



HØJESTERETS DOM

afsagt mandag den 7. november 2022

Sag BS-28860/2021-HJR
(1. afdeling)

Kristelig Arbejdsgiverforening Pleje (KA Pleje)
som mandatar for Blæksprutten ApS
(advokat Nikolaj Nikolajsen)

mod

Brønderslev Kommune
(advokat Jacob Pinborg)

Biintervenient til støtte for Brønderslev Kommune:
Kommunernes Landsforening
(advokat Jacob Pinborg)

I tidligere instans er afsagt dom af Vestre Landsrets 8. afdeling den 5. juli 2021 (BS-3786/2020-VLR).

I pådømmelsen har deltaget syv dommere: Thomas Rørdam, Jens Peter Christensen, Lars Hjortnæs, Oliver Talevski, Anne Louise Bormann, Kristian Korfits Nielsen og Rikke Foersom.

Påstande

Appellanten, Kristelig Arbejdsgiverforening Pleje (KA Pleje) som mandatar for Blæksprutten ApS, har nedlagt påstand om, at indstævnte, Brønderslev Kommune, skal betale 17.662.500 kr. med procesrente af 4.627.451,27 kr. fra den 4. juli 2019 og af 13.035.048,73 kr. fra den 14. maj 2020, subsidiært et mindre beløb.

Brønderslev Kommune har nedlagt påstand om frifindelse, subsidiært frifindelse mod betaling af et mindre beløb end fastsat af landsretten. Kommunen har mere subsidiært påstået stadfæstelse.

Brønderslev Kommune har som følge af kommunens opfyldelse af landsrettens dom nedlagt en selvstændig påstand om tilbagebetaling af 6.299.659,17 kr. med procesrente fra den 14. januar 2022, subsidiært med fradrag af eventuelle beløb inklusive sagsomkostninger og procesrente, som Højesteret måtte tilkende Blæksprutten.

Blæksprutten har nedlagt påstand om frifindelse over for påstanden om tilbagebetaling.

Supplerende sagsfremstilling

Brønderslev Kommunes afregningspriser

Der er for Højesteret fremlagt yderligere materiale vedrørende Brønderslev Kommunes beregning og fastsættelse af afregningspriser for leverandører af hjemmehjælpsydelse, herunder Excel-ark med omkostningskalkulationer fra 2012 og 2020. Der er endvidere fremlagt en række oplysninger til nærmere belysning af de poster, der indgår i kommunens omkostningskalkulationer.

Kommunen har efter det oplyste beregnet timeprisen for hver enkelt ydelseskategori (praktisk hjælp, personlig pleje (bekvem tid) og personlig pleje (ubekvem tid)) i de relevante år med udgangspunkt i denne grundlæggende formel:

$$\text{Timepris} = \frac{\text{Gennemsnitlige, langsigtede omkostninger}}{\text{Antal timer}}$$

Det fremgår af sagen, at antallet af visiterede timer (den mængde hjemmepleje, som borgerne samlet har fået tildelt) uden fradrag af rettidige aflysninger udgjorde 191.264 timer i 2020, mens antallet af planlagte timer (planlagte konkrete besøg hos borgerne) udgjorde 180.196 timer i 2020.

I årene 2012 og 2016-2020 har kommunen anvendt følgende afregningspriser (timepris i kr.) til leverandører af hjemmehjælpsydelse:

Kategori	2012	2016	2017	2018	2019	2020
Praktisk hjælp	303	313,95	320,71	325	330	351
Personlig pleje (bekvem tid)	328	338,06	345,72	351	356	351
Personlig pleje (ubekvem tid)	418	425,5	434,71	442	449	487

Det er oplyst, at kommunen i årene 2016-2020 afregnede i alt 110.871 timer til Blæksprutten inden for de tre ydelseskategorier. I 2020 afregnede kommunen efter det oplyste 27.775 timer til Blæksprutten.

Det fremgår af oplysningerne om omkostningskalkulationen for 2012, at lønudgiften til elever i den kommunale hjemmepleje indgik i beregningerne med ca. 1,8 mio. kr.

Anbringender

Kristelig Arbejdsgiverforening Pleje (KA Pleje) som mandatar for Blæksprutten har anført bl.a., at Brønderslev Kommune i perioden fra den 1. juni 2016 til den 30. november 2020 har tilsidesat Blækspruttens retskrav på at modtage en timepris for levering af hjemmehjælpsydelser, som svarer til den kommunale leverandørs gennemsnitlige, langsigtede omkostninger ved at producere og levere tilsvarende ydelser, jf. servicelovens § 91, stk. 2, nr. 1. Kommunen har således ikke sikret lige konkurrencevilkår mellem private og kommunale leverandører af hjemmehjælpsydelser.

Kommunen har tilsidesat sin forpligtelse til at dokumentere og synliggøre, at afregningspriserne er i overensstemmelse med de faktiske omkostninger ved den kommunale leverandør. Der skal være fuld gennemsigtighed i kommunens beregninger og de data, der indgår heri. Kommunen kan kun helt undtagelsesvis anvende skøn ved beregning af afregningspriserne, og hvis kommunen anvender en fordelingsnøgle, skal den konkret være retvisende for den kommunale leverandørs omkostningstræk. Beregning af en korrekt afregningspris for den enkelte ydelseskategori kræver, at kommunen præcist kan opgøre det korrekte datagrundlag til brug for beregningen.

Kommunen er som offentlig myndighed forpligtet til at agere i overensstemmelse med de forvaltningsretlige principper ved udøvelsen af faktisk forvaltningsvirksomhed. Kommunens prisfastsættelse er ikke i overensstemmelse med de forvaltningsretlige principper om bl.a. legalitet, saglighed og lighed. Kommunens manglende overholdelse af forvaltningsretlige principper og tilsidesættelse af forpligtelserne efter servicelovens § 91, stk. 2, nr. 1, må føre til, at de fastsatte afregningspriser tilsidesættes.

Kommunen har ved beregning af timepriserne divideret de gennemsnitlige, langsigtede omkostninger med antallet af timer. Blæksprutten har påvist fejl i såvel opgørelsen af antallet af timer (nævneren) og opgørelsen af de gennemsnitlige, langsigtede omkostninger (tælleren) i den formel, som kommunen har anvendt i sin beregning af timeprisen.

Det kan lægges til grund, at kommunen gennem hele perioden 2016-2020 har anvendt et timetal, der ikke er opgjort i overensstemmelse med parternes kontrakt, hvorefter afregning skal ske på baggrund af visiterede timer med fradrag af rettidige aflysninger. Kommunen har i 2016-2019 ved beregning af de timepriser, der skal afregnes efter, anvendt antallet af leverede timer uden en nærmere beskrivelse af, hvordan dette timetal er opgjort. I 2020 har kommunen

anvendt antallet af planlagte timer. Det er oplyst, at kommunen siden efteråret 2016 ikke har haft mulighed for at opgøre antallet af visiterede timer med fradrag for rettidige aflysninger. Det er Blækspruttens erfaring, at ca. 7 % af de visiterede timer aflyses rettidigt. Efter de beregninger af timepriserne, som Blæksprutten har fremlagt, kan det ikke lægges til grund, at virksomheden er blevet overkompenseret.

Det kan endvidere lægges til grund, at kommunen i perioden fra 2016-2019 helt har undladt at foretage beregninger af den kommunale leverandørs omkostninger ved at producere og levere tilsvarende ydelser. Kommunen har i stedet fastsat afregningspriserne ved en pris- og løntalsfremskrivning med udgangspunkt i en beregning fra 2012 og oplysninger fra Kommunernes Landsforening om den gennemsnitlige stigning i pris- og løntal. Det har formodningen imod sig, at de anvendte fremskrevne afregningspriser præcist svarer til den kommunale leverandørs gennemsnitlige, langsigtede omkostninger for den enkelte ydelseskategori for hvert af disse år. Hertil kommer, at kommunen ikke ved fremskrivningen af de enkelte poster har skelnet mellem lønudgifter og andre udgifter, og at de faktiske afregningspriser er ca. 1,5-4 % lavere end de priser, der følger af en fremskrivning af timeprisen ud fra Kommunernes Landsforenings indeks.

Kommunen har også tilsidesat sin forpligtelse til at foretage efterberegning af de fastsatte afregningspriser. Kommunen har siden indførelsen af Frit Valgsordningen været forpligtet til løbende at foretage efterberegning af de fastsatte afregningspriser.

Kommunen har i 2020 foretaget en genberegning af afregningspriserne, men kommunen har ikke fremlagt dokumentation for de anvendte tal. Kommunen har således heller ikke for så vidt angår afregningspriserne for 2020 dokumenteret, at disse svarer til den kommunale leverandørs gennemsnitlige, langsigtede omkostninger for den enkelte ydelseskategori. Kommunen har blandet direkte og indirekte omkostninger sammen, og kommunen har i vidt omfang anvendt skøn og fordelingsnøgler, herunder politisk bestemte fordelingsnøgler, i stedet for faktisk forbrugte beløb. De beregnede omkostninger til bl.a. transport og forsikring er herved blevet urealistisk lave.

Endvidere er der fejl i kommunens beregninger for 2020. Kommunen har bl.a. medregnet de timer, som kommunens elever leverer hos borgerne, i antallet af timer, mens lønudgifter og øvrige udgifter vedrørende eleverne ikke er medtaget i beregningen af de gennemsnitlige, langsigtede omkostninger. Ligeledes har kommunen medregnet i alt ca. 6.500 timer anvendt til "nødkald" og "klippekort" i opgørelsen af antallet af timer, selv om de tilsvarende lønomkostninger ikke er regnet med i de direkte omkostninger. Det er også en fejl, at der

ikke i kommunens beregninger er taget højde for meromkostninger som følge af Covid-19.

Den sædvanlige bevisbyrde regel kan ikke finde anvendelse i en situation som den foreliggende, hvor kommunen ikke har beregnet afregningspriserne i overensstemmelse med servicelovens § 91, stk. 2, nr. 1, og hvor kommunens overtrædelse af lovgivningen og de forvaltningsretlige principper har medført et betydeligt tab for leverandøren. Hertil kommer, at det alene er kommunen, der har rådighed over det datagrundlag, som er nødvendigt for at beregne, hvad afregningsprisen reelt burde have været, hvilket støtter, at bevisbyrden for rigtigheden af afregningspriserne påhviler kommunen.

Kommunen er erstatningsansvarlig for Blækspruttens tab, der udgør differencen mellem de priser, der er blevet afregnet med, og de priser, der skulle have været afregnet med, hvis kommunen havde fastsat priserne korrekt.

Det må ved fastsættelsen af Blækspruttens tab indgå, at kommunen både er offentlig myndighed og medkontrahent i et kontraktretligt forhold. Kommunen må løfte bevisbyrden for, at tabsopgørelsen udarbejdet af statsautoriseret revisor Torben Pedersen ikke kan lægges til grund. Denne bevisbyrde har kommunen ikke løftet.

Brønderslev Kommune har anført bl.a., at Blæksprutten ikke har krav på yderligere betaling for levering af hjemmehjælpsydelse mv. i perioden fra juni 2016 til november 2020. Kommunens timeprisberegninger ligger inden for det skøn, som kommunen er overladt ved fastsættelsen af de gennemsnitlige, langsigtede omkostninger efter servicelovens § 91. Timeprisberegningerne er tilstrækkeligt dokumenteret.

Blækspruttens krav om betaling som følge af for lave priser skal bedømmes efter dansk rets almindelige erstatningsregel. Erstatningsansvar må forudsætte, at der er begået fejl af en vis væsentlighed. Den tidligere bestemmelse i servicelovens § 91, stk. 9, om en kommunes pligt til efterbetaling blev ophævet i 2013, og der må ved vurderingen af, om kommunen har handlet ansvarspådragende, anvendes en mild ansvarsnorm. Der skal ikke ad bagvejen indføres en efterbetalingspligt for kommunen.

Bevisbyrden for, at kommunen har handlet ansvarspådragende ved beregningen af timepriserne, påhviler Blæksprutten, der også bærer bevisbyrden for, at de ansvarspådragende handlinger har påført virksomheden et kausalt og adækvat tab.

Fastsættelsen af timepriser på grundlag af kommunens gennemsnitlige, langsigtede omkostninger efter servicelovens § 91, stk. 1, forudsætter en række

skønspægede økonomifaglige valg og vurderinger, der inden for de retlige rammer kan falde forskelligt ud. Kommunens fastsættelse af for lave priser kan ikke i sig selv føre til, at en privat leverandør som udgangspunkt har et erstatningskrav. Erstatningsansvar må også af denne grund forudsætte fejl af en vis væsentlighed.

I perioden fra 2016-2019 har kommunen beregnet de gennemsnitlige, langsigtede omkostninger med udgangspunkt i en omkostningskalkulation fra 2012, som kommunen har pris- og løntalsfremskrevet for at tage højde for den løbende udvikling. En sådan pris- og løntalsfremskrivning er efter kommunens opfattelse i overensstemmelse med reglerne, når der ikke er sket væsentlige eller systematiske ændringer i kommunens organisation eller effektivitet, der giver anledning til en egentlig genberegning.

Kommunen har i fornødent omfang dokumenteret omkostningskalkulationen fra 2012, der er foretaget efter en skabelon fra Kommunernes Landsforening. Beregningen er foretaget i overensstemmelse med lovgivningen, og alle kommunens relevante direkte og indirekte omkostninger, herunder fællesomkostninger, er medtaget.

Efter de regler, der er gældende for kontraktforholdet mellem kommunen og Blæksprutten, er kommunen overladt et skøn med hensyn til, hvor ofte der skal foretages efterberegning af timeprisen. Efter kommunens opfattelse skulle der alene ske genberegning af timeprisen, hvis der skete væsentlige eller systematiske ændringer i de gennemsnitlige, langsigtede omkostninger.

Kommunen foretog en omkostningskalkulation i 2020. Den nye timeprisberegning for 2020 indikerer ikke, at der var fejl i de tidligere beregninger, eller at kommunens oprindelige skøn var forkerte eller ansvarspådragende.

Kommunens genberegning af afregningspriserne i 2020 er i overensstemmelse med lovgivningen. Beregningen er sket efter en omfattende og detaljeret analyse af hjemmeplejens ressourcetræk på hele kommunens organisation, og beregningen er baseret på ajourførte regnskabstal og udtræk fra it-systemer. Samtlige omkostningsposter og fradrag er dokumenteret. Kommunen har vide rammer ved opgørelsen af de gennemsnitlige, langsigtede omkostninger, og kommunen har ikke tilsidesat sine forpligtelser efter servicelovens § 91.

Det er rigtigt, at antallet af timer i timeprisberegningen for 2020 ikke svarer til det antal timer, der efter kontrakten med de private leverandører skal afregnes for, idet der efter kontrakten skal tages udgangspunkt i antallet af visiterede timer fratrukket rettidige aflysninger. Kommunen har valgt at afregne de private leverandører for visiterede timer uden fradrag af rettidige aflysninger, da kommunen efter implementering af KMD Nexus ikke længere har mulighed for at

opgøre antallet af rettidige aflysninger. Det betyder, at Blæksprutten og de øvrige private leverandører har modtaget afregning for flere timer, end der reelt er blevet leveret.

Med hensyn til opgørelsen af kommunens direkte lønudgifter til brug for omkostningskalkulationen i 2020 er det berettiget, at løn til elever og løn til elevvejledere ikke er indregnet i timeprisen. Kommunen er – modsat de private leverandører – forpligtet til at have elever ansat og tilbyde et bredt praktikforløb, og kommunens omkostninger til elever kan ikke sammenlignes med en privat leverandørs eventuelle omkostninger hertil. Kommunens elever har tilsammen været i praktik i hjemmeplejen i 417 uger i 2020 svarende til 15.429 timer. Det er kommunens estimat, at elever leverer under 5 % af de planlagte timer hos borgerne.

Udgifter til nødkald (578.000 kr.) og klippekort (522.405 kr.) er fratrukket i opgørelsen, men der er medtaget 4.856 timer til "akutydelse til planlægning" (nødkald) og 1.623 timer til ekstra pleje (klippekort) i timeopgørelsen. Der er tale om poster, som principielt enten skulle have været holdt ude af timeopgørelsen eller medtaget i omkostningsopgørelsen, men dette opvejes af den skete overkompensation.

De indirekte omkostninger, der kan henføres til levering af hjemmehjælp, herunder til transport og forsikring, er fastsat ud fra skønsmæssige fordelingsnøgler, der er retvisende, begrundede og dokumenterede.

Selv hvis Højesteret måtte mene, at timeprisberegningerne har været fejlbehæftede, er der ikke tilstrækkeligt grundlag for at pålægge kommunen et erstatningsansvar. Der er ikke noget ansvarsgrundlag for kommunen.

Blæksprutten har modtaget afregning for visiterede timer uden fradrag for rettidige aflysninger, og det er ikke godtgjort, at Blæksprutten har lidt et tab som følge af eventuelle fejl i afregningspriserne. Under alle omstændigheder er Blækspruttens tab væsentligt lavere end det tab, som Blæksprutten har opgjort.

Højesterets begrundelse og resultat

Sagens baggrund og problemstilling

Sagen angår, om Brønderslev Kommunes afregningspriser for levering af hjemmehjælpsydelse i årene 2016-2020 var fastsat for lavt, og i givet fald om Blæksprutten ApS som privat leverandør har krav på yderligere betaling.

Blæksprutten indgik den 11. december 2015 en kontrakt med Brønderslev Kommune om levering af hjemmehjælpsydelse til borgere i kommunen efter bestemmelserne om frit valg af leverandør af personlig og praktisk hjælp (god-

kendelsesordningen), jf. servicelovens § 91. Om pris og honorar følger det af kontraktens pkt. 19 bl.a., at den fastsatte timepris dækker det gældende serviceniveau i kommunen, og at der afregnes på baggrund af de visiterede timer med fradrag for rettidige aflysninger. Kontrakten blev forlænget ved allonger af 30. november 2018 og 30. oktober 2019.

Blæksprutten har under denne sag fremsat krav om, at Brønderslev Kommune skal betale ca. 22 mio. kr. for leverede hjemmehjælpsydelser i perioden fra den 1. juni 2016 til den 30. november 2020. Blæksprutten har til støtte for kravet anført, at afregningspriserne i perioden var fastsat for lavt i strid med princippet om prismæssig ligebehandling mellem kommunale og private leverandører, jf. servicelovens § 91.

Servicelovens § 91

Efter servicelovens § 91, stk. 1, skal kommunalbestyrelsen skabe grundlag for, at modtagere af hjemmehjælp mv. kan vælge mellem to eller flere leverandører af denne hjælp, hvoraf den ene leverandør kan være kommunal. Denne forpligtelse kan kommunalbestyrelsen bl.a. opfylde ved at indgå kontrakt med to eller flere leverandører, jf. stk. 2, nr. 1.

Bestemmelsen blev indsat i serviceloven som § 75 c ved en lovændring i 2002. I 2005 blev der i § 75 c, stk. 9, indsat en bestemmelse, hvorefter kommunalbestyrelsen havde pligt til at efterbetale private leverandører i de tilfælde, hvor det efterfølgende viste sig, at de fastsatte priskrav var lavere end de faktiske omkostninger ved levering af personlig og praktisk hjælp. Bestemmelsen om efterbetaling, der efter en lovændring i 2007 var videreført som § 91, stk. 9, blev ophævet i 2013.

Af forarbejderne til lovændringen i 2013 (Folketingstidende 2012-13, tillæg A, lovforslag nr. L 121, s. 18), hvorved servicelovens § 91, stk. 1 og 2, fik sin nuværende affattelse, fremgår bl.a., at hvis kommunalbestyrelsen anvender en godkendelsesordning, hvorefter prisen fastsættes uden priskonkurrence, fastsættes afregningsprisen på markedsvilkår. Dette indebærer, at afregningsprisen fastsættes på baggrund af de gennemsnitlige, langsigtede omkostninger, som den kommunale leverandør har ved at producere og levere tilsvarende ydelser. Det fremgår endvidere, at kommunalbestyrelsen skal sikre, at afregningsprisen justeres løbende, når den bliver bekendt med, at omkostningerne ikke længere stemmer overens med afregningsprisen, og at der således er behov for, at kommunalbestyrelsen med passende mellemrum foretager efterberegning heraf ved omkostningskalkulation. Den kommunale og den private leverandør, der leverer samme ydelser af samme kvalitet, skal efter forarbejderne afregnes til samme pris for at sikre lige konkurrence, og kommunalbestyrelsen skal derfor løbende sikre sig, at der er fuld omkostningsdækning for de ydelser, som den kommunale leverandør producerer og leverer.

Fire dommere – Thomas Rørdam, Anne Louise Bormann, Kristian Korfits Nielsen og Rikke Foersom – udtaler herefter:

Ansvar for en kommune ved for lave afregningspriser

Bestemmelsen i servicelovens § 91, stk. 9, om efterbetaling blev som nævnt ophævet i 2013, og Blæksprutten har derfor ikke krav på efterbetaling, alene fordi det måtte vise sig, at afregningspriserne i 2016-2020 var fastsat for lavt.

Vi finder, at det må bedømmes ud fra dansk rets almindelige erstatningsretlige regel (culpareglen), om en privat leverandør har et krav i den situation, hvor det viser sig, at afregningspriserne har været fastsat for lavt.

Ved vurderingen af, om en kommune har handlet ansvarspådragende, må det indgå, at reglerne om borgerens frie valg af leverandør af hjemmehjælp i servicelovens § 91 forudsætter, at en kommune, der anvender en godkendelsesordning, fastsætter afregningsprisen til de private leverandører på baggrund af de gennemsnitlige, langsigtede omkostninger, som den kommunale leverandør har ved at producere og levere tilsvarende ydelser. Det er en kompliceret opgave at opgøre de gennemsnitlige, langsigtede omkostninger, der indgår i afregningsprisen. Kommunen er ikke forpligtet til at anvende en bestemt metode ved opgørelsen af omkostningerne, og en opgørelse af gennemsnitlige, langsigtede omkostninger vil i et vist omfang være baseret på skøn, herunder skønsmæssige fordelinger af udgifter.

På denne baggrund finder vi, at et ansvar for en kommune må forudsætte, at kommunen har begået klare fejl af en vis grovhed i forbindelse med fastlæggelse af afregningspriserne. Dette findes også bedst stemmende med, at der som nævnt ikke efter serviceloven er adgang til efterbetaling.

Afregningspriserne i 2020

Brønderslev Kommune foretog ved fastsættelse af afregningspriserne for levering af hjemmehjælpsydelser en timeprisberegning med udgangspunkt i en formel, hvorefter timeprisen for ydelseskategorierne praktisk hjælp, personlig pleje (bekvem tid) og personlig pleje (ubekvem tid) blev opgjort ved at dividere kommunens gennemsnitlige, langsigtede omkostninger med antallet af timer inden for hver enkelt ydelseskategori.

Kommunens omkostningskalkulation i 2020, der var baseret på realiserede omkostninger til den kommunale leverandør af hjemmehjælpsydelser i 2019, førte til betydelige ændringer i timepriserne for to af tre ydelseskategorier. I 2019 var timepriserne fastsat til 330 kr. for praktisk hjælp, 356 kr. for personlig pleje (bekvem tid) og 449 kr. for personlig pleje (ubekvem tid). I 2020 blev priserne for

de samme ydelseskategorier på baggrund af kommunens efterberegning fastsat til henholdsvis 351 kr., 351 kr. og 487 kr.

Blæksprutten har om kommunens fastsættelse af afregningspriserne for 2020 anført navnlig, at der er en række fejl i kommunens beregninger, herunder vedrørende nødkald, klippekort, elever, transport, forsikring og Covid-19.

Om de gennemsnitlige, langsigtede omkostninger, der er indgået i beregningerne for 2020, fremgår det af oplysningerne i sagen, at der i de direkte omkostninger er fratrukket udgifter til bl.a. nødkald (578.000 kr.) og klippekort (522.405 kr.). Det fremgår endvidere, at lønudgiften til elever, der som led i praktik leverer timer i hjemmeplejen, ikke indgår i omkostningsopgørelsen. Lønudgiften til elever i perioden er ikke oplyst, men det fremgår af sagen, at lønudgiften til elever i hjemmeplejen indgik i beregningerne for 2012 med ca. 1,8 mio. kr.

Kommunen anvendte ved omkostningskalkulationen antallet af planlagte timer i 2019. Det er oplyst, at antallet af visiterede timer (den mængde hjemmepleje, som borgerne samlet har fået tildelt) udgjorde 191.264 timer i 2019, mens antallet af planlagte timer (planlagte konkrete besøg hos borgerne) udgjorde 180.196 timer. Det er ubestridt, at de 180.196 planlagte timer, der er indgået i beregningen, bl.a. omfatter 4.856 timer til nødkald ("akutydelse til planlægning") og 1.623 timer til klippekort (ekstra hjemmepleje). Det er endvidere ubestridt, at de 180.196 planlagte timer omfatter timer leveret af kommunens elever som led i praktik i hjemmeplejen. Kommunen har estimeret, at under 5 % af de planlagte timer i hjemmeplejen leveres af elever.

Vi finder, at kommunen ved omkostningskalkulationen for 2020 skulle have medregnet udgifter til nødkald og klippekort og lønudgifter til elever i de gennemsnitlige, langsigtede omkostninger, når timer til nødkald og klippekort og planlagte timer leveret af elever var medtaget i timeopgørelsen. At dette ikke er sket, udgør efter vores opfattelse en klar fejl af en sådan grovhed, at kommunen har handlet ansvarspådragende.

Vi finder, at Blæksprutten ikke i øvrigt har påvist klare fejl ved kommunens fastsættelse af afregningspriserne for 2020.

Vi bemærker om de indirekte omkostninger i beregningerne for 2020, at der i vidt omfang er tale om poster, som kommunen inden for rammerne af service-lovens § 91 har været berettiget til at skønne over, og at der ikke er tilstrækkeligt grundlag for at tilsidesætte kommunens anvendte skøn og fordelingsnøgler. Det, Blæksprutten har anført vedrørende kommunens udgifter til transport og forsikring relateret til hjemmeplejen, kan efter de foreliggende oplysninger ikke føre til en anden vurdering, og der er ikke grundlag for at fastslå, at kommunen

i omkostningskalkulationen for 2020 skulle have indregnet eventuelle meromkostninger som følge af Covid-19.

Afregningspriserne i 2016-2019

I årene 2016-2019 fastsatte kommunen afregningspriserne ved at fremskrive de enkelte poster i en omkostningskalkulation fra 2012 ud fra oplysninger fra Kommunernes Landsforening om den gennemsnitlige stigning i pris- og løntal.

Blæksprutten har om kommunens fastsættelse af afregningspriserne for årene 2016-2019 anført navnlig, at der er fejl i kommunens pris- og løntalsfremskrivning, og at kommunen har forsømt sin pligt til at foretage løbende efterberegning af afregningspriserne.

Den dagældende servicelov indeholdt ikke bestemmelser om pligt for kommunen til at foretage efterberegning af afregningspriserne.

Som nævnt fremgår det imidlertid af forarbejderne til lovændringen i 2013, hvorved bestemmelsen i servicelovens § 91, stk. 9, om efterbetaling blev ophævet, at kommunalbestyrelsen skal sikre, at afregningsprisen justeres løbende, når den bliver bekendt med, at omkostningerne ikke længere stemmer overens med afregningsprisen, og at der således er behov for, at kommunalbestyrelsen med passende mellemrum foretager en efterberegning heraf ved omkostningskalkulation. Det fremgår også, at den kommunale og den private leverandør, der leverer samme ydelser af samme kvalitet, skal afregnes til samme pris for at sikre lige konkurrence, og at kommunalbestyrelsen derfor løbende skal sikre sig, at der er fuld omkostningsdækning for de ydelser, som den kommunale leverandør producerer og leverer.

Der er ikke yderligere anvisninger i forarbejderne til belysning af, i hvilke situationer en kommune, der benytter en godkendelsesordning, har pligt til at foretage efterberegning af afregningspriserne, og forarbejderne udelukker ikke, at den løbende justering af afregningspriserne kan ske ved pris- og løntalsfremskrivning.

Efter formålet med reglerne om borgernes frie valg af leverandør af hjemmehjælp i servicelovens § 91 og bestemmelsens historik finder vi, at de nævnte forarbejder må forstås sådan, at kommunen har pligt til at foretage en efterberegning i den situation, hvor kommunen bliver eller burde være blevet bekendt med omstændigheder, der giver grundlag for at antage, at omkostningerne ikke længere stemmer overens med de fastsatte afregningspriser. Vi har herved lagt vægt på, at kommunen har pligt til at sikre, at der er fuld omkostningsdækning, og at det ved den lovændring i 2013, der ophævede efterbetalingspligten, blev forudsat, at kommunen har en pligt til efterberegning i visse situationer.

Efter det anførte finder vi, at kommunen som udgangspunkt var berettiget til at fastsætte afregningspriserne ved pris- og løntalsfremskrivning. Vi finder endvidere, at der ikke er påvist fejl i kommunens fremskrivning af de enkelte poster i omkostningskalkulationen fra 2012.

Spørgsmålet er herefter, om det var en fejl, at kommunen ikke foretog efterberegning af afregningspriserne i den omhandlede periode.

Det fremgår af sagen, at kommunen i 2017 anmodede PWC, statsautoriseret revisionsanpartsselskab, om at foretage en analyse af frit valgs-området. Af analysen af 30. november 2017 fremgår, at den kommunale leverandør generelt var udfordret på sine timepriser, at der var en uoverensstemmelse mellem afregningen for leverede ydelser og de faktiske udgifter på ca. 4,7 mio. kr. i 2016, og at der de første ni måneder af 2017 var et merforbrug på ca. 640.000 kr. pr. måned.

Navnlig under hensyn til de nævnte oplysninger i analysen fra PWC sammenholdt med den tid, der var gået siden den seneste omkostningskalkulation i 2012, finder vi, at kommunen burde have foretaget efterberegning af afregningspriserne senest med virkning for 2019, og at kommunen ved ikke at foretage en efterberegning har begået en klar fejl af en sådan grovhed, at kommunen har handlet ansvarspådragende ved fastsættelse af afregningspriserne for 2019.

Blækspruttens krav

Det påhviler Blæksprutten at godtgøre, at virksomheden har lidt et tab som følge af kommunens ansvarspådragende fejl.

Det fremgår af sagen, at Brønderslev Kommune afregnede Blæksprutten på baggrund af visiterede timer uden fradrag for rettidige aflysninger svarende til i alt 110.871 timer i årene 2016-2020, selv om det fremgår af kontraktens pkt. 19, at afregning skulle ske på baggrund af visiterede timer med fradrag for rettidige aflysninger. Der er herved sket overbetaling, idet Blæksprutten har fået betaling for visiterede timer, der er aflyst rettidigt, hvilket ifølge Blækspruttens egne oplysninger udgør ca. 7 % af de visiterede timer.

Det må lægges til grund, at timepriserne for 2019 og 2020 som følge af de nævnte fejl var fastsat for lavt. Som anført har Blæksprutten imidlertid i 2016-2020 fået betaling for flere timer, end virksomheden havde krav på efter kontrakten. Vi finder det ikke godtgjort, at Blæksprutten samlet set har lidt et tab.

Konklusion

Vi stemmer herefter for at tage kommunens påstande om frifindelse og tilbagebetaling til følge.

Tre dommere – Jens Peter Christensen, Lars Hjortnæs og Oliver Talevski – udtaler:

Ansvar for en kommune ved for lave afregningspriser

Blæksprutten har for perioden fra 2016 til 2020 under en godkendelsesordning, der var iværksat i 2015, rejst krav om yderligere afregning for levering af hjemmehjælpsydelse med henvisning til, at afregningsprisen (timeprisen) var fastsat for lavt. I denne periode gælder der ikke nogen pligt til efterbetaling, hvis det efterfølgende viser sig, at afregningsprisen er fastsat for lavt. Pligten hertil blev som nævnt afskaffet i 2013. Den omstændighed, at afregningsprisen i denne periode måtte være fastsat for lavt, indebærer således ikke i sig selv, at der skal ske efterbetaling. Vi finder herefter, at der kun er pligt til yderligere betaling, hvis dette følger af dansk rets almindelige erstatningsregel – culpareglen.

En kommune offentliggør under den lovbestemte godkendelsesordning de betingelser, herunder afregningsprisen, som gælder for private leverandørers levering af hjemmehjælpsydelse. Serviceloven forudsætter, at afregningsprisen fastsættes på baggrund af de gennemsnitlige, langsigtede omkostninger, som den kommunale leverandør har ved at producere og levere tilsvarende ydelse. Det er en kompliceret opgave at opgøre de gennemsnitlige, langsigtede omkostninger, der indgår i afregningsprisen, og det kan ikke forventes, at opgørelsen er helt uden fejl eller fejlskøn. Dette er de private leverandører, der indgår kontrakt med kommunen under godkendelsesordningen, bekendt med, og det er således på dette grundlag, at de private leverandører beslutter, om det kan betale sig at indgå kontrakt med kommunen om levering af hjemmehjælpsydelse. Kommunen er i givet fald forpligtet til at indgå aftale herom med mindst en privat leverandør.

På den anførte baggrund finder vi, at en kommune kun har handlet ansvarspådragende efter culpareglen, hvis det godtgøres, at en for lavt fastsat afregningspris skyldes, at kommunen har begået en eller flere fejl, som er klare, og som (når der ses bort fra forsætlige eller groft uagtsomme forhold) hver for sig eller tilsammen ikke er ubetydelige navnlig henset til den samlede afregning i det enkelte år.

Afregningspriserne i 2016-2019

Den dagældende bestemmelse i servicelovens § 91 indeholdt ikke nogen regulering af, hvornår en kommune havde pligt til at foretage efterberegning af afregningsprisen. Vi finder, at forarbejderne til lovændringen i 2013 ikke er tilstrækkeligt klare til, at det heraf kan udledes mere præcist, hvornår en kommune er forpligtet til at foretage efterberegning. Det anføres således i forarbejderne, at kommunen skal sikre, at afregningsprisen justeres "løbende", når kommunen "bliver bekendt med", at omkostningerne ikke længere stemmer over-

ens med afregningsprisen. Det anføres videre, at der "således [er] behov for", at kommunen "med passende mellemrum" foretager en efterberegning ved en omkostningskalkulation. Senere anføres det, at kommunen af hensyn til den lige konkurrence mellem den private og kommunale leverandør "løbende" skal sikre sig, at der er fuld omkostningsdækning for de ydelser, som den kommunale leverandør producerer og leverer. Vi finder endvidere, at det heller ikke ud fra en formålsfortolkning eller bestemmelsens historik kan udledes, hvornår en kommune er forpligtet til at foretage efterberegning af afregningsprisen. Vi bemærker herved, at det overordnede formål med lovændringen i 2013 var at forenkle reglerne for kommunernes tilrettelæggelse af borgernes frie valg af leverandør på hjemmehjælpsområdet.

Sammenfattende må der efter vores opfattelse udvises forsigtighed, når der skal tages stilling til, om en kommune efter den dagældende lovgivning havde tilsidesat en forpligtelse til at efterberegne afregningsprisen.

Brønderslev Kommune opgjorde i 2016-2019 afregningspriserne ved at fremskrive de enkelte poster i en omkostningskalkulation fra 2012 ud fra oplysninger fra Kommunernes Landsforening om den gennemsnitlige stigning i pris- og løntal. For 2020 foretog kommunen efterberegning af afregningsprisen ved en omkostningskalkulation.

Vi finder ligesom flertallet, at kommunen som udgangspunkt var berettiget til at opgøre afregningspriserne ved pris- og løntalsfremskrivning. Vi finder efter de foreliggende oplysninger ikke at have tilstrækkeligt grundlag for at fastslå, at kommunen tilsidesatte en forpligtelse til at foretage efterberegning ved først at efterberegne afregningsprisen ved en ny omkostningskalkulation med virkning for 2020. Vi finder, at det under alle omstændigheder ikke var en klar fejl, at kommunen ikke foretog efterberegning af afregningsprisen med virkning for årene før 2020. Kommunen har allerede som følge heraf ikke handlet ansvarspådragende.

Blæksprutten har efter det anførte ikke krav på yderligere betaling for så vidt angår 2016-2019.

Afregningspriserne i 2020

Vi er enige med flertallet i, at det var en klar fejl, at Brønderslev Kommune ved omkostningskalkulationen ikke medregnede udgifter til nødkald og klippekort og lønudgifter til elever i de gennemsnitlige, langsigtede omkostninger, når timer til nødkald og klippekort og planlagte timer leveret af elever var medtaget i opgørelsen over antallet af timer. Vi er endvidere enige med flertallet i, at Blæksprutten ikke herudover har påvist klare fejl i opgørelsen af afregningspriserne for 2020.

I 2020 blev Blæksprutten afregnet på baggrund af visiterede timer uden fradrag for rettidige aflysninger svarende til samlet 27.775 timer. Blæksprutten har herved som anført af flertallet fået en overbetaling, idet der efter kontrakten skulle afregnes på baggrund af visiterede timer med fradrag for rettidige aflysninger. Vi har herefter ikke grundlag for at fastslå, at den ovennævnte klare fejl (at udgifterne til nødopkald og klippekort og lønudgifterne til elever ikke var medtaget i de gennemsnitlige, langsigtede omkostninger) er andet end ubetydelig. Fejlen er dermed ikke ansvarspådragende for kommunen.

Blæksprutten har efter det anførte ikke krav på yderligere betaling for så vidt angår 2020.

Konklusion

Med denne begrundelse stemmer vi på samme måde som flertallet.

Samlet konklusion og sagsomkostninger

Højesteret tager Brønderslev Kommunes påstande om frifindelse og tilbagebetaling af 6.299.659,17 kr. med procesrente fra den 14. januar 2022 til følge.

Med hensyn til sagsomkostningerne for landsretten finder Højesteret, at der efter en samlet vurdering er grundlag for at bestemme, at ingen af parterne skal betale sagsomkostninger til den anden part. Højesteret har herved navnlig lagt vægt på, at Brønderslev Kommune kort før hovedforhandlingen i landsretten frafaldt en selvstændig påstand om betaling af ca. 16 mio. kr.

I sagsomkostninger for Højesteret skal Kristelig Arbejdsgiverforening Pleje (KA Pleje) som mandatar for Blæksprutten betale i alt 506.000 kr. til Brønderslev Kommune. Heraf er 500.000 kr. til dækning af advokatudgift, og 6.000 kr. er til dækning af retsafgift.

THI KENDES FOR RET:

Brønderslev Kommune frifindes.

Blæksprutten ApS skal til Brønderslev Kommune betale 6.299.659,17 kr. med procesrente fra den 14. januar 2022.

Ingen af parterne skal betale sagsomkostninger for landsretten til den anden part.

I sagsomkostninger for Højesteret skal Kristelig Arbejdsgiverforening Pleje (KA Pleje) som mandatar for Blæksprutten ApS betale 506.000 kr. til Brønderslev Kommune.

De idømte beløb skal betales inden 14 dage fra denne højesteretsdoms afgørelse.

Sagsomkostningsbeløbet forrentes efter rentelovens § 8 a.