

Foreldres prosessuelle rettigheter ved opptak i barnehage

av Anne Oline Haugen

Anne Oline Haugen er cand.jur. 1987 og ansatt som førstelektor i juridiske fag ved Høgskolen i Hedmark, avdeling Rena.

Emnet for artikkelen er forskrift om saksbehandling ved opptak i barnehager, og hovedproblemstillingen er hvorvidt forskriften gir hensiktsmessige regler for saksbehandlingen etter innføringen av rett til barnehageplass fra 1. januar 2009. I tillegg tar artikkelen opp behovet for regulering av spørsmål som ikke er løst i forskriften.

1 Innledning

Opptak i barnehager reguleres av lov 17. juni 2005 nr. 64 om barnehager (barnehageloven).¹ Barnehageloven § 12 første ledd fastsetter at det skal være en samordnet opptaksprosess i kommunen. Opptaksprosessen omfatter både kommunale og private barnehager.² Ved utgangen av 2007 utgjorde de private barnehagene drøyt halvparten av barnehagene og i underkant av halvparten av barnehageplassene.³ De resterende barnehagene og barnehageplassene var kommunale, med enkelte få unntak.⁴ I forbindelse med barnehageopptaket opptrer kommunen både som barnehageeier og som barnehagemyndighet. Kommunene eier en rekke av barnehagene som inngår i det samordnede opptaket, samtidig som kommunene som barnehagemyndighet har ansvaret for den samordnede opptaksprosessen. Ved opptak i kommunale barnehager var det tidligere reglene om enkeltvedtak som kom til anvendelse, se lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) kapittel IV–VI.⁵ For de private barnehagene var det ikke gitt saksbehandlingsregler i form av lov eller forskrift for opptaksprosessen, men opptakskriteriene for de private barnehagene kunne gi føringer om hvordan opptaket skulle foretas.⁶

Av barnehageloven § 12 annet ledd følger det at forvaltningsloven kapittel IV–VI, dvs. reglene som kun gjelder enkeltvedtak, ikke skal gjelde for opptak i barnehager. Kunnskapsdepartementet har derfor gitt en egen forskrift som regulerer saksbehandlingen ved opptak i barnehager, se forskrift 16. desember 2005 nr. 1477.

Fra 1. januar 2009 trådte bestemmelsene om foreldres rett til barnehageplass i kraft, se

barnehageloven § 12 a.⁷ Forskriften som regulerer saksbehandlingen, ble ikke endret i denne forbindelse. Problemstillingen for denne artikkelen er hvorvidt forskriften om opptak gir hensiktsmessige regler for saksbehandlingen etter innføringen av rett til barnehageplass. Skal det gis styrkede prosessuelle rettigheter når søkerne får styrkede materielle rettigheter slik søkerne gjør etter barnehageloven § 12 a?

2 Bakgrunnen for forskriften

Departementet gikk opprinnelig inn for at opptak i private barnehager skulle regnes som enkeltvedtak etter forvaltningsloven.⁸ Flere av høringsinstansene uttalte seg mot dette – blant annet *Kommunenes Sentralforbund (KS)* og *Private Barnehagers Landsforbund (PBL)*.⁹ Departementet foreslo deretter at det skulle innføres en egen forskriftshjemmel i barnehageloven. At departementet valgte å gi en egen forskrift om opptak i stedet for å følge forvaltningslovens regler, skyldtes flere forhold.¹⁰ For det første var det uklart hvilke regler som skulle gjelde for saksbehandlingen ved opptak i de private barnehagene. De kunne ikke uten videre betraktes som forvaltningsorganer slik at forvaltningsloven kom til anvendelse og dermed reglene om enkeltvedtak.¹¹ For det andre ble det pekt på problemstillinger knyttet til supplerende opptak.¹² Ved ledig plass skal det foretas et supplerende opptak. Plassen skal da tilbys et barn som står på ventelisten eller som melder seg med rett til prioritet. Prioritet er regulert i barnehageloven § 13.¹³ Tilbud til ett barn ville da innebære avslag til alle andre barn på ventelisten slik at de skal underrettes, orienteres om klagerett m.m. I proposisjonen legges det til grunn at dette er en lite hensiktsmessig bruk av ressurser, ikke minst hvis plassen blir stående tom i påvente av klagebehandlingen.¹⁴

Både i forarbeidene til barnehageloven og i forskriften § 1 understreker departementet at formålet er at opptaket skal skje på en måte som «ivaretar søkerens rettssikkerhet og en forsvarlig og effektiv saksbehandling».¹⁵ I det følgende skal jeg analysere enkeltreglene opp mot denne målsettingen.

3 Forskriftens virkeområde

Forskriften regulerer saksbehandlingen ved opptak i alle barnehager som omfattes av barnehageloven, jf. § 1.¹⁶ Opptaksprosessen i kommunen er samordnet og omfatter både kommunale og private barnehager. De private barnehagene har ved forskriften fått lovfestede saksbehandlingsregler om opptak. Tidligere var det ikke saksbehandlingsregler

i form av lov eller forskrift for opptaksprosessen i de private barnehagene. De private barnehagene hadde derfor en stor grad av frihet ved opptaket. I og med at alle barnehageeiere var forpliktet til å fastsette vedtekter, herunder opptakskriterier, var dette likevel en frihet med begrensninger.¹⁷ For de kommunale barnehagene erstatter forskriften reglene om enkeltvedtak som gjaldt ved opptak i kommunale barnehager. I de generelle merknadene til forskriften sies at erfaringene har vist at det er lite hensiktsmessig at reglene for enkeltvedtak skal gjelde «... fullt ut ved opptak i barnehager».¹⁸ Formuleringen kan forstås som om enkelte av reglene for enkeltvedtak fortsatt skal gjelde. I spesiallovgivningen ellers velges ofte en slik lovgivningsteknikk, dvs. at forvaltningslovens regler gjelder med unntak av de særregler som følger av spesiallovgivningen.¹⁹ Det innebærer at de spørsmål som ikke er regulert i særlovgivningen, dermed vil bli regulert av forvaltningsloven. Dette kan være hensiktsmessig fordi det alltid er en viss mulighet for at det oppstår situasjoner lovgiver ikke har tenkt på. Kan det legges til grunn at denne lovgivningsteknikken kommer til anvendelse her, dvs. at forskriften skal kunne suppleres med reglene om enkeltvedtak fra forvaltningsloven? Riktignok sies det i barnehageloven § 12 annet ledd at forvaltningsloven kapittel IV–VI ikke gjelder for opptak i barnehage. På den annen side er det ulovfestede prinsipper som ligger til grunn for flere av bestemmelsene i forvaltningsloven.²⁰ Disse prinsippene vil nok uansett gjelde, dersom lovgiver ikke tydelig bestemmer noe annet. Dette kan tale for at forvaltningsloven kapittel IV–VI kan supplere forskriften der hvor den er taus. Som et utgangspunkt kan dette gjelde de kommunale barnehagene, hvor forvaltningsloven ellers kommer til anvendelse. For de private barnehagene kan imidlertid synspunktet neppe legges til grunn. De private barnehagene er ikke å betrakte som forvaltningsorganer, heller ikke når de fatter beslutninger etter forskriften, og utgangspunktet er derfor at forvaltningsloven ikke kommer til anvendelse.²¹

På bakgrunn av ovennevnte er det uklart om forskriften kan sies å regulere saksbehandlingsprosessen fullt ut. De generelle bestemmelsene i kapittel II og III i forvaltningsloven gjelder for kommunale barnehager, da de gjelder «virksomhet som drives av forvaltningsorganer», uavhengig av om de fatter enkeltvedtak eller ikke. Disse bestemmelsene vil imidlertid ikke komme til anvendelse i de private barnehagene, slik at også på dette området vil det være forskjeller.

Det er ikke alle reglene i forvaltningsloven kapittel IV–VI som er videreført i forskriften. Her vil det også bli fokusert på enkelte som det kunne ha vært hensiktsmessig å

videreføre, se under punkt 8.

Selv om en rett til barnehageplass er innført kan det ikke legges til grunn at alle som ønsker plass vil få. Det vil fortsatt være søkere som ikke får det de søker om. For det *første* dekker ikke rett til barnehageplass alle aldersgrupper. De som har rett på plass er ifølge § 12 a barn som «fyller ett år innen utgangen av august det året det søkes om plass». Det innebærer at et barn født i begynnelsen av september ikke har krav på plass før det fyller nesten to år.²² For det *andre* er rettighetene begrenset til en plass i kommunen, og foreldrene har ikke krav på å få sitt ønske på første prioritet oppfylt. I tillegg er det en mulighet for at kommunene ikke klarer å innfri forpliktelsene sine etter barnehageloven § 12 a, slik at det er ytterligere søkere som ikke får sitt ønske oppfylt. Det er likevel viktig å understreke at bestemmelsen innebærer en markert endring i rettstilstanden, i og med at det tidligere bare var enkelte grupper som hadde rettigheter etter barnehageloven § 13, og det var rett til prioritet, ikke til plass.²³

4 Innsyn

Søkernes innsynsrett er regulert i forskriften § 5. I § 5 første ledd vises det til forvaltningslovens regler om partsinnsyn i § 18 til § 21, og at disse kommer til anvendelse. Etter forvaltningsloven har partene innsynsrett også i taushetsbelagte opplysninger, se § 13 b nr. 1, så sant de anses som parter i samme sak – noe søkere til barnehageplasser har vært ansett for å være.²⁴ Imidlertid viser forskriften § 5 annet ledd til forvaltningsloven § 13 annet ledd og unntar fra innsyn opplysninger om noens personlige forhold. Søkerne har m.a.o. ikke rett til å få innsyn i opplysninger som ville vært taushetsbelagte etter forvaltningsloven § 13.²⁵

5 Begrunnelse

Reglene for begrunnelse ved opptak i barnehager er fastsatt i § 4 i forskriften. Søkerne har ikke krav på samtidig begrunnelse, men kan i visse situasjoner kreve begrunnelse etter at vedtak er truffet.²⁶ De tilsvarende reglene for begrunnelse er hjemlet i forvaltningsloven § 24, hvor hovedregelen samtidig er begrunnelse. Imidlertid kan forvaltningen la være å gi samtidig begrunnelse blant annet i saker om fordeling av fordeler mellom parter.²⁷ Tildeling av barnehageplass kan betraktes som velferdsgoder, dvs. fordeler. Etter forvaltningsloven § 24 annet ledd tredje punktum kan parten likevel be om begrunnelse etter at vedtak er truffet.²⁸

Etter forskriften stiller det seg annerledes. Kun dersom søkerens første eller andre ønske ikke er oppfylt eller søkeren ikke er tildelt noen plass overhodet, har søkeren krav på begrunnelse.²⁹ Om søkeren er misfornøyd, for eksempel fordi ønske nummer én ikke er oppfylt, har vedkommende fortsatt ikke krav på begrunnelse.

I forskriften § 4 annet ledd er begrunnelse ved supplerende opptak regulert. Supplerende opptak er de opptak som blir foretatt i løpet av året utenom hovedopptaket når det av ulike årsaker blir en ledig plass. Ved supplerende opptak følger det av forskriften § 4 annet ledd at kun søkere med lovfestet rett til prioritet kan kreve begrunnelse dersom de ikke får slik plass.³⁰ I forarbeidene til den nye bestemmelsen om rett til plass behandles ikke lovfestet rett til prioritet særskilt, og ordningen videreføres.³¹ Barnehageloven § 13 gir jo ingen rett til plass, men kun en rett til å gå foran andre søkere.³² Som nevnt vil denne gruppen kunne kreve begrunnelse i etterkant, og her ville det kanskje være naturlig at også de som har rett til plass etter § 12 a, kunne få begrunnelse i etterkant dersom de ba om det.³³ Det er ikke noe som tilsier at retten etter § 12 a kun gjelder ved hovedopptaket. Begrunnelse er også viktig i forbindelse med en eventuell domstolsprøving.³⁴

I forskriften § 4 reguleres også hva begrunnelsen skal inneholde. Den som har krav på begrunnelse kan kreve en skriftlig begrunnelse på «hvorfør barnet ikke har fått ønsket barnehageplass». Det sies i departementets merknader til bestemmelsen at begrunnelsen «bør være så konkret som mulig, men taushetsplikten etter forvaltningsloven § 13 må iakttas».³⁵

Reglene for hva begrunnelsen av enkeltvedtak skal inneholde, fremgår av forvaltningsloven § 25. Etter første ledd skal begrunnelsen vise til de regler vedtaket bygger på, etter annet ledd skal det nevnes de fakta vedtaket bygger på og etter tredje ledd bør de hovedhensyn som har vært avgjørende for skjønnet, nevnes.³⁶ Disse reglene fremstår nok som noe mindre skjønnsmessige enn forskriften § 4, men i praksis vil nok ikke forskjellen på disse to regelsettene være så stor. Bakgrunnen for forvaltningsloven § 25 er jo også blant annet at begrunnelsen «skal være til hjelp for den som vedtaket gjelder».³⁷

I forskriften § 4 nevnes ikke opptakskriteriene, og det er mulig at det forutsettes at de er kjent, men disse kan det være naturlig å ta inn i begrunnelsen enten som vedlegg eller

ved å henvise til dem.³⁸ Forskriften § 2 annet punktum om opptakskriterier slår fast at kriteriene skal være objektive og etterprøvbare. I departementets merknader til bestemmelsen sies det at kriteriene må være så «konkrete som mulig slik at det i etterkant lar seg gjøre å vurdere om tildelingen av plasser er i samsvar med dem». Slik sett vil kriteriene stå sentralt i innholdet i begrunnelsen, fordi de sannsynligvis vil være en forklaring på «hvorfør barnet ikke har fått ønsket barnehageplass». Dersom det ikke er tilstrekkelig antall plasser, er kriteriene fortsatt det riktige å legge vekt på ved opptak, slik at en henvisning til kriteriene fortsatt bør inngå som en del av begrunnelsen til de som har rett til plass, men som ikke får det.

Forskriften sier ikke noe om hvilke regler som gjelder i klagesaker, og dette gjelder også begrunnelsesplikten.³⁹ Unntakene fra kravet om samtidig begrunnelse i forvaltningsloven § 24 annet ledd gjelder ikke i klagesaker, noe som innebærer at parten står sterkere i klagesakene etter forvaltningsloven. Også i forskriften bør det vurderes å legge inn en generell rett til begrunnelse i klagesaker.⁴⁰

6 Underretning

Plikten til å gi underretning og hva underretningen skal inneholde, er regulert i forskriften § 3 annet og tredje ledd. Ved hovedopptaket skal alle søkere underrettes om vedtaket etter forskriften, dvs. hvorvidt og i hvilken barnehage de har fått tilbud om plass. Søkerne skal underrettes om rett til etterfølgende begrunnelse, rett til å klage og klagefristen. Det er ikke et krav etter forskriften at underretningen skal opplyse om hvem det skal klages til, og det er heller ikke et krav om at det skal opplyses om hvem som er klageorgan. Etter forvaltningsloven § 27 skal det opplyses om begge disse forholdene, som begge må kunne betraktes som rettskrav. Hvem det skal klages til fremgår imidlertid av forskriften § 7, dvs. at klagen skal fremsettes for kommunen. Her går det også frem at klagen skal videresendes til klageinstansen dersom klagen ikke tas under behandling eller klageren ikke får medhold. I og med at kommunen har en viss frihetsgrad med hensyn til samordnet opptaksprosess, kan det være variasjoner blant annet med hensyn til hvem som er klageorgan. Dette bare understreker behovet for informasjon om hvem klagen skal sendes til og hvem som er klageinstans, og at regler om dette bør tas inn i forskriften.⁴¹

I forskriften § 3 annet ledd er det tilleggsregler for underretning ved supplerende opptak. Kun søkere med lovfestet rett til prioritet som ikke tilbys plass, skal underrettes. De skal

underrettes om rett til etterfølgende begrunnelse, rett til å klage og klagefristen. Også her bør det vurderes om de som har rett til plass etter barnehageloven § 12 a, men ikke har fått, burde få underretning.⁴² Etter forvaltningsloven § 27 skal underretningen opplyse om veiledningsplikten når det er grunn til det, og denne formuleringen kunne med fordel også ha vært brukt i forskriften.⁴³ Veiledningsplikten etter forvaltningsloven § 11 vil uansett gjelde for de kommunale barnehagene og kommunen som barnehagemyndighet. Spørsmålet er bare om det skal vises til den.⁴⁴

7 Klagerett og fremgangsmåte ved klage

Forskriften § 6 skiller mellom klagerett ved hovedopptak og supplerende opptak. Første ledd regulerer klagerett ved hovedopptak. Naturlig nok har bare søkerne klagerett. Ved hovedopptak kan søker som enten ikke har fått plass eller søker som hverken har fått første eller andre ønske oppfylt, klage.⁴⁵ Forskriften § 6 annet ledd regulerer klagerett ved supplerende opptak. Etter bestemmelsen har kun søkere med lovfestet prioritet klagerett ved supplerende opptak. De andre søkerne har ikke klagerett, selv om det for så vidt kan sies at de har fått avslag. For søkere med rett til plass etter barnehageloven § 12 a som ikke har fått plass, bør det vurderes om ikke de også skal ha klagerett ved supplerende opptak.

Etter forskriften § 8 første ledd er kommunens klageorgan klageinstans. Reglene om klagefrist er tre uker fra underretningen har kommet frem til søkeren, se forskriften § 9.⁴⁶ Etter samme bestemmelse kan klagen behandles selv om klageren har oversittet fristen, dersom det er rimelig at den blir behandlet.

Uavhengig av hvordan det samordnede opptaket er organisert, skal klagen settes frem for kommunen etter forskriften § 7. Av § 7 går det frem at underinstansen, dvs. kommunen, kan endre avgjørelsen.⁴⁷ Når det gjelder klagens innhold, slår forskriften fast at det er et krav at de aktuelle grunner for klagen nevnes.⁴⁸ For den gruppen som er omfattet av barnehageloven § 12 a vil den naturlige klagegrunn være at søkeren har rett til plass, men ikke har fått det. For søkere som faller utenfor denne gruppen vil den typiske klagegrunn være at opptaket er i strid med opptakskriteriene, og her er det i klagerens interesse å grunngi klagen så utførlig som mulig, se rundskriv F-08/2006 s. 72.

Dersom kommunen opprettholder avgjørelsen eller ikke tar klagen under behandling, oversendes klagen til klageinstansen. At kommunen ikke finner grunn til å behandle

klagen, dvs. at klageren av forskjellige årsaker ikke ansees for å ha klagerett, ville etter forvaltningsloven § 33 om underinstansens kompetanse derimot ikke innebære noen plikt til å sende avgjørelsen videre. Løsningen som er valgt i forskriften, om at klagen likevel skal sendes videre, er hensiktsmessig, ellers måtte det ha vært formulert egne saksbehandlingsregler for avvisningssakene.⁴⁹

Bestemmelsen om klageinstansens kompetanse i forskriften § 8 er så knapt formulert at det er vanskelig å utlede av selve bestemmelsen hva kompetansen omfatter. Av merknadene går det imidlertid frem at kompetansen omfatter å endre vedtaket, og å behandle klagen selv om klagefristen er oversittet.⁵⁰ Bestemmelsen sier ikke noe om klageinstansens kompetanse til å opprettholde den opprinnelige avgjørelse, men her må § 8 i forskriften tolkes slik at den dekker dette.

Forskriften sier ikke noe om hvilke regler som gjelder i klagesaker. Ifølge forvaltningsloven § 33 første ledd gjelder forvaltningsloven kapittel IV og V tilsvarende i klagesaker, dvs. at reglene for enkeltvedtak også gjelder i klagesaker.⁵¹ Etter forvaltningslovens regler vil klageren ha styrkede prosessuelle rettigheter i klagesaken sammenlignet med saksbehandlingen for første instans. Blant annet vil reglene om unntak fra samtidighet i forvaltningsloven § 24 annet ledd om begrunnelse ikke gjelde i klagesaker. Ut over regler for kompetanse for underinstans og klageinstans inneholder forskriften ikke regler om saksbehandling i klagesaker. Unntaket er § 10 som angir saksbehandlingstid og regler for foreløpig svar.⁵² At hverken forskriften eller merknadene sier noe om det, kan selvsagt tolkes som om saksbehandlingsreglene i forskriften om opptak også gjelder klagesaker i forbindelse med opptak. Dersom så er tilfellet, hadde det vært hensiktsmessig at problemstillingen hadde vært nevnt i forskriften eller i merknadene. Da hadde det kommet frem at departementet hadde gjort en vurdering, men konkludert med at det ikke var et ønske om å gi utvidede prosessuelle rettigheter i klagesaken, slik som etter forvaltningsloven. Nå fremstår reguleringen som uklar.

8 Regler som ikke er videreført i forskriften

Som nevnt under punkt 3 er ikke alle saksbehandlingsregler i forvaltningsloven kapittel IV–VI fulgt opp i forskriften. Her vil det bli gitt en kort gjennomgang av enkelte regler det kunne ha vært naturlig å videreføre. Av forvaltningsloven § 17 første ledd går det frem at saken skal være så godt opplyst som mulig før vedtak treffes. Forskriften § 2 om at opptakskriteriene skal være objektive og etterprøvbare og forskriften § 3 om at tildeling

skal skje i samsvar med de fastsatte kriterier, regulerer elementer av utredningsplikten, men dekker ikke forvaltningsloven § 17 fullt ut. For eksempel inneholder forskriften ingen regler om faktafeil ut over det som er nevnt om opptakskriterier.⁵³ Det samme gjelder forvaltningsloven § 17 annet ledd om at partene skal forelegges visse opplysninger. Det har ikke vært et ønske om å ha de samme krav til saksbehandling etter forskriften som det er etter forvaltningsloven, men regler om faktafeil er svært viktige for søkerens prosessuelle rettigheter.⁵⁴

Forskriftene inneholder heller ingen regler om ugyldighet. I forvaltningsloven er dette regulert i kapittel VIII, dvs. forvaltningsloven § 41 som etter ordlyden kun gjelder enkeltvedtak. I barnehageloven § 12 annet ledd sies det imidlertid kun at det er reglene i forvaltningsloven kapittel IV–VI som ikke gjelder. Uansett er det vanskelig å tenke seg at ugyldighet ikke skal være noen konsekvens for eksempel ved feillesning av fødselsdato, slik at søker dermed ikke har fått plass.⁵⁵ På bakgrunn av ovenstående er det naturlig å konkludere med at ugyldighetsreglene kommer til anvendelse ved opptak i kommunale barnehager. Det er neppe hensiktsmessig å ha forskjellige regler for kommunale og private barnehager, og her kunne en løsning være å ha én regel om ugyldighet i loven eller forskriftene.

Forskriften inneholder heller ingen generelle regler om omgjøring slik forvaltningsloven § 35 har. Forvaltningsloven § 35 inngår i kapittel IV i forvaltningsloven, og kommer derfor ikke til anvendelse. Imidlertid gir forskriften § 12 adgang til å omgjøre der en søker bevisst har gitt uriktige opplysninger og «disse har vært bestemmende for tildeling av plassen». Bestemmelsen gir derimot ikke adgang for forvaltningen til å omgjøre der forvaltningen selv har gjort feil som har vært utslagsgivende, og heller ikke i de andre tilfellene som er fastsatt i § 35.⁵⁶ Her kunne det nok være hensiktsmessig med en lovfestet adgang til omgjøring for forvaltningen. Det går frem av forvaltningsloven § 35 femte ledd siste alternativ at det også foreligger en ulovfestet omgjøringsadgang. For kommunale barnehager vil uansett den ulovfestede omgjøringsadgangen gjelde, men jeg går ikke nærmere inn på vilkårene for omgjøring på dette grunnlaget.⁵⁷

9 Oppsummering og konklusjon

Saksbehandlingsreglene i forskriften erstatter saksbehandlingsreglene for enkeltvedtak i forvaltningsloven. Enkelte spørsmål er ikke regulert i forskriften uten at det fremgår om dette er tilsiktet, noe som til dels er en konsekvens av den lovgivningsteknikk som er

valgt. Det kunne derfor i større grad ha fremgått av merknadene til forskriftene på hvilke områder det var et ønske om avvikende regler for opptak. Ikke minst gjelder dette reglene om sakens utredning, reglene om ugyldighet og hvilke regler som skal gjelde i klagesaker. Departementet valgte å beholde forskriften uendret da bestemmelsen om rett til plass trådte i kraft.⁵⁸ I og med at en stor søkergruppe har fått rett til plass, bør det vurderes om dette også skal gjenspeiles i de prosessuelle rettighetene. Det vil si at de som har rett til plass, eventuelt skal ha rett til begrunnelse, underretning og klagerett i forbindelse med supplerende opptak.

- 1 Loven trådte i kraft 1. januar 2006.
- 2 Denne bestemmelsen er en videreføring av § 7a i lov 5. mai 1995 nr. 19 om barnehager.
- 3 Ifølge KOSTRA-statistikken for 2007 utgjorde private barnehager 54,6 % av antall barnehager og 46 % av barnehageplassene, se nærmere www.ssb.no.
- 4 Noen fylkeskommuner og enkelte helseforetak driver barnehager for sine ansattes barn, se Ot.prp. nr. 52 (2007–2008) s. 7.
- 5 Det har vært en akseptert rettsoppfatning at opptak i kommunale barnehager ansees som enkeltvedtak etter forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav a og b, se Justisdepartementets lovavdeling uttalelse JDLOV-1989-1742. Se også nærmere om dette i Ot.prp. nr. 72 (2004–2005) s. 79.
- 6 Dette innebærer blant annet at bedrifter kunne prioritere ansattes barn, foreldredrevne barnehager kunne prioritere foreldre med eierandel/medlemskap i barnehagen, osv.
- 7 Se Ot.prp. nr. 52 (2007–2008) og Innst. O. nr. 69 (2007–2008).
- 8 Se «Høringsnotat om utkast til ny barnehagelov – Forskriftshjemmel for saksbehandlingsregler for opptak i barnehagen» av 26. januar 2005 s. 12.
- 9 Dette omtales nærmere i Ot.prp. nr. 72 (2004–2005) s. 82.
- 10 Ot.prp. nr. 72 (2004–2005) s. 85.
- 11 Forvaltningsloven § 1 fastsetter at private rettssubjekt regnes som forvaltningsorgan i saker hvor det «treffer enkeltvedtak». Bruk av denne bestemmelsen berøres så vidt i forarbeidene til barnehageloven, se Ot.prp. nr. 72 (2004–2005) s. 85, men denne løsningen ble ikke valgt.
- 12 Ot.prp. nr. 72 (2004–2005) s. 81.
- 13 Barn med nedsatt funksjonsevne har rett til prioritet. Det samme har barn som det er fattet vedtak om etter lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester (barnevernloven) §§ 4-12 og 4-4 annet ledd og fjerde ledd.
- 14 Ot.prp. nr. 72 (2004–2005) s. 81.
- 15 Se forskriften § 1.
- 16 Dette inkluderer alle private og kommunale barnehager. Åpne barnehager er ikke omfattet, da det ikke foretas opptak, se rundskriv F-08/2006 s. 67.
- 17 Denne plikten er nedfelt i barnehageloven § 7 fjerde ledd som er en videreføring av bestemmelsene i § 15 første og annet ledd i barnehageloven av 1995.
- 18 Se rundskriv F-08/2006 s. 67.
- 19 Se for eksempel barnevernloven § 6-1, lov 13. desember 1991 nr. 81 om sosiale tjenester (sosialtjenesteloven) § 8-1 og lov 8. mars 2002 nr. 4 om barnetrygd (barnetrygdloven) § 16.
- 20 Dette gjelder blant annet ulovfestet rett til omgjøring, se lenger ned.
- 21 Av forvaltningsloven § 1 om virkeområde følger at loven gjelder virksomhet drevet av forvaltningsorganer.
- 22 Av § 12 a tredje ledd følger at kommunene skal ha minimum ett opptak i året, ikke to slik Regjeringen opprinnelig varslet, se Ot.prp. nr. 52 (2007–2008) s. 29.
- 23 Det må likevel understrekes at kommunen hadde en plikt til å sørge for at det fantes «et tilstrekkelig antall barnehageplasser», se barnehageloven § 8 annet ledd slik den lød før endringene av 1. januar 2009.
- 24 Se nærmere om dette i Geir Woxholth, *Forvaltningsloven med kommentarer*; Oslo 2006, s. 419. Hvorvidt dette kan legges til grunn etter at det er innført en *rett* til plass, er ikke uten videre gitt.
- 25 I en rekke lover er en annen lovgivningsteknikk benyttet, dvs. at det slås fast at hvis flere søker om en tjeneste det er knapphet på, regnes de ikke som parter i samme sak. Se for eksempel sosialtjenesteloven § 8-1 annet ledd.
- 26 I rundskriv F-08/2006 s. 70 skriver departementet at hovedregelen om rett til etterfølgende begrunnelse ikke er til hinder for at begrunnelse kan gis samtidig med avslaget.
- 27 Se § 24 annet ledd annet punktum. Merk at etter § 24 annet ledd første punktum gjelder dette unntaket ikke i klagesaker.
- 28 Etter forvaltningsloven § 24 tredje ledd har parten likevel ikke krav på begrunnelse dersom den ikke kan gis uten å røpe opplysninger parten ikke har krav på å se etter § 19. Dette kan for eksempel være opplysninger om en annen persons helseforhold.
- 29 Dersom søker får tilbud om heltidsplass, men fordelt på to barnehager, for eksempel tre dager i den ene og to dager i den andre, må det nok legges til grunn at søker ikke har fått ønsket sitt oppfylt. Dette selv om de to barnehagene er de to hvor søker har søkt om heltidsplass i en av dem.
- 30 Om lovfestet prioritet se foran punkt 2.
- 31 Ot.prp. nr. 52 (2007–2008) s. 33 slår fast at «barn med nedsatt funksjonsevne skal ha samme rett til barnehageplass som funksjonsfriske barn».
- 32 Ot.prp. nr. 72 (2004–2005) s. 113, jf. Ot.prp. nr. 52 (2007–2008) s. 34 hvor det går frem at rett til prioritet videreføres uendret.
- 33 Ot.prp. nr. 72 (2004–2005) s. 84.
- 34 Se Ot.prp. nr. 52 (2007–2008) s. 20 hvor det går frem at vedtakets gyldighet kan prøves av domstolen. For å vurdere et eventuelt søksmål er det derfor viktig å ha fått begrunnelse.
- 35 Barnehagerunderskrivet s. 70. Ifølge merknadene kan også generelle opplysninger om antall søkere, aldersfordeling, osv. alltid gis. Det vil si at opplysningene skal gis der det blir bedt om innsyn.
- 36 Se nærmere Geir Woxholth s. 430 flg. hvor han redegjør for at *bør* likevel innebærer at det foreligger en plikt til å redegjøre for hovedhensynene.
- 37 Innstilling fra Kommunal- og forvaltningskomiteen for å utrede spørsmålet om mer betryggende former for den offentlige forvaltning (Forvaltningskomiteen) s. 221.
- 38 Etter barnehageloven § 7 fjerde ledd skal barnehageeier fastsette vedtekter som blant annet skal inneholde opptakskriterier.
- 39 Se nærmere om dette nedenfor under punkt 7.
- 40 Som nevnt foran (punkt 3) taler argumenter for at forvaltningsloven kan supplere forskriften der hvor den er taus. Uansett vil det være pedagogisk hensiktsmessig at det klart fremgår av forskriften hvordan saksbehandlingen i klagesaker skal være.
- 41 Ved gjennomgang av skjemaer fra enkelte kommuner, viser det seg at flere opplyser om dette i underretningen, selv om det ikke er noe krav om dette etter forskriften.
- 42 Dette er de som oppfyller kravene for å få rett til plass, men som ikke har fått det fordi det ikke var tilstrekkelig antall plasser.
- 43 Underretningen etter forvaltningsloven § 27 skal i tillegg informere om flere forhold som knytter seg til enkeltvedtak, herunder adgangen til å få dekket

saksomkostninger etter forvaltningsloven § 36.

- 44 Veiledningsplikten står i forvaltningsloven kapittel III, og dette kapitlet gjelder fortsatt ved opptak.
- 45 I tillegg må naturlig nok klagefristen være overholdt, se lenger ned.
- 46 For de som ikke har mottatt underretning, løper fristen fra det tidspunkt vedkommende har fått eller burde ha skaffet seg kunnskap om avgjørelsen.
- 47 Kommunen som underinstans forelegger klagen for barnehageeier og innhenter på den måten nødvendig informasjon, se rundskriv F-08/2006 s. 72.
- 48 Dersom man takker nei til plass fordi første ønske ikke er oppfylt, har man etter forskriften krav på å bli satt på søkerliste ved den aktuelle barnehage, se forskriften § 3 annet ledd.
- 49 Etter forvaltningsloven er dette uproblematisk, i og med at avvisning regnes som enkeltvedtak, se forvaltningsloven § 2 tredje ledd, slik at saksbehandlingsreglene for enkeltvedtak også gjelder i avvisningssaker.
- 50 Etter forvaltningsloven § 34 kan klageorganet også omgjøre i disfavør av klager dersom dennes interesser må vike for «omsynet til andre privatpersoner eller offentlige interesser». Dette vil neppe være så praktisk her, med unntak av situasjonen som reguleres i forskriften § 12 hvor det kan omgjøres dersom søker bevisst har gitt uriktige opplysninger.
- 51 I tillegg gjelder naturlig nok reglene i kapittel II og III i forvaltningsloven.
- 52 Disse reglene er i samsvar med reglene i forvaltningsloven i § 11, kapittel II a som også gjelder de kommunale barnehagene i og med at de står i kapittel III, dvs. forvaltningslovens alminnelige del.
- 53 Dette kan være alt fra at vedlegg av betydning er oversett, gal utregning av alder på barn mv.
- 54 Registrering av feil fødselsdato kan være helt avgjørende etter barnehageloven § 12 a om rett til plass.
- 55 Her kan det være tilstrekkelig med klagereglene, men dersom søker har forspilt klageretten ved å oversitte klagefristen, kan eventuelt ugyldighet og omgjøring være veien å gå.
- 56 For en redegjørelse om dette, se Geir Woxholth s. 541 flg.
- 57 Flere kommuner/barnehager har som praksis å ha noen plasser stående, slik at en omgjøring faktisk innebærer plass i barnehage.
- 58 Ot.prp. nr. 52 (2007–2008) s. 33.