



BORGARTING LAGMANNSRETT

DOM

Avsagt: 31.08.2020

Saksnr.: 20-000199ASD-BORG/02

Dommere:

Lagdommer
Lagmann
Lagdommer

Henrik Westborg Smiseth
Kjersti Buun Nygaard
Fanny Platou Amble

Ankende part	Wilbergjordet Barnehage	Advokat Einar Brunnes
Ankende part	Slangsvold Barnehage	Advokat Einar Brunnes
Ankende part	Fotspor Barnehage AS	Advokat Einar Brunnes
Ankende part	Naturbarna AS	Advokat Einar Brunnes
Ankende part	Glombo Barnehage AS	Advokat Einar Brunnes
Ankende part	Samvirkebarnehagene Sa	Advokat Einar Brunnes
Ankende part	Blomsterøya Barnehage Sa	Advokat Einar Brunnes
Ankende part	Læringsverkstedet Barnehage Avd Doremi Begby	Advokat Einar Brunnes
Ankende part	Benedicte Gundersen AS	Advokat Einar Brunnes
Ankende part	Læringsverkstedet Barnehage Avd Doremi Trosvik	Advokat Einar Brunnes
Ankende part	Noas Park Barnehage AS	Advokat Einar Brunnes
Ankende part	Hjørgunn Gård Barnehage	Advokat Einar Brunnes
Ankende part	Lyngmo Barnehage	Advokat Einar Brunnes
Ankende part	Roselia Barnehage Sa	Advokat Einar Brunnes
Ankemothpart	Fredrikstad kommune v/ ordføreren	Advokat Alex Borch

Saken gjelder krav om at vedtak om kommunalt driftstilskudd til private barnehager kjennes ugyldige.

Sakens bakgrunn

De ankende partene driver til sammen 20 private barnehager i Fredrikstad kommune.

Driften av private barnehager finansieres gjennom offentlige driftstilskudd, som ytes av kommunene. Driftstilskuddet utgjør anslagsvis 80 til 85 prosent av de private barnehagenes driftsinntekter. Resten av driftsinntektene kommer fra foreldrebetaling.

Ankesaken gjelder Fredrikstad kommunes vedtak om driftstilskudd til de ankende partene for årene 2014 og 2015. De ankende partene mener at beregningen som ligger til grunn for fastsettelsen av tilskuddssatsene var feil og i strid med regelverket, slik at de fastsatte tilskuddene har blitt for lave.

Driftstilskuddet til de ankende partene skulle fastsettes i henhold til forskrift 29. oktober 2010 nr. 1379 om likeverdig behandling ved tildeling av offentlige tilskudd til ikke-kommunale barnehager. I henhold til forskriften § 4 skulle driftstilskuddet beregnes ut fra «gjennomsnittlige driftskostnader per heltidsplass i tilsvarende kommunale barnehager».

I tilskuddsvedtakene beregnet Fredrikstad kommune de gjennomsnittlige driftskostnadene per heltidsplass ved å summere kostnadene til ordinær drift ved de 18 kommunale barnehagene i kommunen og dividere denne summen på det samlede antallet heltidsplasser i disse barnehagene.

Twisten gjelder tilskuddsberegningen knyttet til de tre kommunale barnehagene Ambjørnrød, Kiæråsen og Torsnes. Ved hver av disse tre barnehagene var det en kombinasjon av avdelinger med ordinært barnehagetilbud og én eller to avdelinger med et særlig tilrettelagt tilbud. Det var til sammen fire slike spesialavdelinger ved de tre barnehagene. Tilbudet ved spesialavdelingene var innrettet mot barn med spesielle behov, for eksempel minoritetsspråklige barn og barn som lider av autisme, hørselshemming eller utviklingsforstyrrelser.

Ved summeringen av driftskostnader for barnehagene Ambjørnrød, Kiæråsen og Torsnes ble lønnsutgiftene til personellet ved spesialavdelingene i det alt vesentlige holdt utenfor. Bakgrunnen for dette var at bemanningen ved disse avdelingene i det alt vesentlige bestod av personell med spesialkompetanse, og at kommunen ikke anså lønnsutgiftene knyttet til disse ansatte som kostnader til ordinær drift. Likevel talte kommunen med barna ved spesialavdelingene i antallet barn driftskostnadene ble dividert på for å beregne den gjennomsnittlige driftskostnaden.

Tvistetemaet i ankesaken er om kommunen, ved å ha talt med barna ved spesialavdelingene samtidig som at lønnsutgifter ved disse avdelingene ble holdt utenfor, har fastsatt tilskuddet i strid med regelverket.

De ankende partene påklaget ikke de omtvistede vedtakene om kommunalt driftstilskudd for 2014 og 2015 til fylkesmannen. I perioden fra høsten 2016 til stevning ble tatt ut i mai 2018 var det imidlertid omfattende korrespondanse og kontakt mellom de ankende partene, som har vært bistått av Private barnehagers landsforbund, og Fredrikstad kommune.

De ankende partene tok 18. mai 2018 ut søksmål for Fredrikstad tingrett. Søksmålet omfattet først også tilskuddsvedtak for 2016 og 2017, men denne delen av søksmålet ble frafalt før hovedforhandlingen.

Fredrikstad tingrett avsa 28. oktober 2019 dom med slik domsslutning:

1. Fredrikstad kommune frifinnes.
2. Saksøkerne dømmes til å betale sakskostnader til Fredrikstad kommune med 379 477 kroner. Saksøkerne hefter felles for sakskostnadene.

Samtlige barnehager som var part i saken for tingretten har anket dommen til Borgarting lagmannsrett. Kommunen har tatt til motmæle.

Ankeforhandling ble holdt 11. juni 2020 i Borgarting lagmannsretts hus. Partene var representert ved prosessfullmektigene. Det møtte også en representant fra en av de ankende parter og en representant for kommunen. Det ble avhørt tre vitner. Om bevisføringen for øvrig vises det til rettsboken.

De ankende partene, **Wilbergjordet barnehage m.fl.**, har i hovedsak anført:

Fredrikstad kommunes beregning av driftstilskudd er i strid med regelverket. Konsekvensen av dette er at det er utmålt for lave tilskudd til de ankende partene.

Barnehageloven § 14 tredje ledd etablerer en rettslig forpliktelse til å sikre en reell økonomisk likebehandling. Dette kommer klart frem av både loven, forarbeider og andre rettskilder. Kravet om likebehandling gjør det mulig for de private barnehagene å drive i samsvar med de kommunale barnehagenes kostnadsnivå og med samme kvalitet. Likeverdig behandling innebærer at private barnehager skal motta det samme som det kommunale barnehagene, i gjennomsnitt, mottar i offentlig driftstilskudd. I dette tilfellet er kostnadene ved de aktuelle spesialavdelingene satt kunstig lavt, og ikke i samsvar med de reelle driftskostnadene. Løsningen kommunen har valgt er i strid med formålet om å finne frem til normalkostnaden ved et ordinært barnehagetilbud, og i strid med kravet til likebehandling.

Forskriften gir ikke noe klart svar på om de aktuelle barna skal telles med ved tilskuddsberegningen.

For at beregningen skulle ha vært i samsvar med likebehandlingskravet, burde barn og kostnader ved spesialavdelingene ha vært tatt ut av beregningsgrunnlaget. Alternativt, dersom barna telles med, måtte hele kostnaden tilknyttet barnas barnehagetilbud ha vært tatt med, inkludert personalkostnaden.

Ettersom tilskuddet er beregnet på feil måte og i strid med regelverket, er tilskuddsvedtakene ugyldige.

Wilbergjordet barnehage m.fl. har lagt ned følgende påstand:

1. Fredrikstad kommunes vedtak om tilskudd for årene 2014 og 2015 kjennes ugyldige.
2. Fredrikstad kommune plikter å erstatte de ankende parters sakskostnader for tingretten og lagmannsretten.

Ankemothparten, **Fredrikstad kommune**, har i hovedsak anført:

I henhold til forskrift 29. oktober 2010 nr. 1379 § 3 skulle tilskuddet dekke kostnader til ordinær drift i barnehagen som ikke ble dekket av andre offentlige tilskudd og foreldrebetaling. Lønnskostnaden knyttet til barna ved de aktuelle spesialavdelingene ble holdt utenfor tilskuddsberegningen fordi de ikke utgjorde kostnader til ordinær drift. At dette var riktig, fremgår uttrykkelig av rundskrivene fra Utdanningsdirektoratet.

I henhold til forskriften § 4 første ledd og § 5 første ledd skal tilskuddet beregnes «per heltidsplass». Det fremgår ikke, verken i forskriften eller rundskriv, at det skal ses bort fra enkelte plasser i barnehagen, slik de ankende partene hevder. Tvert imot vises det til barneantallet som fremgår av barnehagens årsmelding, som nettopp er de tallene Fredrikstad kommune har bygget på. Det fremstår også som rimelig og riktig at alle barn i barnehagen regnes med. Selv om lønnskostnaden er den høyeste enkeltkostnaden ved drift av barnehager, er det også andre kostnader, som leie av lokaler. Ingen slike kostnader ble holdt utenfor tilskuddsberegningen. Da ville beregningen også blitt feil dersom noen av barna i barnehagen hadde vært holdt utenfor.

Det finnes ingen enhetlig praksis blant norske kommuner på dette området i 2014 og 2015. Det finnes både eksempler på kommuner som har gjort dette på samme måte som Fredrikstad kommune og eksempler på kommuner som har valgt ikke å telle med barn der lønnskostnader er holdt utenfor tilskuddsberegningen.

Fredrikstad kommunen gjør gjeldende at tilskuddsberegningen ikke er i strid med regelverket. For det tilfelle at retten kommer til motsatt konklusjon, aksepterer kommunen at dette medfører at tilskuddsvedtakene er ugyldige.

Fredrikstad kommune har lagt ned følgende påstand:

1. Anken forkastes.
2. De ankende partene dømmes til å betale sakskostnader til Fredrikstad kommune for lagmannsretten.

Lagmannsretten bemerker:

Lagmannsretten har kommet til at vedtakene er gyldige, slik at anken forkastes.

Utgangspunkter for lagmannsrettens vurdering

Spørsmålet lagmannsretten har til prøving gjelder gyldigheten av enkeltvedtak om driftstilskudd truffet av Fredrikstad kommune. Søksmålet retter seg mot kommunens rettsanvendelse, og domstolene har full kompetanse til å prøve om denne er riktig.

Det har siden 2011 vært kommunene som finansierer driften av både kommunale og ikke-kommunale barnehager. Kommunene mottar rammefinansiering fra staten. Finansieringen av driften er regulert i lov og forskrift. Barnehageloven § 14 tredje ledd lyder slik:

Godkjente ikke-kommunale barnehager, jf. første og andre ledd, skal behandles likeverdig med kommunale barnehager i forhold til offentlig tilskudd. Kongen kan gi forskrifter med nærmere bestemmelser om hva som menes med likeverdig behandling.

Gjeldende forskrift etter denne bestemmelsen (forskrift 9. oktober 2015 nr. 1166) trådte i kraft 1. januar 2016, og kommer ikke til anvendelse i denne saken. Fastsettelsen av tilskudd for 2014 og 2015 ble regulert av forskrift 29. oktober 2010 nr. 1379 om likeverdig behandling ved tildeling av offentlige tilskudd til ikke-kommunale barnehager (heretter «forskriften»).

Paragraf 1 første ledd fastsetter følgende om forskriftens formål:

Forskriften skal sørge for at godkjente ikke-kommunale barnehager behandles likeverdig med kommunale barnehager ved tildeling av offentlige tilskudd.

Videre fremgår følgende av § 2:

Kommunen skal sørge for at godkjente ikke-kommunale barnehager i kommunen behandles likeverdig med kommunale barnehager ved tildeling av offentlige tilskudd

til ordinær drift etter denne forskriften. Kommunen skal dokumentere at tildelingen skjer i samsvar med denne forskriften.

Tilskuddet til ordinær drift reguleres i forskriften §§ 3 og 4. Følgende fremgår av § 3 første ledd:

Det kommunale tilskuddet skal dekke kostnader til ordinær drift i barnehagen som ikke dekkes av andre offentlige tilskudd og foreldrebetaling. Kostnader til ordinær drift omfatter driftskostnader, kapitalkostnader og administrasjonskostnader.

Uenigheten i vår sak gjelder kostnader til ordinær drift i form av driftskostnader.

I henhold til forskriften § 4 første ledd andre punktum beregnes tilskuddet til kostnader til ordinær drift ut fra «gjennomsnittlige driftskostnader per heltidsplass i tilsvarende kommunale barnehager». Som redegjort for innledningsvis, har Fredrikstad kommune summert driftskostnadene i de 18 tilsvarende kommunale barnehagene og delt summen på antallet barn i disse barnehagene. Det er ubestridt at dette i utgangspunktet er korrekt metode.

Spørsmålet er om kommunen hadde adgang til å telle med samtlige barn ved til sammen fire spesialavdelinger ved tre kommunale barnehager, samtidig som det alt vesentlige av lønnsutgifter ved disse avdelingene ble holdt utenfor ved summeringen av kostnader. Lagmannsretten ser først på om dette er i samsvar med de krav til beregning av kostnader og barneantall som kan utledes av forskriften §§ 3 og 4 vurdert isolert. Deretter vurderer lagmannsretten om tilskuddsberegningen samlet sett er i strid med det overordnede kravet om økonomisk likebehandling i barnehageloven § 14 tredje ledd første punktum.

Beregningen av driftskostnadene

Forskriften § 4 regulerer ikke nærmere hvilke typer kostnader som skal anses som driftskostnader. Det følger imidlertid av forskriften § 3 første ledd at det bare er kostnader til den ordinære driften som skal medregnes, og at det skal gjøres en avgrensning mot kapitalkostnader og administrasjonskostnader.

Lagmannsretten bemerker at som følge av en forskriftsendring som trådte i kraft 1. januar 2015, skulle kostnadene beregnes på noe ulike måter i 2014 og 2015. Det er imidlertid ikke holdepunkter for, og heller ikke anført, at endringen har betydning for hvilke typer driftskostnader som skal medregnes.

I Utdanningsdirektorats rundskriv kommenteres innholdet i forskriften. For årene 2014 og 2015 gjaldt henholdsvis rundskriv Udir-6-2013 og Udir-7-2014. I begge rundskrivene fremgår det at med «driftskostnader» i forskriften § 4 «siktes det til kostnader knyttet til den daglige driften av tilsvarende kommunalt barnehagetilbud».

Videre er det i merknadene til forskriften § 4 i begge rundskrivene angitt en liste med eksempler på kostnader hos de kommunale barnehagene som *ikke* skal tas med ved beregningen av tilskuddssatsene. På denne listen fremgår blant annet «kostnader til tiltak for barn med nedsatt funksjonsevne», «kostnader til spesialpedagogisk hjelp» og «kostnader til tiltak for å bedre språkforståelsen blant minoritetsspråklige barn i førskolealder». At slike kostnader ikke regnes med som kostnader til ordinær drift, må sees i sammenheng med at denne typen kostnader dekkes gjennom egne tilskudd. Det fremgår også av kommentaren til forskriften § 3 i rundskrivet at slike utgifter ikke regnes som kostnader til ordinær drift.

Kostnadene som i dette tilfellet er holdt utenfor, gjelder lønnsutgifter til blant annet ansatte med spesialkompetanse. Når det gjelder Fredrikstad kommunens nærmere håndtering av dette, viser lagmannsretten til tingrettens dom på side 10:

Fredrikstad kommune benytter det nasjonale rapporteringssystemet KOSTRA (Kommune-Stat-Rapportering). I dette systemet skal kostnader i kommunen som faller inn under ordinær drift i barnehagene føres på tjenesten 2050 («barnehagetilbud») i kommunens regnskapssystem. Dette blir registret i KOSTRA-funksjon 201, og disse kostnadene skal inngå i tilskuddsgrunnlaget. Kostnader som gjelder tiltak for barn med spesielle behov føres på tjenesten 2053 og 2054 (henholdsvis «tilrettelagte tilbud barnehage» og «minoritetsspråklige»). Kostnader som gjelder denne type tjenester registreres i KOSTRA-funksjon 211. Disse kostnadene skal ikke inngå i tilskuddsgrunnlaget.

Det er ikke bestridt at de tre aktuelle kommunale barnehagene har fordelt lønnskostnaden til sine ansatte på riktig tjeneste i regnskapet ut fra hvilke arbeidsoppgaver de hadde i barnehagene. Det er for lagmannsretten heller ikke bestridt at antallet innrapporterte årsverk i de tre barnehagene må anses å gi uttrykk for den faktiske bemanningen.

Etter lagmannsrettens syn er det ikke noe som tyder på at ikke Fredrikstad kommunes føring av de aktuelle lønnsutgiftene er i overensstemmelse med retningslinjene gitt i rundskrivene. Dette oppfattes for så vidt heller ikke å være bestridt. Lagmannsretten oppfatter det imidlertid slik at de ankende partene mener forskriften åpner for flere ulike tolkningsalternativer. Som lagmannsretten kommer tilbake til nedenfor, anføres det at kommunen skulle ha valgt et annet tolkningsalternativ under henvisning til kravet om likebehandling i barnehageloven § 14 tredje ledd.

Utdanningsdirektoratets rundskriv har i utgangspunktet begrenset rettskildemessig verdi. Hensynet til likebehandling og forutberegnelighet for tilskuddsmottakerne taler likevel for at et så vidt klart standpunkt i rundskrivet om at denne typen lønnsutgifter ikke tilhører kategorien «kostnader til ordinær drift», tillegges vekt. Hensynet til sammenheng i regelverket taler i samme retning. Etter lagmannsrettens syn fremstår dessuten tolkningen rundskrivet legger opp til, som naturlig ut fra forskriftens ordlyd. Det er nærliggende å

anse lønnsutgifter til personell med spesialkompetanse myntet på barn med særlige behov som noe annet enn kostnader til den ordinære driften, selv om disse ansatte også i noen utstrekning deltar i den ordinære driften på linje med de øvrige ansatte.

Isolert sett mener lagmannsretten på denne bakgrunn at Fredrikstad kommune har anvendt forskriften riktig ved beregningen av driftsutgiftene som skal inngå i tilskuddsberegningen etter § 4.

Beregningen av antall barn

Driftskostnadene skal, som redegjort for ovenfor, deles på antallet barn i de kommunale barnehagene.

I henhold til forskriften § 4 skal det beregnes tilskudd «per heltidsplass». Dette innebærer i praksis at det må foretas en utregning av et vektet snitt, slik at deltidsplasser regnes om til heltidsplasser. Det fremgår av rundskrivene Udir-6-2013 og Udir-7-2014 at kommunene kan bygge på barnetall rapportert i barnehagenes årsmeldinger. Fredrikstad kommune har benyttet denne metoden. Det er for lagmannsretten ikke bestridt at barneantallet kommunen har lagt til grunn, bygger på en korrekt utregning av antallet heltidsplasser ved de 18 kommunale barnehagene.

Spørsmålet er om det var i samsvar med forskriften § 4 at Fredrikstad kommune medregnet samtlige barn ved de fire aktuelle spesialavdelingene ved tilskuddsberegningen samtidig som en del lønnskostnader ble holdt utenfor regnestykket.

Lagmannsretten mener at ordlyden i forskriften § 4, «per heltidsplass i tilsvarende kommunale barnehager», taler for at samtlige heltidsplasser skal medregnes.

Forskriften inneholder ikke bestemmelser som åpner for å ta ut enkelte barn, eller for eksempel enkelte avdelinger, fra beregningen. Derimot kan kommunen holde hele kommunale barnehager – både kostnadene og barneantallet – utenfor beregningen dersom driftskostnadene ved kommunale barnehager er minimum 25 prosent høyere enn de gjennomsnittlige driftskostnadene for tilsvarende kommunale barnehager, jf. forskriften § 4 første ledd femte punktum. Dette er imidlertid ikke en aktuell problemstilling her.

Lagmannsretten bemerker at de ankende partene ikke har protestert mot at kommunen har ansett de tre aktuelle kommunale barnehagene med spesialavdelinger som «tilsvarende kommunale barnehager». Det er på det rene at det aktuelle barnehagetilbudet er en del av det ordinære barnehagetilbudet. Spesialavdelingene utgjør en integrert, men likevel begrenset, del av de tre barnehagenes ordinære drift.

Lagmannsretten mener på denne bakgrunn at forskriften § 4 legger opp til at samtlige barn ved de kommunale barnehagene skal telles med. Det er ikke holdepunkter i forskriftens

ordlyd for at enkelte barn, eller alle barn ved enkelte avdelinger, skal holdes utenfor ved beregningen av tilskuddssatser.

Isolert sett mener lagmannsretten etter dette at kommunen har fastsatt barneantallet i samsvar med forskriften § 4.

Er tilskuddsberegningen i strid med kravet om økonomisk likebehandling?

Barnehageloven § 14 tredje ledd fastsetter at godkjente ikke-kommunale barnehager skal behandles likeverdig med kommunale barnehager ved tildeling av offentlige tilskudd. Videre fremgår det av forskriften § 2 at kommunen plikter å sørge for at denne regelen overholdes og at det dokumenteres at tildelingen skjer i samsvar med forskriften.

Lagmannsretten har ovenfor kommet til at både driftsutgiftene og antallet barn er beregnet i samsvar med forskriften § 4, isolert sett. Problemstillingen det gjenstår for lagmannsretten å ta stilling til, er om vedtakene i lys av lovens krav om likebehandling likevel er i strid med regelverket.

Lagmannsretten er enig med de ankende partene i at det skaper en viss skjevhet i grunnlaget for tilskuddsberegningen at spesialavdelingene ved de tre aktuelle kommunale barnehagene i det alt vesentlige ble bemannet med personale der lønnsutgiftene etter forskriften ikke er å regne som kostnader til ordinær drift. Det er på det rene at de aktuelle spesialavdelingene ikke ville ha vært bemannet forsvarlig og i henhold til den gjeldende pedagognormen dersom de bare hadde vært bemannet med personellet hvis lønn ble tatt med ved tilskuddsberegningen. Videre oppfatter lagmannsretten det slik at de private barnehagene i Fredrikstad ikke hadde tilsvarende spesialavdelinger, og at det hos de private barnehagene ikke finnes tilsvarende eksempler på at bemanningen medfører at det påløper så vidt lave lønnsutgifter til ordinær drift.

Spørsmålet blir om skjevheten som på denne måten oppstår, medfører at tilskuddsberegningen er i strid med det overordnede kravet om økonomisk likebehandling. Selv om partene ikke har klart å bli enige om en tallfesting av hvilken betydning forholdet har hatt for tilskuddsberegningen, finner lagmannsretten det ikke tvilsomt at det ville ha medført en merkbar økning av tilskuddssatsen dersom denne hadde blitt beregnet slik de ankende partene anfører er riktig.

Når det gjelder det nærmere innholdet i likebehandlingskravet, fremgår det av Ot.prp. nr. 57 (2007-2008) punkt 5.5.5 at «kommunene får en plikt til å finansiere alle ikke-kommunale barnehager slik at de får den samme offentlige finansieringen per oppholdstime som kommunale barnehager får». Videre er det i Ot.prp. nr. 76 (2002-2003) punkt 9.4 uttalt at økonomisk likebehandling av private og offentlige og private barnehager var «et mål i seg selv».

Lagmannsretten finner det på denne bakgrunn ikke tvilsomt at kravet om likebehandling kan gjøres gjeldende av den enkelte tilskuddsmottaker overfor kommunen, og at kravet må medføre at en forskriftsbestemmelse som står i klar eller direkte motstrid til kravet om likebehandling, må vike. Kravet om likebehandling må også kunne få betydning i andre tilfeller, for eksempel når forskriften gir rom for flere ulike tolkningsalternativer og bare én av løsningene medfører likebehandling.

Lagmannsretten mener at det ikke foreligger noen klar eller direkte motstrid mellom forskriften og kravet om likebehandling. Tolkningen lagt til grunn ovenfor medfører at offentlige og private barnehager behandles likt med hensyn til både hvilke kostnader som anses som utgifter til ordinær drift og med hensyn til barneantall.

Spørsmålet blir om skjevheten som oppstår ved tilskuddsberegningen i dette tilfellet må anses å medføre en form for indirekte forskjellsbehandling, slik at forskriften i dette tilfellet ikke kan anvendes etter sin ordlyd. Dette må etter lagmannsrettens syn bero på en helhetlig vurdering basert på system- og formålsbetraktninger samt reelle hensyn. Forvaltningspraksis fra fylkesmenn eller andre kommuner kan ha betydning dersom denne praksisen er tilstrekkelig fast og entydig.

Lagmannsretten mener det må legges vekt på at kommunen har bygget på en løsning som er i samsvar med forskriften. I bemerkningene fra stortingskomitéens flertall i Innst.O. nr. 103 (2008-2009) punkt 2 fremgår at det var lovgivers intensjon at den nasjonale forskriften gitt i medhold av barnehageloven § 14 skulle legge føringer for hvordan likeverdig behandling skal forstås. Dette har også kommet til uttrykk i lovens ordlyd, der det i tredje ledd andre punktum fremgår at det ved forskrift kan gis nærmere bestemmelser om hva som menes med likeverdig behandling. Lovgiver hadde dermed til hensikt at forskriften skulle legge føringer for hvordan kravet om likebehandling skal forstås. Lagmannsretten finner det ikke tvilsomt at forskriftens regler – herunder reglene i § 4 – rent faktisk ivaretar hensynet til likebehandling på et overordnet nivå. På denne bakgrunn mener lagmannsretten at terskelen for å sette til side en kostnadsberegning som er foretatt i samsvar med reglene i forskriften § 3 og 4, ikke bør være for lav. Etter lagmannsrettens oppfatning bør en også være tilbakeholden med å pålegge kommunen å velge de alternative løsningene de ankende partene har skissert, der man trekker ut enkelte barn eller avdelinger fra tilskuddsberegningen, når slike løsninger ikke har støtte i ordlyden i forskriften.

Lagmannsretten mener videre det må legges vekt på at skjevheten som oppstår ved tilskuddsberegningen fremstår som en praktisk og utilsiktet konsekvens av at Fredrikstad kommune har organisert barnehagedriften på en lovlig og adekvat begrunnet måte. I stedet for å ha egne spesialbarnehager, har kommunen valgt å integrere et tilpasset barnehagetilbud i ordinære barnehager. Denne delen av tilbudet i de ordinære barnehagene krever spesiell bemanning, og det tilbys i liten grad et ordinært barnehagetilbud ved

spesialavdelingene. Dermed blir det også reduserte kostnader til den ordinære driften. Det er ikke bestridt at Fredrikstad kommune hadde anledning til å legge opp barnehagedriften på denne måten.

De ankende partene har gjort gjeldende at Fredrikstad kommunes valgte metode er i strid med forvaltningspraksis. Det er i denne forbindelse vist til praksis fra fem ulike kommuner. Av disse ser fire kommuner konsekvent ut til å ha trukket ut enkelte barn med særlige pedagogiske behov, og kostnader til pedagogisk personell knyttet til disse barna, fra tilskuddsberegningen, mens resten av barna og driftskostnadene ved de aktuelle barnehagene har vært regnet med.

Når det gjelder den femte kommunen, Oslo, er det fremlagt et vedtak fra Fylkesmannen i Oslo og Akershus datert 5. februar 2018. På bakgrunn av vedtaket og vitneforklaringen fra Øyvind Kaspersen i Oslo kommune, legger lagmannsretten til grunn at det internt i Oslo kommune har vært noe ulik praksis. Rene spesialbarnehager har vært holdt utenfor tilskuddsberegningen, mens man i ett tilfelle (Voldsløkka barnehage) har skilt mellom ulike avdelinger i samme barnehage og holdt spesialavdelingen utenfor. I et annet tilfelle (Kantarellen barnehage), der en ordinær barnehage har en spesialavdeling, har lønnskostnader knyttet til den ordinære driften vært medregnet, mens lagmannsretten forstod vitnet Kaspersen slik at lønnskostnader for spesialpedagoger har vært holdt utenfor. Her ble alle barna ved spesialavdelingen regnet med i antallet barn kostnadene ble delt på for å regne ut gjennomsnittskostnaden.

Lagmannsretten bemerker at den fremlagte praksisen er av begrenset omfang. Den er også noe sprikende. Slik lagmannsretten ser det, har ikke de ankende partene påvist noen forvaltningspraksis som er tilstrekkelig entydig og fast til at den kan få utslagsgivende betydning for vurderingen her.

En ren formålsbetraktning, basert på lovens krav om lik økonomisk behandling av ikke-kommunale og kommunale barnehager, kan umiddelbart synes å tale for at Fredrikstad kommune burde ha valgt en løsning der man for eksempel trekker ut et antall barn knyttet til spesialavdelingene. På den annen side vil imidlertid heller ikke en slik løsning gi et helt balansert resultat, ettersom spesialavdelingene er integrert i barnehagene og det påløper utgifter til driften av hele barnehagen som det vil være usikkert i hvilken grad skal trekkes ut. Videre vil det kunne være vanskelig å trekke grensen for hvilke barn som skal omfattes og ikke, dersom man for eksempel har både spesialpedagoger og ordinært personell med ansvar for de samme barna.

De ankende partene har pekt på at en alternativ løsning, som etter deres syn også vil være i samsvar med kravet om likebehandling, er at barna ved spesialavdelingene telles med samtidig som at hele kostnaden tilknyttet disse barnas barnehagetilbud regnes med. Slik lagmannsretten ser det, vil imidlertid dette åpenbart ikke være en riktig løsning. Barna ved

spesialavdelingene får et spesielt tilbud som må antas å være særlig kostnadskrevende. Kostnadsberegningen vil i så fall omfatte typer kostnader som for de private barnehagene dekkes gjennom egne tilskudd. Grunnlaget for tilskuddsberegningen vil dermed bli for høyt.

Teoretisk sett kunne en tredje mulighet være at man teller med barna ved spesialavdelingene, men at man konstruerer et kostnadsnivå for et «ordinært tilbud», der merutgiftene til å gi disse barna et tilpasset tilbud er søkt trukket ut. En slik løsning ligger imidlertid fjernt fra den ordning med summering av reelle, påløpte kostnader som forskriften legger opp til.

Lagmannsretten mener at denne gjennomgangen av alternative løsninger som er mer i tråd med de ankende partenes syn, viser at heller ikke disse løsningene vil gi et problemfritt resultat. Lagmannsretten legger vekt på at løsningen kommunen har valgt, er den rettsteknisk enkleste.

Samlet sett mener lagmannsretten at system- og formålsbetraktningene og de reelle hensynene retten her har pekt på, med tyngde taler for at løsningen Fredrikstad kommune har valgt bør aksepteres.

Etter dette har lagmannsretten kommet til at tilskuddsfastsettelsen ikke er i strid med kravet om likebehandling.

Lagmannsrettens konklusjon er at tilskuddsvedtakene bygger på riktig rettsanvendelse. Vedtakene er dermed gyldige, og ankene blir å forkaste.

Sakskostnader

Fredrikstad kommune har vunnet saken og har etter tvisteloven § 20-2 andre ledd jf. første ledd krav på å få dekket sine sakskostnader. Lagmannsretten ikke kan se at det er grunn til å fritta de ankende partene for ansvaret i medhold av § 20-2 tredje ledd.

Fredrikstad kommune har for lagmannsretten krevd dekket 157 889 kroner, hvorav 960 kroner er reiseutgifter og resten salær. Det har ikke kommet innsigelser til kravet, og lagmannsretten tar kravet til følge. Lagmannsretten finner at de ankende partene bør hefte solidarisk for beløpet, jf. § 20-6 andre ledd første punktum. Det er ikke fremmet innvendinger mot tingrettens sakskostnadsavgjørelse, og lagmannsretten finner ikke grunn til å gjøre endringer i den.

Dommen er enstemmig.

DOMSSLUTNING

1. Ankene forkastes.
2. De ankende partene dømmes til å betale sakskostnader til Fredrikstad kommune med 157 889 – etthundreogfemtisjutusenåttehundreogåttini – kroner innen to uker etter forkynnelsen av denne dommen. De ankende partene hefter sammen for beløpet.

Henrik Westborg Smiseth

Kjersti Buun Nygaard

Fanny Platou Amble

Dokument i samsvar med undertegnet original:
Cathrine Eide (Signert elektronisk)