

Møtereferat – klientmøte i barnehagesøksmålet – Teams-møte 3. mars 2023

1. Innledning

Til stede fra KS Advokatene: Advokat Øyvind Renslo, advokat Anette Olsen, advokat Johan Nyrerød Spiten, og spesialrådgiver Christian Weiseth Monsbakken.

Advokat Øyvind Renslo ønsket på vegne av KS Advokatene velkommen til møte.

Agenda for møte:

- i) Oversikt over utført så langt
- ii) Enkelte foreløpige materielle vurderinger – hovedtrekk
- iii) Nærmere status for de ulike prosessene, herunder det KS Advokatene har omtalt som «hovedsaken»/«det første søksmålskompleks» for Oslo tingrett
- iv) Vår videre bistand fremover
- v) Annet

2. Oversikt over utført arbeid så langt - hovedtrekk

Advokat Øyvind Renslo redegjorde kort for utført arbeid så langt;

- Kort gjennomgang av søksmålet for Oslo tingrett (første søksmålskompleks/hovedsaken) og stevninger for de ulike verneting hvor vi representerer 61 kommuner (andre søksmålskompleks)
- Inngivelse av tilsvarende for 61 kommuner
- Inngivelse av prosesskriv og vurderinger rundt spørsmålet om stansing - påstand om stansing til fire måneder etter tingretten i Oslo har avsagt avgjørelse. Bakgrunnen er behovet for å få bedre oversikt over sakskomplekset – både de faktiske og de rettslige spørsmålene. Dette for å kunne ivareta våre klienters interesser, herunder få et bedre grunnlag for å vurdere spørsmålet om videre stansing når dom fra Oslo tingrett foreligger.
- For to kommuner som ikke har kommunale barnehager har vi nedlagt påstand om avvisning
- Uttakelse av prosessvarsel mot staten – hensikten er å avbryte evt foreldelse for eventuelt regresskrav mot staten
- Dialog mot prosessfullmektigene for Oslo tingrett – to møter med regjeringsadvokat, herunder ett møte med øvrige prosessfullmektiger for kommunene for Oslo tingrett + telefonsamtaler med kommuneadvokat i Oslo
- Samtaler og Teams-møter med mange kommuner med tanke på gjennomgang av faktum, men vi har ikke rekket over alle

- To klientmøter på Teams hvor alle klienter er invitert
- Christian Monsbakken har hatt dialog med kunnskapsdepartementet og også kommunene som er saksøkt for Oslo tingrett i forbindelse med innsamling av dokumentasjon
- Enkelte foreløpige vurderinger av materielle spørsmål, herunder gjennomgang av relevant faktum
- Øvrig korrespondanse og interne møter

3. Foreløpige vurderinger fra KS Advokatene av enkelte materielle spørsmål

Hensett til at vi har definert at «hovedsaken» går for Oslo tingrett, og den nedlagte påstand om stansing til etter at Oslo tingrett har behandlet saken, så har KS Advokatene ikke gjort grundige vurderinger av de materielle spørsmålene som saken reiser. Vi har likevel gjort enkelte foreløpige vurderinger;

Hovedspørsmålet:

Hovedspørsmålet i saken er, slik vi ser det, om forskriften er gyldig.

Etter KS Advokatenes gjennomgang og foreløpige vurderinger, har vi ikke avdekket grunnlag som tilsier at forskriften ikke er gyldig.

På den andre siden:

- Det er lite rettspraksis om hvilken skjønnsmargin departementet har ved fastsettelse av forskrifter.
- Vi vet ikke hvilke vurderinger og utredninger departementet har gjort i forkant av fastsettelsen av forskriften.
- Vi kjenner heller ikke til hvilken dokumentasjon som eventuelt kan bli fremlagt på avviket mellom tilskudd og faktiske kostnader som kommunene har til sine barnehager. Det foreligger ulike utredninger som trekker i ulike retninger, hvor enkelte utredninger tilsier markant avvik.

Det antas derfor – basert på ovennevnte – at det foreligger en viss prosessrisiko, men vi har ikke grunnlag for å fastslå nærmere risiko.

Andre spørsmål:

KS Advokatene redegjorde for to grunnlag som etter en foreløpig vurdering kan påberopes som grunnlag for frifinnelse for kommunen, selv om forskriften skulle bli kjent ugyldig:

- Det kan anføres at en ugyldig forskrift ikke nødvendigvis medfører at kommunens vedtak er ulovlig - kommunens vedtak kan være lovlig etter loven. Dersom kommunen gjennom sine tilskudd økonomisk har behandlet kommunale og private barnehager likeverdig – så kan det

anføres at kommunene har oppfylt kravet i barnehageloven § 19, og det er da sannsynligvis ikke grunnlag for krav, jf. også forvaltningsloven § 41.

Hvorvidt kommunene vil få medhold i en slik anførsel, beror på en nærmere rettslig og faktisk vurdering. Det beror blant annet på hvilke faktorer som kan vektlegges i en likeverdighetsbetraktning etter loven, og en nærmere gjennomgang av faktum i den enkelte kommune. Det er en omfattende jobb å innhente slik dokumentasjon, blant annet fordi kapitalkostnader og administrasjonskostnader ikke direkte fremgår av kommunens regnskaper.

- Det kan videre anføres at kommunene ikke har hatt noe grunnlag for å anta at forskriften ikke var gyldig, og slik foreligger unnskyldelig rettsvillfarelse. Utgangspunktet er imidlertid at rettsvillfarelse ikke fritar for ansvar.

Begge disse anførselene vil kreve nærmere utredninger, og dersom det blir behov vil vi gjøre nærmere vurderinger.

4. Kort om de ulike prosessene

Søksmålet for Oslo tingrett

Det er foreløpig ikke klart hvordan saken for Oslo tingrett blir gjennomført.

Regjeringsadvokaten har signalisert at statens foreløpige vurderinger er at staten ønsker å «skjære til saken» slik at Oslo tingrett kun behandler spørsmålet om forskriftens gyldighet (og at krav mot kommunene derfor ikke behandles).

Til grunn for disse foreløpige vurderinger fra staten lå strategiske vurderinger og prosessøkonomiske vurderinger.

Advokat Renslo redegjorde for at saksøkerne sannsynlig vil motsette seg at sakene for så vidt gjelder krav mot kommunene for Oslo tingrett stanses.

Advokat Renslo forklarte videre at KS Advokatene er opptatt av at kommunesektoren gjør sine egne selvstendige vurderinger av hvilken prosess som kommunene er tjent med.

KS Advokatene vil i den forbindelse spille inn til prosessfullmektigene for kommunene for Oslo tingrett blant annet følgende spørsmål for nærmere vurdering:

- Hvorvidt vil det styrke statens argumentasjon om at forskriften er gyldig også ved å belyse hvordan forskriften slår ut i enkelte kommuner, og på hvilken måte kan slik dokumentasjon eventuelt mest hensiktsmessig skje? For eksempel gjennom at ikke nødvendigvis alle sakene for kommunene for Oslo tingrett stanses, eller eksempler fra andre kommuner fremlegges gjennom bevisføring?
- Vil det kunne ha en negativ virkning i forhold til kommuners eventuelle senere anførsler om grunnlag for frifinnelse dersom saken for Oslo tingrett og videre ankebehandling kun omhandler spørsmålet om forskriftens gyldighet - for eksempel hvilke rettslige faktorer som kan vektlegges i en likeverdighetsvurdering etter barnehageloven § 19?

- Vil det herunder være av betydning at kommunene ikke venter for lenge med å komme i gang med innsamling av dokumentasjon og argumentasjon knyttet til kapitalkostnader og administrasjonskostnader som ikke kan leses direkte ut av kommunens regnskaper. I tillegg til øvrige kostnader til drift av egne barnehager som kan være relevant i anførsler om frifinnelse for kommunene, hvis forskriften skulle bli kjent ugyldig.

Søksmålet for de øvrige verneting

Trøndelag tingrett har besluttet å stanse saken frem til Oslo tingrett har behandlet saken, med tillegg av fire måneder.

Vi avventer kjennelse fra andre tingretter om dette spørsmålet.

5. Partshjelp KS

Advokat Renslo redegjorde for foreløpige vurderinger av spørsmålet. Det kan bli aktuelt med partshjelp også for det tilfelle hvor sak for Oslo tingrett eventuelt kun omhandler spørsmålet om forskriftens gyldighet.

Dette krever nærmere vurderinger internt i KS, og også en nærmere dialog med prosessfullmektigene for Oslo tingrett.

6. Bistand fremover

Advokat Renslo redegjorde for følgende foreløpige oppfølgingspunkter videre:

- Følge opp kjennelse fra retten knyttet til spørsmål om stansings periodens lengde.
- Nærmere dialog med prosessfullmektigene for Oslo tingrett med tanke på gjennomføringen av sak for Oslo tingrett med den hensikt å ivareta kommunesektorens perspektiver og interesser.
- Gi nærmere informasjon om hvordan saken for Oslo tingrett gjennomføres når det er avklart.
- Vi vil lage et kort notat som oppsummerer status i saken med tanke på at kommunene kan bruke dette for å orientere overordnede i administrasjonen og folkevalgte organer.
- Vurdere hvilke øvrige oppfølgingspunkter som er hensiktsmessig for å ivareta våre klienters interesser.

7. Annet

Det sendes ut faktura for utført arbeid i disse dager.

Advokat Renslo minnet om anbefalingen om å melde krav til kommunens forsikringssselskap.