

Vedtak om spesialpedagogisk hjelp og tilrettelegging og kravet til uavhengig organisering

Kan enhetsleder for kommunale barnehager ha ansvaret for å fatte vedtak om spesialpedagogisk hjelp og vedtak om tilrettelegging av barnehagetilbudet til barn med nedsatt funksjonsevne? Eller bryter dette med kravet til uavhengighet i barnehageloven?

TOLKNINGSUTTALELSE | 05.06.2024

Gjelder

- [Barnehageloven - § 11 Krav til likebehandling og uavhengighet](#)
- [Barnehageloven - § 35 Vedtak om spesialpedagogisk hjelp](#)
- [Barnehageloven - § 37 Barn med nedsatt funksjonsevne](#)
- [Barnehageloven - Regelverk og tilsyn](#)

Statsforvalteren i Agder har stilt spørsmål om det å legge ansvaret for å fatte vedtak om spesialpedagogisk hjelp og vedtak om tilrettelegging av barnehagetilbudet til barn med nedsatt funksjonsevne til enhetsleder for kommunale barnehager er i samsvar med kravet til uavhengighet i barnehageloven § 11 andre punktum.

I henvendelsen skriver Statsforvalteren at de har fått et spørsmål fra en kommune om kravet til uavhengig organisering i barnehageloven. Kommunen er i gang med en administrativ omorganisering, og skal lyse ut ny stilling som enhetsleder for kommunale barnehager. Enhetslederen skal også ha personalansvaret for spesialpedagogene, ansvaret for budsjettet til spesialpedagogiske tjenester og enhetsleder skal fatte

vedtak om spesialpedagogisk hjelp og vedtak om tilrettelegging av barnehagetilbudet til barn med nedsatt funksjonsevne. Vi gjør oppmerksom på at vi ikke tar stilling til den konkrete organiseringen i kommunen i det følgende.

Vårt svar

1. Organiseringen er nødvendig for å ivareta hensynet til likebehandling av private og kommunale barnehager eller for å ivareta tilliten til kommunens upartiskhet som barnehagemyndighet

Barnehageloven (bhl.) § 11 andre punktum regulerer kommunens plikt til å organisere oppgavene som barnehagemyndighet og barnehageeier adskilt. Bestemmelsen ser slik ut:

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.

Bruken av ordet «skal» i bhl. § 11 andre punktum innebærer at kommunen har en plikt til å organisere oppgavene adskilt fra hverandre. For at denne plikten skal utløses, må en adskillelse av oppgavene være «egnet til å ivareta tilliten til kommunens upartiskhet som barnehagemyndighet.» jf. ordlyden.

At noe er «egnet» betyr at det er skikket til noe; her i betydning av at organiseringen er passende til å ivareta tilliten til kommunens upartiskhet som barnehagemyndighet. Det er ikke krav om at organiseringen faktisk må føre til tillit til kommunens upartiskhet som barnehagemyndighet, da det holder at det skal være passende til å oppnå formålet. Det taler for at det skal lite til for at plikten til å organisere oppgavene adskilt slår inn.

I merknadene til bhl. § 11 i Prop. 96 L (2019-2020) (forarbeidene) står det imidlertid at:

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 er behov for en slik organisering ut fra disse hensynene.

I tillegg til at bestemmelsen skal ivareta kravet til kommunens upartiskhet som barnehagemyndighet, legger departementet til grunn at den også skal bidra til å sikre likebehandling av private og kommunale barnehager. Dette taler for at formålet med bhl. § 11 andre punktum skal tolkes utvidende.

Videre sier departementet at det er behovet for organisering ut fra disse hensynene som er avgjørende for om plikten til å organisere oppgavene adskilt slår inn. Det taler for at plikten slår inn når det er nødvendig for å bidra til å ivareta upartiskhet og tillit til kommunen som barnehagemyndighet. Dette er en annen terskel enn den som følger av ordlyden i bhl. § 11 andre punktum, og innebærer i så fall at terskelen er noe høyere enn det ordlyden tilsier.

Under punkt 9.5 Departementets vurderinger i forarbeidene fremgår det at en del kommuner mener at kravet til uavhengig organisering ikke vil fungere like godt for alle myndighetsoppgaver. I forlengelsen av dette skriver departementet at de

støtter derfor at kravet om at kommunen skal organisere oppgavene den har som barnehagemyndighet adskilt fra oppgavene den har som barnehageeier, bare bør gjelde der det er behov for det. Formålet bak kravet til kommunens organisering er å bidra til likebehandling av private og kommunale barnehager, men også til å ivareta tilliten til kommunens upartiskhet når den er barnehagemyndighet overfor kommunale barnehager. Departementet foreslår at dette skal fremgå av bestemmelsen. Formålet med presiseringen er å forhindre at det kan oppstå en situasjon der en kommune må organisere oppgavene på en bestemt måte, uten av det er behov for det ut fra hensynet til likebehandling eller for å ivareta tilliten til kommunens upartiskhet som barnehagemyndighet.

Det følger av kommuneloven § 2-2 første ledd at [d]et kommunale selvstyre bør ikke begrenses mer enn det som er nødvendig for å ivareta nasjonale mål.» Det er på det rene at bhl. § 11 begrenser det kommunale selvstyre, gjennom å stille krav til hvordan kommunen skal organisere seg. Bestemmelsen i kommuneloven § 2-2 første ledd er en viktig tolkningsregel i forståelsen av bestemmelser som begrenser det kommunale selvstyre; det er en sterk formodning mot at en lov foretar eller gir hjemmel for inngrep i det kommunale selvstyre som ikke er forholdsmessige.

Et vilkår om at organiseringen er nødvendig for å ivareta hensynet til likebehandling av private og kommunale barnehager eller for å ivareta tilliten til kommunens upartiskhet som barnehagemyndighet er mindre inngripende i kommunens organisering enn et vilkår om at organiseringen er egnet. Det taler for at bhl. § 11 andre punktum skal forstås som at kommunens plikt til å organisere oppgaver som barnehagemyndighet og barnehageeier adskilt gjelder når organiseringen er nødvendig for å ivareta hensynet til likebehandling av private og kommunale barnehager eller for å ivareta tilliten til kommunens upartiskhet som barnehagemyndighet.

Etter dette mener vi at kommunen har plikt til å organisere oppgaver som barnehagemyndighet og barnehageeier adskilt når organiseringen er nødvendig for å ivareta hensynet til likebehandling av private og kommunale barnehager eller for å ivareta tilliten til kommunens upartiskhet som barnehagemyndighet.

2. Konkret vurdering av nødvendighet

Det er kommunen som må vurdere om det er nødvendig å organisere oppgaver som barnehagemyndighet adskilt fra oppgavene som barnehageeier for å ivareta hensynet til likebehandling av private og kommunale barnehager eller for å ivareta tilliten til kommunens upartiskhet som barnehagemyndighet etter bhl. § 11. Kommunen må gjøre en konkret vurdering av om det er behov for å organisere oppgavene adskilt.

Bestemmelsen i bhl. § 11 har sammenheng med habilitetsreglene i fvl. Regelen i bhl. § 11 andre punktum

er innført for å gi en klarere norm enn det som følger av habilitetsreglene i forvaltningsloven.¹ Ordlyden «tilliten til kommunens upartiskhet» i bhl. § 11 andre punktum er ikke begrenset til kun å gjelde tilliten til foreldre med barn i barnehage. I vurderingen vil det være relevant hvorvidt organiseringen er nødvendig for 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 finne ut om kommunen rent faktisk opptrer upartisk når personer som ivaretar oppgaver som barnehageeier, også utøver myndighetsoppgaver.

Momenter i nødvendighetsvurderingen

Noen oppgaver kommunen har som barnehagemyndighet vil etter sin art stille høye krav til en tillitsfull og forsvarlig saksbehandling. Dette gjelder for eksempel oppgaver hvor kommunen fatter vedtak. I de fleste tilfeller kan man argumentere for at det er lite tillitsvekkende å behandle søknader fra seg selv.

Vedtak om spesialpedagogisk hjelp og tilrettelegging av barnehagetilbudet for barn med nedsatt funksjonsevne, vil utløse ressurser for de barna det gjelder. Ressursene som følger med et slikt vedtak, vil i mange tilfeller gjøre det lettere å drive barnehagen. Det skyldes at barnas behov ikke må løses innenfor det normale barnehagetilbudet, noe som frigjør ressurser til resten av barnehagedriften. Hvis oppgaven å fatte vedtak om spesialpedagogisk hjelp og vedtak om tilrettelegging for barn med nedsatt funksjonsevne legges sammen med oppgaven å drive de kommunale barnehagene, kan det føre til at tilliten til kommunens upartiskhet som barnehagemyndighet svekkes. Det taler for at det er nødvendig å organisere oppgavene adskilt.

Hensynet til likebehandling av kommunale og private barnehager gjør seg ikke direkte gjeldende i behandlingen av saker som gjelder barnehageloven §§ 35 og 37, fordi vedtak om spesialpedagogisk hjelp og tilrettelegging etter barnehageloven gjelder rettighetene til barn og ikke barnehager. Men når kommunen beregner tilskudd til private barnehager etter forskrift om tildeling av tilskudd til private barnehager § 3 første ledd, skal utgifter til spesialpedagogisk hjelp og tilrettelegging av barnehagetilbudet til barn med nedsatt funksjonsevne i kommunale barnehager ikke tas med i beregningen av driftstilskuddet til private barnehager. Slike vedtak kan føre til at kommunen ikke setter inn tiltak innenfor den normale driften av barnehagen, som for eksempel økt grunnbemanning. Det betyr at vedtak om spesialpedagogisk hjelp og tilrettelegging av barnehagetilbudet for barn i kommunale barnehager kan ha betydning for størrelsen på tilskuddet til private barnehager. Det taler for at det er behov for å organisere oppgavene adskilt.

Kommunen er også forpliktet til å vurdere barnets beste i utøvelsen av skjønnet i bhl. § 11 andre punktum, jf. barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1. I Rt.2015 s. 93 og Rt.2015 s. 155 legger Høyesterett til grunn at barnets beste-vurderingen innebærer en to-trinnsvurdering. Først må innholdet i barnets beste avklares (optimaliseringsnormen). Deretter må det som vurderes å være til barnets beste avveies mot eventuelle motstridende hensyn (avveiingsnormen).

Hvis det ikke er mulig med en harmonisering, skal barnets beste ikke bare være ett av flere hensyn; det skal

bli vurdert som et grunnleggende hensyn («primary consideration»). Barnekomiteen har i Generell kommentar nr. 14 uttalt at dette innebærer at barnets interesser skal ha høy prioritet. Det skal ikke bare være ett av flere momenter i en helhetsvurdering; det skal tillegges stor vekt.

Kommunen må vurdere om det er til det beste for barna i kommunen at oppgavene å fatte vedtak om spesialpedagogisk hjelp og vedtak om tilrettelegging for barn med nedsatt funksjonsevne organiseres sammen med oppgavene som eier, eller om det er til det beste for barna at oppgavene organiseres adskilt.

En adskillelse av oppgavene vil bidra til å sikre at det fattes vedtak om spesialpedagogisk hjelp og tilrettelegging for barn med nedsatt funksjonsevne i samsvar med kravene i bhl. §§ 35 og 37, og at det er mindre fare for at det legges vekt på utenforliggende hensyn. Vi mener at dette taler for at det er til barnets beste at oppgavene organiseres adskilt. Det er imidlertid opp til kommunene å gjøre den konkrete vurderingen av barnets beste.

Vår referanse: 2024/9592