

Osterøy kommune
v/kommunalsjef Olaf Hella
Postboks 1
5293 LONEVÅG
(dette brevet er kun sendt per e-post)

Vår referanse: 14628 - EKO
Ansvarlig advokat: Even Komnæs
Dokumentnummer: 85034

Bergen, 22. desember 2022

E-post: Olaf Hella: olaf.hella@osteroy.kommune.no
Kopi: postmottak: post@osteroy.kommune.no

FASTSETTELSE AV SATSER FOR SPESIALUNDERVISNING - DANIELSEN UNGDOMSSKOLE OSTERØY- OSTERØY KOMMUNE – DERES REF: 22/1644

Det vises til tidligere dialog om fastsettelse av satser for spesialundervisning og grunnleggende norsk for privatskoler i Osterøy kommune. Herunder til brev av 14.09.2022 fra Osterøy kommune hvor det orienteres om Klagenemndas behandling av klage på ovennevnte. Videre vises det til etterfølgende dialog som har resultert i nytt brev fra kommunen av 6. desember 2022. Vårt advokatfirma bistår Danielsen Ungdomsskole i denne saken.

Danielsen ungdomsskole Osterøy (heretter: DUO) mener at det er gjort flere feil ved saksbehandlingen i denne saken når det gjelder det opprinnelige vedtaket og den klagebehandling som har avstedkommet.

Videre anføres det at kommunen i sine vedtak ikke har oppfylt de pliktene til likebehandling som følger av friskoleloven, slik at DUO ikke får det tilskuddet de etter loven har krav på. Det pålegger kommunen etter loven å godtgjøre at beregningen sikrer at DUO får minst like mye midler som en offentlig skole får for tilsvarende forhold. En slik godtgjørelse mangler, noe vi vil komme nærmere tilbake til i det følgende.

DUO er av den oppfatning at kommunens siste brev av 6. desember 2022 er å anse som et enkeltvedtak. Dette fremgår også av brevet som avslutningsvis påpeker at «dette vedtaket» ikke kan påklages. DUO er imidlertid uenig i at dette vedtaket ikke kan påklages. Primært påklages derfor med dette vedtaket av 6. desember 2022, og det bes om en ny ordinær klagebehandling. Begrunnelsen for hvorfor vi mener dette er et enkeltvedtak beskrives under neste punkt.

Dersom kommunen opprettholder sitt synspunkt på at enkeltvedtaket av 6. desember ikke kan påklages, eventuelt at bare deler kan påklages, varsels det om at DUO vil bringe saken inn for Sivilombudet for avgjørelse. Dette gjelder både saksbehandlingen i forkant av vedtaket, herunder mangelfullt innsyn og kontradiksjon, samt kommunens særlige plikt til å begrunne et slikt vedtak. Dette vil bli nærmere beskrevet i klagen til Sivilombudsmannen.

Videre vurderer DUO å be Statsforvalteren i Vestland om å opprette en tilsynssak med hjemmel i friskoleloven § 7-2 siste ledd. Dette for å vurdere om kommunen har forskjellsbehandlet DUO ved fastsettelsen av satsene for å dekke utgifter til spesialundervisning. Ved et slikt tilsyn må kommunen, ifølge Kunnskapsdepartementets presiseringer av lovens § 3-6,¹ godtgjøre overfor statsforvalteren at beregningsmåten reelt sett likebehandler friskolene med de offentlige skolene. Vi vil i den forbindelse be om at Statsforvalteren eventuelt pålegger kommunen å rette forholdet/forskjellsbehandlingen.

Vi ber om at kommunens vedtak gis utsatt iverksettelse til klagen er behandlet, eventuelt til Sivilombudet, og eventuelt Statsforvalteren, har sett på saken og kommet med sin vurdering, jfr. forvaltningsloven § 42. Dette kommer vi tilbake til avslutningsvis.

I det følgende vil vi redegjøre nærmere for ulike grunnlag som taler for en omgjøring av vedtak, samt hva som under enhver omstendighet taler for en utsatt iverksettelse og/eller en utsettelse av endringer i satsen.

Saksbehandlingen i forbindelse med nytt enkeltvedtak

DUO anser primært brevet av 6. desember 2022 som et nytt enkeltvedtak. Dette er for så vidt i tråd med brevets ordlyd, og slik sett i samsvar med kommunens oppfattelse. Likevel anfører kommunen i brevet at det ikke er klagerett.

DUO mener at det fremstår som klart at kommunen her fatter beslutning som generelt eller konkret er bestemmende for rettigheter eller plikter til DUO, jfr. forvaltningsloven § 2 (a). Det er slått fast av Kunnskapsdepartementet i egen presisering 7. april 2022, at det er klagerett over denne type avgjørelser/enkeltvedtak med hjemmel i forvaltningsloven § 28.

DUO stiller spørsmål ved om kommunens vedtak av 6. desember 2022 i realiteten er en omgjøring av klageinstansens vedtak av 14. september 2022. I den forbindelse stilles det også spørsmål ved om kommunalsjefen har den nødvendige formelle myndighet til en slik omgjørelse og ny vurdering. I dialogen med kommunen i etterkant av klageinstansens vedtak er flere momenter i beregningsgrunnlaget klarlagt. Grunnlaget for å fatte en avgjørelse er slik sett oppdatert og fornyet. Kommunalsjefen har i sitt vedtak gjort nye vurderinger basert på denne dialogen. Dog er DUO kun gitt delvis medhold på visse punkt. Likevel velger kommunen å fatte et nytt vedtak basert på et annet og nytt grunnlag. Dette i stedet for å be klageinstansen vurdere sitt vedtak på ny.

Feil med saksbehandlingen, herunder vedtakets tilbakevirkende kraft

DUO mener at saksbehandlingsreglene og de prinsipper som legges til grunn for forsvarlig saksbehandling i forvaltningsloven ikke i tilstrekkelig grad er fulgt i denne saken.ⁱⁱ

Dette gjelder både saksbehandlingen i forkant av opprinnelig vedtak, herunder mangelfullt innsyn og kontradiksjon, samt kommunens særlige plikt til å begrunne et slikt vedtak. En slik begrunnelsesplikt gjelder også i klagesaken og ved omgjøring av vedtaket. DUO vil spesielt anføre at nødvendig kontradiksjon ikke ble ivarettatt, noe som har hatt betydning for sakens utfall. Videre anføres det at begrunnelsen til klagenemnda er svært kort og ikke i tilstrekkelig grad begrunner vurderingene som er gjort, ikke minst gitt de grundige redegjørelser og beregninger som DUO har fremlagt i klagesaksbehandlingen.ⁱⁱⁱ

DUO er også av den oppfatning av et slikt vedtak som endrer forvaltningspraksis til ugunst for DUO, ifølge forvaltningsrettslige prinsipper, ikke bør gis tilbakevirkende kraft til ugunst for DUO.^{iv}

Vedtaket om å endre refusjonssatsene ble først fremlagt for DUO i februar 2022, men skulle likevel ha tilbakevirkende kraft. En slik praksis er ikke i tråd med god forvaltningsskikk og det som ellers normalt gjelder ved vedtak som endrer praksis til ugunst. Til sammenligning kan det vises til regler om vedtak for tilskudd til private barnehager, hvor forskriftens § 9 fastslår at «Kommunen skal fatte vedtak om satser til barnehager innen 31. oktober i året før tilskuddsåret».

DUO ber på denne bakgrunn om at kommunen allerede nå, i påvente av en eventuell klagebehandling eller overprøving, omgjør sitt vedtak med tanke på virkningstidspunktet, slik at endringene først gjøres gjeldende fra 2023.

Under enhver omstendighet forventer DUO at kommunen avventer en klagebehandling, eventuelt en annen overprøving av saken som varsles i dette brevet, før en eventuelt i praksis endrer størrelsen på utbetalingen av satsene og/eller krever avkortning/tilbakebetaling.

Feil i beregningen av tilskudd

Kommunens endring i opprinnelig vedtak, som i praksis innebar en nedjusteringen av satsene for friskolene, er ifølge kommunen selv begrunnet med et innsparingsbehov i kommunen. Dette fremgår av klagevedtaket:

Saksopplysninger:

Hausten vedtok Heradsstyret budsjettet for 2022. Eit av innsparingstiltaka var å redusere spesialundervisning og grunnleggjande norsk til friskulane. Det vart òg konsekvensar for timepris og timetal til spesialundervisning og grunnleggjande norsk frå hausten 2022.

Det er altså ikke hensynet til likebehandling som har vært styrende for fastsettelsen av satsene. Kommunens begrunnelse innebærer tvert imot at det i realiteten skal foretas en forskjellsbehandling ettersom det nå skal foretas innsparing i forhold til friskolene.

DUO har i forkant av kommunens vedtak og i forbindelse med klagebehandlingen, etterlyst innsyn i hvordan satsene er beregnet / grunnlaget for satsene. Ifølge lovforarbeidene^v er det kommunen som må godtgjøre om finansieringsmodellen sikrer tilstrekkelig likebehandling etter friskoleloven § 3-6. I denne forbindelse må grunnlaget og beregningene for satsene fremlegges og forklares. Det står i forarbeidene at kommunen må godtgjøre at beregningen av utregning av timesatsen for kompensasjon er i tråd med kravet om minst like god utgiftsdekning for friskolene, som for offentlige skoler. Først 17. oktober 2022 fikk DUO innsyn i en excel-fil, som viste Bergen kommune sitt lønnsbudsjett. DUO er ikke gitt et innsyn som godtgjør ovennevnte grunnlag for Osterøy kommune på en tilstrekkelig måte.

Et slikt krav om å godtgjøre beregningene nærmere vil spesielt gjelde i et tilfelle som det foreliggende hvor blant annet feriepengesatsen åpenbart avviker fra den reelle feriepengesatsen. DUO har flere ganger påpekt overfor kommunen at det må bero på en misforståelse at feriepengesatsen er beregnet til kun 1,23 %. Dette er rettet opp i nå ved kommunens siste vedtak. En slik feil kunne enkelt vært avklart og rettet opp tidlig i prosessen dersom kommunen hadde hørt på DUOs innvendinger.

Det faktum at kommunen faktisk begrunner nedjusteringen med behov for innsparinger som skal gjelde friskolene spesielt, må gi et større krav til begrunnelse. Ikke minst forklaringen om at dette likevel ikke forskjellsbehandler i strid med lovens § 3-6. Det må stilles krav om at kommunen rent faktisk godtgjør hva som går med til å dekke tilsvarende forhold i den offentlige skolen. Her må det legges fram konkrete tall for hva tilsvarende undervisning har kostet kommunen, og ikke bare vise til generelle beregningsmodeller basert på gjennomsnittlige lærerlønninger i skolen.

DUO har oversendt sine egne beregninger av satsene uten at kommunen har forsøkt å tilbakevise at visse deler av de fremlagte kostnadene ikke er reelle. Det fremgår heller ikke i begrunnelsene til kommunen eller klageinstansen hvorfor de mener at de fremlagt kostnadene ikke er faktisk påløpte kostnader som DUO har til spesialundervisningen.

Kommunen er til tross for DUOs godtgjørelser av kostnadene, av den oppfatning at en ved beregningen av kostnader til spesialundervisning skal legges til grunn timelønn for vikarer og ikke forholde seg til en årsramme som er vanlig (slik for eksempel Bergen kommune gjør ved sine beregninger). DUO mener imidlertid at det er tilstrekkelig godtgjort at timelønn for vikarer ikke gir DUO dekning for faktiske kostnader ved spesialundervisningen.

DUO mener også at en i tilstrekkelig grad har godtgjort at DUO ikke kan ansette lærere time for time på vikarlønn for å drive spesialundervisning. Til sammenligning beregner Osterøy kommune

selv en time spesialundervisning til kr 1747.^{vi} Dette mens DUO, basert på kommunens beregning, altså kun skal få dekket kr 1036 per time for samme spesialundervisning. For øvrig sammenligning er, som opplyst til Osterøy kommune 5. desember i år, snittsatsen på landsbasis 1650 kr/time, som er trukket ut fra tilskuddsgrunnlaget til friskoler.

Denne måten å beregne tilskuddet på medfører at DUO ikke får dekket sine kostnader slik loven forutsetter, samtidig som fastsettelsen til kommunen vil være klart i strid med likebehandlingsprinsippet.

Det vises for øvrig til det som anføres om beregningen i klage av 30. mai 2022, brev av 7. mai 2022, samt etterfølgende dialog.

Avslutning

På bakgrunn av det ovenstående ber DUO om at klagen behandles på ordinær måte.

Vi ber om at kommunen snarest **og senest innen 15. januar 2023** gir en tilbakemelding på hvordan denne klagen videre vil bli saksbehandlet.

Under enhver omstendighet mener DUO det er flere grunner til at kommunen må avvente iverksettelsen av endringene i satsene til det foreligger en vurdering av klageinstansen og/eller en avklaring fra Sivilombudet. DUO ber uansett om at vedtaket ikke iverksettes før kommunen har oppfylt sin plikt til i tilstrekkelig grad å godtgjøre likebehandlingen. Herunder at kommunen godtgjør egne faktiske kostnader til tilsvarende undervisning, og deretter hvordan tilskuddet til DUO likevel ikke innebærer en forskjellsbehandling. Vi ber om en bekreftelse innen 15. januar på om utsatt iverksettelse aksepteres.

Dersom kommunen likevel ikke ønsker å endre på virkningstidspunktet for sitt vedtak før ytterligere avklaringer eller klagebehandling er gjort, forventes det likevel at kommunen inntil avklaring foreligger, avventer endring i størrelsen på utbetalingen av refusjonssatsene i praksis.

Det varsles samtidig at DUO vil etterfakturere ethvert beløp med renter, dersom DUO gis medhold i klagen og det viser seg at tilskuddet uberettiget ble nedjustert. Det varsles også at DUO i sin videre fakturering vil vurdere å forholde seg til tidligere satser inntil saken er avklart.

DUO fremmer med dette krav om dekning av saksomkostninger som allerede har påløpt til å få endret klagevedtaket, etter at kommunen har endret sitt vedtak til gunst for DUO, jfr. forvaltningsloven § 36. Videre varsles det om at DUO vil kreve alle sine saksomkostninger som nå påløper for å få endret siste vedtak erstattet etter samme bestemmelse.

Vi ser frem til tilbakemelding på ovenstående senest innen 15. januar 2022.

Med vennlig hilsen

Ryger Advokatfirma AS



EINAR CHRISTIE ELLINGSEN

Senioradvokat

ece@ryger.no

ⁱ Kunnskapsdepartementets presisering av forståelsen av friskoleloven § 3-6 om dekning av utgifter til spesialundervisning datert 17. juni 2021

ⁱⁱ Forvaltningsloven §§ 24 og 25 inneholder krav til begrunnelsen for enkeltvedtak. De samme bestemmelsene gjelder også i klagesaker, jf. forvaltningsloven § 33 første ledd

ⁱⁱⁱ Det følger av forvaltningsloven § 34 annet ledd annet punktum at klageinstansen «skal» vurdere de synspunkter som klageren kommer med. I merknadene til bestemmelsen i Ot.prp. nr. 3 (1976-1977) side 96 er plikten til å vurdere klagers synspunkter beskrevet slik: «klageinstansen vil ha plikt til å foreta en ny prøving av vedtaket i den utstrekning det er påklaget. Den må vurdere de argumenter som klageren har gjort gjeldende i saken, og foreta de undersøkelser som ellers trengs for å få saken tilstrekkelig opplyst, [...]»

^{iv} Eckhoff/Smith fremholder at forvaltningspraksis kan endres med virkning for fremtiden, jf. Eckhoff/Smith, Forvaltningsrett (8. utg. 2006), s. 145. Videre fremholder Frihagen at «forvaltningsmyndighetene kan bli ansett forpliktet til å gi et visst forhåndsvarsel eller til å gjennomføre en overgangsordning dersom det skal foretas en omlegning av en festnet og kjent praksis som vedkommende borgere har innrettet seg etter», jf. Frihagen, Forvaltningsrett Bind I (3. utg. 1991), s. 204.

^v Prp. 78 L (2016–2017) og Innst. 367 L (2016-2017)

^{vi} Timesatsen er hentet fra KOSTRA-rapporteringen for 2020 og gjelder Osterøy kommune.