



Artikkelen er
FAGFELLEVDERT

STYRING AV BARNEHAGE- SEKTOREN OG BEGRENSNINGENE I KOMMUNENES HANDLEFRIHET

Anne Oline Haugen, førstelektor i juridiske fag, Høgskolen i Hedmark



Kommunene har ansvaret for full barnehagedekning og for kvaliteten i barnehagene. Samtidig er det begrensninger i kommunenes styring av barnehagesektoren.

Dette gjelder blant annet reglene om etablering og tilskudd, godkjenning, tilsyn og opptak. I denne artikkelen blir det foretatt en gjennomgang av reglene som både gir kommunene kompetanse og som begrenser kommunenes styringsmuligheter. Det gis også en vurdering av hvor hensiktsmessige disse begrensningene er når det gjelder målet om full barnehagedekning og sikring av kvaliteten.

I og med at sektoren har et så stort innslag av ikke-kommunale barnehager, og de forvaltningsrettslige reglene ikke regulerer kommunale og ikke-kommunale barnehager på samme måte, ligger det flere interessante forvaltningsrettslige problemstillinger her. Denne artikkelen er et forsøk på å belyse noen av problemstillingene.

Om sektoren

Barnehagesektoren har omtrent 85.000 ansatte og 270.000 barn. Årlig omsetning er ca. 40 milliarder kroner, og sektoren har et stort innslag av private aktører, ca. 50 prosent. Dette innebærer både at ca. 50 prosent av barnehagene er ikke-kommunale, og at ca. 50 prosent av barnehageplassene er ikke-kommunale (NOU 2012:1 s. 18 flg.). Det er de samme reglene som gjelder alle

ikke-kommunale barnehager uavhengig av om de er drevet av ideelle organisasjoner eller store barnehageforetak/kjeder.

Barnehagesektoren inngår som en del av kommunal sektor. Det vil si at kommunene er barnehage- og tilsynsmyndighet, samtidig som de eier ca. 50 prosent av barnehagene. Dette innebærer at det kommunale selvstyret er en sentral problemstilling ved regulering av sektoren. Staten må for det første ha hjemmel i lov for å få utført de arbeidsoppgavene som er ønskelig i kommunal sektor. For det andre innebærer det også at lovgivningen må ta visse hensyn. Lovgivningen som retter seg mot kommunal sektor skal i størst mulig grad ta utgangspunkt i prinsippene om nasjonal rammestyring og størst mulig lokal organisasjonsfrihet.

Kommunens dobbeltrolle

Sektoren består som nevnt av kommunale barnehager og ikke-kommunale barnehager som kommunen har ansvar for. I ansvaret ligger blant annet at kommunen skal godkjenne barnehagene, føre tilsyn med dem, foreta opptak og utbetale tilskudd til de ikke-kommunale barnehagene. Dette innebærer at kommunene får en dobbelt-



FOTO: COLOURBOX

rolle, både som eier av egne barnehager og som barnehagemyndighet. Selve organiseringen av disse oppgavene vil kunne medføre økt ressursbruk, i og med at kommunene må sørge for å organisere oppgavene slik at habilitetsproblemer ikke oppstår.

Sektoren har vokst svært fort de siste årene, noe som i seg selv innebærer økt arbeidsbelastning for kommunene. Antall barnehager som kommunen skal føre tilsyn med har økt, det er mange flere barnehager i det samordnede opptaket, det er mange flere ikke-kommunale barnehager som skal ha tilskudd etc. Arbeidsoppgavene som er tillagt kommunene når det gjelder godkjenning, tilsyn, opptak og tilskudd, har blitt svært omfattende.

Lovfestet rett til barnehageplass

Det har også skjedd flere viktige endringer i regelverket knyttet til sektoren. Blant annet er det innført rett til plass i barnehage for barn som fyller ett år innen utgangen av august, se barnehageloven § 12a. Det er en forutsetning at det søkes innen søknadsfristen. I dette ligger at foreldrene har rettskrav på at barnet får plass, og kan gå til søksmål dersom barnet ikke får plass. Konsekvensen av den nasjonale lovgivningen er derfor at kommunene i stor grad er avhengig av privat sektor, det vil si de ikke-kommunale barnehagene, for å oppfylle disse kravene.

Det andre er at tilskuddsordningen i

barnehagesektoren ble endret fra 2011, se barnehageloven § 14 med forskrifter. Tilskuddene er ikke lenger øremerket, men er nå lagt inn i rammetilskuddet. Dette innebærer at de ikke-kommunale barnehagene kan behandles forskjellig, avhengig av etableringstidspunktet. De ikke-kommunale barnehagene som er etablert før 1. januar 2011, har krav på tilskudd, og barnehager som søker om godkjenning etter dette tidspunktet, har ikke krav på tilskudd. Her kan kommunene ut fra sine behov avgjøre om de skal ha nyetableringer innenfor sektoren. Det er også utredet et forslag om ny barnehagelov i NOU 2012:1.

Barnehagene ligger innenfor det som juridisk sett kan betegnes som spesiell forvaltningsrett, med lov 17. juni nr. 64.2005

om barnehager (barnehageloven) med forskrifter som spesiell lov og lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningsaker (forvaltningsloven) som generell lov. De forvaltningsrettslige utfordringene ligger blant annet i spennet mellom kommunal sektor og statlig tilsyn og den forvaltningsrettslige likebehandlingen av kommunale og ikke-kommunale barnehager.

Privatrettslige problemstillinger

I tillegg til de forvaltningsrettslige problemstillinger, vil det også være en rekke privatrettslige problemstillinger her. Dette fordi barnehageloven ikke regulerer kon-

FOTO: PER FLAKSTAD/FAGBLADET



traktsvilkårene mellom barnehageeier og foreldrene/foresatte. Kontraktsvilkårene må følge alminnelige kontraktsrett, og Forbrukerombudet skal føre tilsyn med at markedsføring og avtalevilkår er i samsvar med lov 9. januar 2009 nr. 2 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår (markedsføringsloven). Dette understrekes også i rundskriv F08-2006 s. 34. Disse problemstillingene vil ikke bli berørt her.

Tolking av barnehageloven

Etter hvert som sektoren har vokst og endret seg, har det også skjedd endringer i måten tilsynet har vært organisert på, og det er vurdert ytterligere endringer.

Det er lite rettspraksis knyttet til barnehagesektoren, noe som kan gjøre tolkingen av lovgivingen vanskelig. Imidlertid foreligger det en rikholdig forvaltningspraksis. Dette er en rekke rundskriv og uttalelser fra Kunnskapsdepartementet og nå også fra Utdanningsdirektoratet. Det foreligger også uttalelser fra Justisdepartementets lovavdeling og fra ombudsmannen for forvaltningen – Sivilombudsmannen.

Fylkesmennene har også en omfattende praksis, men den er imidlertid ikke så systematisert at den er lett tilgjengelig, og denne praksisen har neppe samme rettskildemessige tyngde som for eksempel praksis fra departementet.

Ansvar for dekning og kvalitet

De viktigste kravene som retter seg mot barnehagesektoren, altså kommunene, er kravene om dekningsgrad og kvalitet. Kommunen vil her opptre både som barne-

Barnehageloven § 12a slår fast at en stor gruppe barn har rettskrav på barnehageplass.

hageeier og barnehagemyndighet, og vil ha ansvar for kvaliteten i alle barnehagene, ikke bare de kommunale. I tillegg vil kommunen ha ansvaret for at rettighetene til barnehageplass etter barnehageloven § 12a er oppfylt, ved hjelp av det totale antall barnehageplasser i kommunen.

Dekning

Tidligere var kommunen forpliktet til å sørge for at det fantes et tilstrekkelig antall barnehageplasser for barn under opplæringspliktig alder. Nå er barna gitt en individuell rettighet. Barnehageloven § 12a slår fast at en stor gruppe barn har rettskrav på barnehageplass. Rettskrav innebærer blant annet at kravet kan innfris ved å forfølge kravet ved søksmål for domstolene, og det kan kreves erstatning dersom kravet ikke oppfylles.

Det er to hovedvilkår som må være oppfylt for å ha rettskrav på plass. Barnet må for det første fylle ett år senest innen utgangen av august det året det søkes om barnehageplass, og for det andre må det søkes innen søknadsfristen. I tillegg til disse to hovedvilkårene, er det etter barnehageloven § 12a annet ledd, i den kommunen barnet er bosatt at barnet har krav på plass. Barnet er bosatt i den kommunen barnet har bostedsadresse. Bestemmelsen er ikke til hinder for interkommunalt samarbeid (Ot.prp. nr. 52 (2007–2008 s. 37).

Kommunen er forpliktet etter barne-

hageloven § 8 annet ledd til å tilby barnehageplass til barn under opplæringspliktig alder, men de som ikke omfattes av barnehageloven § 12a har ikke de samme rettigheter. Imidlertid er retten etter barnehageloven § 12a kun en minimumsforpliktelse. Det er ikke noe i veien for at kommunen kan tilby plass til de barna som ikke har denne rettigheten dersom det er kapasitet, for eksempel barn bosatt utenfor kommunen.

I 2011 gikk 13.800 barn som i utgangspunktet ikke hadde rett til plass, likevel i barnehage. Av disse var 62 prosent i en ikke-kommunal barnehage og 38 prosent i en kommunal barnehage (St. meld. Nr. 24 (2012–13 s. 26). At det er såpass mange flere i ikke-kommunale barnehager, kan skyldes at disse kan fastsette egne opptakskriterier etter barnehageloven § 7 fjerde ledd, for eksempel om opptak av barn uten rett til plass. Det at det er såpass mange uten rett som har plass, behøver derfor ikke bare være uttrykk for tilstrekkelig kapasitet.

Opptak

Etter bestemmelsen har kommunen opptak minimum én gang i året. Det innebærer at de barna som fyller ett år fra og med 1. september først har rettskrav på plass den høsten de fyller to år. Imidlertid er det en rekke kommuner og barnehager som har fortløpende opptak.

Dersom opptak to ganger i året blir gjennomført, vil det redusere ventetiden for familier med barn født 1. september eller senere.

Det går frem av stortingsmeldingen om Framtidens barnehage at regjeringen på lengre sikt vil innføre krav om to barnehageopptak i året (St. meld. nr. 24 (2012–13 s. 28). Dersom opptak to ganger i året blir gjennomført, vil det redusere ventetiden for familier med barn født 1. september eller senere. På den annen side må kommunen øke kapasiteten. Det fremgår av St. meld. nr. 24 (2012–13) kapittel 11 at dette tiltaket medfører ytterligere 8200 plasser, og vil ha en kostnad på 1,35 milliarder kroner. Hvordan barnehageloven § 12a da vil bli uformet, gjenstår å se.

Det som er helt på det rene er at kommunen allerede har omfattende rettslige forpliktelser knyttet til en stor gruppe barn.

Kvalitet

Kvalitetsbegrepet inneholder mange forskjellige elementer. Bemanning i barnehagen, barnegruppens størrelse og personalets kompetanse er de viktigste strukturelle faktorene for barnehagens kvalitet ifølge OECD (OECD 2012b). Etter barnehageloven § 18 femte ledd må bemanningen være tilstrekkelig til at personalet kan drive en tilfredsstillende pedagogisk virksomhet. Det er derfor barnehageeier som bestemmer hva som er tilstrekkelig bemanning i barnehagene. For de kommunale barnehagene er dette kommunen, og for de ikke-kommunale barnehagene de enkelte barnehagene. Det er imidlertid en forskrift med krav om pedagogisk bemanning, det vil si krav om antall ansatte med pedagogisk kompetanse, men altså ingen helhetlige bestemmelser om det totale antallet ansatte (FOR-2005-12-16-1507).

At det ikke er fastlagt hva bemanningen skal være, men at dette er overlatt til barne-

hageeier, er naturlig nok en svakhet når det gjelder kvalitetsbegrepet. Manglende krav knyttet til disse kvalitetselementene som er nevnt, vil naturlig nok være et ressurs-spørsmål. Lovgiver har nok heller ikke ønsket å detaljregulere, hverken kommunene eller de ikke-kommunale barnehagene.

I St. meld. nr. 24 (2012–2013) foreslår regjeringen en rekke tiltak for å styrke bemanningen i barnehagene. Disse forslagene går dels ut på å oppfylle allerede eksisterende krav, og også å øke kravene til pedagogisk bemanning.

Heller ikke barnegruppens størrelse er regulert i dagens barnehagelov, og regjeringen vil vurdere å innføre en bestemmelse i loven som regulerer dette. I tillegg til de nevnte elementene vil naturlig nok også de andre vilkårene i lovverket for å få barnehagen godkjent ha betydning for kvaliteten, se under godkjenning.

Styringsverktøy

Kommunen har en rekke styringsverktøy de anvender i styringen av barnehagesektoren, det vil si for å oppnå de krav som stilles. De sentrale verktøyene inngår i kompetansegrunnlagene som knytter seg til godkjenning, etablering, tilskudd, tilsyn og samordnet opptak.

Godkjenning

Det er kommunen som er godkjenningmyndighet, og slik sett er det kommunen som barnehagemyndighet som avgjør hvilke barnehager som skal godkjennes. Krav til virksomhetene følger dels av barnehageloven og dels av annen lovgivning. Bestemmelsene i barnehageloven § 10 om kommunen som godkjenningmyndighet er

svært kortfattet. Bestemmelsen sier kun at godkjenningen skal vurdere barnehagens egnethet i forhold til formål og innhold. Dette innebærer at også andre bestemmelser i barnehageloven må trekkes inn. Noen av kravene fremgår av barnehageloven §§ 1 og 2, og ytterligere krav fremgår blant annet av forskrift om miljørettet helsevern, byggt teknisk forskrift og veiledende arealnorm (FOR 2003-04-25 nr. 486, FOR-2010-03-26-489 og NOU 2012:1 pkt. 16.5).

Etter barnehageloven § 2 annet ledd skal barnehagen gi muligheter for lek, livsutfoldelse, og meningsfulle opplevelser og aktiviteter. Lovens krav må være oppfylt. Det går også frem av bestemmelsen at kommunen kan sette vilkår knyttet til antall barn, barnas alder og oppholdstid. Det går frem av forarbeidene til bestemmelsen at denne opplistingen av vilkår er uttømmende (Ot.prp. nr. 72 (2004–2005 s. 60). Settes det andre vilkår, vil disse kunne være ugyldige.

Helsemyndighetene, plan- og bygningsmyndighetene med flere har alle et ansvar på sine respektive områder, men barnehagemyndighetene har et overordnet ansvar for barnehagene, det vil si for at alle kravene er oppfylt. For disse områdene gjelder som hovedregel at kommunen tar beslutning i første instans, mens avgjørelsene kan overprøves av statlig klageorgan.

Kommunens avgjørelse om godkjenning vil være et enkeltvedtak, og reglene om enkeltvedtak i forvaltningsloven vil komme til anvendelse. Det fremgår av barnehageloven § 10 tredje ledd at Fylkesmannen er klageinstans, og slik sett er det Fylkesmannen som tar den endelige avgjørelsen. Fylkesmannen kan overprøve kommunens

skjønn fullt ut. Den ikke-kommunale barnehagen har klagerett dersom godkjenning ikke blir gitt. I tillegg vil barnehagen ha klagerett selv om godkjenning blir gitt, dersom den ikke er enig i de vilkår som blir satt.

Det at loven uttømmende angir hvilke vilkår kommunen kan sette, gjør at kommunen ikke kan heve kravene til kvalitet i barnehager som søker om godkjenning utover det som følger av loven, for eksempel ved ytterligere krav til bemanning. For de kommunale barnehagene kan kommunen sette ytterligere vilkår, for der vil kommunen selv stå som eier.

Etablering og tilskudd barnehageloven § 14

Det er kommunen som avgjør hvilke nye barnehager som kan etablere seg, og det er kommunen som har ansvar for utbetaling av tilskudd. Tidligere var det slik at barnehager som ble godkjent etter loven automatisk hadde krav på tilskudd – en form for fri etableringsrett. Dette er endret fra 1. januar 2011, da sektoren ble rammefinansiert.

Det går frem av barnehageloven § 14 første ledd at kommunen skal yte tilskudd til driften av de ikke-kommunale barnehagene som ble godkjent før barnehagesektoren ble rammefinansiert. Her har kommunene en absolutt forpliktelse: Selv om kommunen kan mene at en ikke-kommunal barnehage er overflødig, så har ikke kommunen kompetanse til å iverksette en beslutning om avvikling. Noe annet er at driften kan opphøre fordi barnehagen ikke får tilstrekkelig antall barn, og at barnehagen derfor selv bestemmer seg for å avvikle.

Av annet ledd går det frem at kommunen kan yte tilskudd til barnehager som søker om godkjenning etter at barnehagesektoren er rammefinansiert. I ordet kan ligge at kommunen avgjør søknaden etter eget skjønn. Dette går frem av forarbeidene til bestemmelsen (Ot.prp. nr. 57 (2007–2008) s. 40). Kommunene står likevel ikke helt fritt. Det er føringer knyttet til dette skjønnnet. Blant annet er det føringer i barnehageloven § 8 annet ledd, som forplikter kommunen til å tilpasse utbyggingsformer og driftsformer til lokale forhold og behov. Det innebærer blant annet at kommunen kan ta hensyn til demografiske forhold, fødselstall og lignende, og kommunen vil heller ikke være forpliktet til å finansiere barnehager som fører til overetableringer.

Kommunens utøving av skjønn

At kommunen avgjør søknaden etter eget skjønn, innebærer at avgjørelsen er overlatt til det frie skjønn, det vil si at domstolene ikke kan overprøve avgjørelsen. I tillegg innebærer det at Fylkesmannen som klageinstans må ta hensyn til det kommunale selvstyret når skjønnnet overprøves, se forvaltningsloven § 34. Det understrekes i forarbeidene at et fritt kommunalt skjønn kan sette kommunens dobbeltrolle som barnehagemyndighet og barnehageeier under press, men det legges til grunn at kommunen er bevisst sin dobbeltrolle.

Et fritt skjønn er likevel ikke helt fritt; her kommer læren om myndighetsoverskridelse inn i bildet, som er utviklet gjennom rettspraksis. Domstolene kan blant annet overprøve om kommunen har utøvet usaklig forskjellsbehandling eller tatt utenforliggende hensyn. Et sentralt spørsmål her vil være hvilke hensyn kommunen kan ta



FOTO: MONICA SCHANCHE/FAGBLADET

som kan bidra til kvalitetsheving m.m. i sektoren. Slik loven er utformet i dag, fremgår det ikke hvilke hensyn som kan vektlegges, og hensyn kan dermed fort kunne være utenforliggende. Dette kunne vært avklart i loven.

Dersom barnehagen kvalifiserer til tilskudd etter barnehageloven § 14 første eller annet ledd, vil størrelsen på tilskuddet og til dels saksbehandlingen knyttet til utbetaling av dette, være regulert i forskrift om likeverdig behandling ved tildeling av offentlig tilskudd til ikke-kommunale barnehager (FOR-2010-10-29-1379). Forskriften gir nærmere regler om kommunens plikt til å sørge for likeverdig behandling.

Den likeverdige behandlingen gjelder i forhold til de kommunale barnehagene. Det betyr at kommunen skal dekke driftskostnader som ikke dekkes av andre offentlige

tilskudd og foreldrebetaling. Tilskuddet utgjør pr. 1. august 2013 minimum 96 prosent av det kommunale barnehager mottar. Det følger av merknadene til forskriften at de kommunene som ikke har kommunale barnehager skal legge nasjonale satser for tilskudd til grunn (Udir-6-2013). Forskriften slår fast at eier av ikke-kommunal barnehage kan påklage kommunens vedtak om tildeling av tilskudd. Avgjørelsen er et enkeltvedtak og følger forvaltningslovens regler om enkeltvedtak, og det er de prosessuelle reglene i forvaltningsloven kapittel IV–VI som kommer til anvendelse.

[Kommunens mulighet til å bestemme over innholdet av avgjørelsen](#)

Kommunens adgang til å ha innflytelse over det materielle innholdet av avgjørelsen er svært begrenset. Det materielle

innholdet er det samme som realiteten i saken, for eksempel faktorer som knytter seg til kvalitet og dekning. Etter forskriften § 3 skal det kommunale tilskuddet dekke driftskostnader, kapitalkostnader og administrasjonskostnader. Utgangspunktet, det vil si de 100 prosentene, er tilskuddet kommunale barnehager mottok i gjennomsnitt året før.

Bestemmelsen inneholder en presisering. Dersom den ikke-kommunale barnehagen har lavere foreldrebetaling enn i tilsvarende kommunale barnehager, har kommunen ikke plikt til å dekke differansen. Om den ikke-kommunale barnehagen derimot har lavere lønnskostnader enn snittet for kommunale, vil ikke dette føre til noen reduksjon av tilskuddet. Det vil si at barnehagen til en viss grad kan få dekket kostnader den ikke har.

Telemarksforskning har gitt ut en rapport hvor kostnadsforskjellen i kommunale og ikke-kommunale barnehager blir belyst. (*Kostnadsforskjeller og kostnadsutvikling i kommunale og ikke-kommunale barnehager* av Trond Erik Lunder, 2013). Her går det frem at ikke-kommunale barnehager har lavere personalkostnader pr. årsverk enn kommunale barnehager. I den nevnte rapporten fra Telemarksforskning understrekes det at pensjon er utsatt lønn, og det spørres om en opptrapping til 100 prosent likebehandling, det vil si at de ikke-kommunale får tilsvarende tilskudd som kommunale barnehager, er ønskelig dersom kostnadene ikke er de samme.

Begrenset adgang til å sette vilkår

En annen begrensning i kommunens innflytelse over det materielle innholdet av avgjørelsen, er kommunens svært begren-

sete adgang til å sette vilkår. Av forskriften § 9 går det frem at kommunen kan sette relevante og rimelige vilkår til barnehagedriften, knyttet opp mot tilskuddet. Denne formuleringen er det samme som følger av den ulovfestede vilkårlæren (Eckhoff og Smith, 2010, s. 431 flg.). Forskriften inneholder derfor ingen hjemmel til å sette vilkår, den viser strengt tatt bare til vilkårlæren.

Utgangspunktet etter vilkårlæren og legalitetsprinsippet er at barnehagene har rettskrav på å få ytelsen dersom de oppfyller betingelsene. Det kan ikke knyttes vilkår til en ytelse vedkommende har rettskrav på å få; se her også Utdanningsdirektoratets merknader i rundskriv Udir-6-2013. De vilkårene som kan settes etter forskriften § 9, kan derfor bare knyttes til tilskudd som gis utover 96 prosent. Dette innebærer at dersom kommunen ønsker å heve kvaliteten i kommunale barnehager når det gjelder bemanning, areal osv., kan dette kun gjøres for den delen av tilskuddet som overstiger 96 prosent.

Dersom det er ønskelig at kommunen skal kunne sette vilkår for å kunne heve kvaliteten i barnehagen, må denne adgangen til å sette vilkår innarbeides i barnehageloven med forskrifter.

Det kan også føyes til at utbetaling av tilskudd er en ressurskrevende oppgave for kommunene. Noe av årsaken til dette er at de ikke-kommunale barnehagene er gitt sterke prosessuelle rettigheter, og som nevnt er det reglene om enkeltvedtak som kommer til anvendelse. Det går frem av direktoratets merknader til forskriften § 2 at det ikke bare er den endelige tildeling som regnes som enkeltvedtak, men forskuddsvis utbetaling, se §§ 4 og 5, enkeltvedtak om

endring etter § 8 annet ledd og enkeltvedtak om etterjustering etter § 8 tredje ledd. Forskriften § 12 gir barnehageeier rett til å påklage enkeltvedtakene som fattes i alle disse fasene. I tillegg vil også alle de andre bestemmelsene om enkeltvedtak komme til anvendelse ved alle disse avgjørelsene, for eksempel reglene om begrunnelse i forvaltningsloven §§ 24 og 25.

Tilsyn med barnehager

Det er kommunen som er tilsynsmyndighet, og som avgjør om barnehagene må foreta rettinger, og eventuelt må stenge. De materielle reglene regulerer hva tilsynet skal omfatte. Slik sett vil de materielle reglene definere barnehagens kvalitet. Etter barnehageloven § 16 skal kommunen føre tilsyn med virksomheter etter loven, og barnehageloven § 8 angir kommunens oppgaver som barnehagemyndighet. I barnehageloven § 7 er det angitt hva som er barnehageeiers ansvar og oppgaver, og det er blant annet at barnehagen er drevet i samsvar med gjeldende lover og regelverk. Dette innebærer at det er disse bestemmelsene kommunen skal føre tilsyn med, det vil si alle krav stilt i lov og forskrift.

Her har Kunnskapsdepartementet gitt ut en veileder (Tilsyn med barnehager). I denne nevnes det eksempler på forhold som skal kontrolleres. Det er kontroll av politiattester etter barnehageloven § 19, av foreldreråd etter barnehageloven § 4. Også andre bestemmelser om barnehagens kvalitet og innhold omfattes av tilsynet, og her står særlig § 2 sentralt. Det ligger skjønnsmessige vurderinger i denne bestemmelsen som inngår i kontrollen av om barnehageeier oppfyller kravene. Loven i seg selv inneholder ikke mange konkrete

Det kan også føyes til at utbetaling av tilskudd er en ressurskrevende oppgave for kommunene.

krav, og slik sett har kommunen stor frihet og fleksibilitet når det gjelder organisering og drift. Det siste fremheves i departementets veileder om tilsyn. Spørsmålet er i hvor stor grad denne friheten og fleksibiliteten benyttes – se litt lenger ned.

Barnehageloven inneholder noen få saksbehandlingsregler om tilsyn, og det er blant annet regler om hvem som er klageinstans. I hovedsak er det forvaltningsloven som inneholder de saksbehandlingsreglene kommunene skal følge ved tilsyn.

Konsekvenser av tilsynet

Dersom tilsynet munner ut i pålegg om retting, stengning eller økonomiske reaksjoner etter barnehageloven §§ 16 og 16a, er avgjørelsen om dette et enkeltvedtak etter barnehageloven. For at reglene om enkeltvedtak skal følges i forbindelse med et tilsyn, er det tilstrekkelig at et tilsyn kan komme til å munne ut i et enkeltvedtak. Som oftest vil tilsynsmyndigheten hverken pålegge retting eller iverksette stenging, men det vet ikke tilsynsmyndigheten når tilsynsprosessen igangsettes.

For at tilsyn skal kunne gjennomføres, må kommunen ha innsyn i dokumenter og tilgang til lokaler. Dette er regulert i barnehageloven § 8 femte ledd. Her fremgår det at kommunen har disse rettighetene i den «utstrekning dette anses nødvendig for å ivareta kommunens oppgaver.» Det er



FOTO: SIDSEL HJELME/FAGBLADET

barnehagemyndighetene som avgjør hvilke opplysninger som er nødvendige for å utføre oppgavene de har etter loven. Dette kan være opplysninger om barnas alder og oppholdstid, antall ansatte og utdanning, økonomiske opplysninger m.m. (Rundskriv F-08/2006). Her vil bestemmelsene i forvaltningsloven §§ 14 og 15 om pålegg om å gi opplysninger og fremgangsmåte ved gransking supplere barnehageloven § 8. I barnehageloven § 16 slås det fast at vedtak om retting og stenging kan påklages til Fylkesmannen.

Hovedregelen om forhåndsvarsling

Hovedregelen er at partene skal forhåndsvarsles før vedtak treffes, og i praksis er det det som skjer. De aller fleste tilsyn er varslet (Rapporten Tilsyn til besvær PricewatershouseCoopers, 2010, s. 22). Det er store variasjoner når det gjelder uanmeldte stedlige tilsyn, og det er særlig store kom-

muner og bykommuner med over 50.000 innbyggere som foretar uanmeldte tilsyn (Rapporten Undersøkelse om kommuner som barnehagemyndighet, Rambøll, 2012, s. 15). Forhåndsvarsling kan unnlates med hjemmel i forvaltningsloven § 16 tredje ledd bokstav a. Denne unntaksbestemmelsen kan anvendes hvor en kontroll av disse mangelfulle forholdene vil være vanskelig å gjennomføre eller få avdekket dersom det forhåndsvarsles.

Reglene om sakens opplysning er hjemlet i forvaltningsloven § 17. Barnehagemyndigheten har et selvstendig ansvar for å få saken opplyst, og de må kontrollere opplysningene barnehagen gir. Hvis tilsynssaken ender med en avgjørelse om retting eller stengning, er det viktig at saken er tilstrekkelig opplyst, da en slik avgjørelse vil påføre barnehagen utgifter. Dersom saken ikke er tilstrekkelig opplyst, kan konsekvensen bli at avgjørelsen blir ugyldig etter forvalt-

ningsloven § 41, og at det er grunnlag for barnehagen for å forlange erstatning fra kommunen. Det innebærer at barnehagen kan kreve erstattet det økonomiske tapet de har lidt, forutsatt at det er en årsakssammenheng mellom kommunens mangelfulle saksbehandling og det økonomiske tapet. I visse tilfeller kan også oppreisning gis, det vil si erstatning for ikke-økonomisk skade.

Dette er omfattende oppgaver, som er ressurskrevende for kommunen. I rapporten fra PricewaterhouseCoopers understrekes at disse oppgavene har blitt stadig mer omfattende, og det stilles spørsmål ved om kommunen har maktet å ruste opp tilsynsfunksjonen i takt med at oppgaven har blitt større og mer krevende.

Hvordan utføres tilsyn?

I St.meld. nr. 24 (2012–2013) refereres til de to ovenstående rapportene, og det slås blant annet fast at det er stor variasjon i kommunenes tilsynsaktivitet og tilsynspraksis. Det legges til grunn i meldingen at det har skjedd en økt systematikk og profesjonalisering av tilsynene, men at tilsynene i for stor grad bærer preg av å være rutinemessige kontroller fremfor risikovurderinger og strategier for å avdekke ulovlige og uforsvarlige forhold. Hvis de kontrollene som foretas er rutinemessige, vil sannsynligvis ikke kommunen utnytte fullt ut den kompetansen kommunen har etter loven. Det vil si den friheten og fleksibiliteten de har til å tilpasse og utvikle driften best mulig til lokale forhold.

Dette er noe av bakgrunnen for at regjeringen vil ta sikte på å overføre ansvaret med tilsyn av enkeltbarnehager til Fylkesmannen. Imidlertid problematiseres dette i forholdsviis liten grad i den nevnte

meldingen, det vil si hvilken betydning en slik overføring vil ha for kommunene, kommunenes regelverkskompetanse og mulighet for å styre sektoren. I NOU 2012:1 berøres noe av dette; det vil si hvilken betydning en slik overføring kan ha. Det som nevnes der er at kommunen kan miste verdifull regelverkskompetanse som også ivaretar andre myndighetsoppgaver på barnehagefeltet, at det kan bli vanskeligere å ivareta den regelverkskompetanse som er nødvendig for å gi veiledning med god nok kvalitet. I tillegg slås det fast at «det er viktigere å sikre at myndighetsrollen som helhet utøves lovlig, profesjonelt og uhildet heller enn å trekke ut en konkret oppgave» (NOU 2012:1 s. 208).

Dette er uansett momenter som bør være med i en vurdering av overføring av tilsynsmyndighet og tilsynsansvar.

Samordning ved opptak

Av barnehageloven § 12 går det frem at kommunen har ansvaret for et samordnet opptak. Denne bestemmelsen er en videreføring av den gamle barnehageloven som ble vedtatt etter et politisk forlik i 2003 (Ot.prp. nr. 76 (2002–2003)). Det går også frem av forarbeidene at bestemmelsen skal sikre en likebehandling av kommunale og ikke-kommunale barnehager, bidra til at barnehageplasser blir fordelt etter brukernes ønsker og behov, og være et redskap for kommunen for å kunne oppfylle sin plikt til å sørge for at det finnes et tilstrekkelig antall plasser.

Det at opptaksprosessen er samordnet, innebærer i liten grad en begrensning av den enkelte barnehages rett til selv å ta beslutning (Ot.prp. nr. 72 (2004–2005) s. 113). Den enkelte barnehage definerer selv sin opptakskrets i vedtektene sine,

og tar selv beslutning om opptak av det enkelte barn. Opptakskretsen kan være barn til ansatte ved en bedrift, en bestemt høyskole, en skolekrets osv. Mange ikke-kommunale barnehager er opprettet med det for øye å skaffe barnehageplass til egne barn. Så lenge dette fremgår av vedtektene, vil en samordnet opptaksprosess ikke begrense disse foreldrenes rett til å få plass til sitt barn i denne barnehagen. I dette ligger at vedtektene godt kan gi plass til barn som ikke har rettskrav på å få plass, det vil si barn som fyller ett år etter 31. august det året det søkes om plass. Som nevnt var det i 2011 ca. 13.800 barn som i utgangspunktet ikke hadde rett til plass, som likevel gikk i barnehage. Av disse gikk 62 prosent i en ikke-kommunalbarnehage og 38 prosent i en kommunal barnehage (St. meld. nr. 24 (2012–13) s. 26).

Kommunen vil da være i den situasjonen at den på den ene siden har ansvaret for at alle barn med rettskrav på plass får plass, samtidig som de ikke-kommunale barnehagene ikke er forpliktet til først og fremst å ta opp de barna som har rettskrav på plass.

En viktig begrensning i kommunens frihet, er friheten de ikke-kommunale barnehagene har til å ha vedtekter som prioriterer annerledes enn de som har krav etter loven. Dette understrekes i forarbeidene, hvor det sies at «de private bør gis insitament og stor frihet til å styre og utforme egen virksomhet innenfor rammen av lover og forskrifter (Ot.prp. nr. 76 (2002–2003) og kommentarene til § 7a). Hvis ikke annet er avtalt mellom kommunen og den enkelte ikke-kommunale barnehage, vil beslutningen om opptak ligge i den enkelte barnehage.

Kommunen vil uansett ha ansvar for at det totale antall plasser dekker lovens krav.

Avsluttende kommentarer

Som nevnt er de to sentrale kravene for barnehagesektoren kravene til kvalitet og dekning. Disse kravene har kommunene ansvaret for å oppfylle. Her er det klare begrensninger for de vilkår kommunene kan sette til ikke-kommunale barnehager utover de vilkår som følger av lovgivningen. Dette stiller seg annerledes for de kommunale barnehagene; de er en del av forvaltningsorganet kommunen. Her behøver ikke kommunen lovhjemmel, men kan sette vilkår blant annet i kraft av instruksjonsmyndigheten.

I hvilken grad er det et poeng for kommunen å sette ytterligere vilkår enn dem som nå følger av lovgivingen? Det ene er at sektoren økonomisk sett utgjør en viktig del av kommunenes virksomhet, og at kommunen derfor kan ønske større innflytelse på hvordan midlene anvendes. Det andre er at for å oppnå kravene om kvalitet og dekning, er det en rekke beslutninger kommunen må ta fortløpende, og dette er til dels skjønnsmessige beslutninger.

Her kan det for det første legges inn ytterligere bestemmelser som er konkrete og styrker kommunens beslutningskompetanse. Der hvor det er vanskelig å fastsette eksakte bestemmelser i loven, kan det være hensiktsmessig at loven åpner for at kommunen kan fastsette ytterligere vilkår, forutsatt at disse bidrar til større dekningskrav og høyere kvalitet. Disse vilkårene kan da settes både for kommunale og ikke-kommunale barnehager. Vilråene som settes, vil jo igjen gjenspeiles i kostnadene, og det ligger jo allerede i regelverket at kommunale og ikke-kommunale barnehager generelt skal likebehandles, også når det gjelder tilskudd.

Dersom det er ønskelig at kommunen

skal kunne sette vilkår for å kunne heve dekningsgraden og kvaliteten i barnehagen, må det vurderes om adgangen til å sette vilkår skal innarbeides i selve barnehageloven, enten generelt eller knyttet opp mot de forskjellige områdene under.

I godkjenningssaker angir loven uttømmende hvilke vilkår som kan settes. Her kan det vurderes om det kan åpnes for at kommunen kan sette ytterligere vilkår enn det de kan i dag.

I tilskuddssaker kan det vurderes om kommunen kan sette ytterligere vilkår både for å heve dekningsgraden og kvaliteten, og i tillegg ha vilkår om at kun reelle kostnader kan dekkes. Har ikke-kommunale barnehager lavere lønnskostnader enn kommunen, så er det de kostnadene de får dekket, ikke kostnader på det nivået kommunen har.

Kommunene har stor frihet til å organisere opptaket, men det er en viktig begrensning i denne friheten, og det er friheten de ikke-kommunale barnehagene har til å ha

vedtekter som prioriterer annerledes enn de som har krav etter loven. Spørsmålet er om kommunen ikke burde kunne sette krav til vedtektene, slik at de i større grad kan bidra til høyere dekningsgrad.

En overføring av tilsynsmyndighet til Fylkesmannen vil nok redusere eller begrense kommunenes beslutningsmyndighet og bidra til at kommunens regelverkskompetanse på området blir svekket. Ved en overføring bør derfor kommunens opprettholdelse av regelverkskompetanse ivaretas. Dersom en overføring ikke skjer, må kommunene sørge for at de anvender den kompetansen de har etter loven fullt ut.

Det kan også vurderes om forholdet mellom kommuner og eiere av ikke-kommunale barnehager i større grad kan være gjenstand for avtaleregulering.

Det kan hende tiden er inne for ytterligere en ny vurdering av hvordan barnehageloven med forskrifter best mulig skal oppfylle kravene om kvalitet og dekning.

REFERANSER

Eckhoff, T. og Smith, E. (2010). *Forvaltningsrett*. Oslo: Universitetsforlaget

Kunnskapsdepartementet. (2008). *Til barnas beste*. (Norges offentlige utredninger {NOU} 2012:1). Oslo: Departementet

Kunnskapsdepartementet. (2013). *Framtidens barnehage* (St. meld. nr. 24, 2012-2013). Oslo: Departementet

Barne- og familiedepartementet. (2003). Lov 5. mai 1995 nr. 19 om barnehager (barnehageloven) Ot.prp.nr.76 (2002-2003) (endringslov) (Ot.prp. nr. 76, 2002-2003) Oslo: Departementet

Barne- og familiedepartementet. (2005). Om lov om barnehager (barnehageloven) (Ot.prp. nr. 72, 2004-2005). Oslo: Departementet

Kunnskapsdepartementet. (2008). Om lov om endringer i barnehageloven (rett til plass i barnehage) (Ot.prp. nr. 52, 2007-2008). Oslo: Departementet

Kunnskapsdepartementet. (2008). Om lov om endringer i barnehageloven (finansiering av ikke-kommunale barnehager) (Ot. prp. Nr. 57, 2007-2008). Oslo: Departementet

Kunnskapsdepartementet. (2005, august). Lov 17. juni 2005 nr. 64 om barnehager (barnehageloven) med forskrifter og departementets merknader til bestemmelsene. (Rundskriv F08-2006). Oslo: Departementet

Utdanningsdirektoratet. (2013, juni). Udir-6-2113 Rundskriv Udir-6-2013-forskrift om likeverdig behandling ved tildeling av offentlige tilskudd til ikke-kommunale barnehager. (Rundskriv Udir-6-2013). Oslo: Direktoratet.

OECD (2012b) Starting Strong III. A Quality Toolbox for Early Childhood Education and Care. OECD Publishing 2012

Veileder Kunnskapsdepartementet Tilsyn med barnehager **PricewaterhouseCoopers.** (2010). Tilsyn til besvær Rambøll. (2013). Undersøkelser om kommuner som barnehagemyndighet

Lunder, T.E. (2013) Kostnadsforskjeller og kostnadsutvikling i kommunale og ikke-kommunale barnehager. (2013).

Bø: Telemarksforsking