

**KOMMUNSEKTORENS ORGANISASJON - KS ADVOKATENE - Advokater MNA**

Tor Allstrin – avd.dir.
Elisabeth Aasheim
Kristine Rød Brun
Gry Brandshaug Dale
Mårten Brandsnes Faret

Øyvind Gjelstad
Solfriid Vaage Haukaas
Anne-Lise Hellebostad
Beatrice Dankertsen Hennyng
Hakon Huus-Hansen

Erna Larsen
Øyvind Renslo
Jostein Selle
Cecilie R. Sæther
Siri Tofte

Kristine Vigander
Geir S. Winters
Frode Lauareid
Sabrina Becher (adv.sek.)
Linda Hansen (adv.sek.)

DIHVA IKS

Vår referanse: 17/01260-15
Ansvarlig advokat: Erna M. Larsen
Deres referanse:

Spelhaugen 22
5147 FYLLINGSDALEN

Dato: 04.12.2017

VURDERING AV SELSKAPSFORM**1. Innledning**

KS Advokatene er bedt om å gjøre en utredning av fordeler og ulemper ved endring av selskapsform for DIHVA IKS. Herunder er det også stilt en rekke konkrete spørsmål. Det er avtalt at vurdering av enkelte pensjonsrettslige spørsmål ettersendes.

I møte 28. august i år ble det avtalt at utredningen skal ta for seg de tre organisasjonsformene interkommunalt selskap (IKS), Aksjeselskap (AS) og samvirkeforetak (SA).

Spørsmålet om hva som er en hensiktsmessig organisasjonsform beror på en avveining av flere elementer, hvor det som er en fordel i én relasjon kan være en ulempe i en annen. Organisasjonsform er et redskap som skal tjene til å oppnå eiernes formål med virksomheten. Det lar seg ikke gjøre å gi en uttømmende beskrivelse av alle hensyn som kan oppstå i forbindelse med valg av organisasjonsform. Vi har i denne utredningen av fordeler/ulempes og konsekvenser på ulike områder særlig fokusert på elementer som vi ut fra opplysninger fra selskapet har oppfattet som viktige for eierne. Det endelige valget av organisasjonsform vil i siste instans avhenge av eiernes vurdering av hva som er de viktigste hensynene. Vi har derfor ikke oppfattet det slik at det er ønske om en samlet anbefaling fra vår side, men håper redegjørelsen for de ulike elementer vil gi et godt grunnlag for selskapets og eiernes videre arbeid med saken.

Vi har forstått at et sentralt element som ønskes tatt med i vurderingen, er hvilken organisasjonsform som gir best mulig fleksibilitet med hensyn til opptak av nye medlemmer. Selskapet har oppgitt at det er ønskelig å forenkle opptak av nye eiere/deltagere i forhold til dagens ordning. Samtidig er det opplyst fra selskapet at det er viktig å tenke langsiktighet ved å sikre stabilitet på deltagersiden. Vi gjør oppmerksom på at dette er to hensyn som ikke nødvendigvis alltid lar seg forene. Dersom organisasjonsformen har regler som gjør det enkelt å få inn nye eiere/deltagere, så betyr det også at det er enkelt å tre ut som eier/deltager. Det betyr at et ønske om fleksibilitet med hensyn til opptak av nye medlemmer, samtidig kan sette til side hensynet til stabilitet på eiersiden.

Vi har fått opplyst at Bergen kommune er en viktig aktør i det selskapet driver med i dag og har alltid hatt nestledervervet i det styrende organet og det er ønskelig at dette kan videreføres.

Selskapet har også opplyst at enkelte av deltagerne har et ønske om å begrense det økonomiske ansvaret og at dette må tas med i vurderingen. Her skal innledningsvis pekes på at behovet for å begrense det økonomiske ansvaret henger sammen med hvor risikoutsatt virksomheten er. Er det høy risiko forbundet med virksomheten, så er det også større grunn til å begrense det økonomiske ansvaret.

Vurderingen nedenfor er delt inn i kapitler med følgende overskrifter:

- Sammendrag
- Opplysninger om selskapet som kan ha betydning for valg av selskapsform
- Litt om dagens ordning knyttet til praktisering av eierskap
- Oversikt over de ulike selskapsformene
- En vurdering av fordeler og ulemper ved valg av selskapsform
- Forholdet til reglene om offentlig støtte
- Forholdet til anskaffelsesregelverket
- Skatt og MVA
- Alsutning

2. Sammendrag

2.1 Oppsummering: Opplysninger om selskapet som kan ha betydning for valg av selskapsform

Følgende er opplyst av selskapet og lagt til grunn:

- Selskapet har 32 eiere. Av disse 32 kommunene har 27 kommuner vedtatt selskapsavtalen. 7 kommuner har vedtatt at de ønsker å være deltagere i selskapet og har vedtatt selskapsavtalen, men avtalen er foreløpig ikke behandlet av de andre deltagerkommunene, og 3 av de 32 kommunene er tilknyttet selskapet gjennom en egen avtale.
- Selger tjenester til alle de 32 kommunene.
- Virksomheten er hovedsakelig finansiert ved gebyrer.
- Virksomheten selskapet driver tilsier svært lav økonomisk risiko.
- Eierandelen i selskapet følger innbyggertallet ved innmelding som ny deltager.
- Selskapet har ikke erverv til formål.
- Selskapsavtalen har ikke regler om utdeling av overskudd.
- Selskapet er registrert i MVA – registeret. Selskapet inngir ikke selvangivelse og er fritatt for skatt.

2.2 Oppsummering om dagens ordning knyttet til praktisering av eierskap

Selskapet har opplyst at de har 32 eiere. For å være eier i et IKS, må samtlige deltagere være godkjent av alle deltagerkommunene, jf. bestemmelser i Lov om interkommunale selskaper (iksl) § 4. Det er kun 27 kommuner som alle har vedtatt selskapsavtalen. Det er kun disse 27 som er eiere av selskapet. De øvrige kommunene er ikke eiere. For å bli eiere må de alle vedta selskapsavtalen og denne må vedtas av alle kommunene.

2.3 Oppsummering om de ulike selskapsformene

Aktuelle fremtidige organisasjonsformer for DIHVA som er vurdert er:

- Interkommunalt selskap (IKS)
- Aksjeselskap (AS)
- Samvirkeforetak (SA)

2.3.1 Hovedtrekkene i IKS

Interkommunalt selskap reguleres av Lov om interkommunale selskaper av 1999-01-29-6 og har IKS i navnet og er eget rettssubjekt. Det må være minimum to deltagere for å kunne opprette et IKS. Private kan ikke være deltager, kun kommuner, fylkeskommuner og andre IKS-selskap.

Deltagerne har til sammen ubegrenset ansvar for selskapets forpliktelser. Selskapet skal ha selskapsavtale og angi selskapets formål.

Selskapets organer består av representantskapet, et styre og daglig leder. Eierne utøver sine eierinteresser gjennom representantskapet. Representantskapet kan vedta utbytte etter forslag fra styret, men kan ikke vedta høyere utbytte enn styret har foreslått. Daglig leder tilsettes av styret med mindre annet er bestemt i selskapsavtalen.

I prinsippet kan alle typer oppgaver legges til et IKS.

Det gjelder ikke et kontinuitetsprinsipp ved omdanning av et IKS til et aksjeselskap eller til en annen selskapsform. Ønsker deltagerne å endre selskapsformen, må selskapet oppløses og nytt selskap må opprettes.

Selskapet kan oppløses. Som hovedregel skjer oppløsning etter enighet mellom deltagerne. I stedet for å oppløse selskapet, kan deltagere velge uttreden fra selskapet. Uttreden fra et IKS må varsles skriftlig med ett års varsel. Annet kan avtales i selskapsavtalen. Det kan også i selskapsavtalen avtales tvungen deltagelse i et begrenset tidsrom.

Opptak av nye deltagere krever at selskapsavtalen må endres, og denne må vedtas av alle deltagerne. Denne vedtaksmyndigheten kan ikke delegeres til representantskapet.

2.3.1 Hovedtrekkene i et AS

Aksjeselskap styres av lov om aksjeselskaper og er et eget rettssubjekt.

Det kan være flere eiere i et aksjeselskap. Eierne kan være både juridiske rettssubjekter og enkeltpersoner. Et aksjeselskap kan ha både offentlige og private eiere. Det kreves en minimumskapital på NOK 30 000 for å starte et aksjeselskap- og aksjekapitalen fordeles på flere aksjer. Aksjekapitalen finansieres av aksjonærene. Dette kan være enten som kapitalinnskudd eller tingsinnskudd.

Eierne har begrenset ansvar for selskapets forpliktelser (§1-2). En aksjonær kan fritt overdra sin aksje til andre med mindre annet er avtalt.

Endringer på eiersiden skjer enten ved salg av aksjer eller en emisjon. Endring av eierskap kan ikke reguleres av generalforsamlingen, men det kan bestemmes i vedtektene hvem som kan være eiere.

Eierinnflytelse er knyttet til aksjeandeler. Hovedregelen er at hver aksje gir en stemme.

Eierrettighetene er knyttet til aksjer. Aksjene kan eies av en eller flere eiere. Det er ingen begrensninger i hvor mange aksjer en eier kan eie, med mindre annet fremgår av vedtektene. En aksje gir som regel like rettigheter i selskapet (§ 4-1). Hvem som skal inneha nestledervervet i styret, kan bestemmes i vedtektene.

Det stilles krav om forsvarlig egenkapital og likviditet ut fra risikoen ved omfanget av virksomheten i selskapet.

Et AS skal ha vedtekter, og angi selskapets formål. Aksjeselskapsformen er tiltenkt virksomhet med økonomisk formål, men kan også benyttes for virksomhet med ideelt formål.

Selskapets organer består av generalforsamlingen (eierorganet), styret og daglig leder.

Generalforsamlingen kan vedta utbytte etter forslag fra styret, men ikke høyere utbytte enn styret har foreslått. Daglig leder ansettes av styret, med mindre annet fremgår av vedtektene.

Et aksjeselskap kan stille garantier for andre selskaper. Eierne kan ikke beholde kontinuitet dersom selskapet ønskes omdannet til en annen organisasjonsform. Et aksjeselskap kan oppløses og avvikles etter vedtak i generalforsamlingen.

2.3.3 Hovedtrekkene i et samvirkeforetak

Et samvirke kan stiftes av minimum 2 deltagere. Visse vilkår må være oppfylt at samvirkeforetak kan opprettes.

Et samvirkeforetak er basert på medlemskap, ikke eierskap. Hovedregelen er at alle medlemmene har en stemme hver og det praktiseres åpent medlemskap. Åpent medlemskap innebærer at alle som kan få sine interesser oppfylt gjennom foretaket, kan bli medlemmer med mindre annet er bestemt i vedtektene.

Samvirkeloven oppstiller fem vilkår som alle må være oppfylt for at en virksomhet eller sammenslutning kan være et samvirkeforetak.

Ingen av medlemmene har personlig ansvar for foretaket.

Det kan utbetales utbytte til medlemmene. Utbytte skal være basert på hvilken omsetning medlemmet har med foretaket, ikke utfra hva man har skutt inn av kapital i samvirket.

Et samvirke skal ha vedtekter. Det er stor frihet til å bestemme innholdet i vedtektene utover minstekravet.

Samvirkets organer er årsmøte som øverste organ, styre og daglig leder. På grunn av prinsippet om at det må være minst to medlemmer, vil et IKS eller et AS ikke kunne opprette et samvirke som datterselskap. Derimot kan flere selskaper gå sammen om å opprette et samvirke.

Hovedregelen er at et samvirke står fritt til å yte kreditt og stille sikkerhet for andres forpliktelser så lenge kravet til egenkapital i loven er oppfylt. Et samvirke kan imidlertid ikke stille garanti eller sikkerhet for medlemmers forpliktelser.

Det kan gjennomføres både fisjon og fusjon av et samvirke, og et samvirke kan omdannes direkte til et aksjeselskap, men kan ikke omdannes til annen selskapsform. Skal et samvirke endres til et IKS, er det mer omstendelig. Det vil kreve en prosess med oppløsning av samvirke, for deretter å opprette virksomheten til et IKS. Et samvirke kan oppløses og avvikles etter nærmere regler i samvirkeloven.

2.4 Oppsummering fordeler og ulemper ved valg av selskapsform

En forutsetning for at et SA kan være et alternativ til IKS eller AS er at DIHVA tilfredsstiller fem vilkår som fremgår av samvirkeloven § 1. Utfra de opplysningene vi besitter om selskapet, vil disse vilkårene være oppfylt. SA er derfor en valgbar organisasjonsform for DIHVA.

Dagens ordning med at Bergen kommune innehar nestledervervet i styret kan sikres uavhengig av valg av selskapsform.

Eiernes behov og ønsker er avgjørende for valg av selskapsform.

Dersom sterk politisk styring og kontroll er viktig for eierne oppnås dette direkte gjennom loven for et IKS, men tilnærmet samme kontroll kan oppnås i et AS gjennom regulering i vedtektene og aksjonæravtale. Et SA er basert på medlemskap, men sterkt medlemskapsstyring kan oppnås gjennom vedtektene. Hvis politisk styring og kontroll er viktig så kan dette oppnås gjennom både IKS, AS og SA.

Opptak av nye deltagere/eiere/medlemmer har betydning for valg av organisasjonsform. Dersom dette er sentral for eierne, gir SA-formen størst fleksibilitet. Dernest kommer AS og til sist IKS.

Fordeling av nettoverdiene har også betydning ved valg av organisasjonsform. Ønskes fordeling etter eierandel står valget mellom IKS og AS. Kan en fordeling skje etter omsetning med sammenslutningen, er SA også aktuell selskapsform. Utover dette vises til det som fremgår av kapitel 6 – 9.

Er begrensing av økonomisk ansvar viktig for eierne, kan dette bare oppnås gjennom et AS eller SA.

Som et eksempel kan nevnes at dersom sterk eierstyring er viktig samtidig som det ønskes begrensing av det økonomiske ansvaret, så er IKS utelukket. Valget vil da være et AS, men det forutsetter regulering i vedtektene og aksjonæravtale. SA vi kunne være aktuelt, men da vil det dreie seg om stek medlemskapsstyring, ikke eierstyring.

Om betydningen av regelverket offentlig støtte, regelverket om offentlige anskaffelser og reglene om skatt og avgift, se pkt. 7, 8 og 9.

2.5 Oppsummering støtteregele

Det er avgjørende for om reglene om offentlig støtte i EØS-avtalen kommer at virksomheten går ut på å tilby varer eller tjenester i et marked i konkurranse med private aktører. Virksomheten driver i så fall en

«økonomisk aktivitet» - er et «foretak» - i den forstand EØS-avtalen art. 61(1) bruker begrepet. Det er også andre vilkår som må være oppfylt¹, men de gjennomgås ikke her.

Dersom virksomheten helt eller delvis går ut på å drive slik økonomisk aktivitet vil dette ha betydning for valg av organisasjonsform. IKS-loven er her ansett som problematisk, på bakgrunn av at det ubegrensede deltakeransvaret i denne modellen kan forstås som en ubegrenset garanti fra det offentlige i strid med statsstøttereglene.

IKS-loven har vært foreslått endret på bakgrunn av dette, men det er foreløpig ikke fremmet konkret lovforslag for Stortinget om dette (jf. pkt. 7.2). Vi vurderer det slik at det er sannsynlig at loven vil bli endret, men det er vanskelig å si noe om hva endringen vil gå ut på. Det er særlig to varianter av endring som har vært vurdert; enten å innføre begrenset økonomisk ansvar for eierne, eller reservere loven for ikke-økonomisk aktivitet. Dersom det innføres begrenset økonomisk ansvar for eierne, vil ansvarsformen bli den samme som i aksjeselskap. Dersom denne selskapsmodellen reserveres for ikke-økonomisk aktivitet vil de deler av selskapets virksomhet som utgjør økonomisk aktivitet måtte opphøre eller skilles ut i eget selskap, typisk aksjeselskap.

Usikkerheten knyttet til IKS-lovens framtid er et risiko-moment knyttet til å velge denne selskapsformen, og vil være et argument for å velge en organisasjonsform som gir større forutberegnelighet.

Vi har ikke gjort en inngående analyse av de ulike delene av virksomheten i DIHVA, men vil peke på at i hvertfall deler av virksomheten i utgangspunktet vil være å anse som økonomisk aktivitet. Blant annet gjelder dette virksomhet knyttet til beredskap, dammer, drift og ledningskart, hvor selskapet selv opplyser at lignede tjenester tilbys av konsulenter i markedet.

Samtidig er det opplyst at DIHVA i all hovedsak tilbyr tjenester til eierne, og at det også i framtiden er ønske om å drive virksomheten i «egenregi». Når det gjelder virksomhet som drives i «egenregi» har ESA i flere saker lagt vekt på dette ved vurderingen, og kommet til at det da ikke var tale om økonomisk aktivitet. Virksomheten vil i så fall ligge utenfor statsstøttereglenes anvendelsesområde. De senere meddelelser fra EU-kommisjonen og ESA har imidlertid skapt tvil om dette standpunktet kan opprettholdes (jf. pkt. 7.3).

Det kan likevel – selv om virksomheten skulle bli betraktet som økonomisk aktivitet på tross av at den drives i egenregi - argumenteres for at ihvertfall deler av virksomheten kan betraktes som «tilknyttet aktivitet» fordi den er nødvendig for å drive en ikke-økonomisk aktivitet i kommunene og utelukkende utøves for å drive denne (jf. pkt. 7.4). Spørsmålet blir dermed om virksomheten på dette grunnlag vil falle utenfor støttereglene. Spørsmålet er noe usikkert, og uten mer autoritative rettskilder er det ikke mulig å gjøre en sikker konklusjon her. Vi har heller ikke gjort en inngående statsstøtterettslig analyse av DIHVAs virksomhet i lys av dette temaet, men nøyer oss med å peke på hvilken betydning denne usikkerheten har som moment i en vurdering av framtidig organisasjonsform, hvor også flere elementer er relevante. (Som

¹ Det er tradisjonelt oppstilt seks vilkår som alle må være oppfylt for at det skal være tale om ulovlig offentlig støtte:

1. Støtten må gi en økonomisk fordel
2. Støtten må være gitt av offentlige midler
3. Mottaker må drive en økonomisk aktivitet
4. Støtten må være selektiv (begunstige enkelte foretak eller virksomheter)
5. Støtten må vri konkurransen
6. Støtten må være egnet til å påvirke samhandelen mellom EØS-landene

nevnt i pkt. 6.2 pågår det et utredningsarbeid om statstøtterettslige problemstillinger knyttet til når det det offentlige opptrer i markedet, men vi har ikke grunnlag for å si noe nærmere om hvilken betydning dette arbeidet vil ha for virksomheter som allerede er skilt ut i selskaper. Mandatet gjelder virksomheter som drives som en del av stat, kommune, fylkeskommune eller helseforetak som egne juridiske personer).

Den usikkerhet som knytter seg til om deler av DIHVAs virksomhet vil bli regnet for økonomisk aktivitet, er i seg selv et argument som indikerer at valg av aksjeselskap, eller eventuelt samvirkeforetak, er grunn til å anbefale framfor IKS-modellen. I vurderingen av hva som for fremtiden vil være en egnet organisasjonsform kommer dette i tillegg til den usikkerhet som knytter seg til hvordan IKS-loven vil se ut framover.

Valg av aksjeselskapsorganisering eller organisering som samvirkeforetak vil imidlertid ikke i seg selv utelukke at statsstøtterettslige spørsmål kan oppstå. Uavhengig av hvilken selskapsform som velges, vil eierne nemlig måtte respektere det såkalte *markedsinvestorprinsippet* dersom det er tale om økonomisk aktivitet. I dette ligger at kommunene som eiere ikke kan opptre gunstigere overfor virksomheten enn det en rasjonell sammenlignbar markedsaktør ville gjort i en sammenlignbar situasjon. Hva som nærmere følger av dette prinsippet er redegjort for i ESAs retningslinjer. Blant annet innebærer det at det må stilles krav om en markedsmessig avkastning, at ikke virksomheten må få fordeler ved oppstart og drift som ikke gis på markedsmessige vilkår mv. Dersom det i ett og samme selskap drives både økonomisk aktivitet og ikke-økonomisk aktivitet innebærer dette også at det må det også sikres at det ikke skjer kryss-subsidiering mellom den økonomiske virksomheten og den skjermede delen av virksomheten (jf. pkt. 6.1.).

2.6 Oppsummering anskaffelser

Vi mener at unntaket for utvidet egenregi kan oppfylles både dersom DIHVA organiseres som aksjeselskap, samvirkeforetak og som interkommunalt selskap etter IKS-loven. Vi presiserer imidlertid at det alltid må foretas en konkret vurdering av faktum når dette er nærmere klarlagt.

På generell basis er det vår vurdering at IKS legger best til rette for at unntaket for utvidet egenregi kan oppfylles, deretter samvirkeforetak, deretter aksjeselskap. Særlig for aksjeselskap, men også til dels for samvirkeforetak, må det bygges inn eierstyringsmekanismer som gir eierne en sterkere styring enn det som i utgangspunktet følger av for eksempel aksjelovent og loven om samvirkeforetak, dersom man skal være sikre på at unntaket for utvidet egenregi er oppfylt.

Eksempel på slike mekanismer som sikrer eierne kontroll over virksomheten er at det gjøres noen tilpasninger i vedtektene som sikrer:

- at DIHVAs selvstendighet (autonomi) i forhold til eierkommunene ikke går lenger enn hva som er påkrevd for å sikre en tilstrekkelig effektiv drift
- at DIHVAs formål ikke går lenger enn til å fremme eierkommunenes interesser
- at det kan føres tilsyn og kontroll med økonomiske og kommersielle disposisjoner og daglig ledelse
- at det ikke gis vide fullmakter til DIHVA uten at eierkommunene har forbeholdt seg tilsvarende kontrollbeføyelser

- at man unngår at vedtektene utvider styrets myndighet på bekostning av eierkommunene
- at det gis mulighet for at eierkommunene kan utøve noen operasjonelle beføyelser over DIHVA (eksempel fastsette priser og bestemme hvilke tjenester DIHVA skal tilby)
- at eierkommunenes representanter på generalforsamling/årsmøte er sentrale personer i kommunens ledelse

Aktivitetskriteriet vil være oppfylt dersom minst 80 prosent av aktiviteten i foretaket er utført for de kontrollerende oppdragsgiverne (eierkommunene). Dette krevet kan med fordel også fremgå av vedtektene. Det samme gjelder kravet om at det ikke kan være private eierandeler i DIHVA.

2.7 Oppsummering forholdet til skatt og merverdiavgift

En omdannelse av DIHVA fra et IKS til et AS eller et SA vil i utgangspunktet ikke få noen skattemessige eller avgiftsmessige konsekvenser. Dette skyldes at DIHVA allerede er ansett som en skattefri institusjon jf opplysninger fra selskapet selv, og at selskapet er registrert i merverdiavgiftsregisteret. Formålet og (den avgiftspliktige) virksomheten vil ikke endres utelukkende som følge av en selskapsrettslig omdannelse.

Ved en omdannelse til et AS eller et SA er det viktig at vedtekten inneholder bestemmelser om at det ikke skal deles ut utbytte, samt hvordan selskapets midler skal disponeres ved en eventuell oppløsning av selskapet. For at selskapet skal kunne anses som en skattefri institusjon må midlene disponeres i tråd med det vedtektsbestemte formål for at skattefritak kan aksepteres.

3. Opplysninger om selskapet som kan ha betydning for valg av selskapsform

DIHVA er organisert som et interkommunalt selskap (IKS). På selskapets nettside er det oppgitt at selskapet har 32 medlemmer. Dette har vi muntlig fått forklart på følgende måte: Av de 32 kommunene er det 27 kommuner som har vedtatt selskapsavtalen. 7 kommuner har vedtatt at de ønsker å være deltagere i selskapet og har vedtatt selskapsavtalen, men avtalen er foreløpig ikke behandlet av de andre deltagerkommunene, og 3 av de 32 kommunene er tilknyttet selskapet gjennom en egen avtale.

Vi har fått opplyst av selskapet at de kommunene som ikke har vedtatt selskapsavtalen blir forsøkt behandlet likt med de kommunene som har vedtatt selskapsavtalen. Vi har oppfattet at disse kommunene også er representert i representantskapet. I selskapsavtalen § 8 om representasjon for eierne er det formulert slik:

«Bergen kommune skal ha to representanter med personlige vararepresentanter. De øvrige deltagerne skal hver ha en representant med personlige varamedlemmer.»

Selskapets formål er i selskapsavtalen § 3 formulert slik:

«Selskapets formål er å være et kompetansesenter for vann – og avløpstjenester. Selskapet skal utføre og formidle tjenester og produkter, slik som driftsassistanse eller driftsansvar, kvalitetssikring, analysevirksomhet, opplæring, erfaringsutveksling og informasjonsvirksomhet.

Selskapet skal inngå samarbeidsavtaler eller delta i andre foretak i den grad dette er formålstjenlig

Vi har fått følgende opplysninger fra selskapet:

- Selskapet selger tjenester til alle de 32 kommunene.
- Virksomheten er hovedsakelig finansiert ved gebyrer.
- Virksomheten selskapet driver tilsier svært lav økonomisk risiko. Her skal tilføyes at vi har ikke gjort en selvstendig vurdering av om dette er riktig, men bygger dette på opplysninger fra selskapet
- Eierandelen i selskapet følger innbyggertallet ved innmelding som ny deltager.
- Selskapet har ikke erverv til formål. Selskapsavtalen har ikke regler om utdeling av overskudd.
- Selskapet er registrert i MVA – registeret. Selskapet inngir ikke selvangivelse og er fritatt for skatt.

4. Litt om dagens ordning knyttet til praktisering av eierskap

For å være eier i et IKS, må samtlige deltagere være godkjent av alle deltagerne, jf. bestemmelser i Lov om interkommunale selskaper (iksl) § 4. Det innebærer at det er kun de 27 kommunene, som alle har vedtatt selskapsavtalen, som er eiere av DIHVA. Verken de 7 kommunene som har vedtatt at de vil være deltagere eller de 3 som er tilknyttet gjennom avtale, er å anse som eiere. Ingen av disse kommunene (7+3) kan derfor gis eierbeføyelser. Ingen av disse kommunene kan eksempelvis sitte som beslutningstakere i eierorganet (representantskapet i IKS- selskap), generalforsamling i AS eller Årsmøte i et samvirkeforetak). Dette betyr at det er kun de 27 kommunene som har vedtatt selskapsavtalen som kan være representert i representantskapet med tale, forslags- og stemmerett. De andre kommunene (7+3) kan gis status som observatører. Det forutsetter at alle de 27 kommunene er enige om det. Det er altså ikke opp til selskapet selv å bestemme dette. Disse kommunene kan uansett bare kreve å få ha en observatørstatus dersom det fremgår av selskapsavtalen. Det gjør det ikke i dag. Dersom det praktiseres en ordning i dag der kommunene (7+3) deltar i representantskapet med noen eierbeføyelser, som tale- forslags- og stemmerett, denne ordningen i strid med reglene som gjelder for IKS-selskaper. En slik ordning er heller ikke i tråd med selskapsavtalen.

Når selskapet yter tjenester til de 7 kommunene pluss de 3 som er tilknyttet selskapet gjennom avtale, yter faktisk selskapet tjenester til andre enn eierne. Dette har betydning blant annet i forhold til anskaffelsesregelverket og egenregi. Ser nærmere om dette i kapitel 7.

5. Oversikt over aktuelle selskapsformer for DIHVA

Her er en vurdering av hovedtrekkene Gjeldende kommunelov, Lov om kommuner og fylkeskommuner av 1992-09-25 nr. 107 gir kommuner og fylkeskommuner stor frihet til å organisere sin virksomhet. Dette innebærer at kommunene kan velge å organisere deler av sin virksomhet utenfor kommunen i selvstendige rettssubjekter. DIHVA er i dag et IKS-selskap. Aktuelle fremtidige organisasjonsformer for DIHVA som ønskes vurdert er:

- 3 Interkommunalt selskap (IKS)
- 4 Aksjeselskap (AS)
- 5 Samvirkeforetak (SA)

5.1 Hovedtrekkene i et IKS

Interkommunalt selskap reguleres av Lov om interkommunale selskaper av 1999-01-29-6 og har IKS i navnet.

Et IKS er et eget rettssubjekt på lik linje med et aksjeselskap. Dette følger av § 2 hvor det fremgår at «Interkommunale selskap kan ha rettigheter, forpliktelser og partsstilling overfor en domstol og andre myndigheter».

Eierne i et IKS omtales som deltagere og det må være minimum to deltagere for å kunne opprette et IKS. Dette følger av reglene om oppløsning § 32, tredje ledd hvor det heter at «Selskapet skal oppløses dersom deltakerantallet blir redusert til én på grunn av uttreden eller utelukkelse».

I motsetning til et aksjeselskap kan private ikke være deltagere i et IKS. Det er bare kommuner, fylkeskommuner og andre IKS-selskaper som kan være deltagere. Dette følger av direkte av § 1.

Deltagerne har til sammen ubegrenset ansvar for selskapets forpliktelser, i motsetning til aksjeselskap og samvirkeforetak der eierne/medlemmene har begrenset ansvar. Den enkelte deltagers ansvar svarer til eierandelen, med mindre det er avtalt noe annet i selskapsavtalen, jf. § 3. En selskapskreditor må først gjøre sitt krav gjeldende mot selskapet. Dersom kreditor ikke oppnår dekning av selskapet innen 14 dager regnet fra påkrav, kan kreditor kreve den enkelte deltakeren.

Et IKS styres av selskapsavtalen som blant annet skal angi formålet med virksomheten.

Selskapets organer består av representantskapet som øverste organ, et styre, der medlemmene velges av representantskapet og en daglig leder. Eierne utøver sine eierinteresser gjennom representantskapet (eierorganet) der flertallsavgjørelser er bindende for deltagerne med mindre annet fremgår av lov eller selskapsavtalen. Hvem som møter på representantskapet fra den enkelte deltager, bestemmer av det enkelte kommunestyre som velger medlemmer til representantskapet (§ 6, annet ledd).

Styret forvalter selskapet på vegne av deltagerne og skal føre tilsyn med daglig leder, jf. § 13. Representantskapet kan vedta utbytte etter forslag fra styret dersom ikke vedtektene sier noe annet. Det kan ikke vedtas høyere utbytte enn styret har foreslått.

Daglig leder tilsettes av styret med mindre annet er bestemt i selskapsavtalen, jf. § 14.

Et IKS bygger på mange av de samme prinsippene som et aksjeselskap, men er tenkt mer tilpasset kommunal virksomhet. Et IKS er i følge forarbeidene ment som et tilbud til kommunene om en organisasjonsform for kommunal virksomhet med mer eller mindre preg av forretningsdrift, men hvor det er behov for noe større grad av politisk styring og kontroll enn det aksjeselskapsformen åpner for. I prinsippet kan alle typer oppgaver legges til et IKS. Lov om interkommunale selskaper har ingen begrensinger med hensyn til hvilke oppgaver som kan legges til et IKS. Eventuelle begrensinger for lovpålagte oppgaver vil måtte følge av en fortolkning av den enkelte lov som oppgavene hører inn under.

Selskapsformen er mye brukt av kommunene til å løse kommunale oppgaver. Dette gjelder innenfor en rekke virksomheter, særlig innenfor arkiv, renovasjon og brann- og redningstjenester.

Det gjelder ikke et kontinuitetsprinsipp ved omdanning av et IKS til et aksjeselskap eller til en annen selskapsform. Med kontinuitetsprinsippet i selskapsrettslig sammenheng menes eiendels- og rettighetskontinuitet. Det vil si at det overtakende selskap trer inn i det overdragende selskapets

eiendeler og rettigheter som eier. At eiendeler og rettigheter kan overføres, følger også av alminnelig kontraktsrett. Et eksempel på kontinuitet i kontraktsretten finner vi innenfor husleieområdet, der husleieloven åpner for at en leietaker kan fremleie leieobjektet.

Kontinuitet ved fisjon, fusjon, eller omdanning av selskaper krever lovhjemmel. Slik lovhjemmel foreligger ikke ved omdanning av et IKS til en annen selskapsform. Det betyr at dersom deltagerne i et IKS ønsker å drive selskapet i en annen selskapsform, må IKS-selskapet oppløses jf § 32, og et nytt selskap må opprettes. Som hovedregel skjer oppløsning etter enighet mellom deltagerne.

I stedet for å oppløse selskapet, kan deltagerne velge uttreden fra selskapet. Dersom det blir bare en deltager tilbake, må selskapet oppløses, jf. kravet til at det må være to eller flere deltagere i et IKS.

Ved uttreden fra et IKS, må dette varsles skriftlig med ett års varsel. Annet kan avtales i selskapsavtalen. Det kan også i selskapsavtalen avtales tvungen deltagelse i et begrenset tidsrom. Det vil si at en deltager ikke kan tre ut av selskapet før det begrensede tidsrommet er utløpt.

DIHVA er i dag organisert som IKS. IKS-loven § 4, annet ledd nr. 2 stiller krav om at selskapsavtalen skal inneholde navn på alle deltagerne. Det innebærer at selskapsavtalen må endres hver gang det skjer endringer på deltagersiden. Videre stiller iksl § 4, første ledd krav om at selskapsavtalen skal vedtas av kommunestyret i den enkelte deltagerkommune. Denne vedtaksmyndigheten kan ikke delegeres til representantskapet. Opptak av nye eiere må derfor behandles av alle deltagerkommunene gjennom vedtagelse av ny selskapsavtale.

5.2 Hovedtrekkene i Aksjeselskap

Aksjeselskap styres av lov om aksjeselskaper og er et eget rettssubjekt. Dette følger implisitt av at det er et selskap, jf. aksjeloven (aksl) (§1-2). Det betyr at et aksjeselskap kan stå som eier, at selskapet kan pådra seg forpliktelser, og være part i avtaler og prosesser.

Eier i et aksjeselskap omtales som aksjonær. Det kan være flere eiere i et aksjeselskap. Eierne kan være både juridiske rettssubjekter og enkeltpersoner. Et aksjeselskap kan ha både offentlige og private eiere.

Endringer på eiersiden skjer enten ved salg av aksjer eller en emisjon. Endring av eierskap kan ikke reguleres av generalforsamlingen, men det kan bestemmes i vedtektene hvem som kan være eiere. Det vil si at kjøp og salg av aksjer kan reguleres i vedtektene. Hvilken eierinnflytelse den enkelte eier har, er knyttet til aksjeandeler. Hovedregelen er at hver aksje gir en stemme. Dersom Bergen kommune eksempelvis eier to aksjer og de øvrige eier en aksje hver, vil Bergen kommune ha to stemmer på generalforsamlingen, mens de øvrige har en stemme hver.

Hvem som skal inneha nestledervervet i styret, kan bestemmes i vedtektene.

Det kreves en minimumskapital på NOK 30 000 for å starte et aksjeselskap- og aksjekapitalen fordeles på flere aksjer. Aksjekapitalen finansieres av aksjonærene. Dette kan være enten som kapitalinnskudd eller tingsinnskudd.

Eierrettighetene er knyttet til aksjer og hver aksje skal ha lik kroneverdi. Aksjene kan eies av en eller flere eiere, og det er ingen begrensninger i hvor mange aksjer en eier kan eie, med mindre annet fremgår av

vedtektene. En aksje gir som regel like rettigheter i selskapet (§ 4-1). Ettersom antall aksjer styrer den enkelte eiers påvirkningsmuligheter overfor selskapet, betyr det at en eier som har mer enn 50 % av aksjene også har majoriteten av stemmene på generalforsamlingen. Annet kan fastsettes i vedtektene innenfor aksjelovens rammer.

Eierne har begrenset ansvar for selskapets forpliktelser (§1-2). En aksjonær kan fritt overdra sin aksje til andre med mindre annet er avtalt.

Etter aksjeloven § 3-4 skal selskapet til en hver tid ha en forsvarlig egenkapital og likviditet ut fra risikoen ved om omfanget av virksomheten i selskapet.

Et aksjeselskap skal ha vedtekter som grunnlagsdokument. Vedtektene skal angi selskapets virksomhet.

Aksjeselskapsformen er først og fremst tiltenkt virksomhet som har økonomisk formål, men kan også benyttes for virksomhet med ideelt formål. Dersom selskapet ikke har økonomisk formål, er selskapet unntatt fra aksjeloven etter § 1-1, tredje ledd nr. 2.

Øverste organ er generalforsamlingen (eierorganet), med alminnelig instruksjons- og omgjøringsrett overfor andre selskapsorganer, men med unntak for utbytte. Det er styret som vedtar utbytte, og generalforsamlingen kan ikke vedta høyere utbytte enn styret har foreslått.

Styret er selskapet øverste ledelse, og forvaltningen av selskapet hører under styret (§ 6-12). Styrets medlemmer velges av generalforsamlingen (§ 6-3) og styret skal bestå av ett eller flere medlemmer (§ 6-1). Styret representerer selskapet utad (§ 6-30).

Daglig leder ansettes av styret (§ 6-2), med mindre myndigheten gjennom vedtektene er lagt til generalforsamlingen.

Et aksjeselskap kan stille garantier for andre selskaper. Eksempelvis stilles ofte garantier fra et morselskap til datterselskap.

Et aksjeselskap kan ikke omdannes til annet enn et allmennaksjeselskap etter aksjelovens kapittel 15. Eierne kan derfor ikke beholde kontinuitet dersom selskapet ønskes omdannet til eksempelvis et interkommunalt selskap (IKS), se omtale i kapittel 5.1.

Et aksjeselskap kan oppløses og avvikles etter vedtak i generalforsamlingen. Dette er regulert i lovens kapittel 16.

5.3 Hovedtrekkene i Samvirkeforetak

Et samvirke kan stiftes av minimum 2 deltagere, tilsvarende som et IKS.

Et samvirkeforetak er basert på medlemskap, ikke eierskap. Hovedregelen er at alle medlemmene har en stemme hver og det praktiseres åpent medlemskap. Med åpent medlemskap menes at alle som kan få sine interesser oppfylt gjennom samvirkeforetaket ut fra dets formål, kan bli medlemmer. Samvirkeloven åpnet for at det kan begrenses i vedtektene hvem som kan bli medlemmer. Eksempelvis kan det begrenses til at kun kommuner innenfor et geografisk område kan være medlemmer.

Samvirkeoven oppstiller fem vilkår som alle må være oppfylt for at en virksomhet eller sammenslutning kan være et samvirkeforetak. Dersom ikke alle vilkårene er oppfylt, er SA-formen utelukket som organisasjonsform.

Virksomheten må ha et økonomisk formål, dvs. at det må ha en økonomisk verdi for medlemmene. Dette er likevel ikke til hinder for at foretaket også kan ha et ideelt formål. Hva som er åpent medlemskap – det vil si at alle som kan få

Det må finne sted en omsetning (være en form for aktivitet/samhandling) mellom samvirket og medlemmet. Ingen av medlemmene har personlig ansvar for foretaket.

Det kan utbetales utbytte til medlemmene. Utbetaling av utbytte skal være basert på hvilken omsetning medlemmet har med foretaket, ikke utfra hva man har skutt inn av kapital i samvirket. Det kan avtales i vedtektene at det ikke skal utbetales utbytte, men at overskuddet skal forbli i virksomheten.

Et samvirke skal ha vedtekter, og det er oppstilt et minstekrav til innhold. Det er stor frihet til å bestemme innholdet i vedtektene utover minstekravet.

Årsmøte er øverste organ og tilsvarer representantskapet og generalforsamlingen i et IKS og et AS. På grunn av prinsippet om at det må være minst to medlemmer, vil et IKS eller et AS ikke kunne opprette et samvirke som datterselskap. Derimot kan flere selskaper gå sammen om å opprette et samvirke.

Hovedregelen er at et samvirke står fritt til å yte kreditt og stille sikkerhet for andres forpliktelser så lenge kravet til egenkapital i loven er oppfylt. Et samvirke kan imidlertid ikke stille garanti eller sikkerhet for medlemmers forpliktelser.

Det kan gjennomføres både fisjon og fusjon av et samvirke, og et samvirke kan omdannes direkte til et aksjeselskap, men kan ikke omdannes til annen selskapsform. Skal et samvirke endres til et IKS, er det mer omstendelig. Det vil kreve en prosess med oppløsning av samvirke, for deretter å opprette virksomheten til et IKS. Et samvirke kan altså oppløses og avvikles etter nærmere regler i samvirkeoven.

6. Fordeler og ulemper ved valg av selskapsform for DIHVA

6.1 Innledning

Nedenfor er vurdert fordeler og ulemper med de ulike organisasjonsformene. Det er disponert med utgangspunkt i elementer som selskapet har pekt på som sentrale. Det er gjort en sammenligning av de forskjellige selskapsformene.

6.2 Fordeler og ulemper

Noen forutsetninger for at SA kan velges som organisasjonsform.

Samvirkeforetak skiller seg fra IKS og AS ved at det er noen vilkår som må være oppfylt for at SA-formen i det hele tatt kan være et alternativ til IKS og AS. En forutsetning for at eirene av DIHVA kan velge SA som organisasjonsform, er at virksomheten som drives gjennom DIHVA tilfredsstiller vilkårene i samvirkeoven § 1. Det vil si at virksomheten må ha økonomisk formål (formålskriteriet), det må være omsetning mellom foretak og medlem (omsetningskriteriet), og avkastningen må kunne fordeles mellom medlemmene etter omsetning (fordelingskriteriet). Utfra de opplysningene vi besitter om selskapet, vil alle disse fem vilkårene være oppfylt. SA er derfor i utgangspunktet en valgbar organisasjonsform for DIHVA.

Kan Bergen kommune sikres nestledervervet i styret?

Dette kan bestemmes i selskapsavtalen i et IKS. Samme ordning kan sikres i et AS gjennom vedtektene. Det er også stor frihet med hensyn til hva som kan bestemmes i vedtektene for et SA. Den ordningen eierne har valgt i dag, kan også sikres i et SA gjennom bestemmelser i vedtektene. Det innebærer at dagens ordning kan opprettholdes uavhengig av valg av selskapsform.

Beslutningsmyndighet - rollefordeling

Alle tre organisasjonsformene har et system med tre nivåer hvor representantskapet er øverste organ i et IKS, generalforsamlingen øverste organ i et AS, og årsmøte øverste organ i et SA. For alle organisasjonsformene ligger myndigheten innenfor formålet. Generelt sett er eierstyringen mer vektlagt i et IKS ved at enkelte vesentlige beslutninger ligger til representantskapet og kommunestyrene i hver deltagerkommune. Rollefordelingen er således noe forskjellig i et IKS, AS og SA. I et AS og SA ligger hovedsakelig beslutninger til styret, mens noen viktige beslutninger treffes av generalforsamlingen. Likheter med et AS, ligger også de vesentligste beslutningene i et SA til styret, mens viktige beslutninger til det årsmøte (består av medlemmene).

Som eksempel er opptak av nye deltagere og endring av selskapsavtalen lagt utenfor selskapsorganene i et IKS, ved at det er lovfestet at dette må vedtas av kommunestyret i den enkelte deltagerkommune. I et AS og SA ligger dette innenfor selskapsorganisasjonen.

Videre er enkelte beslutninger løftet opp til representantskapet i et IKS, mens det ligger til styret i et AS og SA som eksempelvis budsjettet.

Sterk politisk styring og kontroll kan oppnås i alle organisasjonsformene, men er enklest i et IKS ettersom dette er regulert direkte i loven for et IKS, mens det må reguleres nærmere i vedtekter eller aksjonæravtale for et AS og vedtekter for et SA.

Realiteten i dette er at beslutningsveiene i et AS og et SA på noen områder er enklere/har kortere beslutningsvei i et AS og SA enn i et IKS. Dette er ikke noe som kan endres i et IKS gjennom bestemmelser i selskapsavtalen ettersom det er lovbestemt. For DIHVA har dette betydning dersom det vektlegges sterkt å sikre fleksibilitet med hensyn til opptak av nye deltagere. Da må eierne velge enten AS eller SA.

Flertall i det øverste styringsorganet

I et IKS og AS kan en eier ha mer enn 50 prosent av stemmene i det øverste styringsorganet. Dette er ikke mulig i et SA. Dersom det er aktuelt at en kommune, eksempelvis Bergen kommune skal ha mer enn 50 prosent av stemmene i eierorganet i DIHVA, er derfor SA utelukket.

For DIHVA har vi forstått at det er ønskelig å videreføre ordningen med at Bergen kommune har to representanter, mens de øvrige kommunene har en hver. Denne ordningen gir ingen flertall av stemmene i det øverste organet og kan avtales/videreføres uansett selskapsform.

Dette betyr at dersom begrensningene med hensyn til flertallsfordeling av stemmene ikke er viktige for eierne i DIHVA, vil SA i prinsippet være et aktuelt alternativ til både IKS og AS. Valget vil da være avhengig av andre faktorer enn stemmeretten.

Eget rettssubjekt – hvilken betydning har det?

Både IKS, AS og SA er egne rettssubjekter. På dette punktet er det derfor ingen forskjell og dermed er det uten betydning for valg av selskapsform.

Opptak av nye eiere

Opptak av nye deltagere i et IKS krever samtykke fra alle deltagerne. Det følger av iksl § 4 at visse sentrale endringer i selskapsavtalen skal vedtas av kommunestyret i den enkelte kommune. I selskapsavtalen skal det stå hvem som er deltagere. En endring av deltagere utløser samtidig et krav om endring av selskapsavtalen. En slik endring må vedtas med likelydende vedtak i kommunestyret i hver deltagerkommune. Det er derfor en omstendelig prosess å få inn nye deltagere i et IKS-selskap.

I et samvirkeforetak er dette annerledes. Her er innmelding og utmelding av medlemmer enkelt. Det følger av samvirkeoven § 14 at alle som kan få sine interesser ivaretatt i samvirkeforetaket har rett til å bli medlem. Det betyr at det er åpent medlemskap som er hovedregelen. Medlemskap oppnås ved søknad, og søknad kan bare nektes hvis det er saklig grunn for det. Søknaden avgjøres av styret hvis det ikke er delegert til andre i foretaket. Dersom søkeren ikke får svar innen to måneder regnes søknaden som godkjent.

Det kan bestemmes i vedtektene at det bare er kommuner som kan være medlemmer, og vedtektene kan også begrense hvem som kan være medlemmer ved å angi at et medlem må ligge innenfor et avgrenset geografisk område. Dermed vil medlemmene (her kommunene) ha kontroll med hvem som kan bli medlemmer i samvirkeforetaket.

I et aksjeselskap skjer opptak av nye aksjeeiere enten ved salg av aksjer eller emisjon. Opptak av nye kommuner ved salg av aksjer forutsetter at det er eiere som er villige til å selge helt eller deler av sin aksjeportefølje. Hvis det ikke er vilje til at noen aksjeeiere vil selge aksjer, vil det heller ikke komme inn nye eiere på denne måten. Dersom ingen vil selge aksjer, må man gå veien om emisjon, kapitalutvidelse. Beslutning om dette treffes på generalforsamlingen, jf. aksl § 10-1 (1). Det er likevel en enklere prosess enn ved opptak av nye deltagere i et IKS.

Ansvarsbegrensning

I et IKS har deltagerne ubegrenset økonomisk ansvar, jf. kapittel 6.1, mens det i et SA og AS er begrenset økonomisk ansvar. I et AS betyr ansvarsbegrensningen at ansvaret er begrenset til aksjekapitalen gitt at eieren ikke har garantert for andre forpliktelser, eksempelvis gitt ansvarlig lån til selskapet, eller på annen måte stilt noen økonomiske garantier.

I et SA er det økonomiske ansvaret begrenset til medlemsinnskudd med mindre det ikke er garantert for andre forpliktelser i likhet med hav som gjelder for et AS:

Ansvarsbegrensning er viktig for eierne der virksomheten er forbundet med høy økonomisk risiko. Er det lav risiko knyttet til virksomheten som drives har ansvarsbegrensning liten betydning for valg av selskapsform. Slik vi har forstått virksomheten i DIHVA, er denne forbundet med lav økonomisk risiko. Hvis dette medfører riktighet, har ansvarsbegrensning for eierne her en underordnet betydning ved valg av selskapsform.

Det er stilt spørsmål om DIHVA som selskap eller eierne har noen fordel eller behov for at det er et ubegrenset økonomisk ansvar. For selskapet kan det ha en økonomisk betydning i forbindelse med eventuelle låneopptak. Selskapet kan oppleve å få noe bedre rente når eierne har ubegrenset ansvar. Dette vil også ha betydning for eierne at selskapets utgifter er lavest mulig. Så lenge det er lav risiko forbundet med selskaps virksomhet, kan dette gi både selskapet og eierne en fordel. Er det motsatt, det vil si at virksomheten er forbundet med en høy grad av risiko, faller denne fordelene bort. Da utsetter eieren seg for større risiko enn det som vil være verdien av å oppnå en mulig lavere rente. Jo høyere risiko det er for at selskapet ikke vil klare sine forpliktelser, jo mer reelt er behovet for ansvarsbegrensning. Isolert sett vil vurderingen av om det bør være begrenset eller ubegrenset ansvar derfor knyttes opp mot hvor stor risiko det er knyttet til selskapets virksomhet. Ubegrenset ansvar og den rentefordel som typisk ligger i dette ved låneopptak, er imidlertid problematisk ut fra regelverket om offentlig støtte, se nærmere om dette i pkt. 7 nedenfor.

Utbytte

Både IKS, AS og SA åpner for at det kan utbetales utbytte, men på ulike vilkår. Det kan i vedtektene/selskapsavtale/aksjonæravtale for disse organisasjonsformene bestemmes at det ikke skal kunne tas ut utbytte. Hvis det blir bestemt, vil alt av overskudd forbli i sammenslutningen. For DIHVA som ikke har erverv til formål og ikke har noe mål om utbetaling av utbytte til eierne har adgangen til å ta ut utbytte i utgangspunktet ingen betydning for valg av selskapsform. Det gjøres oppmerksom på at spørsmålet om det skal kunne tas ut utbytte eller ikke, kan i seg selv ha betydning for skatt. Det vises her til kapittel 9 om skatt. Det vil også ha betydning i forhold til regelverket om offentlig støtte, herunder markedsinvestorprinsippet, se pkt. 7.

Oppløsning

Ved oppløsning av et IKS eller AS kan fordeling av nettoverdiene skje etter eierandel. Det kan det ikke i et SA. En fordeling av overskuddet til medlemmer i et SA må skje etter den enkelte kommunes omsetning med selskapet. Dersom eierne i DIHVA ønsker å bestemme at det ved en oppløsning skal fordeling skje etter eierandel, er SA utelukket som organisasjonsform.

Hva vil være avgjørende ved valg av organisasjonsform for DIHVA

Stort sett kan eierne oppnå det man ønsker uansett valg av organisasjonsform med noen unntak. Hva eierne mener er viktig, vil være avgjørende for valg av organisasjonsform. Eierne må vurdere de ulike elementene opp mot hverandre. Dersom det er behov for stor grad av politisk styring og kontroll, er IKS et godt valg. Det krever ikke nærmere regulering i vedtektene. Gjennom regulering i vedtekter og eventuelt aksjonæravtale, kan det oppnås en tilnærmet lik styring og kontroll i et AS.² Også samvirkemodellen åpner for en vid regulering i vedtektene, men organisasjonsformen er ikke basert på eierskap, men medlemskap. Medlemmene kan oppnå en sterk styring gjennom vedtektene.

Dersom det er ønskelig med raskere beslutningsveier generelt sett utover opptak av nye deltagere, vil AS eller SA være et riktigere valg fremfor IKS. I et IKS skal eksempelvis selskapets budsjett behandles av representantskapet, men dette i et AS og SA er lagt til styret alminnelige forvaltningsansvar. Det er

² Se artikkelen « Interkommunalt selskap eller aksjeselskap – Hva oppnås med å organisere interkommunalt selskap som alternativ til aksjeselskap» i Lov og rett nr. 9 2005 av daværende universitetsstipendiat Knut Høivik

imidlertid få bestemmelser utover dette i tillegg til vedtagelse av selskapsavtalen og opptak av nye deltagere/eiere/medlemmer som innebærer noe tyngre beslutningsvei i et IKS. Dette er knyttet opp mot rollefordelingen, der representantskapet i et IKS er tillagt en større rolle i et IKS enn den generalforsamlingen i et AS er og årsmøte i et SA.

Når det gjelder betydningen av regelverket om offentlig støtte, regelverket om offentlige anskaffelser og regelverket om skatt og avgift, se hhv pkt. 7, 8 og 9 nedenfor.

Ansattes rettigheter

Ved en overgang til fra IKS til et AS, vil eirene måtte legges ned IKS'et og opprette nytt selskap på grunn av manglende bestemmelser om kontinuitet, jf. kapitel 5.1. Hvis denne prosessen gjennomføres uten at det blir et lengre opphold i driften, vil overgangen regnes som en virksomhetsoverdragelse etter reglene i arbeidsmiljøloven kapitel 16. Det innebærer at de ansattes individuelle rettigheter og plikter følger med over til ny arbeidsgiver som vil være det nye selskapet. Det betyr også at det nye selskapet vil være bundet av den tariffavtalen IKS'et har i dag, med mindre det nye selskapet innen tre uker etter overdragelsen skriftlig erklærer overfor fagforeningen at selskapet ikke vil binde seg til den gamle tariffavtalen. Skulle det bli et lengre opphør i driften mellom nedleggelse av IKS'et til overgangen til et nytt selskap, må det gjøres en konkret vurdering av om det fortsatt vil være en virksomhetsoverdragelse basert på opphørets lengde. Normalt vil eierne være interessert i at virksomheten opprettholdes slik at det skjer en direkte overføring uten videre opphold og da følges reglene om virksomhetsoverdragelse i arbeidsmiljøloven.

Det samme som her er nevnt om en overgang til et AS, vil gjelde også ved en overgang til et SA.

6.3 Oppsummert

Eiernes behov og ønsker er avgjørende for valg av selskapsform.

Dersom sterk politisk styring og kontroll er viktig for eierne oppnås dette direkte gjennom loven for et IKS, men tilnærmet samme kontroll kan oppnås i et AS gjennom regulering i vedtektene og aksjonæravtale. Et SA er basert på medlemskap, men sterkt medlemskapsstyring kan oppnås gjennom vedtektene. Hvis politisk styring og kontroll er viktig så kan dette oppnås gjennom både IKS, AS og SA.

Opptak av nye deltagere/eiere/medlemmer har betydning for valg av organisasjonsform. Dersom dette er sentral for eierne, gir SA-formen størst fleksibilitet. Derest kommer AS og til sist IKS.

Fordeling av nettoverdiene har også betydning ved valg av organisasjonsform. Ønskes fordeling etter eierandel står valget mellom IKS og AS. Kan en fordeling skje etter omsetning med sammenslutningen, er SA også aktuell selskapsform. Utover dette vises til det som fremgår av kapitel 6 – 9.

Er begrensing av økonomisk ansvar viktig for eierne, kan dette bare oppnås gjennom et AS eller SA.

Som et eksempel kan nevnes at dersom sterk eierstyring er viktig samtidig som det ønskes begrensing av det økonomiske ansvaret, så er IKS utelukket. Valget vil da være et AS, men det forutsetter regulering i vedtektene og aksjonæravtale. SA vi kunne være aktuelt, men da vil det dreie seg om stek medlemskapsstyring, ikke eierstyring.

Reglene for utbetaling av utbytte kan ha betydning for valg av selskapsform, men ikke for DIHVA så lenge selskapet ikke har erverv til formål og ikke har noe mål om utbetaling av utbytte til eierne.

Om betydningen av regelverket offentlig støtte, regelverket om offentlige anskaffelser og reglene om skatt og avgift, se pkt. 7, 8 og 9.

7 Forholdet til offentlig støtte

7.1 Innledning

Det er i tidligere korrespondanse gitt uttrykk for fra DIHVAs side at virksomheten delvis går ut på å drive virksomhet som vil omfattes av EØS-avtalens regler om offentlig støtte, ved at den innebærer «økonomisk aktivitet». (Det er blant annet fra selskapets side gitt uttrykk for at lignende tjenester tilbys i konsulentmarkedet for en del av selskapets virksomhetsområder. Det avgjørende for vurderingen av om det er tale om økonomisk aktivitet er om virksomheten går ut på å delta i et marked. Der det offentlige tilbyr en tjeneste i konkurranse med private aktører vil tjenesten normalt bli ansett som en økonomisk aktivitet. For DIHVAs del vil dette for eksempel kunne være dersom det tilbys kurs og fagtreff for andre enn eierne,³ eller dersom den tilbys konsulenttjenester som også tilbys av private aktører i markedet.

Der en virksomhet helt eller delvis driver økonomisk virksomhet vil dette ha betydning for valg av organisasjonsform. IKS-loven er problematisk som en organisasjonsform for økonomisk aktivitet, ettersom kommunene som eiere har ubegrenset ansvar for virksomhetens forpliktelser, og den dermed kan få konkurransevridende fordeler som følge av dette, i form av for eksempel gunstige lånebetingelser mv. IKS-loven er på denne bakgrunn foreslått endret. Se nærmere om endringsforslaget nedenfor under pkt. 2. Det vil derfor knytte seg en klar risiko til valg av denne formen for en virksomhet som delvis går ut på å drive økonomisk aktivitet. Virksomheten med begrenset deltakeransvar – som for eksempel aksjeselskap og samvirkeforetak - vil ikke være beheftet med denne utfordringen, og det gir ut fra en støtterettslig vurdering grunn til å anbefale en slik organisasjonsform framfor IKS for virksomheter går ut på å drive økonomisk aktivitet.

Valg av aksjeselskapsmodellen eller en annen modell med begrenset økonomisk deltakeransvar vil imidlertid ikke utelukke at statsstøtte-rettslige problemstillinger vil kunne oppstå. Dette er fordi det offentlig når det eier økonomisk aktivitet må overholde det såkalte markedsaktørprinsippet. I dette ligger at det offentlige når det opptre på et kommersielt marked må gjøre sine investeringer og lignende utfra rentabilitetshensyn. Det vil si at det må være utsikter til en normal markedsmessig avkastning på kapitalen over tid. Det offentlige kan derfor ikke for denne delen av virksomheten opptre som eier/investor/långiver mv. på en måte som er gunstigere for det aktuelle foretaket enn det en sammenlignbar privat markedsaktør ville gjort. Dersom eierne for eksempel gir selskapet tilgang på kapital på gunstigere vilkår enn en privat investor ville akseptert, vil dette kunne være ulovlig offentlig støtte.⁴ Se nærmere om markedsaktørprinsippet under pkt. 5 nedenfor.

Der et selskap både utfører offentlige tjenester og konkurranseutsatt virksomhet/økonomisk aktivitet oppstår i tillegg spørsmålet om kryss-subsidiering mellom de forskjellige delene av virksomheten. Kryss-

³ Jf. saken i ESA om fylkeskommunale sikkerhetskurs. (Decision No: 267/13/COL).

⁴ Illustrerende her kan være ESA-saken om Arcus, hvor verdiene i åpningsbalansen var satt for lavt, noe som ga selskapet rådighet over større verdier enn det en privat markedsinvestor ville akseptert. (Ta inn referanse).

subsidiering av den skjermede delen til den konkurranseutsatte delen kan være i strid med reglene om offentlig støtte. For å vurdere om det skjer kryss-subsidiering vil også markedsaktør prinsippet være sentralt. Poenget er at den delen av virksomheten som går ut på å drive økonomisk aktivitet, må bære alle kostnader ved den delen av virksomheten, derunder en forholdsmessig andel av felleskostnader. Forbudet mot statsstøtte innebærer i praksis at det må iverksettes effektive virkemidler mot slik kryss-subsidiering. Det mest effektive virkemiddelet vil normalt være et organisatorisk/selskapsmessig skille. Det vil si at den konkurranseutsatte skilles ut i et eget selskap. Et slikt skille vil imidlertid ikke alltid være hensiktsmessig, for eksempel dersom det er et lite foretak. Det følger av ESAs praksis i flere saker at det har vært akseptert at det har blitt etablert et regnskapsmessig skille innenfor den juridiske person.

Spørsmålet om offentlig støtte i kommunene for tiden er preget av betydelig usikkerhet. Det pågår blant annet et arbeid i en regjeringsoppnevnt arbeidsgruppe som skal gi grunnlag for å iverksette tiltak som skal sørge for at reguleringen av økonomisk aktivitet utøvd av staten, fylkeskommuner, kommuner, regionale helseforetak og helseforetak er i tråd med EØS-avtalens regler om offentlig støtte, og at offentlige og private aktører har like konkurransevilkår.

Når det særlig gjelder lov om interkommunale selskaper ble det som vi forstår dere er kjent med, i et høringsnotat fra departementet i 2014 foreslått endringer i loven på grunn av den statsstøtterettslige usikkerhet knyttet til loven. Utfallet av arbeidet med IKS-loven vil ha betydning for vurderingen av framtidig organisasjonsform, ettersom DIHVA i dag er et IKS. Videre vil også vurderingene i den regjeringsoppnevnte arbeidsgruppen trolig kunne ha betydning.

Det knytter seg også usikkerhet til spørsmålet om hvilken betydning det har for vurderingen av om det foreligger økonomisk aktivitet hvorvidt virksomheten drives i egenregi i anskaffelsesrettslig terminologi. ESA har i flere avgjørelser hvor man kom til at det ikke var tale om økonomisk aktivitet, lagt vekt på at virksomheten bare gikk gått ut på å yte tjenester til eierne av virksomheten. ESA har imidlertid i nye retningslinjer om statsstøttebegrepet lagt seg på EU-kommisjonens formuleringen om dette, hvor det fremgår at det ikke er relevant for vurderingen av økonomisk aktivitet om den drives i egenregi eller ei. I pkt. 3 nedenfor er det gått nærmere inn på dette. I korrespondanse med DIHVA er det gitt uttrykk for at det er et sterkt ønske om at virksomheten skal skje som «egenregi». Det blir dermed spørsmål om dette i seg selv vil være tilstrekkelig til å bringe virksomheten utenfor begrepet «økonomisk aktivitet» i statsstøtteregelveket.

Vi vil nedenfor gå nærmere inn på den usikkerheten som for tiden gjør seg gjeldende på dette området, mulige utfall og tidsperspektivene forbundet med de utredningene som pågår, i den grad det kan sies noe om det. Vi legger til grunn at det ikke er ønske om en fullstendig statsstøtterettslig analyse av alle deler av DIHVAs virksomhet opp mot statsstøtteregelveker - noe som ville kreve betydelig mer arbeid.

7.2 Nærmere om pågående arbeid

Som nevnt pågår for tiden et utredningsarbeid i regi av regjeringen i en såkalt «ekstern arbeidsgruppe for like konkurransevilkår». Nærmere informasjon om arbeidet finnes på nærings og fiskeridepartementets nettsider: <https://www.regjeringen.no/no/dokument/dep/kmd/nyhetsbrev-fra-kmd/kommunalnytt/2016/kommunalnytt-nr.-5/arbeidsgruppe--like-konkurransevilkar/id2505624/>

Bakgrunnen for å oppnevne en slik arbeidsgruppe er blant annet ESA har tatt opp flere problemstillinger knyttet til spørsmålet konkurranseforholdene mellom offentlige og private aktører, med bakgrunn i statsstøttereglene. Det er på generelt grunnlag reist spørsmål om skattelovens generelle *skattefritak* for

staten, fylkeskommuner, kommuner regionale helseforetak og helseforetak og ubegrensede *garantier* for disse subjektene, er i strid med EØS-avtalens regler om offentlige støtte når disse utøver økonomisk aktivitet. I mandatet er det også pekt på kryss-subsidiering og etterlevelse av markedsinvestorprinsippet. Arbeidsgruppen skal vurdere hvilke tiltak som er nødvendige etter EØS-avtalen, og hvilke tiltak som er ønskelige av andre grunner. Gruppen skal foreslå tiltak under to forutsetninger: 1) Krav om at økonomisk aktivitet eid av det offentlige skilles ut, og 2) ingen utskillingsplikt. Gruppen skal vurdere konkurranseforholdene og komme med forslag til konkrete tiltak. Rapporten skal leveres ved årsskiftet 2017/2018.

Forslagene fra arbeidsgruppen kan resultere i lovendringer som nærmere regulerer hvordan det offentlige kan drive økonomisk aktivitet. Arbeidsgruppens mandat gjelder virksomhet som drives som en del av kommune, fylkeskommune, staten og helseforetakene selv – ikke virksomhet som drives i selskaper. Av dette følger blant annet at problemet med skattefrihet for kommune og stat ikke er relevant for IKS og AS, ettersom disse rettssubjektene som utgangspunkt er skattepliktige. Når det gjelder problemet med garantier, vil imidlertid vurderingene i arbeidsgruppen antakelig også kunne ha betydning for IKS-loven.

Når det gjelder forslaget om endringer i IKS-loven, sprang den statsstøtterettslige problemstillingen ut fra at kommunen som eiere har ubegrenset økonomisk ansvar for selskapets forpliktelser. I høringsnotatet fra 2014 foreslo departementet at IKS-lovens ansvarsregler skulle erstattes av nye regler om begrenset deltakeransvar. Videre ble det foreslått å åpne for at interkommunale selskaper kan tas under ordinær konkursbehandling etter lov 8. juni 1984 nr. 58 om gjeldsforhandling og konkurs. Det ble også foreslått andre endringer i IKS-loven som en konsekvens av forslaget om å innføre begrenset ansvar, som nye regler om selskapskapitalen og regler som skal styrke vernet om kreditor når det ubegrensede ansvaret faller bort. Det ble også foreslått å lovfeste et krav om at interkommunale selskaper skal ha en forsvarlig egenkapital. Høringsrunden ble avsluttet i 2015

Forslaget vakte en del motstand i høringsrunden. Flere tok til orde for å løse de statsstøtterettslige utfordringene på annen måte enn ved å innføre begrenset økonomisk ansvar. Vi er ikke kjent med hvordan arbeidet er fulgt opp etter dette. Den statsstøtterettslige problemstillingen knyttet til offentlige garantier er en sentral del av mandatet for den regjeringsoppnevnte arbeidsgruppen som nevnt ovenfor. Det er på denne bakgrunn grunn til å tro at de vurderinger som gjøres i arbeidsgruppen også vil kunne ha betydning for hvordan forslaget til endringer i IKS-loven blir fulgt opp. Vi har imidlertid ikke grunnlag for å vurdere dette nærmere før arbeidsgruppen har avgitt sin rapport.

Vi vurderer det som overveiende sannsynlig at IKS-loven vil bli endret. Det nærmere innholdet av endringene har vi imidlertid foreløpig ikke grunnlag for å si noe mer om.

Usikkerheten knyttet til hvordan den framtidige IKS-loven vil se ut, er i seg selv et argument for å velge en organisasjonsmodell som gir større grad av forutberegnelighet. I tillegg kommer det element som springer ut av at DIHVA i dag etter det vi har fått opplyst – i hvert fall delvis – driver økonomisk aktivitet.

7.3 Betydningen av «egenregi» i vurderingen av om en virksomhet driver økonomisk aktivitet i EØS-avtalens forstand - ESAs tidligere praksis og kommisjonens og ESAs nye retningslinjer

Det er ett av flere vilkår for at reglene om offentlig støtte kommer til anvendelse at den som mottar en økonomisk fordel er et «foretak» i EØS-avtalens forstand – nærmere bestemt om den driver en økonomisk aktivitet. Det avgjørende er om det offentlige deltar i et marked. Dette innebærer at der det

offentlige tilbyr en vare eller tjeneste i konkurranse med private aktører vil det normalt regnes som økonomisk aktivitet.

Når det gjelder virksomhet som drives i egenregi har ESA ved vurderingen av om en virksomhet utgjør økonomisk aktivitet, i flere saker⁵ lagt vekt på at virksomheten drives i egenregi. For eksempel heter det i sak 349/07/COL (Mesta) at: *«(...) if activities are confined to being exercised by at state integrated entity (in-house) that is, in this case, for the state administration or other public bodies, the activities in question are never exercised on a market in competition with other market players. In such circumstances the activities cannot be classified as economic activities and the entity is not an undertaking.»*

EU-Kommisjonen har derimot gitt uttrykk for at det ikke har noen betydning for vurderingen av om det er tale om økonomiske aktivitet om virksomheten drives i egenregi eller ikke. Jf. Commission Notice on the notion of State aid⁶ fra 2016, hvor det i avsnitt 14 under “General principles” heter:

“The decision of a public authority not to allow third parties to provide a certain service (for example, because it wishes to provide the service in-house) does not rule out the existence of an economic activity. In spite of such market closure, an economic activity can exist where other operators would be willing and able to provide the service in the market concerned. More generally, the fact that a particular service is provided in-house has no relevance for the economic nature of the activity.”

Videre heter det i avsnitt 188 under «Effect on trade and competition»:

“The fact that the authorities assign a public service to an in-house provider (even if they were free to entrust that service to third parties) does not as such exclude a possible distortion of competition. However, a possible distortion of competition is excluded if the following cumulative conditions are met:

(a) a service is subject to a legal monopoly (established in compliance with EU law);

(b) the legal monopoly not only excludes competition on the market, but also for the market, in that it excludes any possible competition to become the exclusive provider of the service in question;

(c) the service is not in competition with other services; and

(d) if the service provider is active in another (geographical or product) market that is open to competition, cross-subsidisation has to be excluded. This requires that separate accounts are used, costs and revenues are allocated in an appropriate way and public funding provided for the service subject to the legal monopoly cannot benefit other activities.”

ESA har i sine nye retningslinjene om støttebegrepet⁷ fra 2017 gitt uttrykk for det samme, og formuleringene er nærmest identiske.

⁵ Se blant annet saken om analysesenteret i Trondheim (129/13/COL), og saken om Akasia-Bergen kirkelige fellesråd (144/13COL).

⁶ Avsnitt 14.

Dette indikerer at ESA i fremtiden vil legge seg på Kommisjonens standpunkt om at det er irrelevant for vurderingen av økonomisk aktivitet om virksomheten drives i egenregi eller ikke. Det foreligger etter det vi kjenner til så langt ikke nye avgjørelser fra ESA som kan belyse dette nærmere. Inntil det er tilfelle vil det knytte seg usikkerhet til spørsmålet om hvorvidt en virksomhet drevet i egenregi vil kunne være økonomisk aktivitet i statsstøttereguleringens forstand.

Det vil muligens komme nærmere vurderinger av dette i arbeidsgruppen som er nevnt ovenfor. Men i lys av det som er gitt uttrykk for i de nye meddelelsene i «Notion of Aid» fra kommisjonen og ESA vil det for framtiden knytte seg risiko til å baseres seg på at virksomheten faller utenfor støtteregele alene på det grunnlag at den i anskaffelsesrettslig terminologi drives i egenregi.

Vi forstår det slik at DIHVA ønsker å drive virksomheten som et interkommunalt tiltak i egenregi. Spørsmålet blir dermed om interkommunalt samarbeid egenregi kan falle utenfor støtteregele på annet grunnlag enn at den drives i egenregi.

7.4 Tilknyttede aktiviteter

Det følger av rettspraksis at virksomhet som i utgangspunktet ville være økonomisk aktivitet likevel ikke regnes som økonomisk aktivitet dersom den er nødvendig for å drive en ikke-økonomisk tjeneste og utelukkende utøves for å drive den ikke-økonomiske tjenesten.

I EU-domstolens avgjørelsen i sak T-319/99 (FENIN) fremgår det blant annet at:

“Consequently, an organisation which purchases goods — even in great quantity — not for the purpose of offering goods and services as part of an economic activity, but in order to use them in the context of a different activity, such as one of a purely social nature, does not act as an undertaking simply because it is a purchaser in a given market. Whilst an entity may wield very considerable economic power, even giving rise to a monopsony, it nevertheless remains the case that, if the activity for which that entity purchases goods is not an economic activity, it is not acting as an undertaking for the purposes of Community competition law and is therefore not subject to the prohibitions laid down in Articles 81(1) EC and 82 EC.”

Det er også holdepunkter i flere saker fra ESA for der forskjellige administrative støttetjenester er knyttet til driften av det offentlige ikke-økonomiske aktivitet, vil selve støttetjenesten kunne regnes for en ikke-økonomisk aktivitet.

Det kan dermed argumenteres for at administrative støttetjenester som produseres for eget behov ikke er økonomisk aktivitet. Tjenesten blir i slike tilfeller ikke levert mot betaling i et marked. Det kan herunder trolig argumenteres for at deler av DIHVAs virksomhet er en slik støttetjeneste.

Det er visse holdepunkter for dette i saken om norsk digital læringsarena (NDLA),⁸ hvor det blant annet fremgår (premiss 101):

⁷⁷ Retningslinjene finnes her: <http://www.eftasurv.int/media/esa-docs/physical/EFTA-Surveillance-Auhtority-Guidelines-on-the-notion-of-State-aid--812818--corrected-version-published-onlinen.pdf>

«Finally, it is worth noting that the case law of the Court of Justice makes clear that there is no need to dissociate the purchasing activities “from the subsequent use to which they are put in order to determine the nature of that purchasing activity”. 102 Thus, to the extent that the NDLA’s activities in terms of providing free digital learning material is considered to be non-economic in nature, it follows that any related purchasing activities will also be considered non-economic. Since the Articles of Association makes clear that the NDLA may only purchase goods or services that are necessary for the fulfilment of its goal (i.e. the provision of free digital learning material), such purchasing activities will necessarily be related to the non-economic activity.”

Det samme gjelder i saken om sykehusapotekene (Dec. No: 460/13/COL). Her kom ESA til at når sykehusapotekene produserte og leverte legemidler mv. til offentlige sykehus var dette en ikke-økonomisk aktivitet. Dette kan ses som en anvendelse av prinsippet om tilknyttet aktivitet. Se her særlig avsnitt 61, hvor det heter:

“The Authority also refers to Section 2.1.4 of its Guidelines on compensation granted for the provision of services of general economic interest. Public hospitals in Norway are an integral part of the National Health Service funded by State resources. Where such a structure exists, even activities that in themselves could be of an economic nature, but are carried out merely for the purpose of providing another non-economic service, are not of an economic nature. This would for instance be the case for the public hospital pharmacies’ provision of products to the public hospitals. On the other hand, when the public hospital pharmacies sell products to the general public, this is an economic activity on a market which generates income. The activity is conducted in competition with private pharmacies. Such activities are not an integral part of the activities that are entrusted to the public hospitals.”

Lignende synspunkter framgår av ESAs «Guidelines on the notion of State aid», i kapitlet om infrastruktur, hvor det i asnitt 203 fremgår at: *«On the other hand, the funding of infrastructure that is not meant to be commercially exploited is in principle excluded from the application of the State aid rules.”*

Begrepet «infrastruktur» er ikke nærmere definert ESAs retningslinjer. Det er derfor usikkert hvor langt man kan strekke dette begrepet.

Dersom imidlertid samme infrastruktur brukes både til økonomisk og til ikke-økonomisk aktivitet, vil støttereglene gjelde for den delen som er økonomisk aktivitet. Det samme må gjelde i forhold til begrepet tilknyttede aktiviteter som nevnt ovenfor; hvis virksomheten selger tjenester til private rettssubjekter eller andre kommuner, vil tjenesten nok i utgangspunktet måtte anses som en tjeneste levert på et marked, og dermed økonomisk aktivitet.

Når det gjelder tilknyttede tjenester i form av administrative støttetjenester, foreligger det etter det vi er kjent med ikke avgjørelser som direkte gjelder DIHVAs virksomhet og om denne kan regnes for en slik administrativ støttetjeneste, og dermed som tilknyttet aktivitet. Vi mener det kan anføres gode argumenter for at i hvert fall deler av virksomheten kan regnes som slik aktivitet, men spørsmålet må i mangel av autoritative rettskilder anses som noe usikkert. Hvordan utfallet ville være dersom en sak kom opp for ESA eller domstolene i form av en tvist, og saken dermed kom på spissen, er derfor ikke helt opplagt.

7.5 Effekten dersom virksomhet i interkommunal regi skulle bli regnet for økonomisk aktivitet i statsstøtteregeles forstand.

Dersom DIHVA's virksomhet helt eller delvis skulle bli regnet for en økonomisk aktivitet, vil valg av aksjeselskapsmodellen eller eventuelt samvirkemodellen gjøre at det begrensede deltakeransvaret i disse modellene, og muligheten til å gå konkurs, innebære at det ikke i selskapsformen som sådan og i seg selv vil ligge noen offentlig *garanti* som kan innebære offentlig støtte. Ved valg av en av disse modellene vil man dermed unngå den problemstillingen som reiser seg i forhold til dagens IKS-lov, hvor det ubegrensede deltakeransvaret er problematisk. Organisering som selskap med begrenset økonomisk ansvar vil ut fra dette være å anbefale.

Dersom virksomheten først regnes som økonomisk aktivitet, vil det imidlertid som nevnt ikke være tilstrekkelig til å oppfylle statsstøtteregulverkets krav om at det offentlige ikke gir en gratis garanti for virksomheten, (jf. også omtalen under innledningen ovenfor). Det vil i så fall i tillegg måtte sikres at det såkalte *markedsinvestorprinsippet* og forbudet mot offentlig støtte i form av *kryss-subsidiering* overholdes.

Det legger derfor føringer på hvordan kommunene kan opptre som medlemmer/eiere. I ESAs retningslinjer er det gitt nærmere redegjørelse for hva som ligger i markedsaktørprinsippet (se pkt. 4.2 i retningslinjene om «*The Market economy operator (MEO) test*».⁹ Blant annet følger at eierne må ta en forholdsmessig avkastning av den kapital som er lagt i virksomheten.

Markedsinvestorprinsippet vil imidlertid gjelde uavhengig av hvilken selskaps-/sammenslutningsform som velges, siden dette er prinsipper som gjelder generelt det offentlige eier økonomisk aktivitet.

Dersom virksomheten regnes som ikke-økonomisk aktivitet, vil ikke reglene om offentlig støtte komme til anvendelse.

Vi antar at den nevnte arbeidsgruppens rapport – og oppfølgingen av den – vil gi grunnlag for å si noe mer om disse spørsmålene, men det vil først vise seg ved årsskiftet 2017/2018 og framover. Men allerede ut fra det vi nå er kjent med, er det vår oppfatning at ut fra en statsstøtterettslig vurdering, med den usikkerhet som gjør seg gjeldende på dette område, vil være grunn til å anbefale organisering i form av selskap med begrenset ansvar (AS eller SA).

Dersom deler av virksomheten i DIHVA skulle bli regnet for økonomisk aktivitet mens andre deler ikke er det, vil det uansett selskapsform måtte gjøres vurderinger av om den delen som er økonomisk aktivitet bør skilles ut i et eget (datter)selskap, eller om det eventuelt vil være tilstrekkelig å etablere et regnskapsmessig skille internt i et eventuelt framtidig DIHVA AS, hvor det blir gjort en korrekt fordeling av inntekter og kostnader mellom skjermet og konkurranseutsatt virksomhet for å unngå kryss-subsidiering, herunder under hensyn til markedsinvestorprinsippet.

⁹ Retningslinjene er tilgjengelige på ESAs hjemmesider her: <http://www.eftasurv.int/media/esa-docs/physical/EFTA-Surveillance-Auhtority-Guidelines-on-the-notion-of-State-aid--812818--corrected-version-published-onlinen.pdf>

8. Forholdet til regelverket om offentlige anskaffelser – vurdering av unntaket for utvidet egenregi

8.1 Innledning og problemstilling

Utgangspunktet er at lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 («loven») og forskrift 12. august 2016 nr. 974 om offentlige anskaffelser («forskriften») kommer til anvendelse på anskaffelser som foretas av kommuner.¹⁰

Ved valg av aksjeselskap (AS), samvirkeforetak (SA) eller interkommunalt selskap etter IKS-loven (IKS) blir det opprettet et eget rettssubjekt. Kommunens anskaffelser fra et annet rettssubjekt vil som utgangspunkt være kontrakter som er omfattet av anskaffelsesregelverket.

EU-domstolen har imidlertid anerkjent at medlemsstater må ha frihet til å organisere offentlig sektor på den måten de finner hensiktsmessig. På denne bakgrunn har EU-domstolen gjennom sin praksis utviklet et unntak for såkalt utvidet egenregi, også omtalt som unntak for vertikalt samarbeid. Dette unntaket kommer til anvendelse på tilfeller hvor oppdragsgiver tildeler kontrakter til et annet rettssubjekt.

Det er et sentral premiss at DIHVA må innrettes slik at kommunene som deltakere kan få ytelser fra DIHVA uten at det er nødvendig å følge regelverket for offentlige anskaffelser. I praksis betyr det at framtidig organisasjonsform må tilfredsstille kravene til unntaket for utvidet egenregi.

Unntaket for utvidet egenregi var tidligere ulovfestet, men fremgår nå av forskrift om offentlige anskaffelser § 3-1 flg. Det følger av bestemmelsen at bruk av unntaket forutsetter at tre vilkår er oppfylt;

- kontrollkriteriet,
- aktivitetskriteriet,
- ikke private på eiersiden.

Vi vil derfor i det følgende gå nærmere inn på om unntaket for utvidet egenregi vil kunne oppfylles dersom DIHVA organiseres som henholdsvis aksjeselskap, samvirkeforetak eller IKS, og hvilke «grep» som i så fall vil være nødvendige å gjøre for at unntaket skal kunne oppfylles.¹¹

Det vil bli gjort en felles vurdering av aktivitetskriteriet og kravet om at det ikke er private på eiersiden. Kontrollkriteriet vil bli vurdert særskilt for AS, SA og IKS.

8.2 Vurdering av aktivitetskriteriet

For at kommunene skal kunne kjøpe tjenester fra DIHVA, må *aktivitetskriteriet* være oppfylt.

¹⁰ Hvorvidt DIHVA må følge forskrift om offentlige anskaffelser eller forsyningsforskriften har ikke vært en problemstilling i dette oppdraget. For vurderingen av om eierkommunenes anskaffelser fra DIHVA faller inn under unntaket for utvidet egenregi har valg av forskrift begrenset betydning, da unntaket er formulert likt i begge forskriftene.

¹¹ Framstillingen i dette underpunktet har tatt utgangspunkt i en omtale av tilsvarende problemstilling for samarbeid på IKT-området, i en utredning fra KS Advokatene fra november 2015: «Interkommunalt samarbeid om IKT – rettslige rammer for organisering –», kap. 4.7.

Kjernen i aktivitetskriteriet er at mer enn 80 prosent av aktiviteten til oppdragstaker må være utført for kontrollerende oppdragsgiver, jf. forskriften § 3-1 første ledd bokstav b. I dette tilfellet vil kontrollerende oppdragsgiver være eierne/deltakerne/medlemmene i DIHVA. Vi har fått forståelsen av at DIHVA i all hovedsak vil utføre oppdrag («aktivitet») for de kontrollerende oppdragsgiverne, men at det også er aktuelt å utføre tjenester for andre. Vi er videre kjent med at det i dag er flere kommuner som får tjenester fra DIHVA uten å være eiere (7 som har vedtatt å bli eier, 4 som er tilknyttet som «medlem» og 3 kommuner som ellers er med i akkreditert prøvetaking). Aktiviteten som DIHVA utfører for disse kommunene vil måtte regnes med når 20 prosent grensen vurderes. Dersom aktiviteten som utøves for andre enn eierne (herunder for kommuner som ikke har vedtatt selskapsavtalen) overstiger 20 prosent så vil ikke aktivitetskriteriet være oppfylt og heller ikke unntaket for utvidet egenregi.

Vi har fått opplyst at det er ønskelig at DIHVA fortsetter å arrangere visse konferanser som man ønsker skal være åpne for hele vannbransjen og hele Vestlandet. Dette er mulig såfremt den samlede aktiviteten for andre enn eierne ikke overstiger 20 prosent. *Et krav om at minst 80 prosent av DIHVAs oppdrag («aktivitet») skal være for de kontrollerende oppdragsgiverne (eierne) kan gjerne fastsettes i vedtektene.*

Denne vurderingen, og anbefalingen over, er felles for alle organisasjonsmodellene og det gjøres derfor ingen særskilte vurderinger av aktivitetskriteriet for AS, SA og IKS.

8.3 Vurdering av kravet om at det ikke kan være private eierandeler

Videre er det et krav om at det ikke kan være private på eiersiden. En rent hypotetisk mulighet for privat deltakelse vil imidlertid ikke utelukke egenregi. Det må rent faktisk foreligge privat deltakelse for at unntaket for utvidet egenregi skal være utelukket.

Etter det vi er kjent med vil det ikke være aktuelt med private eiere i DIHVA. Denne problemstillingen vil da ikke komme på spissen.

Dersom DIHVA likevel ønsker å sikre seg mot privat deltakelse i foretaket/selskapet så kan det for eksempel tas inn bestemmelser i vedtektene om at bare kommuner eller offentlige rettssubjekter kan være eiere.

Dette vil imidlertid bare være nødvendig for aksjeselskaper eller samvirkeforetak. For IKS er det uansett utelukket med private deleiere.

8.4 Vurdering av kontrollkriteriet

8.4.1 Generelt

Problemstillingen i det følgende blir om *kontrollkriteriet* kan oppfylles.

Kontrollkriteriet går ut på at oppdragsgiver må utøve en kontroll over et annet rettssubjekt som svarer til den kontroll han utfører over egen virksomhet, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 3-1 første ledd bokstav a. Slik kontroll vil foreligge når oppdragsgiver utøver en bestemmende innflytelse over både strategiske mål og viktige beslutninger i det kontrollerte rettssubjektet, jf. § 3-1 annet ledd.

I vurderingen av om kriteriet er oppfylt skal det legges vekt på alle relevante rettslige og faktiske forhold.

Det følger av rettspraksis fra EU-domstolen¹² at relevante momenter i kontrollvurderingen vil være å se på *oppdragsgivers mulighet til å øve innflytelse gjennom deltakelse i styret, representantskap eller lignende organer, fastsettelse av formål, kontroll og tilsyn med økonomiske og kommersielle disposisjoner mv. og daglig ledelse, samt strategiske valg av betydning for organets planer og muligheter i det kontrollerte organet*. Hvilke *fullmakter* som er tillagt det kontrollerte organet og hvorvidt oppdragsgiver har sikret seg tilstrekkelige *kontroll- og tilsynsbeføyelser* vil her stå sentralt.

Generelt så vil det kontrollerte organets grad av selvstendighet (autonomi) i forhold til medlemmene kunne begrense sistnevntes mulighet til å sikre den nødvendige kontrollen etter kontrollkriteriet.

8.4.2 Valg av organisasjonsform i seg selv

Valget av organisasjonsform i seg selv vil i utgangspunktet ikke være avgjørende ved vurderingen av om kontrollkriteriet er oppfylt. Dette underbygges av EU-domstolens avgjørelse i C-458/03 (*Parking Brixen*) som er tolket dit hen at eierskap i et aksjeselskap ikke alene er tilstrekkelig for å oppfylle kontrollkriteriet. Dette må trolig gjelde tilsvarende for samvirkeforetak og IKS. Det tilsier at kommunenes eierandel, medlemskap eller deltakelse i DIHVA alene ikke er tilstrekkelig for å ha kontroll, men at det må gjøres en konkret vurdering.

Samtidig er det noen forskjeller mellom organisasjonsformene i hvor godt de legger til rette for at kontrollkriteriet kan oppfylles.

For IKS' er det i IKS-loven bygget inn eierstyringsmekanismer som gir eierne en sterkere styring enn det som i utgangspunktet følger av for eksempel aksjelovens regler. Riktignok kan man også i et aksjeselskap oppnå mye av det samme ved å endre vedtekter, instruksjer og aksjonæravtaler m.v., men for et IKS er disse mekanismene allerede bygget inn i IKS-loven.

Valg av organisasjonsmodellen IKS eller samvirkeforetak framfor for aksjeselskap, kan videre være et signal om at det *ikke* har vært et sentralt mål å gi foretaket stor forretningsmessig frihet. Graden av markedsorientering kan påvirke hvorvidt kontrollkriteriet er oppfylt. I motsetning til et aksjeselskap, hvor formålet ofte vil være å skaffe eierne økonomisk avkastning, vil formålet med et IKS eller samvirkeforetak typisk være å dekke et behov hos medlemmene. Det er et moment som kan tale for at kontrollkriteriet som utgangspunkt er enklere å oppfylle for et IKS eller samvirkeforetak, sammenlignet med et aksjeselskap.

Medlemmenes økonomiske rettigheter vil som hovedregel være mer begrenset i et samvirkeforetak enn i et aksjeselskap. Det faktum at et samvirkeforetak ikke vil ha som formål å skaffe avkastning på innskutt kapital, men at medlemmene skal hente ut sine fordeler gjennom samhandling med foretaket, tilsier at kontrollkriteriet som utgangspunkt kan være lettere å oppfylle for et samvirkeforetak.

Av organisasjonsformene som vurderes her er nok aksjeselskap den organisasjonsformen som også er mest løst fra forvaltningsrettslige regler. Valget av aksjeselskapsformen kan derfor i seg selv signalisere at samarbeidet skal organiseres i mer «armlengdes avstand» fra eierkommunene. Dette taler isolert sett mot at kontrollkriteriet skal kunne oppfylles. Som nevnt over er imidlertid ikke valg av organisasjonsform avgjørende, så lenge det gjøres «grep» i vedtekter o.l. som sikrer at kontrollkriteriet oppfylles.

¹² Se bl.a. C-340/04 (Carbotermo) premiss 36-38 og C-458/03 (Parking Brixen) premiss 65-71.

Særlig hvis DIHVA organiseres som et aksjeselskap, med også ved samvirkeforetak og kanskje også ved IKS, kan det være fornuftig å ta inn i utformingen av formålet en understreking av at selskaps/foretakets virksomhet ikke skal gå lenger enn til å fremme kontrollerende oppdragsgivers interesser.

8.4.3 Særlig om aksjeselskap

Ved valg av aksjeselskap som organisasjonsform må man særlig se hen til aksjeselskapslovgivningen og vedtektene til det konkrete selskapet ved vurderingen av kontrollkriteriet.

Etablering av et aksjeselskap vil normalt være en såpass vesentlig eller prinsipiell beslutning innenfor en kommune at vedtaket må treffes av kommunestyret.¹³ Som eier utøves imidlertid styringen gjennom generalforsamlingen. Kommunestyret eller andre kommunale politiske eller administrative organer har derfor ingen direkte myndighet i selskapet utenom generalforsamlingen.

Aksjeloven krever at enkelte saker skal behandles i generalforsamlingen. Dette gjelder blant annet valg av styre¹⁴ og fastsettelse og endring av vedtektene i selskapet. Utenom de sakene som skal behandles i generalforsamlingen, har generalforsamlingen imidlertid (med enkelte unntak) rett til å ta opp en hvilket som helst sak som gjelder selskapet, til behandling. Generalforsamlingens vedtak i saken vil i så fall være bindende for andre selskapsorganer. Generalforsamlingen kan dermed som hovedregel gi selskapets styre instruks om forvaltningen av selskapet, eller omgjøre vedtak som styret har truffet med mindre selskapet allerede er bundet i forholdet til tredjemann.¹⁵

Dette innebærer at i kommunalt eide aksjeselskaper har kommunene en rettslig mulighet til å gå svært langt i å styre og kontrollere selskapet, også i saker som gjelder den daglige virksomheten.

Generalforsamlingen kan for eksempel gi styret rettslig bindende pålegg i enkeltsaker. For kommunens kontrollbeføyelser som eier innebærer dette at kommunen gjennom generalforsamlingen kan gi generelle og spesielle instruks om utøvelse av styrets lovbestemte funksjoner og saksbehandling, så som virksomhetens strategi, økonomiske rammer for investeringer og andre retningslinjer for den vurdering som de underordnede organer må foreta ved utøvelsen av sine oppgaver.¹⁶

For å oppfylle kontrollkriteriet kan det være hensiktsmessig at eierne i aksjeselskapet gjennom en aksjonæravtale avtaler at bestemte vedtektsendringer skal behandles i eierkommunene før endelig vedtak i generalforsamlingen.

Kommunen kan også som eier gi sin, eller sine, representant(er) som møter på generalforsamlingen instruks om stemmegivningen og på denne måten utøve kontroll med selskapet. Kommunen kan da sikres

¹³ Jf. bl.a. NOU 1995: 17 side 82.

¹⁴ Dette valget kan imidlertid overlates til andre.

¹⁵ Jf. NOU 1995: 17 side 84.

¹⁶ Se rapporten «Nye anskaffelsesdirektiver og unntaket for offentlig-offentlig samarbeid - Forholdet til norske interkommunale samarbeidsordninger» (2014) side 96. Rapporten vurderer innholdet i bestemmelsene om vertikalt og horisontalt samarbeid i de tre nye anskaffelsesdirektivene, sett i lys av EU-domstolens praksis om anskaffelsesreglenes anvendelse på slikt samarbeid. Rapporten tar også for seg hvilke konsekvenser den nye unntaksreguleringen vil kunne få for kommuners og fylkeskommuners adgang til å samarbeide om å utføre oppgaver gjennom ulike former for interkommunalt samarbeid. Rapporten er utarbeidet av advokatfirmaet Hjort på oppdrag fra Kommunal og moderniseringsdepartementet og vil i det følgende bli omtalt som «Hjort-rapporten». Rapporten er tilgjengelig her:

https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/kmd/komm/rapporter/anskaffelsesdirektiv_hjort_rapport.pdf

direkte representasjon og kontroll med aksjeselskapets høyeste organ, men dette avhenger selvsagt av kommunens eierandel i selskapet.

Det kan videre ha betydning hvem som møter fra kommunen på generalforsamlingen. Dersom ordfører, rådmann eller andre sentrale personer møter, vil dette bidra til at kontrollkriteriet anses oppfylt.

Aksjeloven har, i motsetning til lov om interkommunale selskaper (IKS-loven), ingen regler som krever at visse forvaltningssaker i kommunalt eide selskaper må forelegges generalforsamlingen eller kommunestyret. *Det kan derfor være fornuftig at det fastsettes bestemmelser om dette i selskapets vedtekter for å styrke at kontrollkriteriet er oppfylt.*

Som nevnt innledningsvis vil det være sentralt i vurderingen av kontrollkriteriet å se på samarbeidsorganets autonomi (selvstendighet). I den forbindelse vil det kunne svekke mulighetene for oppfyllelse av kontrollkriteriet dersom vedtektene gir styret store fullmakter over strategiske mål og viktige beslutninger, eller det for øvrig gis myndighet på bekostning av generalforsamlingen. *For DIHVA vil det derfor være viktig at ledelsen i foretaket – styret og daglig leder - ikke får større fullmakter enn det som er påkrevd for å sikre en tilstrekkelig effektiv drift. Eierkommunene vil også kunne begrense DIHVAs markedsorientering gjennom fastsettelse av formålet i vedtektene.*

Når flere offentlige oppdragsgivere eier et organ i fellesskap, slik tilfellet vil være med DIHVA, kan kontrollkriteriet tilfredsstilles ved at kontrollen utføres av eierne i fellesskap. Dette følger av EU-domstolens praksis¹⁷ og fremgår nå også eksplisitt av anskaffelsesforskriften § 3-2.

Det følger av ordlyden i § 3-2 annet ledd bokstav a at det kontrollerte rettssubjektet må være sammensatt av representanter for «alle oppdragsgiverne» for at kontrollkriteriet skal være oppfylt. Det følger imidlertid av bestemmelsens annet punktum at «[e]n representant kan representere flere av eller alle oppdragsgiverne». Bortsett fra kravet i § 3-2 annet ledd bokstav a oppstilles det ikke etter forskriftsbestemmelsen ytterligere krav til kontrollutøvelsen i tilfellene der det kontrollerte rettssubjektet kontrolleres av flere oppdragsgivere.

Selv om en representant kan representere flere av eller alle oppdragsgiverne så må det på bakgrunn av praksis fra EU-domstolen¹⁸ trolig oppstilles som krav at hver enkelt oppdragsgiver må kunne utøve et visst *minimum av innflytelse* over det kontrollerte organets virksomhet og at det ikke er tilstrekkelig at bare én av oppdragsgivers kan utøve slik kontroll.

Advokatfirmaet Hjort uttrykker dette kravet på følgende måte i en rapport til Kommunal- og moderniseringsdepartementet (KMD) om interkommunale samarbeidsordninger og forholdet til unntaket for offentlig-offentlig samarbeid:

«Særlig på grunn av omgåelseshensyn må det imidlertid oppstilles krav om at hver enkelt oppdragsgiver må kunne utøve en viss minste innflytelse over oppdragstakers virksomhet, skal

¹⁷ Se for eksempel sak C-324/07 (Coditel).

¹⁸ Se de forente sakene C-182/11 og 183/11 (Econord).

unntaket for utvidet egenregi komme til anvendelse i slike tilfeller.¹⁹ Hvor langt dette rekker er imidlertid ikke mulig å si med sikkerhet.»¹⁹

Hva som utgjør et slikt minimum av innflytelse er med andre ord ikke klart og det nærmere innholdet av kravet må fastlegges av EU-domstolen.

Ut fra det vi er kjent med består dagens DIHVA av 32 kommuner. Vi er ikke kjent med om man i et eventuelt fremtidig aksjeselskap tenker at eierkommunene skal ha lik eller ulik eierandel. Dersom aksjepostene er forholdsvis like skulle det som utgangspunkt ikke være noen problemer med å oppfylle kravet om at hvert enkelt medlem har en *reell mulighet* til å påvirke foretaket. I praksis vil kontrollen fra medlemmene skje ved at det er et felles eierskapsforum som utøver kontrollen. I et aksjeselskap vil hver enkelt aksjonær både ha møterett og stemmerett på generalforsamlingen. *Dette er et viktig bidrag til at hvert enkelt medlem har en reell innflytelse over foretaket. Fra et anskaffelsesrettslig ståsted bør man ikke endre på dette i vedtektene, da det kan svekke oppfyllelsen av kontrollkriteriet.*

Dersom kommunenes eierbrøk er forskjellig kan det stilles spørsmål ved om hver enkelt eierkommune fortsatt har et *minimum av innflytelse* over samarbeidets virksomhet. Dette gjelder særlig dersom en kommune sitter med en aksjepost som er mye større enn de øvrige.

Risikoen er at hvis en kommune får bestemmende innflytelse over for eksempel styresammensetningen og andre sentrale beslutninger som ligger til generalforsamlingen. Dette gjelder særlig dersom en eierkommune eier mer enn 50 prosent av aksjene eller på andre måter har såkalt «vedtektsflertall». Det kan da stilles spørsmål ved om minoritetsaksjonærene er sikret et minimum av innflytelse over selskapet.

For DIHVA er det kanskje ikke aktuelt at en kommune blir sittende med en mye større aksjepost enn de øvrige, i hvert fall ikke så stor som 50 prosent. *Det kan uansett vurderes om det er hensiktsmessig at det vedtektsfestes at ingen kommune kan sitte med en større aksjepost enn X prosent, for å unngå problematikken nevnt over.*

Aksjelovens hovedregel er alminnelig eller simpelt flertall, altså mer enn 50 prosent av stemmene.²⁰ Dette gjelder for eksempel ved valg av styre. Vedtektsendringer krever 2/3 flertall.²¹ Aksjeloven åpner imidlertid for at det fastsettes strengere flertallskrav i vedtektene. Det er i så måte ikke noe i veien for at generalforsamlingen beslutter at endringer i vedtektene må skje ved enstemmighet. På den måten er også kommuner med små aksjeposter sikret innflytelse over valg av styre eller fastsettelse av vedtekter. *Å stille strengere flertallskrav vil derfor kunne være et tiltak som øker mulighetene for at kontrollkriteriet kan være oppfylt, selv med mange aksjonærer i selskapet.*

Et ytterligere «grep» som vil gi kommunene kontroll over selskapet, også dersom eierkommunene har små aksjeposter, er dersom eierne har kontroll over operasjonelle beføyelser som for eksempel fastsettelse av priser og innholdet i tjenestene som selskapet utøver. Praksis fra EU-domstolen viser for eksempel at en eier med en aksjepost på kun 0,25 prosent likevel oppfylte kontrollkriteriet, blant annet fordi aksjeselskapet var pålagt å følge de oppgaver eierne bestemte og ikke selv kunne fastlegge

¹⁹ Nye anskaffelsesdirektiver og unntaket for offentlig-offentlig samarbeid - Forholdet til norske interkommunale samarbeidsordninger» (2014) side 46.

²⁰ Jf. aksjeloven § 5-17 første ledd.

²¹ Jf. aksjeloven § 5-18 første ledd.

vederlaget på sine tjenester.²² Hvis det for eksempel er eierne som fastsetter prisene og innholdet i tjenestene fra DIHVA, ikke DIHVA selv, så vil dette være et «operasjonelt grep» som gir medlemmene sterk grad av kontroll over aksjeselskapet DIHVA.

Konklusjon:

Departementet skriver i veiledningen om utvidet egenregi på sine hjemmesider²³ at de;

«(...) mener at utvidet egenregi for eksempel kan utøves gjennom norske aksjeselskaper, men det forutsetter at oppdragsgiver har en innflytelse over selskapet som går ut over det en majoritetsseier normalt har».

For å oppfylle unntaket for utvidet egenregi for aksjeselskaper vil det derfor være nødvendig at DIHVA bygger inn eierstyringsmekanismer som gir eierne en sterkere styring enn det som i utgangspunktet følger av for eksempel aksjelovens regler.

For eksempel kan det i vedtektene bestemmes at visse saker som i utgangspunktet hører under styrets myndighet skal behandles i generalforsamlingen. Videre kan det også oppstilles et krav om enstemmighet på generalforsamlingen ved viktige beslutninger, slik som for eksempel vedtektsendringer. Selskapets formål kan også fastsettes slik at det ikke skal gå lenger enn til å fremme kontrollerende oppdragsgivers interesser. Endelig så kan det også være en mulighet å gi eierne flere operasjonelle beføyelser, slik som for eksempel kontroll over hvilke oppgaver samarbeidet skal utføre og hvilke priser eierne skal betale for tjenester fra samarbeidet.

Dersom slike «grep» gjøres vil det være mulig å oppfylle unntaket for utvidet egenregi, også hvis DIHVA organiseres som et aksjeselskap.

8.4.4 Særlig om samvirkeforetak

Organisasjons- og styringsstrukturen i et samvirkeforetak er langt på vei som i et aksjeselskap. Medlemmenes mulighet til innflytelse er i utgangspunktet ikke mer begrenset enn det som er knyttet til å være eier i et selskap. Det er likevel forskjeller.

I et samvirkeforetak har for eksempel hvert medlem i utgangspunktet bare én stemme. Dette er positivt med tanke på at hvert enkelt medlem skal beholde en reell innflytelse over foretaket (ref. problematikken nevnt over knyttet til aksjeselskaper dersom eierbrøken mellom kommunene blir svært skjev og en kommune får dominerende innflytelse over selskapet). At hver kommune som utgangspunkt bare har én stemme kan dermed bidra til å øke sannsynligheten for at kontrollkriteriet er oppfylt.

Et medlem i et samvirkeforetak kan dessuten aldri ha mer enn 50 prosent av stemmene. Med denne regelen unngår man langt på vei problematikken ved IKS og aksjeselskap der en kommune vil kunne få bestemmende innflytelse over for eksempel styresammensetningen, vedtekter eller andre sentrale beslutninger. Å oppfylle kravet til felles kontroll og at alle medlemmer skal ha et minimum av innflytelse

²² Se C-295/05 (*Tragsa*) premiss 46 flg.

²³ <https://www.regjeringen.no/no/tema/naringsliv/konkurransepolitikk/offentlige-anskaffelser-/andre-kolonne/samarbeid-i-offentlig-sektor/id2556548/>

over samarbeidet vil derfor som utgangspunkt kunne være lettere å oppfylle i et samvirkeforetak enn for eksempel et aksjeselskap.

Samvirkeoven gir nokså gode muligheter for å fastsette løsninger som avviker fra lovens normalordning. Denne fleksibiliteten kan benyttes til å styrke kontrollen med virksomheten slik at kontrollkriteriet kan bli oppfylt. Ut fra et ønske om å oppfylle kontrollkriteriet vil det derfor være viktig å bruke denne muligheten til det. Samtidig vil det være viktig å passe på at det ikke bygges inn mekanismer i vedtekter mv. som svekker muligheten til å oppfylle kontrollkriteriet, med mindre det er helt nødvendig.

Som for aksjeselskaper så vil oppdragsgivernes mulighet til å utøve *operasjonelle beføyelser*, som for eksempel å regulere priser, kunne være momenter som taler i favør av kontroll.²⁴ Tilsvarende gjelder også hvis medlemmene har kontroll over innholdet i tjenestene fra DIHVA. Dette vil gi eierne en sterk grad av kontroll. Dette gjør også at kommunenes kontroll over samarbeidsenheten ligner på den kommunen har over egen virksomhet. Praksis fra EU-domstolen viser at domstolen har akseptert at kontrollkriteriet har vært oppfylt, selv for aksjeposter på under 1 prosent, dersom oppdragsgiverne har hatt kontroll over slike beføyelser. *Hvis det for eksempel er medlemskommunene som fastsetter prisene på tjenestene, ikke DIHVA selv, så vil dette være et «operasjonelt grep» som gir medlemmene sterk grad av kontroll over samvirkeforetaket DIHVA.*

Som for aksjeselskaper kan det ha betydning hvem som møter fra kommunen på årsmøtet. Dersom ordfører, rådmann eller andre sentrale personer møter, vil dette bidra til at kontrollkriteriet anses oppfylt.

Som utgangspunkt har også årsmøtet full kontroll over sammensetningen av styret.²⁵ Samvirkelova gir imidlertid mulighet for at valget av inntil halvparten av styremedlemmene kan overlates til andre. Dersom dette overlates til eksterne, som for eksempel en kreditor, vil det kunne svekke medlemskommunenes kontroll over samvirkeforetaket.

Det vil kunne svekke mulighetene for oppfyllelse av kontrollkriteriet dersom vedtektene gir styret store fullmakter over strategiske mål og viktige beslutninger, eller for øvrig gis myndighet på bekostning av årsmøtet. For DIHVA vil det derfor være viktig at ledelsen i foretaket – styret og daglig leder - ikke får større fullmakter enn det som er påkrevd for å sikre en tilstrekkelig effektiv drift.

Konklusjon:

Vi mener at samvirkeforetaksformen i seg selv legger godt til rette for at kontrollkriteriet kan oppfylles. Samvirkelova gir imidlertid en nokså vid adgang til å fastsettes løsninger i vedtektene som fraviker lovens normalordning. Vi anbefaler derfor at det i vedtektene bygges inn mekanismer som gir medlemmene sterk innflytelse over foretaket. Se oppsummeringen avslutningsvis med forslag til hvordan dette kan gjøres.

8.4.5 Særlig om IKS

Valget av organisasjonsformen interkommunalt selskap etter IKS-loven vil i seg selv kunne være en indikasjon på at eierkommunene har ønsket seg politisk styring og kontroll over selskapet (sammenlignet med for eksempel et aksjeselskap) og således ønsket å begrense selskapets selvstendighet. Som nevnt

²⁴ Se bl.a. C-371/05 (Mantova) premiss 25.

²⁵ Jf. samvirkelova § 66.

innledningsvis er det i IKS-loven bygget inn eierstyringsmekanismer som gir eierne sterke styring enn det som i utgangspunktet følger av for eksempel aksjelovens regler. *Organisasjonsmodellen i seg selv legger derfor godt til rette for at kontrollkriteriet kan oppfylles.*

Eierne i et interkommunalt selskap (IKS) utøver sin myndighet gjennom et representantskap. Dette er selskapets øverste organ. I likhet med styret i et samarbeid etter kommuneloven § 27 må hver enkelt deltaker være representert i representantskapet med minst én representant. Kommunestyret i den enkelte eierkommune har instruksjonsmyndighet over representanten i representantskapet og får dermed direkte innflytelse og kontroll over vedtak og beslutninger som ligger til representantskapet.

Flere viktige saker skal behandles av representantskapet, slik som for eksempel fastsettelse av selskapets budsjett og regnskap, økonomiplan, vedtak om utdeling av selskapets midler og salg av investeringer av vesentlige eiendeler. I tillegg er det også mulig å fastsette i selskapsavtalen at også beslutning i andre saker må godkjennes av representantskapet. Ettersom kommunestyret har instruksjonsmyndighet over sin representant i representantskapet har eierkommunen direkte innflytelse også her.

Merk imidlertid at kommunene ikke kan gi instruks til daglig leder eller til styret i et IKS. De kan heller ikke instruere «sitt» styremedlem. Både styret og daglig leder er imidlertid underordnet representantskapet hvor kommunen har instruksjonsmyndighet over sin representant.

Ettersom eierkommunene må være representert i representantskapet gir dette kommunene viktig innflytelse over samarbeidsorganet (IKS'et). IKS-loven § 4 gir videre deltakerkommunene innflytelse over sentrale spørsmål for samarbeidet. Flere endringer av selskapsavtaler krever dessuten tilslutning fra samtlige medlemmer i representantskapet (og dermed alle deltakerkommunene), jf. IKS-loven § 4 tredje ledd. At samtlige medlemmer må gi sin tilslutning er et viktig bidrag for å sikre kontroll over selskapet. Kravet om enstemmighet sikrer dessuten at problematikken rundt at alle eierne må være sikret et minimum av innflytelse over selskapet (ref. vurderingene og potensielle utfordringer, spesielt ved valg av aksjeselskap), ikke kommer på spissen i like stor grad for IKS, ettersom hvert enkelt medlem uansett er sikret visse minimumsrettigheter i IKS-loven.

Selv om eierne er sikret flere minimumsrettigheter i IKS-loven så er det ikke utelukket at en deltakerkommune kan ha mer enn 50 prosent av stemmene. I så fall oppstår samme problemstilling som for aksjeselskaper, nemlig muligheten for at en deltakerkommune kan få bestemmende innflytelse over de vedtak som treffes. *For å redusere denne risikoen kan det være formålstjenlig å sikre mindretallet større innflytelse for eksempel ved at selskapsavtalen sikrer at ingen deltakerkommune får et antall representanter i representantskapet som innebærer at denne i praksis alene har bestemmende innflytelse på de vedtak som treffes. Videre kan det også fastsettes stemmereglene i selskapsavtalen som sikrer alle eierkommunene en viss innflytelse.*

Selskapsavtalen fastsettes og endres av kommunestyrene. *Eierkommunene kan dermed velge å gi kommunene økt kontroll ved å ta inn bestemmelser om dette i selskapsavtalen. Kommunene vil også kunne begrense selskapets markedsorientering gjennom fastsettelse av formålet i selskapsavtalen.*

Videre er enkelte avgjørelser av stor betydning, slik som for eksempel inngåelse av selskapsavtalen og endringer i denne, eierskifte/opptak eller utelukkelse av ny deltaker og oppløsning av selskapet lagt til eierkommunene selv. Dette bidrar også til at kontrollkriteriet oppfylles.

Konklusjon:

Samlet sett må disse forhold anses å gi eierkommunene både rettslig og faktisk mulighet til bestemmende innflytelse over strategiske mål og viktige beslutninger i IKS'et. Eksempelvis at alle deltakerne må være representert i representantskapet med minst én representant, at endringer i de sentrale forholdene for samarbeidet (regulert i selskapsavtalen) krever tilslutning fra samtlige deltakerkommuner og at enkelte avgjørelser av stor betydning er lagt til eierkommunene selv. Vi mener derfor at organisasjonsformen interkommunalt selskap etter IKS-loven legger til rette for oppfyllelse av kontrollkriteriet.

8.5 Oppsummering anskaffelser

Vi mener at unntaket for utvidet egenregi kan oppfylles både dersom DIHVA organiseres som aksjeselskap, samvirkeforetak og som interkommunalt selskap etter IKS-loven. Vi presiserer imidlertid at det alltid må foretas en konkret vurdering av faktum når dette er nærmere klarlagt. Hvordan vedtektene er formulert vil her stå sentralt.

På generell basis er det vår vurdering at IKS legger best til rette for at unntaket for utvidet egenregi kan oppfylles, deretter samvirkeforetak, deretter aksjeselskap. Særlig for aksjeselskap, men også til dels for samvirkeforetak, må det bygges inn eierstyringsmekanismer som gir eierne en sterkere styring enn det som i utgangspunktet følger av for eksempel aksjeloven og loven om samvirkeforetak, dersom man skal være sikre på at unntaket for utvidet egenregi er oppfylt.

Eksempel på slike mekanismer som sikrer eierne kontroll over virksomheten er at det gjøres noen tilpasninger i vedtektene som sikrer:

- at DIHVAs selvstendighet (autonomi) i forhold til eierkommunene ikke går lenger enn hva som er påkrevd for å sikre en tilstrekkelig effektiv drift
- at DIHVAs formål ikke går lenger enn til å fremme eierkommunenenes interesser
- at det kan føres tilsyn og kontroll med økonomiske og kommersielle disposisjoner og daglig ledelse
- at det ikke gis vide fullmakter til DIHVA uten at eierkommunene har forbeholdt seg tilsvarende kontrollbeføyelser
- at man unngår at vedtektene utvider styrets myndighet på bekostning av eierkommunene
- at det gis mulighet for at eierkommunene kan utøve noen operasjonelle beføyelser over DIHVA (eksempel fastsette priser og bestemme hvilke tjenester DIHVA skal tilby)
- at eierkommunenenes representanter på generalforsamling/årsmøte er sentrale personer i kommunens ledelse

Aktivitetskriteriet vil være oppfylt dersom minst 80 prosent av aktiviteten i foretaket er utført for de kontrollerende oppdragsgiverne (eierkommunene). Dette krevet kan med fordel også fremgå av vedtektene. Det samme gjelder kravet om at det ikke kan være private eierandeler i DIHVA.

9 Forholdet til skatt og merverdiavgift

9.1. Skatteplikt

Både interkommunale selskaper (IKS), aksjeselskaper (AS) og samvirkeforetak (SA) er i utgangspunktet skattepliktige subjekter jf skatteloven § 2-2.

Skatteloven § 2-32 har imidlertid en unntaksbestemmelse for å begrense skatteplikten for institusjon eller organisasjon som ikke har erverv til formål. Samtlige organisasjonsformer kan fritas for skatteplikt etter denne bestemmelsen, forutsatt at organisasjonen ikke har erverv til formål.

Det er opplyst at DIHVA pr d.d. ikke har erverv til formål, og at selskapet er fritatt for skatt.

En omdannelse til annen selskapsform vil i utgangspunktet ikke ha betydning for skatteplikten, men ved omdannelse til AS eller SA bør det inntas som en særskilt bestemmelse i vedtektene at selskapet ikke har erverv til formål, at det ikke skal deles ut utbytte og at selskapets midler ved en eventuell oppløsning skal gå til formål i tråd med DIHVAs formål.

Det er reist spørsmål om selskapsformen har vesentlig betydning i spørsmål knyttet til selvkost, finansiering gjennom gebyrregulativ og skattefritak. Hvordan en institusjon finansieres er et av momentene som vurderes når det tas stilling til om en institusjon kan anses som skattefri etter skatteloven § 2-32. Dette momentet må vurderes uavhengig av om institusjonen er et IKS, et AS eller et SA. Vi kan følgelig ikke se at det vil utgjøre noen forskjell i vurderingen selv om DIHVA skulle omdannes til et AS eller et SA.

Ettersom DIHVA allerede har gjort en vurdering av skatteplikten, og funnet at selskapet er fritatt for skatt, går vi ikke nærmere inn på vurderingen.

9.2. Merverdiavgift

Det er opplyst at DIHVA er registrert i merverdiavgiftsregisteret. For å registreres i merverdiavgiftsregisteret er det et krav at selskapet har avgiftspliktig omsetning av en viss størrelse.

IKS er også omfattet av merverdiavgiftskompensasjonsloven, og ville i utgangspunktet kunne kreve kompensasjon for inngående merverdiavgift selv om selskapet ikke hadde vært registrert i merverdiavgiftsregisteret. Merverdiavgiftskompensasjon ytes bare i den utstrekning anskaffelsen skjer til bruk i den kompensasjonsberettigede virksomheten, jf. merverdiavgiftskompensasjonsloven § 4.

Ettersom selskapet er registrert i merverdiavgiftsregisteret forutsettes det at vilkårene for registrering er oppfylt, og at virksomheten som drives av DIHVA er avgiftspliktig virksomhet. Vilårene for registrering i merverdiavgiftsregisteret vil være oppfylt også etter en eventuell omdannelse til AS eller SA. En avgiftspliktig omsetning vil ikke endre karakter selv om selskapsformen skulle endres fra et IKS til et AS eller et SA. Det vil følgelig ikke bli endringer i selskapets netto mva-belastning som følge av en omdannelse.

10. Avslutning

Denne utredningen er utført av flere advokater. Dersom det er behov for oppfølgingsspørsmål eller annet knyttet til utredningen eller tilleggsspørsmål kan følgende kontaktes:

Spørsmål knyttet til fordeler og ulemper med IKS og SA, kan henvendelser rettes til advokat Erna M. Larsen, tlf 90 18 35 27 eller e-post: erna.larsen@ks.no

Spørsmål knyttet til Offentlige anskaffelser kan rettes til advokat Kristine Røed Brun, tlf, 48 0013 13

eller e-post: kristine.roed.brun@ks.no.

Spørsmål knyttet til offentlig støtte kan rettes til advokat Jostein Selle, tlf 94 1535 54 eller e-post: jostein.selle@ks.no

Spørsmål knyttet til pensjonsforhold kan rettes til advokat Øyvind Gjelstad, tlf 90 940197 eller epost: oyvind.gjelstad@ks.no

Spørsmål knyttet til merverdiavgift/skatt kan rettes til advokat Anne-Lise Hellebostad, tlf. 95224050 eller e-post: anne-lise.hellebostad@ks.no.

Med vennlig hilsen

A handwritten signature in blue ink that reads "Erna M. Larsen". The signature is written in a cursive, flowing style.

Erna M. Larsen
advokat

Telefon: 90 18 35 27

E-post: Erna.Larsen@ks.no