sup>21</sup>

Spørsmålet blir da hvordan den observerte tendens til gjeldsoppbygging i den private delen av barnehagesektoren kan påvirke dette målet.

---

<sup>21</sup> Det kan selvsagt tenkes at også det offentlige i sin tilpasning kan velge å akseptere risiko på forsynings sikkerheten. Men dette vil i tilfelle være resultat av en avveining av mellom ulike *samfunnsmessige* mål, som at økt forsyningsrisiko på barnehager kan gi rom for økt ressursbruk i grunnskolesektoren. Slike avveininger vil ofte være resultat av en politisk beslutning. Det vil aldri være rasjonelt av det offentlige å akseptere økt forsyningsrisiko i den private delen av barnehagesektoren, uten at det offentlige blir kompensert, for eksempel i form av lavere tilskudd til private barnehager enn til kommunale barnehager.

Dersom formålet med låneopptak er å øke den private egenkapitalens risiko gjennom investeringer i rente-, aksje- eller eiendomsmarkedet, vil dette føre til økt sannsynlighet for at barnehagen ikke klarer å levere de lovpålagte tjenestene. Forretningsideen bak slike investeringer er jo nettopp å øke risikoen gjennom å gi fra seg en sikker fremtidig kontantstrøm i bytte mot en mer usikker kontantstrøm. Dette øker foretakets konkursrisiko, og dermed også risikoen for at det offentlige ikke klarer å levere på sitt formål – og sin lovpålagte plikt – til å levere barnehager med høy tilgjengelighet, høy kvalitet og lav pris til borgerne.

Økt risiko for at det offentlige ikke klarer å oppfylle sitt formål og levere på sin forpliktelse følger logisk av at forretningsideen bak arrangementet er å ta høyere risiko. Mens de årlige kommunale driftstilskuddene er sikre og periodisert av det offentlige nettopp for å dekke barnehagens *årlige* driftskostnader, er det nå avkastningen av investeringen som vil dekke (deler av) de årlige driftskostnadene i barnehagen. Dersom avkastningen på investeringen blir dårligere enn renten som må betales på gjelden, sitter altså barnehagen i et gitt år igjen med et mindre beløp til den årlige driften enn det kommunale driftstilskuddet det samme året.

Her er det også verdt å merke seg at det vil være asymmetri i fordelingen av risiko og «avkastning» sett fra det offentlige side. Dersom investeringene gir høy avkastning, vil dette utelukkende komme eierne til gode.<sup>22</sup> Det er nemlig ikke trolig at eierne vil gi dette tilbake til barnehagedriften i form av at de legger seg over lovens minstekrav hva gjelder bemanning og annen kvalitet på barnehagen. Dersom avkastningen derimot blir lavere enn den renten de må betale på gjelden, vil dette nødvendigvis måtte gå ut over barnehagens drift. Avhengig av størrelsesorden på en eventuelt lavere enn forventet avkastning, vil mindre-avkastningen i første omgang tas gradvis og medføre dårligere tjenester til barna, enten ved at de ansatte får dårligere vilkår, kutt i vikarbruk, utsettelse av nødvendig vedlikehold mv. Dette er forhold som det vil være svært vanskelig å kontrollere, enn si sanksjonere, for kommunen. Lav avkastning blir derfor det offentliges problem, mens høy avkastning ikke kommer det offentlige til gode.

Dersom foretaket ikke plasserer lånet i finansielle aktiva eller eiendom, men benytter gjelden til oppkjøp av andre barnehager, altså til organisk vekst, er det ikke nødvendigvis riktig å si at forretningsideen er å øke risikoen på egenkapitalen. Da kan intensjonen være å oppnå stordriftsfordeler og markedsmakt. Stordriftsfordeler kan tas ut ved å effektivisere administrative funksjoner som økonomi, regnskap og internkontroll og grunnbemanning gjennom samordning av vikarbruk. I tillegg vil enhetene kunne bli så store at de får markedsmakt overfor det offentlige.

En forretningsstrategi med oppkjøp sammenfaller til dels med det offentliges interesser. Effektivisering og innovasjon har vært et uttalt mål fra myndighetenes side. Det oppnås ved at større enheter effektiviseres og profesjonaliseres. Men tendensen til at små enheter forsvinner ved at de kjøpes av de store kjedene, innebærer at det uttalte målet om mangfold i barnehagesektoren i mindre grad nås. I tillegg er det ubetinget negativt sett fra myndighetenes side dersom aktørene i markedet blir så store at de kan utøve markedsmakt.

---

<sup>22</sup> Se BDO (mai 2018) s. 17 flg. for hvordan barnehagen kan ta ut gevinster utover et rimelig årsresultat.

I 2007 utgjorde seks av de største aktørene rundt 5 prosent av alle private barnehager. I 2016 utgjorde de i overkant av 17 prosent.<sup>23</sup>

*Oppsummert* er konklusjonen at økt gjeldsgrad i private barnehager ikke bidrar til å realisere de samfunnsmessige mål for sektoren.

### 3. Rettslig vurdering av private barnehagers adgang til gjeldsopptak

I kapittel 2 fremgikk at økt gjeldsgrad i de private barnehager rent faktisk ikke kan sies å bidra til å fremme det offentliges begrunnelse for å gi tilskudd til private barnehager. Formålet «sikker forsyning av barnehageplasser med høy tilgjengelighet og høy kvalitet og lav pris» fremgår imidlertid ikke av loven selv, slik det er ikke tilstrekkelig å etablere en slik faktisk sammenheng for å hevde at gjeldsopptak ikke er tillatt innenfor gjeldende regulering. Med bakgrunn i drøftingen i kapittel 2 kan man imidlertid hevde at låneopptak som ikke benyttes til investeringer tilknyttet barnehagens drift, bryter med *intensjonen* bak gjeldende regulering.

I det følgende drøftes om, og eventuelt hvordan, gjeldende regulering begrenser private barnehagers adgang til å stifte gjeld.

#### 3.1 Formål med gjeldsopptak

Et første spørsmål er om gjeldende regulering legger begrensninger på *formålet* med gjeldsopptak. Etter § 14 første ledd plikter kommunen å yte tilskudd til «ordinær drift» av alle godkjente ikke-kommunale barnehager i kommunen. Etter en ren ordlydsfortolkning vil det forhold at en mottaker av slike tilskudd benytter dem som sikkerhet for å ta opp gjeld, hvor gjelden *ikke* benyttes til investeringer med tilknytning til barnehagens ordinære drift, kunne anføres å være i strid med § 14. Sagt på en annen måte, må lån som barnehagen opptar konverteres til en investering som har tilknytning til barnehagens ordinære drift, for at det kommunale tilskuddet skal kunne sies å ha gått til «ordinær drift» i henhold til § 14 første ledd.

Investeringer med tilknytning til barnehagens ordinære drift vil som hovedregel være begrenset til investeringer i barnehagens eiendom, bygninger, innredning av lokaler og utstyr. Videre vil kjøp av feriebolig for de ansatte muligens kunne falle inn under «ordinær drift», forutsatt at kjøpesum står i forhold til antall ansatte og deres reelle mulighet til å benytte ferieboligen. Det er vanskelig å komme på andre eksempler på investeringsformål med tilknytning til barnehagens *ordinære* drift.

Spørsmålet om gjeldsopptak ble ikke drøftet i forarbeidene.<sup>24</sup> Det er videre kommunen som er pliktsubjekt etter bestemmelsen, slik at konsekvensen av en slik tolkning av § 14 første ledd isolert sett vil være at kommunen ikke plikter å gi tilskudd dersom, eller i den grad, barnehagen stifter gjeld som investeres i noe annet enn barnehagedrift.

---

<sup>23</sup> BDO (mai 2018) s. 6.

<sup>24</sup> Ot.prp.nr.57(2007-2008) s. 50.

### 3.2 Periodisering – krav til tidsmessig sammenheng mellom kommunalt tilskudd og driftskostnader

Et neste spørsmål er om gjeldende regulering bygger på en antakelse om en tidsmessig sammenheng mellom tilskudd og driftskostnader i den private barnehagen. Det kan etter mitt skjønn anføres at systematikken mellom § 14 første og tredje ledd og § 14a, innebærer krav til slik periodisering.

Utgangspunktet er at private barnehager skal behandles likeverdige med kommunale barnehager i forhold til offentlig tilskudd. Dette er fastslått i § 14 tredje ledd

Størrelsen på det offentlige tilskuddet beregnes ut fra *faktisk realisert* kostnad per barnehageplass i kommunale barnehager to år tilbake. I forskriften til § 14 fremgår at «[d]riftstilskuddet skal beregnes ut fra gjennomsnittlige ordinære driftsutgifter per heltidsplass i tilsvarende kommunale ordinære barnehager, fratrukket administrasjonsutgifter, pensjonsutgifter og arbeidsgiveravgift på pensjonsutgifter. Grunnlaget for beregningen er kommuneregnskapet fra to år før tilskuddsåret».<sup>25</sup> Videre ble det til § 14 tredje ledd presisert at forskriften skal gi klare og tydelige regler for hvordan kommunalt tilskudd til den enkelte barnehage skal beregnes, gi klagerett for barnehagen og bestemmelser om søknadsprosedyrer samt revisjon.<sup>26</sup>

Faktiske realiserte kostnader i kommunale barnehager to år tilbake er dermed grunnlaget for beregning av tilskuddet til private barnehager. Tilskuddet utgjør i dag 100 prosent av kostnaden i kommunale barnehager.

Etter § 14 første ledd plikter kommunen yte tilskudd til *ordinær* drift av alle godkjente ikke-kommunale barnehager. Etter § 14a første ledd skal slike tilskudd fra kommunen komme *barna til gode*. Det gjøres imidlertid et innhugg i kravet om at tilskuddet skal komme barna til gode, ved at det i annet punktum heter at «[b]arnehagen kan ha et rimelig årsresultat». Dette innhugget må sies å være uttømmende slik bestemmelsen er bygget opp.<sup>27</sup> Det vil si at etter at barnehagen har fått et rimelig årsresultat, skal *det resterende* av tilskuddet komme barna til gode. Verktøyet for å sikre at tilskuddet faktisk kommer barna til gode, jamfør § 14a første ledd, er nettopp ved at barnehagens årsresultat begrenses til å være *rimelig*. Systematikken i bestemmelsene forutsetter dermed at *årets* resultat er forskjellen mellom *årets* tilskudd og *årets* driftskostnader. Uten en slik kobling mellom beregning og bruk av tilskuddet, vil nemlig begrensingen av barnehagens årsresultat til å være «rimelig», være en bestemmelse uten innhold.

I forarbeidene sies om systematikken i bestemmelsen at dersom barnehagen oppfyller de kumulative vilkårene i § 14 a første ledd bokstav a, b og c, anses årsresultatet som rimelig.<sup>28</sup> Etter bokstav a. kan barnehagen bare belastes kostnader som *direkte vedrører godkjent drift av barnehagen*. Etter en ren ordlydsfortolkning vil renter på gjeld som ikke er investert i aktiva med tilknytning til barnehagens godkjente drift, *ikke* kunne belastes barnehagens

---

<sup>25</sup> FOR-2015-10-09-1166 §3.

<sup>26</sup> Ot.prp.nr.57(2007-2008) s. 40.

<sup>27</sup> Se Prop.98L(2011-2012) s.39 om systematikken i bestemmelsen.

<sup>28</sup> Op.cit.

regnskap. Muligheten for gjeldsopptak er imidlertid ikke eksplisitt omtalt i forarbeidene til § 14a.

Basert på den indre sammenheng mellom bestemmelsene i § 14 første og tredje ledd og § 14a første ledd, kan det hevdes *at selve metoden for periodisering og beregning av størrelsen på det årlige kommunale driftstilskuddet i seg selv er ment å innebære en kontroll for at tilskuddet kommer barna til gode*. Størrelsen på driftstilskuddet vil dermed fungere som en kontroll for at den private barnehagen tilfredsstiller lovens minstekrav hva gjelder kvalitet, bemanning mv.<sup>29</sup> Fordi det årlige driftstilskuddet angir en ramme for hva det koster å drive en barnehageplass, gitt de krav til kvalitet, bemanning mv. som er angitt i loven forøvrig.

Belåning av fremtidige driftstilskudd vil bryte den tidsmessige sammenheng mellom størrelsen på barnehagens driftstilskudd og dens driftskostnader. Det er da ikke lenger det årlige driftstilskuddet som bestemmer hva barnehagen har tilgjengelig til å bruke på barna det samme året. Dette bestemmes nå også av avkastningen på de investeringer som er gjort.

Belåning av fremtidige driftstilskudd opphever dermed den intenderte sammenheng mellom årlige driftstilskudd og årlige driftskostnader. Belåning innebærer videre at begrensningen om et «rimelig årsresultat» i § 14a ikke blir virksom.<sup>30</sup>

Oppsummert kan det derfor etter mitt skjønn anføres § 14 første og tredje ledd og § 14a første ledd lest i sammenheng, hviler på en antakelse om at driftstilskuddet skal komme barna til gode *i samme år* som utbetalingen finner sted. Brudd på dette prinsipp ved at barnehagen opptar lån, vil da bare kunne skje i den utstrekning det kommer barna til gode. Hvilket er oppfylt dersom lånet benyttes til investeringer som har tilknytning til barnehagens ordinære drift.

### 3.3 Kommunelovens regler om økonomiforvaltning

Statens finansiering av barnehagesektoren skjer via rammetilskudd til kommunene. Kommunen kan benytte rammetilskuddet enten til å finansiere egne barnehager eller til å yte driftstilskudd til private barnehager. Dersom kommunen benytter rammetilskuddet til egne barnehager, følger staten opp kommunenes økonomiske styring via kommuneloven (lov nr. 107/1992), forkortet koml) kapittel 8-10.<sup>31</sup>

De hensyn som begrunner begrensninger i kommuners adgang til gjeldsopptak i koml § 50 kan derfor være relevante å drøfte i en vurdering av private barnehagers adgang til å stifte

---

<sup>29</sup> Som et tillegg til kommunens kontroll etter bhl § 16.

<sup>30</sup> Jeg går ikke her inn på hvordan barnehagen kan ta ut et resultat som overstiger «rimelig», men viser til BDO (mai 2018) s. 17 flg. som redegjør for måter et slikt «meroverskudd» kan hentes ut. Her beskrives utelukkende hvordan et slikt meroverskudd kan genereres gjennom å ta høyere risiko.

<sup>31</sup> Ny kommunelov ble sanksjonert 22. juni 2018, men er ikke trådt i kraft. Forarbeider er NOU 2016:4 og Prop. 46L (2017-2018). Reguleringen av kommunenes økonomiforvaltning er samlet i nytt kapittel 14. Disse er planlagt å tre i kraft fra 1. januar 2020. Den vedtatte loven innebærer i hovedsak at økonomireglene fra dagens lov videreføres, men med noen tillegg, endringer og presiseringer. Ordlyden i ny § 14- 14 «*Låneformål og vilkår for å ta opp lån*» erstatter i hovedsak § 50, og er noe endret. Jeg vil i det følgende ta utgangspunkt i ordlyden i de aktuelle bestemmelser i gjeldende kommunelov. Men vil vise til forarbeider til både gjeldende lov og den som ikke er trådt i kraft.



gjeld. Både etter gjeldende rett (de lege lata), men ikke minst ved utforming av nytt regelverk (de lege ferenda).

Regulering av kommuners økonomistyring i kommuneloven har som formål å trygge det finansielle grunnlaget for alle de tjenester som kommunene har ansvar for overfor innbyggerne.<sup>32</sup> Reglene skal sikre to hovedhensyn. For det første at kommuner er i økonomisk balanse og for det annet at de skal være i stand til å dekke sine løpende betalingsforpliktelser overfor kreditorene.

Disse hensyn gjør seg gjeldende også ved reguleringen av private barnehager som utfører kommunale oppgaver på vegne av det offentlige. Det offentliges «kostnad» ved at kommunen ikke kan levere på sin lovfestede forsyningsforpliktelse i barnehagesektoren er den samme uavhengig av om det er en kommunal eller en privat barnehage som ikke er leveringsdyktig. Det offentlige har således en tilsvarende sterk interesse i at private barnehager over tid er i økonomisk balanse og har betalingsevne, slik at de politiske mål for sektoren nås og slik at kommunens lovregulerte plikt til å tilby alle barn i en viss alder en fulltids plass i en barnehage med en bestemt kvalitet, kan oppfylles.

I kommuneloven kapittel 9 behandles spørsmål knyttet til kommunenes opptak og nedbetaling av lån. Kommunelovens § 50 nr. 1 lyder: «Kommuner og fylkeskommuner kan ta opp lån for å finansiere investeringer i bygninger, anlegg og varige driftsmidler til eget bruk.» Bestemmelsen er ment å begrense kommunenes muligheter til å ta på seg langsiktige rente- og avdragsforpliktelser, fordi dette kan svekke kommunens evne til tjenesteproduksjon.

Bestemmelsen inneholder *tre vilkår* for å kunne ta opp lån. For det første må det være tale om en anskaffelse av varig verdi. Dette innebærer blant annet at driftsbudsjettet ikke kan finansieres med lån. For det annet må anskaffelsen gjelde *fysiske eiendeler i form av fast eiendom eller anlegg*. Dermed faller blant annet kjøp av aksjer og kapitalinnskudd i selskaper utenfor. I tillegg må investeringen være til *eget bruk*. Det vil si at kommunen må være formell og reell eier av anskaffelsen. Kommunen kan altså ikke låne for å kjøpe en virksomhet. Det er verdt å merke seg at låneforbudet ikke står i veien for at kommunen kan kjøpe andre virksomheter. Men finansieringen må skje med andre tilgjengelig midler enn lånefinansiering.<sup>33</sup>

Kommunelovens § 50 setter ingen grense for hvor store lån som kan tas opp. Muligheten til å ta opp lån er likevel over tid begrenset av kommunens økonomiske evne til å bære gjeld. Dette følger av kravet til budsjettbalanse i § 46 nr. 6.

Videre fastsetter kommuneloven § 50 nr. 7 minimumskrav til årlige avdrag. Kravet retter seg ikke mot avdrag på enkeltlån, men mot samlet lånegjeld. Den samlede gjelden skal avdras med like årlige avdrag og avdragene skal være minst så store at *løpetiden på samlet gjeld ikke overstiger den veide løpetiden på anleggsmidlene*. Løpetiden på anleggsmidlene reflekterer årlig «forbruk» eller nytte av investeringen for kommunens innbyggere. Et prinsipp om at avdragene skal dekke (minst) det årlige forbruket, sikrer at gjelden er bærekraftig.

---

<sup>32</sup> NOU 2016:4 s. 213.

<sup>33</sup> Se Ot.prp.nr.43(1999-2000) kap. 9.

Som forklart i avsnitt 2.3.2.2 kan barnehageeiernes forretningside med å oppta lån være å bytte kontantstrømmen fra sikre kommunale tilskudd til en kontantstrøm med høyere risiko og høyere forventet avkastning. Dette øker risikoen på den innskutte egenkapitalen i barnehagen. Fremgangsmåten kan minne om oppsettet som kraftkommunene ved hjelp av fondsmeglerforetaket Terra Securities benyttet seg av da de tok opp lån og investerte dette i ulike mer eller mindre kompliserte strukturerte spareprodukter, blant annet amerikanske boliglånsobligasjoner. Den gang skjedde konstruksjonen som en pakkeløsning, ved at Terra tilrettela for både gjeldsopptaket og investeringen. I barnehagesektoren har man kun dokumentert en økende gjeldsgrad. Man vet ikke hva formålet med gjeldsopptaket er eller hva gjelden er benyttet til.<sup>34</sup>

Det kan nevnes at Terrakommunene basert på et brev fra Kommunal- og regionaldepartementet<sup>35</sup> trodde det var et smutthull i Kommuneloven som åpnet for låneopptak med sikte på finansinvesteringer. Lovavdelingen i Justisdepartementet konkluderte imidlertid med at KRDs brev ikke ga uttrykk for en korrekt forståelse av begrensningene til å ta opp lån i koml §50. Lovavdelingens begrunnelse var at forpliktelsen til å tilbakebetale lånet til banken var uavhengig av kontantstrømmene fra investeringen som lånet var benyttet til.<sup>36</sup>

Kommuneloven § 50 regulerer kommunenes låneopptak, og ikke private barnehagers låneopptak, og er derfor ikke direkte anvendbar for å anføre at private barnehager etter gjeldende rett ikke kan oppta gjeld til annet formål enn investeringer i bygninger, anlegg og varige driftsmidler til eget bruk. De samme reelle hensyn som begrunner begrensninger på kommunenes adgang til å ta opp gjeld, gjør seg imidlertid gjeldende også for private barnehagers adgang til å stifte gjeld. Hensyn bak koml § 50 vil derfor være et reelt hensyn ved drøftingen av i hvilken grad ordlyden i bhl § 14, jamfør § 14a, åpner for låneopptak.

### 3.4 Konklusjon – rettslig vurdering

Med grunnlag i bhl §14 første ledd, jamfør § 14a første ledd første og annet punktum, kan det etter mitt skjønn argumenteres for at private barnehager som mottar driftstilskudd har adgang til å stifte gjeld kun dersom lånet benyttes til investeringer som har tilknytning til barnehagens «ordinære drift». At statens finansiering av private barnehager rent faktisk skjer via rammetilskudd til kommunene, innebærer videre at de reelle hensyn som begrunner koml § 50 kan anføres som støtte til en slik tolkning.

Det er dokumentert at gjelden i den private delen av barnehagesektoren har økt.<sup>37</sup> Det fremgår ikke av tallene hva som er sikkerhet for barnehagens låneopptak. Ei heller fremgår hva som er lånets formål. Høy og økende gjeldsgrad er imidlertid en indikasjon på at

---

<sup>34</sup> Det har vært anekdotisk informasjon om at midlene er investert i oljesektoren mv. Det vil trolig ikke være mulig å lage en mer komplett fremstilling fordi myndighetene ikke har tilgang til informasjon. For anekdotisk informasjon se for eksempel: <https://frifagbevegelse.no/nyheter/-det-er-helt-absurd-at-barnehager-brukes-som-investeringsobjekt-i-spekulasjonsokonomi-sier-mette-nord-6.158.542577.2abbcee4fc>

<sup>35</sup> Brev til Vik kommune datert 20. september 2002

<sup>36</sup> JDLOV-2007-8289.

<sup>37</sup> BDO (oktober 2018).

aktørene oppfatter at gjeldende regelverk åpner for adgang til å stifte gjeld uavhengig av lånets formål.

Da det rettssubjekt som mottar kommunale driftstilskudd etter gjeldende regulering også kan drive med annen virksomhet enn barnehagevirksomhet i det samme rettssubjektet, vil det være svært vanskelig å forfølge en eventuell anførsel om at gjeldende regler stenger for låneopptak som ikke benyttes til investeringer med tilknytning til barnehagens ordinære drift.

Gjennomgangen har derfor først og fremst understreket at det er behov for å presisere ulike bestemmelser i barnehageloven, herunder private barnehagers adgang til å ta opp gjeld. De sammenfallende hensyn bak koml §50 og offentlig finansiering av barnehagesektoren tilsier videre at kommunelovens regler for gjeldsopptak er et godt utgangspunkt for en presisering av barnehageloven på dette punkt.

## 4. Forslag til regulering av private barnehagers gjeldsopptak

Det forutsettes i det videre at barnehageloven endres slik at det rettssubjekt som mottar kommunale driftstilskudd ikke har anledning til å drive annen type virksomhet i det samme rettssubjekt. Ethvert rettssubjekt som mottar kommunale driftstilskudd etter bhl § 14 kan da utelukkende drive med barnehagevirksomhet. I det følgende drøftes ulike muligheter for i lovs form å presisere private barnehagers adgang til å stifte gjeld. Jeg vil benytte samme begrepsbruk som nå benyttes i barnehageloven, det vil si benytte «barnehagen» i stedet for «rettssubjekt».

### 4.1 Ny § 14b

En begrensning av barnehagens adgang til å stifte gjeld kan reguleres i en egen bestemmelse i ny:

#### §14b Gjeldsopptak:

«Barnehagen som mottar kommunalt tilskudd, jf § 14, kan oppta lån kun dersom lånets formål er, og i sin helhet benyttes til, å finansiere investeringer i bygninger eller varige driftsmidler til eget bruk.

Barnehagens samlede lånegjeld skal avdras med like årlige avdrag. Avdragene skal minst tilsvare den årlige avskrivning på de aktiva som lånet er investert i.

Barnehagen har ikke adgang til å stifte gjeld på annen måte enn ved å oppta lån i et finansforetak<sup>38</sup>.

Inngåelser av nye låneavtaler og en oversikt over barnehagens samlede gjeld skal rapporteres til kommunen.»

---

<sup>38</sup> Jf Lov om finansforetak § 1-3 første ledd.

Forslag til ny § 14b første ledd stiller krav til både låneformål og lånets størrelse. Formulering vil gi en nokså snever adgang til å oppta lån. Bestemmelsen angir tre kumulative vilkår for at låneopptak skal være tillatt. For det første at *formålet* med å oppta lån er investeringer i *bygninger eller varige driftsmidler* til eget bruk. Og for det annet at lånet faktisk *er* benyttet til dette formål. I dette ligger en plikt til å tilbakebetale lånet umiddelbart dersom låneformålet ikke lenger er aktuelt. For eksempel dersom barnehagen likevel ikke skal utvide lokalene eller utbedre uteområdene.

For det tredje er det et vilkår at investeringene er *til eget bruk*. Med dette lukkes den økonomiske enheten, og en sikrer seg at eventuelle lånefinansierte investeringer kommer virksomheten og dermed barna til gode. Noe som for øvrig er i tråd med formuleringen i § 14a første ledd første punktum. Bestemmelsen vil således bidra til at intensjonen bak systematikken i § 14 og §14a presiseres, jamfør avsnitt 3.2.

Varige driftsmidler er anskaffede eiendeler som kan aktiveres i regnskapet og avskrives over flere år. For en barnehage kan det være utstyr som lekeapparater og opparbeiding av uteområder som kan aktiveres i regnskapet. Med «bygninger» åpnes det for at barnehagen kan oppta lån for å oppføre, rehabilitere eller utvide bygningen som barnehagen drives i. I dag yter Husbanken lån til oppføring, tilbygg og utbedring av barnehager.<sup>39</sup>

I kombinasjon vil de tre vilkår sørge for at den juridiske enheten som barnehagen drives i lukkes både «i rom og tid». Det vil ikke lenger være mulig for eierne å hente ut verdier fra driftstilskuddet på annen måte enn ved gjennom *barnehagedriften* å oppnå et rimelig årsresultat, jamfør § 14a første ledd. Det innebærer at begrensingen som var ment å ligge i «rimelig» blir reell.

Et rimelig årsresultat vil nå måtte komme fra den ordinære driften, altså som følge av effektivisering og innovasjon eller lavere personalkostnader.<sup>40</sup> Et rimelig årsresultat vil ikke lenger kunne stamme fra høyere risikotaking som følge av at rettssubjektet har tatt opp lån som er plassert i aktiva med større risiko enn kommunale driftstilskudd.

De tre vilkår vil til sammen sørge for at den delen av det årlige driftstilskuddet som ikke er et rimelig årsresultat, kommer barna til gode.

Ved ikke å innlemme «eiendom» i listen over tillatte formål, kan det hevdes at det blir vanskelig å starte ny barnehage, da man må ha en nedbetalt tomt tilgjengelig for å komme i posisjon til å søke kommunen om godkjenning. Men dette blir ikke riktig, fordi §14b ikke kommer til anvendelse før barnehagen faktisk er godkjent. En barnehage (rettssubjekt som pretenderer å drive barnehagevirksomhet) kan på tidspunktet for godkjenning selvsagt ha gjeld. §14b gjelder for de barnehager som er godkjent og som har rett på å motta løpende tilskudd etter §14. Disse kan bare stifte ny gjeld i henhold til §14b.

---

<sup>39</sup> HB 7.B.4, mars 2014 «Retningslinjer for lån til barnehager fra Husbanken», pkt. 4 angir låneformål.

<sup>40</sup> Inntektssiden i en barnehage er det vanskeligere å gjøre noe med fordi foreldrebetalingen har en lovbestemt maksimal grense. Etter §14a første ledd bokstav c kan heller ikke personalkostnadene være *vesentlig* lavere i en privat barnehage.

Ved ikke å innlemme eiendom i listen over tillatte formål, stenger en for at barnehagen kan ta opp lån for å kjøpe eiendom. En stenger da også for lånefinansierte kjøp av for eksempel ferieboliger til bruk for ansatte. Dette kan på den ene side sies å legge en unødvendig begrensning på barnehagens handlefrihet, da det noen ganger vil være rasjonelt å tilby ansatte et gode som tilgang til feriested. På den annen side vil man ved å inkludere «eiendom» på listen over tillatte formål stå overfor vanskelige avgrensings- og kontrollspørsmål. Hva skal kriteriene være for at eiendommen, en hytte på fjellet eller leilighet i Spania, kan sies å være anskaffet til barnehagens «eget bruk»? Er det tilstrekkelig at de ansatte har anledning til å benytte den, eller kreves det at de faktisk benytter den. Og hvordan skal myndighetene kontrollere slike forhold? At det vil oppstå grensetilfeller og at oppfølgingen vil være ressurskrevende taler isolert sett for at «eiendom» ikke inkluderes på listen over tillatte formål.

I tillegg kommer at en uansett kan problematisere hvorvidt ferieboliger for ansatte faller inn under «ordinær drift», jamfør §14 og «kommer barna til gode» i henhold til § 14a. Dette taler for at ulempen ved ikke å inkludere eiendom på listen over tillatte formål i alle tilfelle er så vidt liten at den kan neglisjeres. Fordelen ved å utelate eiendom på listen er at man får en klar regel som stenger for at fremtidige kommunale driftstilskudd belånes for å investere i eiendom.

Videre er bestemmelsen formulert slik at en barnehages oppkjøp av andre barnehager nå vil måtte finansieres ved andre midler enn lån. Dette kan sies å hindre en naturlig konsolidering av bransjen. På den annen side er bransjen allerede så vidt konsolidert at bekymringen på myndighetssiden trolig bør ligge i motsatt retning.<sup>41</sup> Store aktører gir forhandlingsmakt overfor kommunen og staten. Det kan føre til press for å øke tilskuddsnivået. Videre vil risikoen for at kommunen ikke kan oppfylle sin lovpålagte leveringsforpliktelse øke dersom aktørene blir for store. Leveringsproblemer hos en stor aktør vil da kunne påvirke det offentlige forsyningsevne.

Ved ikke å tillate at nye oppkjøp skjer ved lånefinansiering stenger en heller ikke for videre konsolidering, men slike oppkjøp må da i stedet skje med egenkapital. Dersom barnehagen er et aksjeselskap, kan for eksempel eierne av aksjekapitalen ta opp lån på egen bok som skytes inn som egenkapital i selskapet ved et oppkjøp. Det vil si at oppkjøp fremdeles kan være finansiert ved lånt kapital. Risikoen i den juridiske enhet barnehagen drives i, økes imidlertid ikke fordi det ikke er barnehagen som hefter for lånet, men dens eiere. Sett fra det offentlige side og gitt formålet med å finansiere sektoren, er dette derfor en ønsket tilstramming.

I tillegg til det kommunale driftstilskuddet har ordningen med statlig investeringstilskudd vært et virkemiddel for å nå målet om full barnehagedekning. Investeringstilskuddet var et engangstilskudd som ble gitt til nyetablerte barnehageplasser. Tilskuddet tilfalt eier av barnehagevirksomheten. Investeringstilskuddet var ment å bidra til å dekke deler av anleggskostnadene (tomt- og bygge kostnad) ved nybygg, tilbygg eller ombygging og dermed redusere finansieringsbehovet.<sup>42</sup> Slik § 14b er utformet vil barnehagen ikke lenger kunne ta opp lån for å kjøpe tomt som skal benyttes til nye barnehageplasser. Tomten må nå

---

<sup>41</sup> Se BDO (mai 2018) s. 6 flg.

<sup>42</sup> Rundskriv F-2011-1 Investeringstilskudd til nye barnehageplasser.

finansieres av egenkapital. Byggekostnader vil som før kunne finansieres ved at barnehagen opptar lån. Som nevnt yter Husbanken lån til oppføring, tilbygg og utbedring av barnehager.

Første ledd åpner etter en streng fortolkning av ordlyden ikke for at barnehagen kan ha en avtale om kassakreditt med banken. Poenget med en kassakreditt, eller driftskreditt, er å utjevne naturlige svingninger i barnehagens likviditet gjennom året, og en slik konto skal i gjennomsnitt stå i null. Det er derfor et tolknings spørsmål hvorvidt avtale om driftskreditt innebærer «å oppta lån». Det bør presiseres i forarbeidene at første ledd ikke stenger for at barnehagen har avtale om driftskreditt med et *finansforetak*, jamfør forslagetets tredje ledd.

Forslag til ny § 14b annet ledd regulerer størrelsen på barnehagens til enhver tid samlede lån, fordi avdragstiden påvirker hvordan gjeldsbyrden og derved det økonomiske handlerommet utvikler seg over tid. Etter denne bestemmelsen skal barnehagens samlede gjeld avdras med like store årlige avdrag. Videre skal størrelsen på avdragene minst tilsvare den årlige avskrivning på de aktiva som lånet er investert i. Dette bygger på det finansielle ansvarsprinsipp, som innebærer at lån som har finansiert en investering, bør være tilbakebetalt når levetiden på investeringen er over.<sup>43</sup> Hensynet bak en slik bestemmelse er at virksomheten skal være i økonomisk balanse over tid ved at løpende driftskostnader dekkes av løpende driftsinntekter. Avskrivninger er da et uttrykk for løpende driftskostnader (kapitalslitet), som bør dekkes over driften.

Her vil den gjeld som barnehagen har med seg inn før den ble godkjent også inngå i «samlet gjeld». Det som typisk vil være aktuelt er at barnehagen har en tomt som er belånt før den godkjennes. Tomter avskrives imidlertid ikke, slik at §14b annet ledd vil ikke pålegge barnehagen å betale avdrag på tomtelånet. Barnehagens bygninger/lokaler avskrives over 40 år. Utstyr og løst inventar avskrives over 10 år.

Forslag til ny § 14b tredje ledd sier at barnehagen ikke kan stifte gjeld på annen måte enn ved å oppta *lån* i finansforetak. Innholdet i «finansforetak» viser til finansforetaksloven § 1-3 første ledd, som definerer finansforetak til å være bank, kredittforetak, finansieringsforetak, pensjonsforetak og holdingforetak i finanskonsern.

Bestemmelsen setter begrensninger på *arten* av gjeld som kan stiftes til bare å være lån. Med det hindrer man at barnehagen kan legge ut for eksempel ansvarlige lån, egne obligasjonslån eller benytte seg av andre strukturerte finansielle instrumenter.

En kan muligens hevde at dette er en overflødig begrensning gitt begrensningen i første ledd om låneformål, fordi denne type lån sjelden vil være aktuelt for mindre beløp. Å legge begrensning på *arten* av gjeld kan imidlertid være et poeng i seg selv, da dette sikrer en klar og åpen eierstruktur i barnehagen. Eierne av obligasjonslån er anonyme for utsteder, som forholder seg til en såkalt agent som tilrettelegger lånet for seg. I en situasjon hvor en barnehage står i fare for å gå konkurs vil restrukturering av gjeld være tema, og eierne av barnehagens egenkapital vil gå i forhandlinger med barnehagens kreditorer. Dette er i utgangspunktet myndighetene uvedkommende. Men dersom konkurs i barnehagen medfører at kommunen ikke klarer å levere på sin lovfestede forsyningsforpliktelse overfor

---

<sup>43</sup> Se NOU 2016:4 s. 245.

borgerne, kan kommunen måtte velge å gå inn som part i forhandlingene. Det er da en ubetinget fordel å vite hvem man forhandler med, altså hvem som eier barnehagens gjeld. En begrensning på arten av gjeld kan derfor begrunnes med at private barnehager forsyner en lovpålagt velferdstjeneste på vegne av kommunen, hvoretter kommunen har en berettiget interesse i å vite hvem som vil være forhandlingsmotparter i en konkurssituasjon.

Kommuner kan legge ut egne obligasjonslån, og en begrensning på barnehagers adgang til å legge ut obligasjonslån kan derfor virke strengt. Sannsynligheten for konkurs i en barnehage er imidlertid adskillig høyere enn for en kommune, og altså er vekten av ulempen, som kommer til syne i en konkurssituasjon, høyere i barnehagesektoren. I tillegg er vekten av fordelene ved å legge ut obligasjoner adskillig større for kommunene, da de har et større lånebehov og dermed i sum kan oppnå store besparelser ved å låne til lavere rente i obligasjonsmarkedet i stedet for å oppta ordinære lån i banker/Kommunalbanken. Som nevnt vil en barnehages lånebehov være sterkt begrenset dersom forslag til § 14b første ledd om låneformål vedtas.

Videre avgrenses kretsen av mulige kreditorer/långivere til finansforetak. Denne bestemmelsen hindrer at barnehagen, altså det rettssubjekt som mottar kommunale driftstilskudd, kan oppta interne lån fra andre enheter i samme konsernstruktur.

Et motargument mot denne begrensning kan være at dersom barnehagen kan låne billigere internt i konsernet, vil det være unødig sløsing med barnehagens midler å måtte låne i en bank som presumptivt tar høyere marginer.

Fordelen, sett fra myndighetenes side, er at man unngår muligheten for at eierne tar ut driftstilskuddet ved at interne transaksjoner prises ikke lavere, men høyere enn markedspris. I 2016 hadde 1229 private barnehager (av totalt 2398 ordinære barnehager) registrert en eller flere transaksjoner med nærstående i sitt resultatregnskapsskjema.<sup>44</sup> Kontroll av om interne transaksjoner skjer til markedspris er ressurskrevende for kommunene og dessuten vanskelig å sanksjonere fordi «markedspris» er et skjønnsmessig begrep. Reguleringen bør derfor i størst mulig grad tilstrebe å tette muligheter for interne transaksjoner. Beløpene som barnehagen eventuelt taper på å måtte låne i et finansforetak i stedet for internt, er heller ikke betydelige gitt at låneformålet begrenses i henhold til forslagens første ledd. Videre kan det argumenteres med at det aldri var intendert å være på finansforvaltningen at private barnehager skulle opptjene et «rimelig årsresultat». Kilden til et rimelig årsresultat som etter § 14a er tillatt å hente ut fra barnehagen, var ment å stamme fra selve driften ved at barnehagen er innovativ og nyskapende og derved mer kostnadseffektiv enn tilsvarende kommunale barnehager. Gjennom god drift skulle private aktører bidra til den politiske målsettingen om kvalitet og mangfold i tilbudet.

I §14b fjerde ledd foreslås rapporteringsplikt på både nye lån og samlet gjeld. Denne kan eventuelt tas inn i forskrift ved at det gis forskriftshjemmel i loven.

---

<sup>44</sup> Se Telemarksforskning (2018) s. 44 følgende. Gjennomsnittlig beløp på den interne transaksjonen var i overkant av 800 000 kr.

Samlet sett vil forslaget til ny § 14b innebære en betydelig innstramming i forhold til hvordan dagens regulering *oppfattes* av aktørene. Det kan imidlertid hevdes, jamfør avsnitt 3.4, at aktørene ikke har en rettslig korrekt forståelse av gjeldende regulering.

Ny §14b vil bidra til at begrensningen i §14a første ledd om at barnehagen bare kan ta ut «et rimelig årsresultat» blir reell. Ved å lukke barnehagen mot eksterne transaksjoner som ikke vedrører driften både i rom og tid, vil eneste kilden til et rimelig årsresultat måtte være god drift. Det vil ikke lenger være mulig å øke årsresultatet gjennom å påføre barnehagen større risiko, for eksempel gjennom lån som plasseres i mer risikable aktiva, jamfør «Terraformelen».

Videre vil reguleringen samsvare bedre med hvordan kommunenes låneopptak er regulert i kommuneloven. Dette gir lovgivningen en god indre sammenheng, fordi finansiering av private barnehager og finansiering av kommuner er utledet av samme formål, nemlig «å trygge det finansielle grunnlaget for de tjenester som kommunene har ansvar for overfor innbyggerne».<sup>45</sup>

Kommunelovutvalgets begrunnelse for å begrense kommunenes økonomiske handlefrihet passer derfor også som begrunnelse for å regulere private barnehagers økonomiske handlefrihet:

«Lovpålagte begrensninger i kommunenes adgang til å foreta bestemte økonomiske disposisjoner er ment å *skape trygghet* for at kommuneøkonomien forvaltes slik at den støtter opp under det kommunale selvstyret og andre *nasjonale hensyn*. Reglene for økonomiforvaltningen kan oppleves som inngripende i det kommunale selvstyret, men utvalgets vurdering er at slike ulemper mer enn oppveies av fordelene med å ha regler som *trygger grunnlaget* for selvstyret og *de oppgavene som kommunen har ansvaret for* [mine uthevninger].»<sup>46</sup>

#### 4.2 Overgangsregler, sanksjoner og mulige tilpasninger fra aktørenes side

Forslaget vil måtte følges av overgangsregler da mange private barnehager i dag har stiftet gjeld som er benyttet til andre formål enn barnehagens drift og videre at det er mange barnehager som har utstedt ansvarlige lån og obligasjonslån. Slike overgangsregler bør trolig ses i sammenheng med andre foreslåtte endringer, og særlig forslaget om at det rettssubjekt som mottar tilskudd etter bhl § 14 ikke skal kunne drive med annen virksomhet enn barnehagedrift. Overgangsregler og mulige konsekvenser for eierne vil måtte utredes. Det ligger imidlertid utenfor rammen av dette oppdraget å gå nærmere inn på mulige overgangsregler.

Videre bør man enten i § 14b eller annet sted i loven angi hvilke sanksjoner som brudd på bestemmelsene i § 14b kan lede til. Herunder vurdere om det er behov for andre reaksjonsmidler enn de eksisterende i bhl §§ 16 og 16a. Sanksjoner bør generelt være avskrekkende (ha en preventiv effekt), være lett å håndheve for kommunen og samtidig være slik at kommunen ikke selv blir rammet av dem. Sistnevnte vil være tilfelle dersom

---

<sup>45</sup> NOU 2016:4 Ny kommunelov s. 213.

<sup>46</sup> Op.cit. s. 114.



iverksettelse av sanksjoner medfører risiko for at kommunen ikke klarer å oppfylle sin lovpålagte plikt til å tilby borgerne barnehageplass.

Avslutningsvis nevnes at dersom forslaget legges ut på høring vil man kunne å se en tilpasning hos aktørene ved at de private barnehager som nå driver i egne lokaler velger å skille ut eierskapet til barnehagens eiendom/lokaler i et eget rettssubjekt (eiendomsselskap), for så å la barnehagen (driftsselskap) leie lokalene fra dette rettssubjektet. Siden eier av eiendomsselskapet og driftsselskap er de(n) samme, vil eier gjennom en høy husleie kunne ta ut deler av driftstilskuddet som er ment å komme barna til gode.

Dette vil være en aktuell problemstilling kun dersom overskuddet uten en slik overpriset internttransaksjon er høyere enn begrensningen som ligger i «rimelig» årsresultat. Dersom overskuddet i barnehagen ikke overstiger et «rimelig» årsresultat, vil det ikke være behov for å sluse ut midler via overprisede internttransaksjoner.

Helheten i den foreslåtte reguleringen tar imidlertid sikte på å redusere muligheten for å skape overskudd via belåning og økt risikotaking. Overskudd må da skapes gjennom god drift. Alt annet likt er det derfor rimelig å anta eiers «behov» for overprisede internttransaksjoner vil bli mindre under en ny regulering.

Men dette hviler selvsagt på en forutsetning om at det rettssubjekt (barnehagen) som mottar tilskudd fortsatt har aktivitet av et visst omfang. Dersom hoveddelen av aktiviteten, i særdeleshet bemanningen<sup>47</sup>, legges i et eksternt rettssubjekt som barnehagen inngår avtale om å kjøpe tjenester fra, vil man fortsatt kunne belåne dette eksterne rettssubjekt med grunnlag i fremtidige kommunale tilskudd. Det bør derfor i reguleringen av det det rettssubjekt som mottar driftstilskudd etter bhl § 14 stilles vilkår om aktivitet. Det ligger imidlertid utenfor rammen av dette oppdrag å gå nærmere inn på dette.

---

<sup>47</sup> I 2016 utgjorde personalkostnader om lag 80 prosent av en barnehages samlede kostnader, se fotnote 11.