

Kravet til uavhengig organisering

Kunnskapsdepartementet har svart Utdanningsdirektoratet på spørsmål om forståelsen av kravene i barnehageloven § 11.

TOLKNINGSUTTALELSE | 27.04.2023

Gjelder

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

Kravet til uavhengighet i barnehageloven § 11 Kunnskapsdepartementet viser til brev fra Utdanningsdirektoratet datert 3. mars 2022. I brevet stiller direktoratet spørsmål til forståelsen av kravene i barnehageloven § 11. Henvendelsen har bakgrunn i direktoratets veiledning av statsforvalterne og innspill direktoratet har mottatt, blant annet etter møte med statsforvalterne 30. juni 2022.

1. Spørsmål om forståelsen av barnehageloven § 11 – kravet til uavhengig organisering av barnehagemyndigheten

Barnehageloven § 11 stiller krav til likebehandling og uavhengighet når kommunen utfører lovpålagte oppgaver som barnehagemyndighet:

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

Spørsmålene dere stiller er knyttet til kravet til uavhengig organisering av oppgavene som barnehagemyndighet, jf. paragrafens andre punktum.

Dere spør

- om kommunene må vurdere og organisere samtlige oppgaver som barnehagemyndighet samlet eller om det kun gjelder for enkelte oppgaver, og
- om plikten til å vurdere og organisere oppgavene adskilt slår inn når det er egnet til å ivareta tilliten til kommunens upartiskhet som barnehagemyndighet eller om den slår inn når det er nødvendig for å bidra til å ivareta upartiskhet og tillit til kommunen som barnehagemyndighet.

Oppgavene eller den enkelte oppgave?

Når det gjelder det første spørsmålet har Utdanningsdirektoratet tatt utgangspunkt i bestemmelsens ordlyd. Direktoratet mener at bruken av bestemt form flertall i begrepet «organisere oppgavene» i bhl. § 11 andre punktum klart taler for at det er samtlige oppgaver kommunen har som barnehagemyndighet som skal vurderes og organiseres samlet. Dere viser også til Prop. 96 L (2019-2020) og mener at merknadene til § 11 underbygger denne forståelsen, gjennom bruk av bestemt form flertall: [...] kommunens oppgaver som barnehagemyndighet [...] Samtidig finner dere at øvrige merknader til § 11 leder i motsatt retning:

Kravet gjelder ikke der det ikke er noe behov for en slik organisering ut fra disse hensynene. For enkelte oppgaver, for eksempel tilsyn og behandling av søknader om dispensasjon, er det klart at oppgaven må være organisert adskilt fra eieroppgavene, uavhengig av om det er private barnehager i den aktuelle kommunen. Når det gjelder tilskudd til private barnehager er det i dag opp til kommunen å avgjøre om den vil gi tilskudd til barnehager som søker om godkjenning etter at barnehagesektoren er rammefinansiert. Kommunen kan da legge vekt på at den heller vil drive barnehagene selv.

Dere viser videre til formålet med bestemmelsen, som er å ivareta tilliten til kommunens upartiskhet som barnehagemyndighet og å bidra til likebehandling av private og kommunale barnehager, men mener likevel at en bør være forsiktig med å fravike den naturlige forståelsen av ordlyden.

Terskel – egnet eller nødvendig/behov

Det andre spørsmålet gjelder terskelen for når kravet til uavhengig organisering av barnehagemyndigheten aktualiseres.

Direktoratet fremhever ordlyden i bestemmelsen: når det er egnet til å ivareta tilliten til kommunens upartiskhet som barnehagemyndighet. Dere mener ordlyden egnet til taler for en lav terskel for at kravet aktualiseres, da egnet til betyr at det er passende til å oppnå formålet om tillit til kommunens upartiskhet.

Direktoratet påpeker videre at bestemmelsen skal bidra til å sikre likebehandling av private og kommunale barnehager og at dette taler for at formålet med bhl. § 11 andre punktum skal tolkes utvidende.

Direktoratet viser videre til at det er hensynene til likebehandling og tillit til kommunens upartiskhet som barnehagemyndighet som er avgjørende for om plikten til å organisere oppgavene adskilt slår inn og mener dette taler for at plikten aktualiseres når det er nødvendig for å bidra til å ivareta upartiskhet og tillit til kommunen som barnehagemyndighet. Dette mener dere i så fall innebærer at terskelen er noe høyere enn det ordlyden tilsier.

2. Departementets vurdering

Må kommunene vurdere og organisere samtlige oppgaver som barnehagemyndighet samlet eller gjelder det kun for enkelte oppgaver?

Barnehageloven § 11 stiller krav til kommunens organisering av oppgavene den har som barnehagemyndighet. Dette innebærer en begrensning i det kommunale selvstyret, jf. kommuneloven § 2-1. Kravet er ment å gi en klarere norm enn det som følger av habilitetsreglene i forvaltningsloven.

Når det gjelder forståelsen av formuleringen når dette er egnet til å ivareta tilliten til kommunens upartiskhet som barnehagemyndighet, viser vi til Prop. 96 L (2019-2020) og særlig merknadene til andre punktum:

Kravet om uavhengighet skal bidra til å sikre likebehandling av private og kommunale barnehager og ivareta tilliten til kommunens upartiskhet som barnehagemyndighet. Kravet gjelder ikke der det ikke er noe behov for en slik organisering ut fra disse hensynene. For enkelte oppgaver, for eksempel tilsyn og behandling av søknader om dispensasjon, er det klart at oppgaven må være organisert adskilt fra eieroppgavene, uavhengig av om det er private barnehager i den aktuelle kommunen. Når det gjelder tilskudd til private barnehager er det i dag opp til kommunen å avgjøre om den vil gi tilskudd til barnehager som søker om godkjenning etter at barnehagesektoren er rammefinansiert. Kommunen kan da legge vekt på at den heller vil drive barnehagene selv. Hensynet til likebehandling og til å ivareta tilliten til kommunens upartiskhet som barnehagemyndighet tilsier ikke at det er behov for å organisere denne oppgaven adskilt fra oppgavene kommunen har med å drive de kommunale barnehagene.

Bakgrunnen for innføring av lovkravet var et behov for å profesjonalisere kommunens ivaretagelse av

oppgavene som lokal barnehagemyndighet. Som lokal barnehagemyndighet har kommunen blant annet ansvar for godkjenning, tilsyn og veiledning av barnehager for å påse at barnehagene følger regelverket. Ansvaret gjelder både kommunale og private barnehager. Dette innebærer blant annet at kommunen fører tilsyn med barnehager som kommunen selv driver. Videre kan kommunen som lokal barnehagemyndighet gi barnehager dispensasjon fra bemanningskravene i barnehageloven med forskrifter. (I forutgående høring ble det forslått å legge denne oppgaven til statsforvalteren, men dette møtte mye motstand fra høringsinstansene.) I tillegg har kommunen ansvar for blant annet godkjenning, finansiering, veiledning, rett til plass, samordnet opptak og redusert foreldrebetaling.

Kravet til kommunens organisering av oppgavene den har som barnehagemyndighet må ses i sammenheng med det kommunale selvstyret og at kommunenes organisatoriske handlefrihet ikke skal innskrenkes mer enn nødvendig for å ivareta nasjonale mål, jf. kommuneloven § 2-2. Slike avveininger er gjort i Prop. 96 L (2019-2020). Vi vil også vise til drøftingene i forarbeidene til kommuneloven og Prop. 46 L (2017–2018) kapittel 27.3 om kommunen som tilsynsmyndighet, der behovet for uavhengige tilsyn på barnehageområdet ble tatt opp.

Merknadene til § 11 må ses i sammenheng, slik at kommunens oppgaver som barnehagemyndighet ikke forstås isolert. Ovennevnte merknad til § 11 synliggjør vurderingen av at det ikke er behov for stille krav til adskilt organisering av kommunens oppgaver som barnehagemyndighet for alle myndighetsoppgaver. Tilsyn og behandling av dispensasjonssøknader er nevnt som typiske oppgaver der kravet skal gjelde. Rekkevidden av kravet til adskilt organisering av myndighetsoppgavene må dermed vurderes skjønnsmessig opp mot bestemmelsens formål.

Aktualiseres plikten til å organisere oppgavene adskilt når det er «egnet til å ivareta tilliten til kommunens upartiskhet som barnehagemyndighet» eller når det er nødvendig for å bidra til å ivareta upartiskhet og tillit til kommunen som barnehagemyndighet?

Kommunen skal ifølge § 11 andre punktum 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.

Formålet med denne presiseringen i loven er å forhindre at det kan oppstå en situasjon der en kommune må organisere oppgavene på en bestemt måte, uten at det er behov for det ut fra hensynet til likebehandling eller for å ivareta tilliten til kommunens upartiskhet som barnehagemyndighet. Kravet gjelder dermed når likebehandlingshensynet, eller hensynet til å ivareta tilliten til kommunens upartiskhet, tilsier at det er behov for å organisere denne oppgaven adskilt fra oppgavene kommunen har som barnehageeier.

Kunnskapsdepartementet vurderer at det ikke er motstrid mellom lovens ordlyd og uttalelsene i forarbeidene. Om kravet til uavhengig organisering er oppfylt avhenger av en skjønnsmessig helhetsvurdering av om likebehandling og tilliten til kommunens upartiskhet kan ivaretas for den enkelte myndighetsoppgave gjennom kommunens valgte organisering. Hvilken organisering som kreves avhenger av faktorer i den enkelte kommune.

