



Vår referanse: 23/01191-50

Dato: 26.04.2023

## PROSESSKRIV

### TIL

### AGDER LAGMANNSRETT

Sak nr.: **23-059389 ASK-ALAG**

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

Det vises til anketilsvar av 18. april 2023. Tilsvaret foranlediger enkelte bemerkninger fra denne side.

## 2. Rettsanvendelse – vilkårene for stansing etter § 16-18, 2. ledd

Vi forstår anketilsvaret slik at også ankemotpartene legger til grunn at spørsmålet om varigheten av stansing skal vurderes på grunnlag av saken mot staten om forskriftens gyldighet. Det er foreløpig ikke avklart om Oslo tingrett vil behandle saken samlet (kumulasjon) slik den er anlagt. Staten og kommunene har motsatt seg forening. Oslo kommune har også bedt om oppdeling av saken, slik at gyldigheten av forskriften behandles først. Vi er kjent med at Oslo tingrett i planmøte den 19. april satte frist for saksøkerne til 1. juni med å begrunne og redegjøre nærmere for sine anførsler knyttet til forening av sakene mot de saksøkte og til å kommentere spørsmålet om oppdeling av behandlingene. Statens og kommunenes etterfølgende svarfrist er 22. juni.

Ankemotpartene anfører på s. 8, 2. avsnitt, følgende som begrunnelse for at herværende sak må stanses frem til forskriftens gyldighet er rettskraftig avgjort:

*«Utfallet i herværende sak vil derfor langt på vei styres av utfallet i deler av en annen sak...»*

Til det bemerkes at utfallet av søksmålet mot staten og spørsmålet om forskriftens gyldighet *kan* ha betydning for kommunenes rettsstilling også i sak for Agder tingrett, men om og i hvor stor grad, beror på utfallet av saken og premissene. Dersom forskriften kjennes helt eller delvis ugyldig, vil en rettskraftig dom mot staten ikke nødvendigvis gi nærmere avklaring på om kommunens vedtak er ugyldig og det nærmere innholdet i et nytt kommunalt vedtak, og slik hvilke pengekrav de private barnehagene har mot kommunene. Dette avhenger dels også av andre rettslige spørsmål og av faktum i den enkelte kommune, jf. nedenfor under punkt I. Det er videre slik at ankemotpartene har varslet at de rettslige prosesser mot kommunene vil fortsette, selv om en rettskraftig dom kommer til at forskriften er gyldig. Det innebærer at disse søksmålskompleksene vil kunne versere for domstolene i mange år fremover også etter at det eventuelt er rettskraftig avgjort at forskriften er gyldig. Dette kommenteres nærmere under punkt II og III. Begge disse forholdene har etter denne sides oppfatning betydning for hvilken vekt som blant annet skal legges på prosessøkonomiske hensyn i vurdering av lengden av stansingsspørsmålet, jf. også nedenfor.

I) Betydningen av en rettskraftig dom om at forskriften er ugyldig

Det er i stevningen for Oslo tingrett fra og med punkt 5.2 anført følgende faktiske grunnlag for at forskriften er ugyldig:

- i) Etter forskriften § 3, jf. § 10 er det kommunenes regnskaper for to år tilbake i tid som skal legges til grunn for å beregne tilskudd basert på driftstilskudd. Det anføres at dette ikke medfører likeverdig behandling av kommunale og private barnehager.
- ii) Det anføres videre at fastsatt pensjonspåslag i forskriftens § 4 er for lavt sammenholdt med kravet til likeverdig behandling.
- iii) Det samme anføres knyttet til det sjablongmessige administrasjonspåslaget i forskriftens § 5.
- iv) Endelig anføres også at fastsatt sjablong for kapitalkostnader i forskriftens § 6 er fastsatt for lavt til å oppfylle kravet til likeverdig behandling.

Det antas at et sentralt spørsmål for å vurdere forskriftens gyldighet vil være hvilket rimelig og adekvat skjønnsrom staten har etter barnehageloven § 19, andre ledd andre setning til å definere hva som er likeverdig behandling. Hvorvidt kommunens vedtak er ugyldige, og hvilke forpliktelser kommunen i så tilfelle har til å treffe et nytt vedtak med et nærmere angitt innhold, vil bero på en samlet vurdering av hvilke kostnader kommunen har til egne barnehager, og om tilskuddet til de private barnehagene etter en samlet vurdering oppfyller kravet til likeverdig behandling i barnehageloven § 19, andre ledd, første setning. Det innebærer at vurderingen av forskriftens gyldighet i stor grad vil være ulik vurderingen av om kommunens vedtak er ugyldige og hvilket nytt vedtak kommunen plikter å treffe. Det skal nedenfor gis to eksempler.

Dersom domstolen for eksempel kommer til at forskriften er ugyldig som følge av at kommunens regnskaper for to år tilbake i tid ikke kan legges til grunn, så vil faktum i den enkelte kommune likevel kunne være slik at de private barnehagene i sum samlet får likeverdige tilskudd som de kommunale barnehagene etter barnehageloven § 19, 2. ledd, 2. ledd setning. Det er da ikke grunnlag for å fremme krav mot kommuner i det kommunens tilskudd er likeverdige med hva egne barnehager mottar.

Dersom forskriften kjennes ugyldig fordi tilskuddene til private barnehager basert på kapitalkostnadene ikke samsvarer med nasjonale tall for hvilke kostnader kommuner har, så vil den enkelte kommune, likevel kunne oppfylle kravet til likeverdig behandling. Dette fordi kommunens kapitalkostnader til egne barnehager avviker fra nasjonale tall.

- ii) De rettslige prosessene mot kommunene vil kunne fortsette selv om en rettskraftig dom kommer til at forskriften er gyldig

Ankemotpartene har både i stevningen til Oslo tingrett (kap. 9) og i anketilsvaret på s. 6, nest siste avsnitt fremholdt å ha krav mot kommuner, selv om forskriften er gyldig. Det er i stevningen omhandlet som et spørsmål om gyldigheten av kommunens vedtak, se således stevningens innholdsregister på s. 7. Det anføres som subsidiært grunnlag at selv om forskriften er gyldig, så må tingrettene ta stilling til de enkelte vedtak i lys av lovens likeverdighetsregel. Dette er i anketilsvaret omtalt som et spørsmål om erstatning. Det sentrale for kommunene er ikke hvilken rettslig konstruksjon som velges, men hvorvidt kommunene plikter å betale større tilskuddsbeløp til de private barnehagene. Stevningen omfatter krav mot kommunen fra årene 2020 og fremover. Dersom rettskraftig dom om forskriftens gyldighet skulle bli avgjort i Høyesterett om 3-4 år fra i dag, så vil saken mot kommunene omfatte pengekrav for en periode på ca. 7 år. Dersom de rettslige prosesser deretter fortsetter mot kommunene med eventuelle anker, vil

sakene kunne gjelde utestående pengekrav i over 10 år uten at det er rettskraftig avgjort hvilke krav de private barnehagene eventuelt har mot kommunene.

- iii) Det å stanse saken nå frem til rettskraftig avgjørelse foreligger om forskriftens gyldighet har en rekke negative konsekvenser for kommuner

Dersom saken nå stanses inntil rettskraftig avgjørelse foreligger, vil det som nevnt ta svært mange år før den rettslige stillingen mellom kommuner og de private barnehagene blir avklart og dertil tilhørende rentekrav.

Hele søksmålskomplekset omfatter over 100 kommuner fordelt på 22 verneting. Alle kommuner som har private barnehager vil imidlertid bli berørt, og slik berøres langt flere enn de 100 kommuner. Det er lite ønskelig at kommuner skal ha uavklarte krav «hengende» over seg i svært mange år, med risiko for tilsvarende økende rentekrav, uten å få prøvd de spesifikke faktiske og rettslige vilkår som må være oppfylt for at kommuner skal være forpliktet til å treffe nye vedtak og med hvilket innhold.

Dersom saken nå stanses frem til rettskraftig avgjørelse, taper de ankende parter også muligheten for å få avklart relevante rettslige og faktiske anførsler for å kunne vurdere sin egen innretning i forhold til forannevnte. Det vises herunder til at saksøkerne både i stevningen for Oslo tingrett og i stevningen til Agder tingrett i liten grad har redegjort for sammenhengen mellom forskriftens gyldighet og gyldigheten av de enkelte tilskuddsvedtak. Når det gjelder grunnlaget for og utmåling av fremsatt erstatningskrav, fremstår dette ubegrunnet og derved ikke mulig å imøtegå. Denne side vil derfor også kunne ha behov for å kunne fortsette saksforberedelse etter at dom fra Oslo tingrett foreligger for å få avklaringer og kunne vurdere egen rettslig stilling, herunder ta stilling til spørsmålet om videre stansing.

### **3. Nærmere «om hva som vil skje» dersom kommuner ikke samtykker til stansing etter avgjørelse fra Oslo tingrett foreligger**

Det uttales i anketilsvaret på s. 11, siste avsnitt at *«kommunene ... hopper bukk over en helt vesentlig problemstilling: hva som vil skje dersom kommunene etter dom i Oslo tingrett ikke samtykker til videre stansing»*.

Det er dennes sides oppfatning at det ble redegjort for i anken, men det skal her utypes noe nærmere.

Kommunene vil med grunnlag i dom for Oslo tingrett, ta stilling til videre prosess: Enten be om at saken bringes i gang igjen for Agder tingrett, eller akseptere videre avtalt stansing.

Etter en samlet vurdering kan det bli aktuelt å bringe en sak for Agder tingrett i gang igjen etter dom fra Oslo tingrett foreligger, selv om avgjørelsen ikke er rettskraftig. Dette fordi kommunene har behov for rettslig avklaring av hvilken rettsstilling de har i forhold til de krav som er fremmet fra de private barnehagene, herunder avskjære løpende rentekrav. Siden det først er aktuelt å bringe saken i gang igjen etter at dom fra Oslo tingrett foreligger, vil også statens og saksøkerens argumentasjon knyttet til forskriften være kjent, og det foreligger en tingretts vurdering av spørsmålet. Dersom det blir aktuelt å bringe saker i gang, vil denne side som redegjort for i anken og nedenfor også kunne medvirke til å begrense antall saker til det som er nødvendig for å få de ønskelige rettslige avklaringer. Det vil ytterligere redusere det prosessøkonomiske argument for å stanse alle saker mot kommuner til saken mot staten er rettskraftig avgjort.

Det kan i den forbindelse også bli aktuelt å be om overføring av enkelte saker fra andre domstoler til Agder tingrett, eller i fra Agder tingrett til annen domstol dersom det er mest hensiktsmessig, jf. domstolslovens § 38. Dette vil også kunne skje etter nærmere drøftelse og innspill fra ankemotpartene. Denne side har imidlertid nå ikke tilstrekkelig grunnlag for å ta stilling til hvordan sakene best kan gjennomføres, jf. nedenfor.

Hvordan saken(e) best kan gjennomføres – både for å få de ønskelig rettslige avklaringer innenfor rimelig tid, samtidig som det tas prosessøkonomiske hensyn – vil partene og domstolene sannsynligvis ha et bedre grunnlag for å vurdere når dom fra Oslo tingrett foreligger.

Det er – basert på hvordan saken der står i dag - ikke aktuelt å be om forening med saker for Oslo tingrett.

Det er derfor den ankende parts vurdering – hensett til omfanget av dette søksmålet – at både prosessøkonomiske hensyn, hensynet til domstolens rettsavklarende funksjon, og hensynet til kommunens behov for raske avklaringer av de krav som er fremmet, tilsier at saken stanses i henhold til kommunens påstand.

#### **4. Øvrige kommentarer**

Det er i tilsvaret vist til at enkelte andre domstoler har truffet andre kjennelser om stansing enn hva denne side har vist til. Vi har ikke vært involvert i prosesser for disse domstolene, og er ikke kjent med disse. Dersom disse sakene gjelder avtalt stansing etter § 16-17, slik vi har grunn for å anta, så begrenses stansingsperioden uansett til to år, og saken skal deretter heves med mindre den er brakt i gang igjen, eller retten treffer ny kjennelse om stansing. Det vises til Norsk Lovkommentar note 872 og 879. I så tilfellet er resultatet i disse sakene ved avtalt stansing ikke nevneverdig annerledes enn hva ankende part har nedlagt påstand om. Etter det vi er kjent med vil sak for Oslo tingrett tidligst bli berammet høst 2024, og det vil da nær ha gått 1 ½ år fra saken ble anlagt.

Det uttales i anketilsvaret at de kommuner vi representerer ikke har villet ha rettsmegling. Dette er ikke riktig. Det fremgår følgende av tilsvaret til Agder tingrett punkt 1.3 følgende «Saksøkte vil komme tilbake til spørsmålet om rettsmekling er hensiktsmessig, jf. pkt. 1.2».

#### **5. Kort om øvrige anførsler**

For øvrig fastholdes de anførsler som er fremsatt i anken.

Det fastholdes at retten videre kan prøve tingrettens rettsanvendelse. Selv om vilkåret «tungtveiende grunner» også inneholder skjønnsmessige elementer, er det også et rettslig vurderingstema. Dette gjelder herunder hvor strengt begrepet «tungtveiende grunner» skal tolkes. I denne saken har Agder tingrett etter denne sides oppfatning lagt listen for stansing for lavt, også hensett til hvordan sakskomplekset var opplyst/avklart på tidspunktet for avgjørelsen.

Når det gjelder at lagmannsretten – tillegg til en vurdering av tingrettens skjønn etter den terskel som gjelder etter § 29-3 andre ledd - også kan prøve de rettslige vurderingstema og tingrettens saksbehandling, vises også til [NOU 2001:32B side 769](#), Rt-2014-853 og Rt-2015-1100 avs. 11.

#### **6. Saksomkostninger**

Det har medgått 7 nye timer i forbindelse med gjennomgang av anketilsvar og utarbeidelse av nytt prosesskriv. Samlet omkostninger som kreves dekket for lagmannsretten er etter dette kr. 30.000,- basert på timesats på 2000,-. Det er slik samlet medgått 15 timer.

Oslo, 26.04.2023



Øyvind Renso  
advokat  
oyvind.renslo@ks.no



Anette Olsen  
advokat  
anette.olsen@ks.no