

Barnehageloven § 11 og delegering til styrer

TOLKNINGSUTTALELSE | 22.02.2022

Kommunen skal likebehandle private og kommunale barnehager når den utfører oppgaver som barnehagemyndighet.

Hvordan kommunen organiserer sine oppgaver etter bhl. § 11 andre punktum, har betydning for hvorvidt personer som utøver eieroppgaver også kan utøve myndighetsoppgaver. Dersom kommunen vurderer at oppgaver må organiseres adskilt for å ivareta tilliten til kommunenes upartiskhet, innebærer dette samtidig en begrensning i kommunedirektørens adgang til å delegerer myndighetsoppgaver til personer eller organer som utøver eieroppgaver, herunder styrer i barnehagen.

Gjelder

- [Barnehageloven - § 11 Krav til likebehandling og uavhengighet](#)

Vi viser til brev fra Statsforvalteren i innlandet datert 12.01.2021. Dere viser til vår tolkningsuttalelse av 17.01.2018¹, hvor vi skriver at kommunen både har anledning og hjemmel til å delegerer vedtakskompetanse til styrere i kommunale barnehager. Dere spør om kompetansen til å fatte vedtak om individuell tilrettelegging og spesialpedagogisk hjelp, fortsatt kan delegeres til styrere i kommunale barnehager etter innføringen av barnehageloven (bhl.) § 11 andre punktum.

Dere mener at oppgavene med å fatte vedtak om individuell tilrettelegging og spesialpedagogisk hjelp er myndighetsoppgaver. Slik vi forstår dere, mener dere også at disse oppgavene bør sidestilles med oppgavene tilsyn og vedtak om dispensasjon, slik at oppgavene med å fatte vedtak om individuell

tilrettelegging og spesialpedagogisk hjelp alltid må organiseres adskilt fra oppgaver som barnehageeier etter bhl. § 11 andre punktum.

Myndighetsoppgaver

Oppgaven med å fatte vedtak om individuell tilrettelegging følger av bhl. § 37, og oppgaven med å fatte vedtak om spesialpedagogisk hjelp følger av bhl. § 35. Det er på det rene at å fatte vedtak om individuell tilrettelegging og spesialpedagogisk hjelp er oppgaver kommunen har som barnehagemyndighet.

Delegering av myndighet

Den nye kommuneloven av 2018 trådte i kraft etter datoen for vår tolkningsuttalelse av 17.01.2018. I vår tolkningsuttalelse viser vi til bestemmelsen om delegering i § 23 nr. 4 i kommuneloven av 1992. Denne bestemmelsen er videreført med visse språklige endringer i den nye kommuneloven § 13-1 sjette ledd.² Regelen innebærer fortsatt at myndigheten til å treffe vedtak i saker som ikke har prinsipiell betydning, kan delegeres til kommunedirektøren. Kommunedirektøren kan i utgangspunktet delegerer sin myndighet videre til andre personer i administrasjonen.³ Dette følger av den alminnelige delegeringslæren som også stiller krav om at delegeringen må være forsvarlig.

Delegeringsadgangen kan være begrenset av lov. Barnehageloven § 11 trådte i kraft 01.01.2021, etter vår tolkningsuttalelse av 17.01.2018. Spørsmålet er om bhl. § 11 andre punktum begrenser kommunedirektørens adgang til å delegerer myndighet til personer eller organer som utøver barnehageeieroppgaver.

Barnehageloven § 11

Etter barnehageloven § 11 første punktum skal kommunen «likebehandle private og kommunale barnehager når den utfører oppgaver som barnehagemyndighet». Etter bestemmelsens andre punktum skal kommunen «organisere oppgavene den har som barnehagemyndighet adskilt fra oppgavene den har som barnehageeier når dette er egnet til å ivareta tilliten til kommunens upartiskhet som barnehagemyndighet».

At kommunen organiserer «oppgavene den har som barnehagemyndighet adskilt fra oppgavene den har som barnehageeier» innebærer at kommunens oppgaver som barnehagemyndighet ikke skal utføres av de samme personene eller ligge under nærmeste leder som også ivaretar oppgaver som barnehageeier.⁴ Formålet er å bidra til likebehandling av private og kommunale barnehager, men også å ivareta tilliten til kommunens upartiskhet når den er barnehagemyndighet overfor kommunale barnehager.⁵

Kravet om at kommunen skal organisere oppgavene adskilt gjelder kun når det «er egnet til å ivareta

tilliten til kommunens upartiskhet som barnehagemyndighet». Dette skal sørge for at kravet bare gjelder der det er behov for det. Det må gjøres en konkret vurdering av om det er behov for å organisere oppgavene adskilt. Ifølge forarbeidene er det klart at myndighetsoppgavene tilsyn og vedtak i dispensasjonssaker alltid må være adskilt fra eieroppgavene.

Bestemmelsen i bhl. § 11 har sammenheng med habilitetsreglene i forvaltningsloven (fvl.). Det er et krav om at de som behandler saker i kommunen ikke er inhabile, jf. fvl. § 6 flg. Regelen i bhl. § 11 andre punktum er innført for å gi en klarere norm enn det som følger av habilitetsreglene i forvaltningsloven.⁶ Ordlyden «tilliten til kommunens upartiskhet» i bhl. § 11 andre punktum er ikke begrenset til å gjelde tilliten til foreldre med barn i barnehage. I vurderingen vil det være relevant hvorvidt organiseringen er egnet til å ivareta den generelle tilliten til kommunen som barnehagemyndighet.

For å avgjøre at en myndighetsoppgave skal organiseres adskilt fra barnehageeieroppgavene, er det ikke nødvendig å påvise at kommunen rent faktisk opptre upartisk når personer som ivaretar oppgaver som barnehageeier, også utøver myndighetsoppgaver. Terskelen er lavere enn dette, da det er tilliten til kommunens upartiskhet som er avgjørende. Det er ikke nødvendig å påvise at det har skjedd for eksempel usaklig forskjellsbehandling. Det er tilstrekkelig at tilliten til kommunes upartiskhet ikke er ivaretatt dersom personer som ivaretar oppgaver som barnehageeier utøver myndighetsoppgaver, for eksempel hvis dette er egnet til å svekke tilliten til at likhetsprinsippet blir overholdt.

Oppgavene med å fatte vedtak om individuell tilrettelegging og spesialpedagogisk hjelp

Dere mener at oppgavene med å fatte vedtak om individuell tilrettelegging og spesialpedagogisk hjelp, bør sidestilles med oppgavene tilsyn og vedtak om dispensasjon. Vi forstår dette slik at dere mener disse oppgavene alltid må organiseres adskilt fra oppgavene som barnehageeier.

Vi mener at det må gjøres en konkret vurdering i hvert tilfelle av om det er behov for at oppgavene skal organiseres adskilt. I tråd med lovens ordlyd må kommunen vurdere om myndighetsoppgavene med å fatte disse vedtakene skal organiseres adskilt fra barnehageeieroppgavene, ut ifra om dette er «egnet til å ivareta tilliten til kommunens upartiskhet som barnehagemyndighet».

Dere skriver følgende om oppgavene med å fatte vedtak om individuell tilrettelegging og spesialpedagogisk hjelp i brevet til oss:

«Særlig likhetsprinsippet vil gjøre seg gjeldene når det skal fattes vedtak i både private og kommunale barnehager. Hensynet til habilitet og at barn/foreldre har tillit til at denne er ivaretatt tilsier at vedtakskompetansen må være atskilt fra eieroppgaver. Statsforvalteren er også av den oppfatning at det vil være uheldig, dersom styrer i barnehagen skal bidra til å opplyse saken ved å komme med informasjon om den barnehagen en er styrer i, og samtidig ivareta objektiviteten når denne informasjonen skal vurderes i vedtaket. Det er også en utbredt praksis at styrere i barnehager

hjelper foreldrene med å fylle ut søknader om individuell tilrettelegging og henvisninger til PPT, slik at de da i praksis vil avgjøre saker etter søknader de selv har vært med på å fylle ut.»

Vi mener at dette er relevante momenter i vurderingen av kommunens organisering, som kan tale for en adskilt organisering. Også andre momenter, for eksempel basert på lokale hensyn i den enkelte kommune, vil kunne være relevante for vurderingen. Vi mener uansett at det må gjøres en konkret vurdering i hvert tilfelle i tråd med lovens ordlyd.

Organiseringens betydning for delegeringsadgangen

Myndigheten til å fatte vedtak om individuell tilrettelegging og spesialpedagogisk hjelp kan delegeres til kommunedirektøren etter den nye kommuneloven § 13-1 sjette ledd. Kommunedirektøren kan delegere myndigheten videre til andre personer i administrasjonen, men delegeringsadgangen kan være begrenset i lov.

Hvordan kommunen organiserer sine oppgaver etter bhl. § 11 andre punktum, har betydning for hvorvidt personer som utøver eieroppgaver også kan utøve myndighetsoppgaver. Dersom kommunen vurderer at oppgaver må organiseres adskilt for å ivareta tilliten til kommunenes upartiskhet, innebærer dette samtidig en begrensning i kommunedirektørens adgang til å delegere myndighetsoppgaver til personer eller organer som utøver eieroppgaver, herunder styrer i barnehagen. Organiseringen etter bhl. § 11 andre punktum kan dermed utgjøre en delegeringssperre.

Hvis kommunen vurderer at oppgavene med å fatte vedtak om individuell tilrettelegging og spesialpedagogisk hjelp skal organiseres adskilt fra oppgaver som barnehageeier, innebærer dette at disse vedtakene ikke kan fattes av de samme personene eller ligge under nærmeste leder som også ivaretar oppgaver som barnehageeier. Ved en slik organisering av oppgavene kan dermed ikke kommunedirektør delegere vedtaksmyndigheten videre til de som utfører oppgaver som barnehageeier. Dersom det ikke er behov for å organisere disse oppgavene adskilt, innebærer det at vedtakene kan fattes av de samme personene eller ligge under nærmeste leder som også ivaretar oppgaver som barnehageeier. Kommunedirektøren kan da delegere vedtakskompetansen videre til for eksempel barnehagestyrer.

Vår referanse: 2022/209

Noter

1 Tolkningsuttalelse av 17.01.2018 «Svar på spørsmål om spesialpedagogisk hjelp etter barnehageloven § 19 a»

2 Jf. Prop.46 L (2017–2018) Lov om kommuner og fylkeskommuner (kommuneloven) s. 379. 3 Jf. Prop.46 L (2017–2018) s. 379.

4 Prop.96 L (2019–2020) Endringer i folkehøgskoleloven, barnehageloven og voksenopplæringsloven

m.m. (samleproposisjon) s. 142.

5 Prop.96 L (2019–2020) pkt. 9.5 s. 107.

6 Prop.96 L (2019–2020) pkt. 9.5 s. 106.