



Utdanningsdirektoratet
Postboks 9359 Grønland
0135 OSLO

Vår referanse: 14/00684-1
Arkivkode: 0
Saksbehandler: Frode Lauareid
Deres referanse:
Dato: 07.04.2014

Klage over vedtak om omgjøring av Fylkesmannen i Østfolds vedtak - Sarpsborg kommune

KS – Kommunesektorens organisasjon inngir med dette klage over Utdanningsdirektoratets vedtak av 17. mars 2014 om omgjøring av Fylkesmannen i Østfolds vedtak i klagesak gjeldende Sarpsborg kommunes vedtak om etterjustering av tilskudd til ikke-kommunale barnehager. Etterjusteringen gjelder beregning av pensjonskostnader. Den nærmere kronologien i saken er redegjort for i Utdanningsdirektoratets vedtak.

Utdanningsdirektoratet har hjemlet sin omgjørelse i forvaltningsloven § 35 første ledd bokstav c og begrunnet dette med at Fylkesmannens vedtak er ugyldig som følge av rettsanvendelsesfeil.

KS vil gjøre gjeldende at Utdanningsdirektoratets rettsforståelse ikke er riktig og at Sarpsborg kommunes vedtak om etterjustering er gyldig.

KS legger til grunn at KS har rettslige klageinteresse, se forvaltningsloven § 28 første ledd med videre henvisninger til tvisteloven §§ 1-3 og 1-4.

Det rettslige grunnlaget

Prinsippet om likeverdig behandling mellom kommunale og ikke-kommunale barnehager er nedfelt i barnehageloven § 14 tredje ledd:

§ 14.¹ Kommunalt tilskudd til godkjente ikke-kommunale barnehager

Kommunen skal yte tilskudd til ordinær drift av alle godkjente,² ikke-kommunale barnehager i kommunen, forutsatt at barnehagen har søkt om godkjenning før barnehagesektoren er blitt rammefinansiert.

Kommunen kan yte tilskudd til barnehager som søker om godkjenning etter at barnehagesektoren er rammefinansiert.

Godkjente ikke-kommunale barnehager, jf. første og andre ledd, skal behandles likeverdig med kommunale barnehager i forhold til offentlig tilskudd. Kongen kan gi forskrifter med nærmere bestemmelser om hva som menes med likeverdig behandling.

Kommunen skal utbetale tilskudd til godkjente ikke-kommunale barnehager som skal motta tilskudd etter første eller annet ledd forskuddsvis hvert kvartal inntil kommunen fattet endelig vedtak om tilskudd.

Kommunens vedtak etter annet ledd kan påklages³ til fylkesmannen.

KS viser til at likebehandlingen skal være barnehagene imellom og ikke kommunen som helhet. Dette må bety at det er det som er kostnadsspesifikt for barnehagene som er relevant for sammenligningen.

Forarbeidene til barnehageloven er tydelig på at den rettslige standarden om likeverdig behandling skal forstås slik at ikke-kommunale barnehager skal få den samme offentlige finansieringen per oppholdstime som det kommunale barnehager får, se Ot.prp. nr 57 (2007-2008) kapittel 5.5.5.:

«5.5.5 Økonomisk likeverdig behandling

Barnehageforliket av 2003 innførte maksimalgrense på foreldrebetaling som gjelder for alle barnehager. Videre hadde barnehageforliket som mål å innføre full økonomisk likeverdig behandling av kommunale og ikke-kommunale barnehager, jf. Innst.S.nr.250 (2002-2003). Innføring av full økonomisk likeverdig behandling vil utjevne forskjellene i offentlig finansiering mellom ikke-kommunale og kommunale barnehager. Full økonomisk likeverdig behandling vil innebære en utvidelse av de finansieringsforpliktelsene kommunene i dag har og innebære at kommunene får en plikt til å finansiere alle ikke-kommunale barnehager slik at de får den samme offentlige finansieringen per oppholdstime som kommunale barnehager får.»

Kongen er i barnehageloven § 14 tredje ledd gitt hjemmel til i forskrift å fastsette nærmere bestemmelser om hva som menes med likeverdig behandling. Det er grunnleggende at utøvelse av forskriftskompetanse må skje innenfor rammene av hjemmelsloven, noe som også følger direkte av ordlyden i dette leddet. Det er gitt en egen forskrift om likeverdig behandling, men den sier ikke noe ut over det som fremgår av loven, se likebehandlingsforskriften § 2:

«§ 2. Kommunens ansvar

Kommunen skal sørge for at godkjente ikke-kommunale barnehager i kommunen behandles likeverdig med kommunale barnehager ved tildeling av offentlige tilskudd til ordinær drift etter denne forskriften. Kommunen skal dokumentere at tildelingen skjer i samsvar med denne forskriften.»

I likebehandlingsforskriften § 4 første ledd er det fastsatt at driftstilskuddet skal beregnes ut fra hva gjennomsnittlige budsjetterte driftskostnader per heltidsplass er i tilsvarende kommunale barnehager:

«§ 4. Tilskudd til driftskostnader

Kommunen skal gi tilskudd til driftskostnader i godkjente ikke-kommunale barnehager. Tilskuddet skal beregnes ut i fra gjennomsnittlige budsjetterte driftskostnader per heltidsplass i tilsvarende kommunale barnehager. Kommunale barnehager med budsjetterte driftskostnader som er minimum 25 prosent høyere enn gjennomsnittlige budsjetterte driftskostnader i tilsvarende kommunale barnehager kan holdes utenfor grunnlaget for beregningen. Kommunen skal gi et påslag for administrasjonskostnader på fire prosent av gjennomsnittlige budsjetterte driftskostnader i tilsvarende kommunale barnehager. Kommunen skal fastsette tilskuddssatser til driftskostnader per heltidsplass. Satsene skal beregnes i samsvar med forholdstall for finansiering av plasser for barn over og under tre år fastsatt av departementet.»

Bestemmelser om etterjustering er gitt i likebehandlingsforskriften § 8. Etter tredje ledd er kommunen pliktig til å foreta etterjustering dersom regnskapet for de kommunale barnehagene avviker fra beregningsgrunnlaget for tilskuddet som ble gitt etter § 4, dvs driftstilskuddet:

«§ 8. Endringer i grunnlaget for de kommunale tilskuddssatsene

Kommunen skal én gang per år fatte vedtak om tilskudd til ikke-kommunale barnehager i samsvar med § 4 og § 5.

Kommuner som i løpet av året endrer bevilgningene til ordinær drift i kommunale barnehager, skal samme året fatte vedtak om etterjustering av tilskudd til ikke-kommunale barnehager.

Dersom kommunens regnskap viser at forbruket i de kommunale barnehagene avviker fra det som lå til grunn for fastsettelsen av tilskuddssatsene etter § 4 og § 5, skal kommunen i forbindelse med kommunestyrets årlige fastsettelse av årsregnskapet fatte vedtak om etterjustering av tilskudd til ikke-kommunale barnehager. Etterjustering av tilskudd det er fattet vedtak om i samsvar med andre ledd skal hensyntas.»

Utdanningsdirektoratet skriver i sin omgjøringsavgjørelse på side 4 i andre avsnitt følgende:

“Etterjusteringen etter forskriften § 8 tredje [sic] skal legge til grunn kommunens regnskapsførte utgifter. Dette gjelder også pensjonsutgiftene. Kommunen har en kollektiv pensjonsordning for sine ansatte. Det betyr at de barnehageansatte og andre ansatte i kommunen inngår i samme risikofelleskap, og pensjonspremien for disse er derfor lik. Denne pensjonspremien er en del av grunnlaget for kommunens pensjonsutgifter i regnskapet, og skal derfor legges til grunn i etterjusteringen av tilskudd til de ikke-kommunale barnehagene.”

Utdanningsdirektoratet skriver videre med henvisning til beregninger Sarpsborg kommunens pensjonsleverandør har foretatt at dette er hva pensjonspremien ville ha vært dersom de barnehageansatte hadde vært i en egen pensjonsordning. Utdanningsdirektoratet skriver at “[d]enne pensjonspremien viser ikke hva kommunens faktiske pensjonsutgifter for ansatte i kommunale barnehager er, og skal derfor ikke legges til grunn i etterjusteringen av tilskudd.”.

Endelig skriver Utdanningsdirektoratet at “Fylkesmannen mener at kommunen kan bruke en pensjonspremie som ikke fremgår av kommunens regnskap i etterjusteringen av tilskudd.”. Utdanningsdirektoratet følger opp med å fastslå at kommunen kun skal bruke kommunens

regnskapsførte utgifter i etterjusteringen og at Fylkesmannens forståelse er i strid med likebehandlingsforskriften § 8 tredje ledd.

KS mener det er Utdanningsdirektoratet som tar feil her, både når det gjelder forståelse av pensjonsordningen i kommunal sektor og forståelsen av hvordan likebehandlingsforpliktelsen skal forstås og praktiseres.

Pensjonsordningen i kommunal sektor

Når Utdanningsdirektoratet skriver at alle ansatte er i samme premiefellesskap og at premien for alle ansatte er lik, så er dette ikke riktig. Dette fremkommer både av forsikringsvirksomhetsloven og vedtektene for tjenstepensjonsordningen i KS-området.

Det følger av forsikringsvirksomhetsloven § 10-4 at årlig premie ikke er en enkelt beregning, men er summen av ordinær årspremie, reguleringspremie og særskilte engangspremier:

«§ 10-4.Årets premier

Årlig premie for en pensjonsordning skal tilsvare summen av ordinær årspremie, reguleringspremie og særskilte engangspremier for ytelser som ikke kan premiesettes på forhånd.

Premier beregnes etter reglene i § 10-5, jf. §§ 10-7 og 10-8, for så vidt annet ikke følger av reglene i § 10-6 om fellesordning for premieberegning.»

Premieberegningen er individuell, jf. forsikringsvirksomhetsloven § 10-5:

«§ 10-5.Premieberegning

Pensjonsordningen skal årlig tilføres en premie som etter beregningsgrunnlaget for ordningen er tilstrekkelig til å sikre den rett til pensjon som medlemmene vil opptjene i løpet av året, med tillegg av årets risikopremier og kostnader for tjenester (ordinær årspremie). Premie for hvert år beregnes ved årets begynnelse og senere i året i takt med lønnsutviklingen.

Pensjonsordningen skal i tillegg hvert år tilføres premie til dekning av oppreguleringen i løpet av året av opptjente pensjonsrettigheter og løpende pensjoner (reguleringspremie). Reguleringspremie beregnes på tidspunktet for oppreguleringen ut fra lønnsutviklingen i løpet av året og reguleringen av pensjoner under utbetaling og opptjent rett til pensjon til medlemmer som har fratrudd sin stilling uten rett til utbetaling av pensjon, i samsvar med endringen av folketrygdens grunnbeløp.

Pensjonsordningen skal også hvert år tilføres premie til dekning av andre pensjonsrettigheter som medlemmene i tilfelle får i løpet av året, og som ikke kan premiesettes på forhånd ut fra forsikringstekniske beregninger. Slik premie beregnes på det tidspunktet pensjonsrettighetene oppstår.

Ved beregninger av premie etter reglene i paragrafen her skal det gjøres fradrag i pensjonsytelsene for de ytelser som, ut fra de til enhver tid gjeldende regler for folketrygden, kan antas å bli utbetalt fra folketrygden¹ (beregnet folketrygd). Departementet kan gi nærmere regler om fastsettelse av beregnet folketrygd.»

Opptjeningen er også individuell og lineær ut fra når medlemskapet i pensjonsordningen ble stiftet, se forsikringsvirksomhetsloven § 10-7:

«§ 10-7.Premieberegning ut fra lineær opptjening mv.

Ved beregning av pensjonsordningenes premier skal det legges til grunn at medlemmenes rett til pensjon opptjenes lineært fra tidspunktet for medlemskap i pensjonsordningen og frem til en pensjonsalder på 67 år eller annen særaldersgrense. Skal tidligere tjenestetid fra statlig eller annen kommunal pensjonsordning medregnes, regnes tidspunktet for medlemskap fra et tilsvarende tidligere tidspunkt.

Foretakspensjonsloven § 9-3 gjelder tilsvarende.

Dersom et medlem gjør bruk av rett til å fratrukke med rett til utbetaling av pensjon før nådd pensjonsalder, skal det kreves tilleggspremie som nevnt i § 10-5 tredje ledd.»

Sarpsborg kommune er part i de kollektive arbeidsavtalene som er fremforhandlet innen det såkalte KS-området. Hovedtariffavtalen i KS-området har bestemmelser som pålegger arbeidsgiverne å inngå pensjonsavtaler for hver enkelt ansatt. Dette er rettigheter som hver enkelt kommunalt ansatt har. Det konkrete innholdet i denne rettigheten kan ikke fastsettes ut fra generelle betraktninger om innbetalinger til et kollektivt premiefellesskap, men ut fra en individuell beregning ut fra innholdet i arbeidsavtalen for den enkelte til enhver tid.

Ordningen rundt budsjettering av kommunens pensjonsforpliktelser og faktiske innbetalinger av premie foregår på den måten at pensjonsleverandøren etter at statsbudsjettet er gjort kjent lager et forslag til budsjett for kommende års pensjonspremier og pensjonsforpliktelser. Budsjettet er basert på forventede innbetalinger og pensjonsforpliktelser for nåværende og tidligere ansatte med opparbeidede rettigheter. Dette beregnes ytterligere av pensjonsleverandør i januar og mars/april. Det er dette grunnlaget den enkelte kommune benytter for sitt kommunebudsjett.

Faktureringen av premien skjer ikke på grunnlag av budsjettallene. Faktureringen baserer seg på reelle tall. Dette skjer ved at pensjonsleverandøren en gang i kvartalet oversender kommunen for hver enkelt ansatt som viser den enkeltes lønn, stillingsstørrelse og opptjeningstid. Oversikten inneholder også inn- og utmeldinger. Kommunen foretar så en utsjekk på dette fakturagrunnlaget og sender eventuelle korrigeringer tilbake til pensjonsleverandør. Når alle feilmeldinger er avklart, sender pensjonsleverandør en faktura på pensjonspremien. Da skal kommunens samlede forpliktelser overfor hver enkelt ansatt være klar.

Det følger av vedtektene § 13-1 for tjenstepensjonsordningen (TPO) at kommunen "skal betale premien i henhold til forsikringsvirksomhetsloven kap. 10, Hovedtariffavtalen og disse vedtekter". Vedtektene det vises til er vedlagt Hovedtariffavtalen innen KS-området.

TPO § 13-2 fastsetter videre:

«Pensjonsrettighetene skal i sin helhet være forsikringsmessig dekket i et forsikringselskap eller en pensjonskasse, jf. HTA pkt. 2.1.6. Rettighetene skal være forsikringsmessig dekket ved at det innbetales en årlig premie for den del av pensjonsytelsene som er forsikringsbare og en engangspremie når forsikringstilfellet inntreffer for de ytelser som ikke lar seg forsikringsteknisk beregne før forsikringstilfellet inntreffer, benevnt ikke-forsikringsbare ytelser.

Den ordinære årspremie skal utjevnes i den enkelte forsikringsgivers fellesordning, basert på pensjonsgrunnlaget. Engangspremier ved pensjonstilfellets inntreden, skal utjevnes i forsikringsgivers fellesordning i forhold til pensjonsgrunnlaget. Premie for lønns- og G-regulering skal utjevnes i en fellesordning i forhold til premiereserven. Administrasjonstillegget i premien skal utjevnes i en fellesordning i forhold til pensjonsgrunnlaget.

Forsikringsgivers fellesordning for utjevning av alle premieelementene skal utgjøres av samtlige kommunekunder og bedriftskunder eller av fylkeskommunekunder.»

Det at den enkelte ansatte inngår i forsikringsgivers fellesordning medfører ikke at pensjonspremien er lik for alle ansatte. Situasjonen er at pensjonspremien en kommune betaler vil variere betydelig for hver enkelt ansatt. Innbetalt pensjonspremie (netto innbetalt premie) til offentlig tjenstepensjonsordning består av tre komponenter med ulikt beregningsgrunnlag; *ordinær premie*, *reguleringspremie* og *overføringer fra premiefond (tilført overskudd)*, jf henvisningene til forsikringsvirksomhetsloven ovenfor.

For alle ansatte betales en *ordinær premie* utjevnet i forhold til pensjonsgrunnlag. At premien er utjevnet betyr at det betales en lik prosentvis premie på grunnlag av hver enkelt ansattes pensjonsgrunnlag.

Pensjonspremien varierer fra år til år. De største svingningene er knyttet til *reguleringspremien*. Reguleringspremien skal dekke økte forsikringstekniske avsetninger som gjenspeiler økningen i pensjonsrettighetene av lønnsøkninger til løpende arbeidsforhold, og regulering av pensjonsrettighetene til fratrådte arbeidstakere og pensjonister. Reguleringspremien utjevnes i forhold til premiereserven og ikke pensjonsgrunnlaget som for ordinær premie, jf TPO § 13-2. Premiereserven avspeiler kommunens pensjonsforpliktelser overfor nåværende og tidligere ansatte. Størrelsen på reguleringspremien påvirkes av årets lønns- og trygdeoppgjør, den ansattes opptjeningstid i pensjonsordningen samt alder og kjønn. Siden reguleringspremien utjevnes med en lik prosentsats på grunnlag av premiereserven og ikke pensjonsgrunnlaget, vil reguleringspremien i forhold til pensjonsgrunnlaget variere betydelig mellom ansatte i kommunen. Følgende konkrete eksempel hentet fra pensjonsberegningen for ansatte i Sarpsborg kommune 2012 illustrerer nettopp dette:

| Mann | | Kvinne | |
|---------------------------|----------------|---------------------------|---------------|
| Født: 1956 | | Født: 1992 | |
| Ansatt: 01.01.1987 | | Ansatt: 01.07.2011 | |
| Lønn | 488 136 | Lønn | 165 584 |
| Ordinær premie | 58 967 | Ordinær premie | 20 002 |
| Reguleringspremie | 126 567 | Reguleringspremie | 24 |
| Samlet premie | 185 534 | Samlet premie | 20 026 |
| Samlet premie i % av lønn | 38,0 % | Samlet premie i % av lønn | 12,1 % |

Den ansatte betaler selv 2 % av satsen nevnt ovenfor.

Som følge av Stortingets vedtak om full barnehagedekning er det de senere årene vært en betydelig utbygging av barnehager i både kommunal og ikke-kommunal regi. Sysselsettingen innenfor barnehagesektoren har økt i takt med etableringen av nye barnehager. Mange nytilsatte i barnehagene er forholdsvis unge arbeidstakere med kort opptjeningstid i pensjonsordningen og relativt lav lønn sammenlignet med mange andre yrkesgrupper i kommunen. Dette gjør at

gjennomsnittlig reguleringspremie i prosent av pensjonsgrunnlaget kan være vesentlig lavere for denne ansattgruppen enn gjennomsnittet for alle ansatte i en kommune til tross for at de inngår i samme risikofelleskap.

Siden reguleringspremien påvirkes av de årlige lønns- og trygdeoppgjørene vil samlet premie variere betydelig fra et år til et annet. Følgende eksempel kan illustrer dette:

| Pensjonspremie - dekomponert (mill. kr) | | | |
|------------------------------------------------|--------------|----------------------|--------------|
| 2012 | | 2013 | |
| Ordinær premie | 118,0 | Ordinær premie | 125,5 |
| Reguleringspremie | 103,8 | Reguleringspremie | 55,1 |
| Bruk av premiefond | -18,4 | Bruk av premiefond | -11,8 |
| Betalt premie | 203,4 | Betalt premie | 168,8 |

Som vist i tabellen ovenfor utgjør reguleringspremien for 2012 om lag 1/2 av samlet premieinnbetaling, mens den i 2013 tilsvarer om lag 1/3 av innbetalt premie.

Hvordan premiefondet som den tredje komponenten i pensjonspremien skal behandles i forbindelse med pensjonsberegningen er omtalt Udir-6-2013 side 7-8:

«Årlig bruk av premiefond skal trekkes fra. Fratrukket kan beregnes ved å bruke den samme fordelingsnøkkelen som kommunen har benyttet når den har fordelt pensjonspremiene ut til de enkelte tjenestene. Dette kan for eksempel være sum lønn i kommunale barnehager delt på sum lønn i kommunen.» I Sarpsborg kommunes pensjonsberegning er bruk av premiefond, som er overskudd på pensjonsmidlene, trukket fra i reguleringspremien for hver ansatt i barnehagesektoren med samme prosentvise sats for alle.

«Utgifter til AFP i kommunale barnehager er driftskostnader og skal tas med i grunnlaget for beregning av tilskudd til ikke-kommunale barnehager.» Utgiftene til AFP i Sarpsborg kommune inngår i ordinær premie som en fast prosentsats av pensjonsgrunnlaget for alle ansatte.

Sarpsborg kommune har i sin beregning av tilskuddet til ikke-kommunale barnehager for 2012 lagt til grunn en detaljert pensjonsberegning basert på alle ansatte i de kommunale barnehagene hvor alle de tre nevnte komponentene inngår i beregningen. Det er videre lagt til grunn at de ansatte inngår i et risikofelleskap og at både den ordinære premien og reguleringspremien således beregnes med lik sats for alle ansatte. Mange av de ansatte i barnehagene er unge arbeidstakere med kort opptjeningstid i pensjonsordningen og har følgelig reelt sett en lavere reguleringspremie i forhold til lønnsgrunnlaget enn gjennomsnittet for kommunens ansatte. En detaljert beregning av innbetalt pensjonspremie for de barnehageansatte vil derfor gi en lavere premie målt i forhold til pensjonsgrunnlaget, men samtidig en langt mer treffsikker beregning av kommunens faktiske pensjonsutgifter knyttet til denne yrkesgruppen, enn en mer sjablongmessig beregning basert på alle kommunens ansatte.

KS mener på denne bakgrunn at Sarpsborg kommunes beregning av pensjonsutgiftene som grunnlag for offentlig tilskudd til de ikke-kommunale barnehagene i kommunen er i tråd med kravet om at de faktiske pensjonsutgiftene i kommunale barnehager skal legges til grunn ved etterjustering av tilskuddet. Det er derfor ikke korrekt når Utdanningsdirektoratet hevder at den pensjonsberegningen kommunen har gjort basert på regnskap viser «hva kommunens pensjonspremie for ansatte i kommunale barnehager kunne ha vært, dersom kommunen hadde en egen pensjonsordning for disse». Beregningen tar tvert imot hensyn til at de barnehageansatte inngår i et risikofelleskap med

øvrige ansatte i kommunen samtidig som det gir en vesentlig mer korrekt beregning av de faktiske pensjonsutgiftene i barnehagene.

Dette er ingen simulert eller tenkt beregning, men en detaljert og fullt ut dokumenterbar beregning av kommunens faktiske pensjonsutgifter for alle ansatte i de kommunale barnehagene. Det er derfor påviselig feil når direktoratet hevder at «*Denne beregningen viser hva kommunens pensjonspremie for ansatte i kommunale barnehager kunne ha vært (vår understrekning), dersom kommunen hadde en egen pensjonsordning for disse*». Beregningen viser hva pensjonsutgiftene faktisk er.

De øremerkede tilskuddene til drift av barnehager ble innlemmet i rammeoverføringene til kommunene fra og med 2011. Fra samme år fikk kommunene ansvar for å beregne tilskudd til ikke-kommunale barnehager. Regelverket på dette området er komplisert og har siden 2011 vært gjenstand for en rekke avklaringer og presiseringer fra direktoratets side. Kommunenes tilskuddsberegninger har vært gjenstand for en rekke klager med fylkesmannsembetene som klageinstans. De fleste av klagen gjelder hvordan kommunene har beregnet de ulike kostnadskomponentene i tilskuddet. I mange av sakene blir det understreket fra både PBL og fylkesmennene at det er kommunens faktiske kostnader ved drift av egne barnehager som skal ligge til grunn for tilskuddsberegningen. Når det er slik at det er faktiske lønnsutgifter som skal legges til grunn for tilskuddet, må det også være slik at det er faktiske pensjonsutgifter som skal inn i tilskuddsgrunnlaget.

Avslutning

KS ber med grunnlag i det anførte at Utdanningsdirektoratet omgjør sitt vedtak av 17. mars 2014 og forkaster begjæringen fra PBL om omgjøring av Fylkesmannen i Østfolds vedtak.

Med hilsen



Helge Eide
Områdedirektør



Tor Allstrin
Avdelingsdirektør