

		NOTAT KS Advokatene	
Fra:	Øyvind Renslo og Anette Olsen	Dato:	16.06.2023
Til:	Regjeringsadvokaten, Prosessfullmektigene for kommunene i sak for Oslo tingrett	Dokument nr:	23/01580-39

Barnehagesøksmålet - søksmålet fra selskaper som eier private barnehager mot over hundre kommuner og staten

Dokumentet kan inneholde råd og vurderinger som nevnt i offentlighetsloven § 15 andre ledd og være omfattet av offentlighetsloven § 18

1. Innledning

Vi viser til tidligere kontakt i saken. KS Advokatene bistår som kjent 61 kommuner som prosessfullmektig hvor det er fremmet tilsvarende krav som for stat og kommune i søksmålet for Oslo tingrett. Da sakskomplekset i sin helhet har betydning for alle kommuner som har private barnehager, er den selvsagt også viktig for KS som medlems- og interesseorganisasjon.

Vi har gjennomgått stevning og tilsvaret til Oslo tingrett, samt også de to prosesskrivene fra de private barnehagene til Oslo tingrett av 28. mai 2023. Vi ønsker blant annet på den bakgrunn å fremheve enkelte rettslige og faktiske spørsmål som vi særlig er opptatt av hvordan staten håndterer i sak for Oslo tingrett.

Dette notatet er sendt både til statens prosessfullmektig og til kommunenes prosessfullmektiger for Oslo tingrett. Da staten har ansvaret for å prosedere for forskriftens gyldighet, anser vi staten som hovedadressat for notatet.

For ordens skyld understrekes det at de spørsmål som her tas opp er like relevante uavhengig av hvorvidt sakene for Oslo tingrett forenes eller deles, og hvorvidt saken senere oppdeles.

Barnehageloven § 19 mv binder som kjent både departementet som forskriftsgiver, kommunen som barnehagemyndighet/tilskuddsgiver og de private barnehagene som mottaker av tilskudd. Det er slik tre hovedparter i saken. Stat og kommuner har åpenbart felles interesse i at forskriften står seg, og slik en felles interesse i å samarbeide om forberedelse og gjennomføring av saken. Da stat og kommuner er ulike rettssubjekter med ulike oppgaver, vil det imidlertid naturlig også være slik at staten på sin side vil ha fokus på og behov for å løfte visse sider av saken. Som representanter for kommunesektoren er det selvsagt viktig at også særskilte kommunale interesser fremheves og vektlegges som en del av argumentasjonen for forskriftens gyldighet. Dette vil etter vår oppfatning styrke vår felles sak.

Vi vil anta at Regjeringsadvokaten vil ha et hovedfokus på at departementet har et adekvat og rimelig handlingsrom for å fastsette innholdet i forskriften. Vi er enig i at dette er en god og viktig innfallsvinkel til saken. Hensett til at barnehageloven § 19 og den nasjonale fastsatte forskriften skal gi likeverdig behandling av kommunale og private barnehager, og til at den lokale innretningen av egne barnehager er så ulikartet som den er, sier det nærmest seg selv at en nasjonal forskrift må bli rimelig

grovmasket. I dette notatet er det redegjort for enkelte momenter som vi – mer sett fra et kommunalt ståsted – mener vil styrke statens argumentasjon for at forskriften er gyldig.

Under punkt 2-4 behandles enkelte faktiske sider knyttet til kommunal sektor som vi er særlig opptatt av. Under punkt 5 tar vi opp enkelte spørsmål knyttet til tolkning av lovgrunnlaget.

Vi vil gjerne ha dialog med staten om visse sider av denne saken, herunder om statens anførsler, jf. nedenfor.

2. Nærmere bevisføring om hvordan forskriften virker i kommuner i forhold til kravet om likeverdig behandling av kommunale og private barnehager

Det fremgår av saksøkers prosesskriv av 30. mai 2023 til Oslo tingrett at saksøker vil bruke bevis/innhentet dokumentasjon fra de fire kommunene for Oslo tingrett som bevis også mot staten i relasjon til spørsmålet om forskriftens gyldighet.

Som tidligere fremhevet fra denne side er det all grunn for å tro at de kommunene som er saksøkte for Oslo tingrett ikke er representative for landets kommuner. Vi antar at utvalget av saksøkte kommuner for Oslo tingrett også er gjort ut fra et strategisk valg. Dersom retten aksepterer saksøkernes argumentasjon om at forskriftens gyldighet også må vurderes i sammenheng med kommunenes beregning av driftskostnadene, og at provokasjonene skal belyse de reelle kostnadene i de kommunale barnehagene, er det vår oppfatning at det grunnlaget som provokasjonene vil gi, ikke vil gjenspeile mangfoldet av kommuners barnehagedrift på landsbasis. Større bredde og representativitet i dette faktumgrunnlaget vil ytterligere synliggjøre behovet for bruk av sjablonger.

Vi er derfor opptatt av at bevisføringen for Oslo tingrett gir et bredere grunnlag enn det de fire saksøkte kommunene antas å kunne frembringe.

I statens tilsvar under punkt 4 fremheves det «*så lenge anvendelse av Forskriften kan lede til lovmessige resultater, er det i utgangspunktet vanskelig å se at den som sådan kan være ugyldig*». Vi er usikre på hva som her er statens anførsel. Formuleringen kan forstås slik at staten mener det er kommunens anvendelse av forskriften i det konkrete tilfelle som medfører lovstrid, eventuelt hvorvidt forskriften er ugyldig, må vurderes i tilknytning til det enkelte kommunale vedtak. En konsekvens av et slikt syn vil være at vurderingen av forskriftens gyldighet vil kunne bli ulik i fra kommune til kommune. Vi antar at dette ikke er statens syn. Dersom staten mener at en nasjonal fastsatt forskrift ikke kan være ugyldig som sådan, eller den i noen type situasjoner medfører lik/likeverdig behandling, er vi usikre på den rettslige begrunnelsen for dette. Vi forstår da anførselene slik at forskriften er gyldig også i de kommuner hvor kommunens innretning av egne barnehager er slik at kommunen **ikke** behandler kommunale og private barnehager likeverdig. Dette kan for eksempel gjelde hvor de kommunale barnehager er nybygg, og kapitalkostnadene da er særlig store, og hvor tilskuddsordningene til de private etter de nasjonale satser ikke samsvarer med kommunens faktiske kapitalkostnader til egne bygg. Er det da slik at statens anførsler gjelder uavhengig av hvordan forskriften virker i et flertall eller et snitt av norske kommuner? Vi oppfatter at hovedpoenget fra staten er at makrotall på landsbasis viser at forskriften er gitt innenfor et rimelig og adekvat handlingsrom? Vi er i så tilfelle opptatt av hvilke tall som inngår i beregningen/beregningsgrunnlaget, se her også nedenfor under punkt 3.4.

Vi vil gjerne ha en dialog med staten om denne siden av saken, herunder om statens anførsler.

3. Nærmere om statens finansering av kommunesektoren – en dom i favør av barnehagene vil medføre at kommunesektoren ikke får kompensert sine kostnader

3.1 Innledning

Dersom de private barnehagene får medhold i hele eller deler av sine krav, vil de eventuelle merkostnadene i utgangspunktet bli lagt på kommunene, og ikke på staten. Vi er derfor opptatt av enkelte prinsipielle utgangspunkter og konsekvenser av et tap for kommunene i domstolene. Det er derfor etter vår oppfatning behov for en gjennomgang blant annet av:

- Prinsippene og innholdet i finansieringsordningen mellom stat og kommune i sin alminnelighet (se punkt 3.2 nedenfor), og hvordan denne er innrettet på barnehageområdet knyttet til tilskuddsordningen for private barnehager (se punkt 4 nedenfor).
- Behovet for en tilskuddsordning som er tilpasset kommunale regnskapsprinsipper.
- Belysning av andre kostnader knyttet til drift av kommunale barnehager som private ikke har, og hva som skiller tilskuddsordningen for private barnehager fra andre tjenester i kommunen
- Hvilke konsekvenser et tap vil ha for kommunal økonomi og betydningen for andre tjenester i kommunene.

3.2 Generelt om prinsipper for finansering av kommunesektoren

De prinsipper som ligger til grunn for statens finansering av kommunens kostnader til private barnehager, og kommunens ansvar for kostnader, følger i utgangspunktet de alminnelige prinsipper for all statlig finansering av kommunesektoren. Det innebærer at kommunesektoren skal kompenseres fullt ut for anslåtte merutgifter som følge av nye oppgaver og endringer i regelverk. Det finansielle ansvarsprinsippet ligger videre til grunn. Det følger av det finansielle ansvarsprinsippet at det forvaltningsnivået som er tillagt ansvar og beslutningsmyndighet for en oppgave, her kommunene, også har ansvaret for å finansiere utgiftene til oppgaveløsningen.

Dette innebærer at kommunene med mindre rettslig grunnlag foreligger ikke vil kunne fremme krav mot staten for de kostnader kommunene ved et eventuelt tap blir påført. Hvorvidt det er grunnlag for et regresskrav mot staten behandles ikke nærmere i dette notatet. Hvorvidt staten i ettertid vil velge å kompensere kommunene for ekstra kostnader, vil bero på skjønsmessige statlige avveininger, hvor utfallet og hvilke faktorer som vil bli vektlagt er umulig å forutse på forhånd. Det er derfor kommunene som ved et tap blir sittende igjen med den økonomiske regningen. Vi er derfor opptatt av at det blir tydeliggjort overfor domstolene at det er kommuner, som egne selvstendige rettssubjekter med selvstendig ansvar for egne innbyggere og egne tjenester, som eventuelt vil kunne bli økonomisk skadelidende dersom statens fastsatte forskrift blir kjent ugyldig.

Prinsipper for finansiering av kommunesektoren og det generelle rettslige forholdet mellom stat og kommune er i dag som kjent regulert i kommuneloven. En behandling av disse prinsippene vil derfor fordre en gjennomgang av kommunelovens regler.

3.3 Tilskuddsordningen må tilpasses regelverket for kommunal regnskapsføring

Den økonomiske styringen av kommunene foregår i hovedsak gjennom frie inntekter, gjerne fordelt gjennom inntektssystemet. Siden det er forskjeller på kommunene, både i form av inntekter og utgiftsbehov, kompenseres kommunene for statlige krav på en rekke ulike måter gjennom delkostnadsnøkler. Disse tar utgangspunkt i objektive kriterier, som kommunene ikke selv kan påvirke direkte. Når det foretas endringer i rammebetingelsene for kommunene, i form av nye krav og plikter, medfører det endringer av kommunal finansiering.

I kapittel 14 i kommuneloven er det dels detaljerte regler om kommunenes økonomiforvaltning. Sentralt i begrunnelsen for valg av sjablonger, påslag og nasjonale satser er blant annet ulikhet i regnskapsprinsipper mellom kommunen på den ene siden og private barnehager på den andre. Det er kommunelovens bestemmelser for utarbeidelse av årsregnskap som blant annet er førende for rapportering i KOSTRA etc. Sentralt i kommunelovens § 14-6 er bestemmelsene om brutto regnskapsføring og et skille mellom investerings- og driftsregnskap. Dette har spesielt stor betydning for måten kapitalutgifter fremkommer i kommunens regnskap. Private barnehagers rapporteringskrav er regulert i barnehageloven (med forskrift), der barnehagene pålegges særskilt regnskapsrapportering til Utdanningsdirektoratet.

Videre er det med henvisning til kommunesektorens prinsipper for regnskapsføring også fornuftig å forenkle tilskuddsberegningen i visse andre henseende. Hverken kapitalkostnader eller administrasjonskostnader er direkte identifiserbare knyttet til enkeltsektorer i kommuneregnskapet. Administrasjon er en egen funksjon i KOSTRA, og kapitalbegrepet vil ha ulikt innhold ettersom kommuneregnskapet føres med prinsipp om brutto – mens det er netto investeringskostnader i private barnehager. For å forenkle dette i satsberegningen til private barnehager har man derfor valgt å benytte påslag for pensjon og administrasjon og eget tilskudd for kapital. Alle tre elementene er utformet med utgangspunkt i en rimelig vurdering med tanke på kostnadsnivået i private barnehager. Det at nevnte poster ikke gjenfinnes i kommunale regnskaper etter det generelle regelverket som gjelder, er tilsvarende et argument for bruk av sjablonger.

Vi bistår gjerne med vår kompetanse med å beskrive det kommunale regnskapssystemet, og behovet for sjablonger for å tilpasse tilskuddet med kommunal regnskapsføring.

3.4 Kommuner har kostnader til barnehager som de private ikke i tilsvarende grad har

I den politiske retorikken om barnehageforliket har de private barnehagenes rolle fått mye plass. Det er imidlertid etter vår oppfatning også sentralt å ha fokus på at Stortinget også var opptatt av kommunenes rolle og ansvar for å legge til rette for full barnehagedekning, og at kommuner har særlige kostnader til barnehagedrift som ikke nødvendigvis de private barnehagene har.

Vi er opptatt av å fremheve at kanskje den viktigste endringen i politikken var utvidelsen av rettighetene til barnefamiliene. Det er kommunene som har plikt til å tilby barnehageplass, jf. barnehagelovens § 16.

Kommunen velger selv hvordan rettigheten oppfylles. Her har kommunene valgt ulike modeller, alt fra kun kommunale barnehager, til kun private. Samtidig hadde kommunene begrenset handlingsrom til dette i årene fra barnehageforliket frem til rammefinansiering av sektoren i 2016. Da var det en kommunal plikt å finansiere alle godkjente barnehager i kommunen. Dette var et politisk virkemiddel for å sikre foreldrenes rett til plass.

De første årene var det også gunstige statlige og kommunale ordninger for å etablere barnehager, både gjennom investeringstilskudd, momskompensasjon og billige eller gratis tomter. Husbankfinansiering var også en del av virkemidlene staten stilte til rådighet, frem til 2021. De private barnehagene har slik blitt etablert som konsekvens av en nasjonal politikk, hvor kommunen har hatt begrenset med mulighet til å styre både finansieringen og hvem som yter tilbudet på vegne av kommunene.

Det er behov for å synliggjøre de ekstra kostnader som kommunene har ved å oppfylle plikten til å tilby full barnehagedekning.

Kommuner kan også ha andre kostnader som private barnehager ikke har. Dette kan knytte seg til barn med særskilte utfordringer, utviklingskostnader mv. På den annen side kan private barnehager ha driftsformer, for eksempel kortere åpningstider, som medfører at de private barnehagene ikke tilbyr samme barnehagetjenester som kommuner. Dette er kostnader som også bør konkretiseres og synliggjøres fordi det underbygger behovet for å bruke og valg av sjablonger. Vi er opptatt av hvordan staten synliggjør dette.

Det har i denne sammenhengen også en viss relevans å vise til hvordan finansiering av private barnehager skiller seg fra finansiering av andre kommunale tjenester. Finansieringsformene av private som driver tjenester på vegne av kommunene er hovedsakelig karakterisert som anskaffelse eller tilskudd regulert i forvaltningsloven. Anskaffelse brukes av kommunene i stor grad, blant annet innenfor helsesektoren.

Det som i hovedsak skiller finansiering av private barnehager fra andre områder er at kontraktene i prinsippet er evigvarende, tilskuddet er strengt regulert, det er lagt opp til stor grad av brukervalg, samtidig som det er adgang til å disponere overskudd fritt. Dette kan beskrives som en slags hybridmodell hvor mange av fordelene for private leverandører med de to ulike innretningene er kombinert. Samlet har dette ført til delvis svak mulighet for oppfølging fra kommunene. For eksempel er det ikke særlig anledning til å regulere tilskuddene etter hvilke typer tilbud som gis, og om det kan karakteriseres som likeverdig med kommunens utgangspunkt ved finansiering av private barnehager. Det er heller ikke anledning til å avslutte kontraktene med de private leverandørene om det er ønsket fra kommunens side. Velferdstjenesteutvalget (NOU 2020:13) påpeker i sin utredning, sitat:

«Den relativt høye lønnsomheten i private barnehager kan tilsa at kommunene har utbetalt unødvendig mye i offentlige tilskudd til private barnehager samlet sett, eller mer enn det som har vært nødvendig for å utvikle gode tjenester. Utvalget observerer også at barnehagebygg og eiendommer selges med betydelig fortjeneste, noe som kan tilsa at eierne i tillegg henter ut gevinster via salg av hele eller deler av virksomheten».

Velferdstjenesteutvalget foreslår flest tiltak spesifikt knyttet til barnehage, blant annet med bakgrunn i den analysen.

Vi er opptatt av å få frem at både barnehageloven § 19 og forskriften på denne måten favoriserer private barnehageeiere fremfor andre private tjenesteleverandører, og slik også griper inn i kommunens egne prioriteringsmuligheter.

3.5 Konsekvenser av tap

De økonomiske konsekvensene for kommunesektoren ved tap kan bli betydelige, jf. stevningens vektlegging av Agenda kaupang sin rapport, noe som kan innebære en forventet kostnadsøkning på ca. 10 prosent for kommunene. Dette vil være i størrelsesorden 2 til 2,5 milliarder kroner i årene kommunene er stevnet. Dette baserer seg på nasjonale tall og gjelder om tilskuddet skal økes for alle private barnehager, også de som ikke er en del av søksmålet.

Det vises også til at de de administrative konsekvenser kan bli betydelige. Det å gjøre nye beregninger for tre tilskuddsår vil i seg selv føre til mye saksbehandling i kommunene. Hvor mye som eventuelt må endres i beregningene, og om det må innhentes ny dokumentasjon, takst på bygg etc. er fremdeles uklart. Om bruk av sjablonger, påslag og nasjonale satser skulle være rettsstridig vil dette føre til vesentlig mer administrativt arbeid og påføre mange kommuner økte rapporterings- og dokumentasjonskrav jf. administrasjon og kapital/investeringskostnader i kommuneregnskapene.

En eventuell dom i tråd med saksøkers påstand kan redusere kommunenes økonomiske handlingsrom fremover. Dette bør synliggjøres og konkretiseres. Om saksøkerne vinner frem kan det potensielt føre til flere rettsprosesser knyttet til andre tilskudd og dermed øke de generelle styringskostnadene ved bruk av velferdsleverandører.

4. Stortinget var opptatt av at kommunesektorens kostnader til tilskuddsordningen til de private barnehagene ble finansiert

Vi oppfatter at Stortinget ved behandling av barnehagereformen var opptatt av å lage finansieringsordninger som medførte at kommunens kostnader til de private barnehagene ble finansiert.

Det vises dels til at det ved overgangen til rammefinansiering var forslag om at kommunene skulle utarbeide lokale forskrifter for å oppfylle loven om likeverdig behandling. Dette ville i større grad enn nasjonale forskrifter ivareta det kommunale selvstyret og prinsippene nedfelt i kommuneloven og veileder for statlig styring. Etter intenst press fra de private barnehagene og deres interesseorganisasjoner ble det i stortingsbehandlingen bestemt at regelverket for finansiering skulle bestemmes nasjonalt. Derav forskriften og revisjon av denne over tid. Dette innebar en sterk statlig styring av kommunene. Kommunene har forholdt seg lojalt til Stortingets vedtak om utarbeidelsen av nasjonal forskrift og fulgt denne. Den sterke statlige styringen av kommunene gjennom en detaljert forskrift har i realiteten ført til at lovens krav om kommunal likeverdig behandling ikke eller i liten grad kan tillegges selvstendig vekt som rettssetning ved de konkrete tildelingene. Det betyr også i realiteten at rettskravet til private barnehager på en bestemt finansiering er avhengig av departementets utredninger, skjønn og kompetanse, ikke kommunenes vurdering av loven. I så måte er loven en ren forskriftshjemmel og en absolutt plikt for kommunene til å følge forskriften.

Dersom forskriften for tildeling endres slik at utbetalingen til de private barnehagene blir mindre, så vil tilsvarende kommuner få kutt i sine rammer. For eksempel trekkes alle kommuner i rammefinansieringen når *pensjonspåslaget* ble satt ned i tilskuddet til private barnehager. Det betyr at kommunene, i sum, vil sitte igjen med like mye til barnehagedrift før og etter denne omleggingen.

Dette viser at det er en viss balanse i hvilke krav og føringer staten bestemmer og hvordan kommunale og private barnehager kompenseres for dette.

Dersom domstolene gir de private barnehagene medhold i sitt krav, forrykkes denne balansen, og også Stortingets ønske om finansiering av kommunene for tilskuddsordningen til private barnehager, som etter vår oppfatning, heller ikke vil være i samsvar med reformen.

5. Rettslige prinsipper

Som nevnt er det vår oppfatning at Stortinget ved behandling av barnehagereformen har vært opptatt av at kommunen skal kompenseres for sine kostnader. Det er i seg selv et tolkningsmoment, som bør fremheves og vektlegges. Stortinget har således ikke kun vært opptatt av de private barnehagene.

Vi er videre som nevnt opptatt av at også prinsippene i kommuneloven § 2-1 og § 2-2 kan tillegges vekt som tolkningsmoment. Hensett til kommunens selvstendighet, og forutsetning om finansiering, tilsier det at det må kreves en viss tydelighet i rettslig grunnlag for å pålegge kommunen forpliktelser som ikke er kompensert. Etter vår oppfatning må dette særlig gjelde på et område som i så stor grad er politisk styrt. Finanseringsprinsippet tilsier at kommunene ikke pålegges større kostnader enn hva som kommunene selv blir finansiert for da et større tap for kommunene vil gå på bekostning av andre tjenester som kommunene yter.

6. Oppsummering

Vi hører fra deg om et videre samarbeid.

Med vennlig hilsen

Øyvind Renslo

Advokat

Telefon: 48 01 23 58

E-post: oyvind.renslo@ks.no

Anette Olsen

Advokat

Telefon: 92 86 51 45

E-post: anette.olsen@ks.no

UTKAST