



Vår referanse: 23/01191-41

Dato: 31.03.2023

**ANKE**

**TIL**

**AGDER LAGMANNSRETT**

Sak nr.: 22-190239TVI-TAGD/TKRI

Ankende part 1: Kristiansand kommune v/ordføreren  
Postboks 4, 4685 Nodeland

Ankende part 2: Arendal kommune v/ordføreren  
Postboks 123, 4891 Grimstad

Ankende part 3: Vennesla kommune v/ordføreren  
Postboks 25, 4701 Vennesla

Ankende part 4: Farsund kommune v/ordføreren  
Postboks 100, 4552 Farsund

Ankende part 5: Lindesnes kommune v/ordføreren  
Nordre Heddeland 26, 4534 Marnardal

Ankende part 6: Grimstad kommune v/ordføreren  
Postboks 123, 4891 Grimstad

Ankende part 7: Lillesand kommune v/ordføreren  
Postboks 23, 4791 Lillesand

Ankende part 8: Birkenes kommune v/ordføreren  
Postboks 115, 4795 Birkeland

Prosessfullmektig: Advokat Øyvind Renslo  
KS Advokatene  
Postboks 1378 Vika  
0114 Oslo

Prosessfullmektig: Advokat Anette Olsen  
KS Advokatene  
Postboks 1378 Vika  
0114 Oslo

Ankemotpart 1: Lindtjønn FUS Barnehage AS  
Louises vei 92, 4633 Kristiansand S

Ankemotpart 2: Vågsbygd FUS Barnehage AS  
Hundebakke 6, 4622 Kristiansand S

Ankemotpart 3: Espira Vedderheia AS  
Helganesvegen 47, 4262 Avaldsnes

Ankemotpart 4: Espira Dvergsnes AS  
Helganesvegen 47, 4262 Avaldsnes

Ankemotpart 5: Alvehetta FUS Barnehage AS  
NideM\sen 60, 4824 Bjorbekk

Ankemotpart 6: Vippra FUS Barnehage AS  
Nedre Fagerhei 19, 4823 Nedenes

Ankemotpart 7: Espira Myraskogen AS  
Helganesvegen 47, 4262 Avaldsnes

Ankemotpart 8: Djupmyra FUS Barnehage AS  
Skarpengland, 4715 Øvrebø

Ankemotpart 9: Espira VarbakArcenAS  
Helganesvegen 47, 4262 Avaldsnes

Ankemotpart 10: Espira Vanse AS  
Helganesvegen 47, 4262 Avaldsnes

Ankemotpart 11: Norlandia Barnehagene AS  
Munkedamsveien 35, 0250 Oslo

Ankemotpart 12: Espira Lindesnes AS  
Helganesvegen 47, 4262 Avaldsnes

Ankemotpart 13: Valle gård barnehager AS  
Valleveien 8, 4513 Mandal

Ankemotpart 14: Espira Holbekk Idrettsbarnehage AS  
Helganesvegen 47, 4262 Avaldsnes

Ankemotpart 15: Møglestu FUS Barnehage AS  
Møglestumoen 4, 4790 Lillesand

Ankemotpart 16: Birkenes FUS Barnehage AS  
Stoppedelsmyra 2, 4760 Birkeland

Ankemotpart 17: Espira Husebyparken AS  
Helganesvegen 47, 4262 Avaldsnes

Ankemotpart 18: Espira Sangereidåsen AS  
Helganesvegen 47, 4262 Avaldsnes

Ankemotpart 19: Espira Holum AS  
Helganesvegen 47, 4262 Avaldsnes

Ankemotpart 20: Espira Sånum AS  
Helganesvegen 47, 4262 Avaldsnes

Ankemotpart 21: Espira Årkjær AS  
Helganesvegen 47, 4262 Avaldsnes

Prosessfullmektig: Advokat Morten Steenstrup  
SANDS Advokatfirma DA  
Postboks 1829 Vika, 0123 Oslo

Prosessfullmektig: Advokat Nils-Henrik Pettersson  
Advokatfirmaet Glittertind  
Postboks 1383 Vika, 0114 Oslo

Rettslig medhjelper: Advokatfullmektig Saida Begum  
SANDS Advokatfirma DA  
Postboks 1829 Vika, 0123 Oslo

Rettslig medhjelper: Advokat Therese Kristiansen  
Advokatfirmaet Glittertind  
Postboks 1383 Vika, 0114 Oslo

Saken gjelder: Krav om at vedtak om tilskudd til private barnehager for 2020, 2021 og 2022, samt Forskrift om tildeling av tilskudd til private barnehager kjennes ugyldig

\*\*\*\*\*

## 1 Innledning

Saken gjelder spørsmålet om varigheten av stansing av sak i medhold av tvisteloven § 16-18 andre ledd i påvente av behandling av en annen sak. Denne side har bedt om at saken stanses til avgjørelse foreligger fra Oslo tingrett med tillegg av fire måneder. Saksøkerne har bedt om at saken stanses til rettskraftig dom foreligger.

Agder tingrett traff 9. mars 2023 slik kjennelse:

«Sak 22-190239TVI—AGD/TKRI stanses til det foreligger rettskraftig dom i sak 22185937TVI-TOSLO/07 for Oslo tingrett i søksmål mot staten v/Kunnskapsdepartementet om gyldigheten av forskrift om tilskudd til private barnehager.»

På vegne av de åtte Agder-kommunene (heretter bare «kommunene» eller «ankende parter») ankes kjennelsen. Anken gjelder saksbehandlingen og rettsanvendelsen, samt tingrettens skjønnsutøvelse, jf. tvisteloven § 29-3 første ledd og andre ledd.

Kjennelsen ble forkynt 10. mars 2023, og anken er inngitt i tide.

## 2 Sakens bakgrunn

Det er redegjort nærmere for sakens bakgrunn i tilsvaret av 30. januar 2023 med utdyping av saksøktes anførsler til stansingsspørsmålet i prosesskriv av 23. februar 2023. Undertegnede representerer 61 kommuner i det som i tilsvaret er omtalt som det «andre søksmålskomplekset», fordelt på 11 verneting, hvorav 8 av disse er Agder-kommunene. Det som i tilsvaret er omtalt som «det første søksmålskomplekset» omfatter søksmålet mot staten og fire utvalgte kommuner for Oslo tingrett.

Saksøkerne har nedlagt påstand om at kommunenes tilskuddsvedtak til saksøkerne i tidsrommet 2020 – 2022 er ugyldige, og det er krevd fastsettelsesdom for erstatning. De saksøkte kommunene har nedlagt påstand om frifinnelse da de mener tilskuddsvedtakene er gyldige, at de private barnehagene er behandlet likeverdige i tråd med barnehageloven § 19, og at det ikke er grunnlag for erstatning.

Som redegjort for i prosesskriv, er det fortsatt ikke avklart hvordan sak for Oslo tingrett blir gjennomført. Bakgrunnen for at kommunene har akseptert stansing av saken frem til Oslo tingrett har behandlet saken, er at det vil gi bedre oversikt over sakskomplekset, herunder hvilke parter som saken for Oslo tingrett vil omfatte, og hvilke rettslige og faktiske spørsmål som der vil bli behandlet. Dette også for å få et bedre grunnlag for å kunne sammenligne, blant annet med faktum i egne kommuner og for å vurdere hvor sammenlignbare sakene for Oslo tingrett er for krav mot egen kommune. Det vil her også være forskjeller i faktum mellom kommunene, som kan ha betydning for rettsstillingen. For eksempel vil alder på kommunale barnehagebygg variere, noe som påvirker kapitalkostnadene. Tilsvarende vil det være

forskjeller på administrasjonskostnader. På samme måte er det også ulikheter i hvordan private barnehager drives, mv.

Da partene er uenige om lengden av stansingsperioden, så har Agder tingrett, på samme måte som andre tingretter der vi er prosessfullmektig, truffet kjennelse om stansing etter tvisteloven § 16-18 andre ledd.

#### *Kort om materielle spørsmål*

Hvorvidt det er grunnlag for stansing frem til rettskraftig dom foreligger i Oslo tingrett, beror på en vurdering av vilkårene i § 16-18 andre ledd. Dersom vilkårene er oppfylt, må retten dernest vurdere hvorvidt den skal benytte sin skjønnsmessige kompetanse til stansing. Det vil i den vurderingen være relevant å vurdere hvilken betydning sak for Oslo tingrett mot staten knyttet til forskriftens gyldighet har for de krav som er fremmet mot kommunen.

På bakgrunn av vår nærmere gjennomgang av saken, også etter inngitt minimumstilsvar, fremstår det klart at saksøkerne bare vil få medhold i sitt krav mot kommunene dersom en rekke faktiske og rettslige vilkår er oppfylt. Denne vurderingen vil omfatte langt flere faktiske og rettslige vurderinger enn vurderingen knyttet til spørsmålet om forskriftens gyldighet, og slik om departementet har hatt hjemmel i barnehageloven til å gi forskriften.

Saksøkerne har således selv i stevningens punkt 9 for Oslo tingrett, hvor samme anførsler gjøres gjeldende for Agder tingrett, anført at kommunenes vedtak er ugyldige, selv om forskriften er gyldig. Det innebærer at saksøkerne vil kunne fortsette sine rettslige prosesser mot kommuner, selv om det rettskraftig blir fastslått at forskriften er gyldig. Dette fordi saksøkerne anfører at kommunen uansett etter barnehageloven § 19 andre ledd, første punktum ikke har behandlet kommunale og private barnehager likeverdig.

Dersom saksøkerne skal få medhold i sitt krav mot kommunene, må videre kommunenes vedtak være ugyldige. I tillegg må kommunene være forpliktet til å treffe nytt vedtak. Det må videre, for de årene søksmålet omfatter, være nærmere avklart med hvilket innhold i det nye vedtakene som kommunene plikter å treffe. Dette vil bero på en rekke faktiske og rettslige vurderinger, og andre vurderinger enn om departementet har hjemmel i lov for å gi forskriften.

Denne side har anført at kommunens vedtak ikke vil være ugyldig, selv om forskriften er ugyldig, dersom kommunen gjennom utmåling og utbetaling av tilskuddene likevel behandler kommunale og private barnehager likeverdig etter barnehageloven § 19, andre ledd, første punktum. Det vises herunder også til forvaltningsloven § 41 hvoretter en ugyldig forskrift heller ikke automatisk innebærer at kommunens vedtak er ugyldig. Endelig er det slik, som nevnt, at domstolens vurdering av om forskriften er helt eller delvis ugyldig, ikke vil være lik hvilket vedtak – med et gitt innhold - som kommunen plikter å treffe. Det vil som nevnt kunne bero på andre vurderinger enn hva som knytter seg til forskriftens hjemmelsspørsmål.

Da saksøkerne har krevd fastsettelsesdom for erstatning, må videre vilkårene for å kreve erstatning være oppfylt. Når det gjelder erstatningskravet, så må det måtte vurderes med grunnlag i skadeerstatningsloven § 2-1 med videre, som igjen reiser egne rettslige og faktiske spørsmål.

Denne side har ansett det som prosessøkonomisk å avvente videre saksbehandling for de verneeting hvor vi bistår kommuner til det blir nærmere avklart hvilke faktiske og rettslige spørsmål som blir behandlet for

Oslo tingrett. Dette vil også gi et bedre grunnlag for å vurdere vilkårene for stansing, herunder eventuelt også avtalt stansing. Kommunen kan slik etter dom fra Oslo tingrett foreligge også velge å akseptere videre stansing, jf. nedenfor.

### 3 Ankegrunnene

#### 3.1 Tingrettens rettsanvendelse er feil

Kommunen mener for det første at tingretten har forstått og anvendt tvisteloven § 16-18 andre ledd feil, jf. tvisteloven § 29-3 første ledd. Bestemmelsen gir hjemmel til å stanse saken «dersom tungtveiende grunner ellers taler for det». Det beror på en samlet helhetsvurdering. Vilåret er strengt, slik det blant annet fremgår av HR-2021-151-U. Det anføres at retten ikke har lagt et tilstrekkelig strengt kriterium til grunn for kjennelsen om stansing.

Kommunene bestrider at vilkårene er oppfylt for å stanse saken helt frem til rettskraftig avgjørelse i Oslo-saken. Det vises først til at prosessopplegget for Oslo tingrett ikke er avklart. Det er for eksempel ikke avklart om saken vil omfatte også krav mot kommuner, eller kun avgrenses til et spørsmål om forskriftens gyldighet. Det er også all grunn til å tro at partene i saken for Oslo tingrett ikke vil slå seg til ro med tingrettens avgjørelse, og at denne derfor vil bli anket. I en tilsvarende kompleks sak tok det over to år fra tingrettens dom 21. august 2021 (TOSLO-2018-18950) før Høyesteretts ankeutvalg 26. november 2021 besluttet at anke over lagmannsrettens dom ikke ble tillatt fremmet (HR-2021-2325-U). Kommunene antar at en ankebehandling av Oslo-saken vil ta minst like lang tid. Dersom en anke fra en av partene blir sluppet inn for Høyesterett, vil det ta enda lengre tid.

Det er feil rettsanvendelse når tingretten synes å forutsette at kommunene - når dom fra Oslo tingrett foreligge - ikke kan prøve om rettslige og faktiske vilkår for å fremme krav mot kommuner er oppfylt, jf. punkt 2 ovenfor. Dette selv om saken om forskriftens gyldighet mot staten ikke er rettskraftig avgjort. Det vises, i tillegg til kravet om «tungtveiende grunner», til at det etter samme bestemmelse skal legges vekt på hensynet til «hurtig behandling» av tvister. Kommuner har av mange grunner behov for å få avklart egen rettsstilling, herunder om faktiske og rettslige vilkår for å fremme pengekrav mot kommunene er oppfylt, uavhengig av de prosesser som pågår mot staten knyttet til avklaring av hjemmelsspørsmålet for forskriften.

Det vises videre til at vi representerer 61 kommuner i tilsvarende saker. Det vil således – når dom fra Oslo tingrett foreligge - kunne være aktuelt å prøve faktiske og rettslige spørsmål for kommuner for et verneting, eventuelt også be om forening av saker etter domstolsloven § 38. Det kan herunder for slik prøving også være aktuelt at andre kommuner som er saksøkt for eksempel trer inn som partshjelp etter tvisteloven § 15-7. På den måten kan prosessøkonomiske hensyn også ivaretas, samtidig som kommuner som er saksøkt gis anledning til å få avklart faktiske og rettslige vilkår for å fremme pengekrav mot kommunen. Dersom sak for Oslo tingrett gjennomføres med kommuner som parter, vil en prosess kunne omfatte kommuner med et annet faktum enn hva som er tilfellet for de kommuner som saksøkerne har brakt inn for Oslo tingrett, og en slik prosess vil derfor samlet kunne bidra til nyttige rettsavklaringer.

Dersom saken for Agder tingrett stanses helt frem til rettskraftig avgjørelse i sak for Oslo tingrett foreligge, vil kommunene i over tre år være avskåret fra å foreta seg prosesshandlinger i en sak som er av stor betydning, jf. tvisteloven § 16-15 første ledd. Agder tingrett vil, dersom stansingskjennelsen blir

stående, i utgangspunktet også være avskåret fra å bringe saken i gang før rettskraftig dom foreligger, jf. tvisteloven § 16-18 fjerde ledd.

Ankemotpartene har, slik denne side forstår det, også krevd forsinkelsesrenter for sine erstatningskrav. Det er ikke mulig for kommunene å deponere erstatningsbeløpet, både av rettslige og praktiske grunner. Tvil om en fordrings eksistens er ikke deponeringsgrunn etter deponeringsloven.

Kommunene vil i stansingsperioden heller ikke kunne kreve rettsmegling.

Samlet er det etter kommunenes syn klart at det på dette tidspunktet ikke er tungtveiende grunner til å stanse vår sak helt frem til rettskraftig avgjørelse i sak for Oslo tingrett. Tingretten har derfor anvendt tvisteloven § 16-18 andre ledd uriktig, jf. tvisteloven § 29-3 første ledd.

### 3.2 Tingrettens kjennelse er uforvarlig, tvisteloven § 29-3 andre ledd

Kommunene mener også, uavhengig av de rettslige vilkår for stansing, at det er klart urimelig å ikke begrense stansingsperioden, jf. tvisteloven § 29-3 andre ledd.

Kommunene vil, når dom fra Oslo tingrett foreligger, gjøre en nærmere vurdering av hvorvidt de samtykker til videre stansing. Kommunen er heller ikke søksmålsvarslet etter tvistelovens regler. Dersom partene da ikke er enige om videre stansing, vil tingretten måtte avgjøre stansingsspørsmålet etter skriftlig behandling, slik den nå har gjort. Det er *kun* at man unngår ny behandling av stansingsspørsmålet når avgjørelse fra Oslo tingrett foreligger, som da er den prosessøkonomiske gevinsten av å stanse helt frem til rettskraftig avgjørelse, sammenlignet med kommunenes påstand. Denne besparelse må da avveies mot kommunens grunner for å begrense stansingsperioden. Denne side vil her også vise til de generelle formål tvisteloven skal fremme, jf. tvisteloven § 1-1 første og andre ledd. Det siktes her særlig til hensynet til tillitsskapende behandling, og partene skal få argumentere for sin sak. Den svært begrensede prosessøkonomiske fordel ved å nå stanse saken til rettskraftig dom foreligger, gjør tingrettens kjennelse, slik denne side ser det, også klart urimelig.

Det vises også til at tingretten vil ha et langt bedre grunnlag for vurdering av stansingsspørsmålet når dom fra Oslo tingrett foreligger. Også dette momenter taler for at stansing nå frem til at rettskraftig dom er klart urimelig.

Endelig vises til at kommunen ved stansing også fratras mulighet for prosesshandlinger, slik som for eksempel begjære partshjelp, be om rettsmegling mv.

Det foreligger nå **seks** kjennelser som begrenser stansing til dom i Oslo tingrett foreligger i det vesentlig i samsvar med vår påstand.

**Bilag 1: Trøndelag tingrett – Kjennelse om stansing av 2023-02-13**

**Bilag 2: Romerike og Glåmdal tingrett - Kjennelse om stansing av 2023-03-09**

**Bilag 3: Follo og Nordre Østfold tingrett – Kjennelse om stansing av 2023-03-13**

**Bilag 4: Søndre Østfold tingrett - Kjennelse om stansing av 2023-03-20**

**Bilag 5: Helgeland tingrett - Kjennelse om stansing av 2023-03-17**

## Bilag 6: Vestre Innlandet tingrett av 2023-03-23

Hensynet til en lik behandling av kommunene i samme situasjon tilsier at stansingsperioden bør være harmonisert mellom tingrettene. Det vil ellers bero på tilfeldigheter hvordan like saker behandles for det ordinære domstolene, noe som etter kommunenes syn er uheldig.

Samlet mener kommunene at tingrettens kjennelse er klart urimelig, jf. tvisteloven § 29-3 andre ledd.

### 3.3 Feil i tingrettens saksbehandling

Kommunene gjør subsidiært gjeldende at tingrettens kjennelse lider av saksbehandlingsfeil i form av mangelfull begrunnelse.

Tingretten har i kjennelsen ikke redegjort nærmere for hvordan vilkåret «tungtveiende grunner» skal forstås. Retten har som en del av sin skjønnsmessige kompetanse heller ikke vurdert hvorvidt retten vil ha bedre grunnlag for å vurdere spørsmålet om videre stansing når dom fra Oslo tingrett foreligger.

Det vises videre til at tingretten uttaler at den samlet sett finner det *mest hensiktsmessig* av hensyn til kostnadseffektiv behandling av saken å stanse den til det foreligger rettskraftig dom i Oslo tingretts sak. Hva som er mest hensiktsmessig er ikke riktig vurderingstema. Riktig vurderingstema er om «tungtveiende grunner ellers taler for det» og i vurderingen av om slike tungtveiende grunner foreligger, skal det legges vekt på behovet for en hurtig, forsvarlig og kostnadseffektiv behandling. Tingrettens omtale av hva den har vurdert mest hensiktsmessig, gir inntrykk av at den har anvendt et annet og mildere vilkår enn «tungtveiende grunner».

Det vises videre til at tingretten uttaler at den «kan ikke se at det er sterke hensyn *som taler imot* en slik stansing» (vår kursivering). Loven angir at rettens vurdering skal gjelde de tungtveiende grunner som taler for stansing, ikke motsatt. Vurderingstemaet refererer seg til at vilkåret for stansing etter § 16-18 andre ledd skal tolkes strengt. Ved å snu vurderingen etterlater tingretten et inntrykk av å ha senket terskelen for stansing etter dette alternativet.

Det vises ytterligere til at retten ikke gjør en avveining av de anførte tungtveiende grunner som taler for stansing frem til rettskraftig avgjørelse i Oslo tingretts sak, mot de anførte grunner som sett fra kommunenes ståsted taler imot stansing av slik varighet, i lys av hva som vil være en hurtig, forsvarlig og kostnadseffektiv behandling. Disse grunnene er redegjort for over i punkt 3.1 og punkt 3.2. Det vises herunder til den svært begrensede prosessøkonomiske gevinst det har å allerede nå stanse saken til rettskraftig dom fremfor å gjøre en ny vurdering av stansingsspørsmålet når dom for Oslo tingrett foreligger. Hertil kommer at partene når dom fra Oslo tingrett foreligger også kan velge å avtale videre stansing.

Endelig er det manglende samsvar mellom premissene under rettens vurdering og slutningen. Premissene omtaler konsekvent Oslo tingretts sak i sin helhet, det vil si mot staten og de fire kommunene. Det gir inntrykk av at stansing av vår sak er vurdert i forhold til rettskraftig avgjørelse i hele første søksmålskompleks, med samtlige krav overfor samtlige saksøkte for Oslo tingrett, og ikke avgrenset til søksmålet mot staten. Slutningen lyder likevel på stansing i relasjon til rettskraftig avgjørelse i søksmålet mot staten. Dette er en tvetydighet ved rettens kjennelse som etterlater en usikkerhet om rettens vurdering, som ikke kan rettes.



Saksbehandlingsfeilen må vurderes etter tvisteloven § 29-21 første ledd, se for eksempel LB-2021-35704. Det er nærliggende at den mangelfulle begrunnelsen kan ha hatt betydning for den avgjørelse som er anket, jf. tvisteloven § 29-21 første ledd. Kommunene legger derfor ned subsidiær påstand om opphevelse.

#### 4 Sakskostnader

Kommunene krever dekket kroner 16 000,- i sakskostnader i forbindelse med ankesaken, jf. tvisteloven § 20-8 andre ledd. Det er påløpt åtte timers arbeid til en timepris på kroner 2 000,-.

#### 5 Påstand

På vegne av Kristiansand, Arendal, Vennesla, Farsund, Lindesnes, Grimstad, Lillesand og Birkenes kommuner legges det ned slik

### PÅSTAND

#### *Prinsipalt*

1. Sak 22-190239TVI-TAGD/TKRI stanses til fire måneder etter at Oslo tingrett har avsagt avgjørelse i søksmål mot staten om gyldigheten av forskrift om tilskudd til private barnehager (FOR-2015-10-09-1166).

#### *Subsidiært*

2. Agder tingretts kjennelse 9. mars 2023 i sak 22-190239TVI-TAGD/TKRI oppheves.

#### *I begge tilfeller*

3. Ankende parter tilkjennes sakskostnader.

\*\*\*\*\*

Dette prosesskrivet er lastet opp og signert elektronisk i Aktørportalen.

Oslo, 31.03.2023

Øyvind Renslo  
advokat  
[oyvind.renslo@ks.no](mailto:oyvind.renslo@ks.no)

Anette Olsen  
advokat  
[anette.olsen@ks.no](mailto:anette.olsen@ks.no)