



## BORGARTING LAGMANNSRETT

### DOM

---

**Avsagt:** 19.02.2007

**Saksnr.:** 05-183288ASI-BORG/01

**Dommere:**

Lagdommer	Lars Jorkjend
Lagdommer	Vincent Galtung
Ekstraordinær lagdommer	Birgit Jonsgaard Berg

---

Ankende part	Barnehage Gruppen AS	Advokat Nils-Ola Widme
--------------	----------------------	------------------------

Ankemotpart	Staten v/ Forbrukerombudet	Advokat Anne Cathrine Haug
-------------	----------------------------	----------------------------

Saken gjelder gyldigheten av et forelegg om tvangsgebyr, utstedt av Forbrukerombudet, på grunnlag av et vedtak i Markedsrådet om forbud mot kontraktsvilkår.

Barnehage Gruppen AS eier og driver barnehager, for tiden fem stykker i henholdsvis Oslo, Bærum og Fredrikstad. Selskapet ble stiftet rundt år 2000 av Anna Teksdal som også er styreleder og daglig leder.

Teksdal drev også barnehager før Barnehage Gruppen AS ble etablert. Hun og selskapet har i en årrekke hatt som vilkår for barnehageplass at det skulle innbetales et beløp på kr. 15.000 ved tildeling av plass. Etter eventuell avregning i skyldig månedlig oppholdsavgift, skulle beløpet tilbakebetales når barnet slutter i barnehagen. Ordningen fremgikk av vedtektene for den enkelte barnehage

Etter at Forbrukerombudet i 2003 reiste spørsmål om vilkåret var urimelig overfor forbrukerne, reduserte selskapet beløpet til kr. 7.500. For noen av selskapets barnehager lyder den aktuelle vedtektsbestemmelse nå slik:

Depositum som sikkerhet for rettidig innbetaling av oppholdsavgiften på kr. 7.500,- må innbetales til barnehagen etter at de foresatte har mottatt melding om plass i barnehagen. Tildelt plass er ikke å anse som reservert før depositum er mottatt i barnehagen. Depositumet tilbakebetales ved fratredelse av plass, og etter at alle barnehagens krav er oppgjort.

Forbrukerombudet har bedt om at ordningen endres eller opphører, men det er ikke oppnådd enighet med Barnehage Gruppen AS. Ombudet bragte saken inn for Markedsrådet i medhold av markedsføringsloven § 13 femte ledd. Markedsrådet fattet 23. juni 2004 enstemmig slikt vedtak:

1. Med hjemmel i mfl. § 12, jf. § 9 a, forbyr Markedsrådet Barnehage Gruppen AS i næringsvirksomhet å nytte eller tilsikte å nytte vilkår om usikret innbetaling av kr. 7.500,- som betingelse for tildeling av barnehageplass, eller å nytte eller tilsikte å nytte et vilkår med tilsvarende innhold som medfører at forbruker må betale penger på forskudd uten at det stilles sikkerhet for innbetalingen.

2. Med hjemmel i mfl. § 16, jf. § 12, fastsetter Markedsrådet at dersom Barnehage Gruppen AS overtrer eller medvirker til overtredelse av Markedsrådets vedtak, skal Barnehage Gruppen AS betale kr 200.000,- i tvangsgebyr.

Barnehage Gruppen opprettholdt kravet om innbetaling i sine vedtekter. I medhold av markedsføringsloven § 16 annet ledd utferdiget Forbrukerombudet 20. april 2005 et forelegg på kr. 200.000, overensstemmende med Markedsrådets vedtak.

Forelegget ble ikke vedtatt, og i samsvar med markedsføringsloven § 16 fjerde ledd, reiste Forbrukerombudet søksmål ved Oslo tingrett mot selskapet for å få fastslått plikten til å betale tvangsgebyret.

Tingretten avsa 28. oktober 2005 dom med slik domsslutning:

1. Innen 2 – to – uker fra dommens forkynnelse betaler Barnehage Gruppen AS tvangsgebyr til staten med 200 000 – tohundretusen – kroner med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall til betaling skjer for overtredelse av Markedsrådets vedtak av 23. juni 2004.
2. Innen 2 – to – uker fra dommens forkynnelse betaler Barnehage Gruppen AS saksomkostninger til staten v/Forbrukerombudet med 28 000 – tjuåttetusen – kroner med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall til betaling skjer.

Tingretten la til grunn at domstolene har begrenset adgang til å overprøve Markedsrådets vedtak etter markedsføringsloven § 9a, idet vurderingen av om et avtalevilkår er urimelig og om allmenne hensyn tilsier at vilkåret forbyr, ble ansett overlatt til forvaltningens frie skjønn. For tingretten var tvangsgebyrets størrelse ikke angrepet.

BarnehageGruppen AS har i rett tid anket dommen.

Ankeforhandling er holdt 2. februar 2007. Bevisførselen fremgår av rettsboken.

Barnehage Gruppen AS har i korthet anført:

Det er nå enighet mellom partene om at domstolene kan prøve Markedsrådets vedtak fullt ut., med unntak av spørsmålet om allmenne hensyn tilsier forbud.

Barnehage Gruppen AS har behov for ordningen med en engangsinnbetaling ved tildeling av barnehageplass.

Private barnehager utgjør ca halvparten av barnehage tilbudet i landet. I motsetning til kommunale barnehager, har disse ikke kommunekassene som driftskapital. De er for øvrig underlagt økonomisk detaljstyring fra det offentlige.

Barnehage Gruppens barnehager drives i leide lokaler. Særlig i Oslo og Akershus er leiekostnadene betydelige, og private barnehager her har et spesielt likviditetsbehov.

For at et avtalevilkår skal være urimelig etter markedsføringsloven § 9a, må urimeligheten ramme forbrukerne som gruppe, og det må være en ubalanse i avtaleforholdet. EUs rådsdirektiv av 5. april 1993 om urimelige vilkår i forbrukeravtale art. 3 stiller krav om "betydelig skjevhet" for at et vilkår er urimelig. Kravet er lempeligere etter markedsføringsloven, men det kreves likevel en kvalifisert ubalanse.

At det er et etterspørselsoverskudd etter barnehageplasser har betydning i flere retninger. Det er relevant for spørsmålet om det foreligger allmenne hensyn, men må ikke tillegges

for stor vekt ved rimelighetsvurderingen. Offentlig regulering av markedet skal i første rekke skje gjennom konkurranseloven. Den store etterspørselen innebærer også en lavere risiko for at private barnehager skal gå konkurs og de innbetalte beløp gå tapt.

Depositum som sådan er lovlig. Det brukes i en standardavtale som er fremforhandlet mellom Forbrukerombudet og Private Barnehagers Landsforbund. At Barnehage Gruppens vilkår avviker fra standardavtalen, er i seg selv ikke urimelig. Standardavtalen er ikke i utbredt bruk. Andre private barnehager har ordninger tilsvarende Barnehage Gruppens, særlig i Oslo og Akershus.

Usikret depositum brukes ved leie av bil, hotellrom m.v.

Finansiering av barnehager har vært gjenstand for inngående politisk behandling uten at det er stilt opp noe lov- eller forskriftsforbud mot denne måten å skaffe likviditet på.

Kassakreditt eller annen lånefinansiering er ikke tilgjengelig for Barnehage Gruppen som verken har høy egenkapital, høy inntjening eller fast eiendom.

Risikoen er den samme ved andelsbarnehager og der det stilles krav om kjøp av aksje. Andels- eller aksjeeieren har visse rettigheter, men påvirkningsmulighetene er likevel begrenset.

Beløpet på kr. 7.500 er ikke spesielt høyt. Det avkreves bare for første barn der søsken innmeldes i samme barnehage. Det er ingen som har klaget over ordningen, utover det ene medieoppslaget som førte til at Forbrukerombudet tok opp saken.

Innbetalingene gjør det mulig for barnehagene å være fleksible med hensyn til forsinket betaling av oppholdsavgiften. Til tross for markedssituasjonen vil en hardhendt håndheving av vedtektsbestemmelsene om oppsigelse og utestengning ved manglende betaling, medføre perioder med tomme plasser og tap for barnehagen i tillegg til problemet for barn og familier.

I perioder overstiger samlede utestående oppholdsavgifter det totale innbetalte forskudd. Selv om næringsdrivende må ta risiko, er det legitimt å søke å redusere risikoen.

Foreldrenes risiko er beskjedent. Den gjelder et beskjedent beløp. Mange foreldre er i en situasjon der de kan motregne i beløpet om nødvendig. Selv om Barnehage Gruppen har hatt usikker økonomi, har ingen hittil tapt pengene. Risikoen er redusert som følge av ny offentlig finansiering av barnehager.

Vilkåret er klart utformet og presentert for forbrukerne. Om det betegnes depositum, forskudd eller innskudd er likegyldig. Det er ikke noen uklarhet som har betydning for om avtalevilkåret er rimelig eller ikke. Vedtektene er godkjent av de respektive kommuner.

Subsidiært hevdes det at tvangsgebyret er satt for høyt. Formålet med tvangsgebyr er å gi et incitament til å etterleve Markedsrådets forbud. Barnehage Gruppen har ønsket en dom i saken, og et lavere gebyr ville ikke gjort noen forskjell. Betaling av gebyr vil uansett måtte veltes over på selskapets kunder.

Barnehage Gruppen AS har nedlagt slik påstand:

1. Barnehage Gruppen AS frifinnes.
2. Barnehage Gruppen AS tilkjennes saksomkostninger for tingrett og lagmannsrett med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall til betaling skjer.

Staten v/Forbrukerombudet har i korthet anført:

Kriteriet "urimelige overfor forbrukerne" i markedsføringsloven § 9a er en rettslig standard som skal anvendes i lys av tidspunkt og konkrete forhold, som for eksempel markedssituasjonen. Det aksepteres at domstolene kan prøve også den skjønsmessige side ved om avtalevilkår er urimelige overfor forbrukerne. Ved prøvingen skal forholdene på tiden for Markedsrådets vedtak legges til grunn. Markedsrådets begrunnelse er ikke avgjørende. Opplysningene om at foreldre betaler depositum for bare ett barn og at andre barnehager praktiserer tilsvarende ordninger er nye og udokumenterte og må settes ut av betraktning.

Hvorvidt kravet om depositum er rimelig, må vurderes i forhold til en gjennomsnittlig barnehagekunde. En gjennomsnittlig kunde betaler rettidig. Konkurranseloven sikter på forholdene mellom næringsdrivende og er uten betydning for om et avtalevilkår er urimelig etter markedsføringsloven § 9a.

Paragraf 9a annet ledd bestemmer at det skal legges vekt på balanse og klarhet. Av forarbeidene fremgår det at det også er et moment om avtalevilkåret er fastsatt av den ene part alene eller er et resultat av forhandlinger.

Det skaper uklarhet når vedtektene betegner innbetalingen som depositum. Beløpet holdes ikke skilt fra selskapets øvrige midler, det er ikke sikret ved konkurs, Barnehage Gruppen har en ensidig motregningsrett, og det godskrives ingen rente. Det er også misvisende når vedtektene angir at beløpet er "sikkerhet for rettidig innbetaling av oppholdavgiften", idet beløpene går inn i driften på linje med oppholdavgiften.

Vilkåret er ubalansert. Det gir Barnehage Gruppen sikkerhet for opptil seks måneders oppholdsavgift. Foreldrene har på sin side ingen sikkerhet for beløpet hvis selskapet går konkurs. Barnehage Gruppen har en sterk posisjon som følge av etterspørselen etter barnehageplasser, og beløpet er relativt høyt.

Barnehage Gruppen har ikke noe særskilt behov for denne innbetalingen. Den representerer et alminnelig likviditetstilskudd. Selskapet må skaffe seg likviditet på ordinært vis, ikke velte dette over på forbrukerne.

Tap på fordringer er neppe noe stort problem for Barnehage Gruppen. Problemet med enkelte dårligere betalere kan ikke gi grunnlag for denne type vilkår.

Vilkåret er i strid med prinsippet om ytelse mot ytelse som er nedfelt i flere lover og i Markedsrådets praksis for å verne forbrukerne. Vilkåret er ensidig fastsatt av Barnehage Gruppen, og det avviker fra den standardavtale Private Barnehagers Landsforbund anbefaler.

Ser man avtalen - barnehagenes vedtekter - som helhet, blir det ytterligere ubalanse. Vedtektene har bestemmelser om forskuddsbetaling av oppholdsavgift, utestengning ved manglende betaling samt oppsigelsesfrister og betaling i oppsigelsestiden som alle går i barnehagenes favør med hensyn til sikkerhet for betalingen. Dette gjør Barnehage Gruppens tapsrisiko liten. Selskapet må som andre næringsdrivende kunne gjøre bruk av inkasso ved mislighold.

I motsetning til foreldre som har skutt inn en andel i en andelsbarnehage, har Barnehage Gruppens kunder ingen innflytelse på barnehagens økonomi og hva de innbetalte pengene brukes til.

Det er ikke grunnlag for å redusere tvangsgebyret. Domstolene bør være varsomme med å fravike Markedsrådets fastsettelse. Tvangsgebyret gir neppe Barnehage Gruppen grunnlag for å øke oppholdsavgiften.

Staten v/Forbrukerombudet har nedlagt slik påstand:

1. Tingrettens dom stadfestes.
2. Staten v/Forbrukerombudet tilkjennes saksomkostninger for lagmannsretten med tillegg av renter etter lov om renter ved forsinket betaling fra forfall og til betaling skjer.

Lagmannsrettens syn på saken:

Markedsføringsloven § 9a lyder:

Vilkår som nyttes eller tilsiktes nyttet i næringsvirksomhet overfor forbrukere kan forbys når de finnes urimelige overfor forbrukerne, og det finnes at forbud tilsies av allmenne hensyn.

Ved rimelighetsvurderingen skal det legges vekt på hensynet til balanse mellom partenes rettigheter og plikter og på hensynet til klarhet i kontraktsforhold.

Av § 12 første ledd annet punktum fremgår det at det er Markedsrådet som kan vedta slike forbud.

§ 16 har regler om tvangsgebyr. Første ledd bestemmer blant annet at det i vedtak mot urimelige avtalevilkår skal fastsettes et tvangsgebyr som den vedtaket retter seg mot, skal betale dersom vedkommende overtrer vedtaket. Dersom vedtaket overtres, følger det av annet ledd at Forbrukerombudet skal utferdige et forelegg om tvangsgebyr. Hvis forelegget ikke vedtas, skal Forbrukerombudet etter fjerde ledd reise søksmål for å få fastslått plikten til å betale tvangsgebyret.

I § 16 fjerde ledd tredje punktum heter det at "Foruten å prøve lovligheten av forelegget kan domstolen innenfor rammen av partenes påstander prøve de skjønsmessige sider ved utmålingen av tvangsgebyret".

Den prosedyre loven gir anvisning på for å fastsette tvangsgebyr, for å utferdige forelegg og for å bringe saken inn for retten, er fulgt i saken her.

Barnehage Gruppens angrep på forelegget bygger på at Markedsrådets vedtak er ugyldig. Tingretten kom som nevnt innledningsvis til at domstolenes adgang til å prøve Markedsrådets vedtak var begrenset. Etter tingrettens dom har Høyesterett behandlet dette spørsmålet og kommet til at domstolene fullt ut kan prøve om det avtalevilkåret Markedsrådet har forbudt, er urimelig. Høyesteretts dom er inntatt i Rt. 2006 s. 1348, og lagmannsretten viser særlig til avsnittene 35-41. I den saken hadde den næringsdrivende gått til sak mot Staten v/Barne- og familiedepartementet for å få kjent Markedsrådets vedtak ugyldig.

I vår sak er det ikke Markedsrådets vedtak som direkte er bragt inn for domstolene, men derimot forelegget som er utferdiget av Forbrukerombudet. Lagmannsretten finner det likevel klart at ved avgjørelsen av om forelegget er lovlig, kan lagmannsretten prøve gyldigheten av det underliggende vedtak i Markedsrådet i samme utstrekning som domstolene kunne prøvet vedtaket om det var blitt bragt inn ved direkte saksanlegg.

Ordningen med at Forbrukerombudet skal reise søksmål om ikke vedtatte forelegg, er ment som en rettssikkerhetsgaranti. Bakgrunnen er at tvangsgebyr er en inngripende sanksjon og at det er en tilnærmet automatikk i at Markedsrådets forbud mot avtalevilkår følges opp med forelegg hvis forbudet ikke etterleves.

Etter lagmannsrettens syn vil det uthule rettssikkerhetsaspektet ved ordningen dersom domstolenes prøvingsadgang ved søksmål anlagt av Forbrukerombudet var mer begrenset enn hvor den næringsdrivende selv har gått til sak om Markedsrådets vedtak.

Som nevnt deler partene lagmannsrettens syn at retten kan prøve alle sider ved spørsmålet om avtalevilkåret er urimelig og ved spørsmålet om tvangsbotens størrelse.

Partene er enige om at vedtektene i Barnehage Gruppens barnehage Glassverket Barnehage er representative for vedtekter og kontraktsvilkår som er relevante for saken - som gjelder hele selskapets barnehagevirksomhet. Vedtektssitatet på side 2 foran er hentet fra Glassverket Barnehages vedtekter, og det er disse lagmannsretten bygger på i det følgende.

Vedtektene betegner den aktuelle innbetalingen som "depositum" og det angis at formålet er å gi sikkerhet for betaling av oppholdsavgift. Lagmannsretten finner det godtgjort at innbetalingene har og har hatt en slik funksjon og slik at dette gir Barnehage Gruppen en mulighet til å ikke sette i verk misligholdsbeføyelser ved forsinket betaling av oppholdsavgiften. Lagmannsretten finner det imidlertid også godtgjort at de innbetalte beløp har representert et alminnelig likviditetstilskudd til selskapet og vært benyttet som ordinære driftsmidler.

Hva som er innbetalt av hvem til enhver tid, fremgår av selskapets regnskaper. Innbetalingene er ikke øremerket spesielle formål eller den enkelte barnehage, og de holdes ikke atskilt fra de øvrige midler. Det beregnes ikke rente av de enkelte innbetalinger, og de er ikke sikret mot selskapets kreditorer.

Som det fremgår av § 9a annet ledd, skal det ved rimelighetsvurderingen blant annet legges vekt på hensynet til klarhet i kontraktsforhold. I dette ligger først og fremst at et avtalevilkår lettere vil være urimelig hvis det ikke fremgår tydelig for forbrukeren hva det innebærer, enn hvis dette er klart.

Etter lagmannsretten oppfatning er avtalevilkåret uklart, idet vedtektsbestemmelsen gir inntrykk av at sikkerhet for betaling av oppholdsavgiften er innbetalingens eneste funksjon. Lagmannsretten legger imidlertid mindre vekt på denne uklarheten, av to grunner. For det første medfører knappheten på barnehageplasser at forbrukerne trolig vil akseptere vilkåret også om det fremgår klarere hva det innebærer. For det andre er det den underliggende realitet og balansen i avtaleforholdet som blir viktigst i rimelighetsvurderingen.

De aktuelle vedtektene har bestemmelser om oppholdsavgift og oppsigelse, der det blant annet bestemmes at oppholdsavgift skal betales forskuddsvis innen den 20. i hver måned og at betalingsplikten påløper for ubenyttet plass. Uteblitt betaling etter purring gir barnehagen rett til å si opp plassen med 14 dagers varsel, og ved ordinær



oppsigelse/avslutning etter 1. april, må det betales oppholdsavgift ut barnehageåret - dvs. til 31. juli. Formålet med disse bestemmelsene er å sikre at barnehagene får uavbrutte inntekter fra oppholdsavgifter i hele driftsåret.

At foreldre i tillegg pålegges å betale et beløp som sikkerhet for eventuell forsinket betaling, gir etter lagmannsrettens mening Barnehage Gruppen en meget høy sikkerhet for selskapets krav på foreldrebetaling. Foreldrenes krav på tilbakebetaling når avtaleforholdet opphører er til sammenligning en usikret pengefordring mot Barnehage Gruppen AS. Etter lagmannsrettens oppfatning innebærer dette en ubalanse med hensyn til partens rettigheter og plikter.

Som et resultat av Forbrukerombudets engasjement i spørsmålet, har ombudet forhandlet frem en standardavtale med Private Barnehagers Landsforbund som har 750 medlemmer, herunder Barnehage Gruppen AS. I standardavtalen opereres det med et depositum tilsvarende én måneds foreldrebetaling. Depositumet skal holdes adskilt fra barnehagens øvrige driftsmidler, og renter som overstiger  $\frac{1}{4}$  rettsgebyr tilfaller foresatte. Forbundets medlemmer er ikke forpliktet til å bruke standardavtalen, og den er iallfall ikke foreløpig i utbredt bruk. Slik lagmannsretten ser det, illustrerer den likevel at balanseforholdet i Barnehage Gruppens vedtekter er skjevt hva angår sikkerhet for betaling.

Barnehage Gruppen har fremholdt at innbetalingene gjør det mulig for barnehagene å praktisere de øvrige reglene om forsinket foreldrebetaling på en lempelig måte. Dels kan foreldre med betalingsproblemer gis en viss henstand, dels slipper Barnehage Gruppen utgifter og tap knyttet til oppsigelse, inkasso og inntak av nye barn. Det første kan etter lagmannsrettens mening ikke forsvare en så høy, usikret innbetaling fra samtlige foreldre. Det andre viser at innbetalingene benyttes som et alminnelig likviditetstilskudd, noe som kan sammenlignes med en usikret kreditt. Dette har en klar økonomisk verdi for Barnehage Gruppen, og den er vederlagsfri.

Lagmannsretten er ikke uten forståelse for sammenligningen med innskudd i barnehager som er organisert som andelslag eller har krav om aksjekjøp i foreldredrevne barnehager organisert som aksjeselskap. Også slike innbetalinger skal tilbakebetales, men går inn i barnehagenes alminnelige økonomi og er ikke sikret mot deres kreditorer. I slike tilfeller har imidlertid andels- eller aksjeeierne innsyn og innflytelse som Barnehage Gruppens kunder ikke har, og de innbetalte beløp disponeres ikke av noe overordnet eierselskap.

Etter en samlet vurdering er lagmannsretten kommet til at vedtektsvilkåret er urimelig overfor forbrukerne og at Markedsrådets vedtak, punkt 1, er gyldig. Som beskrevet ovenfor, følger det direkte av markedsføringsloven at når det nedlegges forbud i medhold av § 9a, skal det samtidig fastsettes et tvangsgebyr

Ifølge lovens § 16 fjerde ledd tredje punktum kan lagmannsretten fritt prøve utmålingen av tvangsgebyret innenfor rammen av partenes påstander. For lagmannsretten har Barnehage Gruppen subsidiært påstått gebyret nedsatt.

At den som har fått et vedtak i Markedsrådet mot seg, ikke vil rette seg etter vedtaket uansett gebyrets størrelse, kan ikke være noe argument for et lavt gebyr. Derimot finner lagmannsretten at visse konkrete forhold tilsier at gebyret i dette tilfellet utmåles lavere enn det Markedsrådet har gjort. Det dreier seg om et kontraktsvilkår som har vært praktisert gjennom lengre tid uten innvendinger og som er nedfelt i vedtekter godkjent av kommunene. Saken antas å ha betydning også for andre aktører enn Barnehage Gruppen AS og selskapets kunder.

Lagmannsretten finner derfor at tvangsgebyret bør settes til 100.000 kroner.

Anken har etter dette ført delvis frem, og saken er i lagmannsretten dels vunnet, dels tapt. Hver av partene bør bære sine omkostninger for lagmannsretten, idet det ikke er grunnlag for å gjøre unntak fra hovedregelen i tvistemålsloven § 180 annet ledd, jf. § 174 første ledd.

For tingretten var som nevnt foran gebyrets størrelse ikke angrepet, slik at saken der må anses fullstendig tapt for Barnehage Gruppen AS. Spørsmålet om saksomkostninger for tingretten blir dermed å vurdere etter tvistemålsloven § 172. Saken har reist prinsipielle og uavklarte rettsspørsmål, og lagmannsretten finner at saksomkostninger ikke bør tilkjennes, jf. § 172 annet ledd første alternativ.

Dommen er enstemmig.

## D o m s s l u t n i n g :

1. Innen 2 – to – uker fra denne doms forkynnelse betaler Barnehage Gruppen AS tvangsgebyr til staten med 100 000 – etthundretusen – kroner med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall til betaling skjer for overtredelse av Markedsrådets vedtak av 23. juni 2004.
2. Partene bærer hver sine omkostninger for tingretten og lagmannsretten.

Lars Jorkjend

Vincent Galtung

Birgit Jonsgaard Berg

Bekreftes for  
førstelagmannen:



Stine Hansen