

WIKBORG | REIN

Askøy kommune, Klampavikvegen 1, 5300 Kleppestø

Austrheim kommune, Sætremarka 2, 5943 Austrheim

Bergen kommune, Rådhusgaten 10, 5020 Bergen

Fedje kommune, 5947 Fedje

Fjell kommune, Postboks 184, 5342 Straume

Lindås kommune, Kvernhusmyrane 20, 5914 Isdalstø

Meland kommune, Postboks 79, 5906 Frekhaug

Os kommune, Postboks 84, 5202 Os

Radøy kommune, Radøyvegen 1690, 5936 Manger

Sund kommune, Postboks 23, 5371 Skogsvåg

Øygarden kommune, Ternholmvegen 2, 5337 Rong

Vår ref.: 523420-005
 Ansvarlig advokat: Filip Tryuen

Bergen, 16. januar 2017

Delegering av myndighet etter havne- og farvannsloven § 10

1 INNLEDNING

På stiftelsesmøtet for Bergen og Omland Havn AS den 4. november 2016 ble det informert om behovet for avklaring av delegasjon av myndighet etter havne- og farvannsloven § 10. Slik myndighet er i dag delegert fra deltakerkommunene til Bergen og Omland Havnevesen. Det har blitt reist spørsmål om tilsvarende delegasjon også kan foretas til Bergen og Omland Havn AS når dette selskapet skal videreføre virksomheten i Bergen og Omland Havnevesen.

På denne bakgrunn ble det den 23. november 2016 sendt et brev til Samferdselsdepartementet med forespørsel om hvordan departementet mener havne- og farvannsloven § 10 skal tolkes. Samferdselsdepartementet har besvart vår forespørsel ved brev datert 20. desember 2016. Brevet følger vedlagt. I det følgende skal det redegjøres for brevet og mulige konsekvenser av dette.

2 DEPARTEMENTETS LOVTOLKNING

Samferdselsdepartementet mener det ikke er adgang til å delegerer myndighetsutøvelse etter havne- og farvannsloven § 10 første ledd til et aksjeselskap. Dette gjelder selv om selskapet fullt ut er eiet av kommuner og selv om vedtektene forbyr at andre enn kommuner kan eie aksjer.

Delegasjon av offentlig myndighet etter havne- og farvannsloven til Bergen og Omland Havn AS kan derfor bare skje etter beslutning fra departementet i medhold av havne- og farvannsloven § 10 andre ledd.

I vår brev til Samferdselsdepartementet den 23. november 2016 ble det også reist spørsmål om omfanget av departementets kompetanse etter § 10 andre ledd. På denne bakgrunn trekker departementet i sitt svarbrev frem en rekke forhold hvor delegasjon kan godkjennes etter enkeltvedtak eller forskrift også til et aksjeselskap. Dette må riktig nok skje etter en konkret vurdering, men vi vil anta at et aksjeselskap som alene eies av kommuner vil stå sterkt ved vurderingen av hvilke oppgaver hvor delegasjon kan forventes godkjent av departementet.

Imidlertid er det også enkelte oppgaver som ut fra departementets lovtolkning klarligvis er utelukket fra delegasjon. En del slike oppgaver er listet opp i departementets brev.

3 BETYDNING AV DEPARTEMENTETS LOVTOLKNING FOR VIRKSOMHETEN I BERGEN OG OMLAND HAVN AS

Mange av de løpende oppgaver som er planlagt allokert til Bergen og Omland Havn AS synes ikke å være omfattet av delegasjonsforbudet slik departementet tolker loven. Det endelige omfanget av delegasjonskompetanse må dessuten avklares etter en konkret vurdering basert på en særskilt søknad til Samferdselsdepartementet.

I utgangspunktet var oppgavene knyttet til den offentlige myndighetsutøvelsen planlagt allokert til et datterselskap av Bergen og Omland Havn AS. Formålet var å trekke et klart skille mellom havnevirkomhetens kommersielle og offentligrettslige aktivitet. På bakgrunn av departementets tolkning vil vi nå anbefale at kommunene som i dag er deltakere i Bergen og Omland Havnevesen, heller vurderer å stifte et interkommunalt selskap (IKS) som kan ivareta den myndighetsutøvelse hvor departementet ikke tillater delegasjon til et aksjeselskap.

Et slikt IKS kan være et selskap uten økonomisk aktivitet utover det som følger av den nevnte myndighetsutøvelsen. Selskapet kan ha samme adresse og kan i det daglige drives av ansatte i Bergen og Omland Havn AS, og som leies ut til det interkommunale selskapet. I praksis vil derfor forskjellen neppe bli stor enten man som opprinnelig planlagt legger myndighetsutøvelsen i et eget datterselskap av Bergen og Omland Havn AS som kjøper administrative tjenester av morselskapet, eller om man som nå anbefalt legger myndighetsutøvelsen i et IKS som eksisterer parallelt med Bergen og Omland Havn AS og som kjøper administrative tjenester av sistnevnte selskap. Deltakerkommunene vil dermed fortsatt kunne opprettholde den ansvarsbegrensning man har ønsket ved å legge det vesentlige av havnevirkomhetene i et aksjeselskap, mens man samtidig innretter seg etter de skranker Samferdselsdepartementet mener ligger i havne- og farvannsloven § 10. Eierfordelingen i IKS'et kan være det samme som samarbeidskommunene har i Bergen og Omland Havn AS.

Ovennevnte er foreløpig kun til orientering. Stiftelse av et eventuelt IKS må diskuteres nærmere mellom deltakerkommunene. Vi bistår gjerne der hvor det er behov for ytterligere redegjørelse om delegering av myndighet etter havne- og farvannsloven § 10.

Med vennlig hilsen
WIKBORG REIN ADVOKATFIRMA AS



Filip Truyen

Vedlegg: Brev fra Samferdselsdepartementet datert 20. desember 2016

Kopi: Bergen og Omland Havnevesen, Nøstegaten 30, 5010 Bergen



DET KONGELIGE
SAMFERDSELSDEPARTEMENT

MOTTATT

23 DES. 2016

WIKBORG | REIN

Wikborg, Rein & Co Advokatfirma DA
PB 1233 Sentrum
5811 BERGEN

Deres ref
523420-005

Vår ref
16/2408-

Dato
20.12.2016

Delegering av myndighet etter havne- og farvannsloven § 10

1. Innledning

Vi viser til advokatfirmaet Wikborg, Rein og Co's (heretter WikborgRein) brev 23. november 2016 med spørsmål om kommuners adgang til delegering av sin offentlige myndighet etter lov 17. april 2009 nr. 4 om havner og farvann (heretter havne- og farvannsloven eller hfl.) til interkommunalt havnesamarbeid.

Det opplyses i brevet at bakgrunnen for henvendelsen er at advokatfirmaet bistår Bergen og Omland Havnevesen (heretter BOH) og dets samarbeidskommuner med reorganisering av BOH slik at det etableres et nytt havneselskap Bergen og Omland Havn AS som skal videreføre virksomheten til BOH. Bergen og Omland Havn AS skal bare kunne eies av kommuner, jf. selskapets vedtekter. Videre opplyses at det er ønskelig at alle oppgaver som i dag utføres av BOH overtas av Bergen og Omland Havn AS, inkludert den myndighetsutøvelse som i dag er delegert BOH fra deltakerkommunene i medhold av hfl. § 10 første ledd.

2. Presisering

Samferdselsdepartementet presiserer at departementet i dette brevet, på bakgrunn av spørsmål reist i nevnte brev av 23. november, bare uttaler seg om kommunenes adgang til å delegere sin offentlig myndighet etter hfl. i medhold av lovens § 10 første ledd og om departementets adgang etter hfl. § 10 andre ledd til å gi tillatelse til kommuner til å delegere. Departementet fatter således i dette brevet ikke vedtak etter hfl. § 10 andre ledd om kommunenes adgang til delegering til BOH AS.

Departementet presiserer videre at departementet her kun uttaler seg om spørsmålet om delegering av offentlig myndighet fra deltakerkommunene, og at det ikke tas stilling til andre

Postadresse
Postboks 8010 Dep
0030 Oslo
postmottak@sd.dep.no

Kontoradresse
Akersg. 59
<http://www.sd.dep.no/>

Telefon*
22 24 90 90
Org no.
972 417 904

Kyst- og miljøavdelingen

Saksbehandler
Willy Grepstad
22 24 64 32

spørsmål som omorganiseringen måtte reise.

3. Delegering av offentlig myndighet etter havne- og farvannsloven § 10

Havne- og farvannsloven gir i forskjellige bestemmelser offentlig myndighet til kommunene, dvs. myndighet til å treffe avgjørelser som er bestemmende for andre rettssubjekters rettigheter eller plikter.

Kommuneloven (lov 25. september 1992 nr. 107 om kommuner og fylkeskommuner) § 6 bestemmer at kommunestyret er kommunens øverste organ og treffer vedtak på vegne av kommunen så langt ikke følger av lov eller delegasjonsvedtak. Hvorvidt kommunestyret kan delegere konkret offentlig myndighet internt i kommunen eller til organ utenfor kommunen, følger av kommuneloven eller særlov. I NOU 2016:4 Ny kommunelov side 95 uttales bl.a. følgende om krav til lovhjemmel for kommuners delegeringsadgang: *"Det er nærliggende å tolke gjeldende rett slik at det må foreligge en lovhjemmel både for at kommunestyret skal kunne delegere utøvelse av offentlig myndighet til underordnet organ internt i kommunen, og for at kommunestyret skal kunne delegere slikt til andre rettssubjekter, herunder til interkommunale organer."*

Når det gjelder kommunens adgang til å delegere sin offentlige myndighet etter havne- og farvannsloven til organer utenfor kommunen selv, for eksempel organer for interkommunalt havnesamarbeid, reguleres dette av havne- og farvannsloven § 10.

Havne- og farvannsloven § 10 lyder

"Myndighet som etter denne loven tilligger kommunen, kan delegeres til interkommunalt samarbeid, jf. lov 25. september 1992 nr. 107 om kommuner og fylkeskommuner (kommuneloven), og til selskap etablert i henhold til lov 29. januar 1999 nr. 6 om interkommunale selskaper.

Departementet kan ved enkeltvedtak eller i forskrift fastsette at en nærmere bestemt del av kommunens myndighet etter denne loven kan delegeres til private."

Bestemmelsen gir i første ledd kommunen hjemmel til å delegere sin offentlige myndighet etter loven til de interkommunale samarbeidsformer som er regulert i kommuneloven og til selskap etablert i henhold til lov 29. januar 1999 nr. 6 om interkommunale selskap. Første ledds ordlyd åpner ikke for delegering til aksjeselskap.

Etter departementets vurdering er det ikke grunnlag i lovens forarbeider (Ot. prp. nr. 75 (2007-2008)) for å tolke hfl. § 10 første ledd utvidende slik at det også åpner for delegering til aksjeselskap.

Særmerknaden til hfl. § 10 første ledd, på side 156 i Ot. prp. nr. 75 (2007-2008), åpner ikke for å tolke dette leddet slik at det også hjemler delegering til aksjeselskap. Særmerknaden omtaler kun delegering etter første ledd til interkommunalt samarbeid *"etter reglene om slikt samarbeid i kommuneloven"* og til interkommunalt selskap *"etter reglene i lov 29. januar 1999 nr. 6 om interkommunale selskap"*.

Tilsvarende framholdes på side 45 i Ot. prp. nr. 75 (2007-2008) at kommunen må ha anledning til å overføre myndighet til de ulike former for interkommunale samarbeid "etter kommunelovens kapittel 5 eller kommunelovgivningen ellers, så langt det er i samsvar med kommunelovens system". På side 45 vurderes om det bør være adgang til å delegerer myndighet etter havne- og farvannsloven til interkommunale selskap "som regulert i lov 29. januar 1999 nr. 6", altså lov om interkommunale selskap. Når det i Ot. prp. nr. 75 (2007-2008) foreslås uttrykkelig bestemmelse om delegeringsadgang til interkommunale selskap, er det bl.a. med bakgrunn i at forarbeidene til loven om interkommunale selskap overlater til den enkelte særlov hvilke oppgaver og myndighet som er hensiktsmessig å legge til slikt selskap.

WikborgRein framholder at det reelt ikke er forskjell på et interkommunalt selskap (IKS) og et AS som etter sine vedtekter bare kan ha kommuner som eiere. Departementet er enig i betraktningene om forvaltningslovens anvendelse på selskaper ved deres utøvelse offentlig myndighet og at forslaget fra 2015 om endring av lov om IKS ville ha medført likheter i ansvarsform. Det er imidlertid en vesentlig forskjell når det gjelder reguleringen av hvem som kan være eiere i IKS og AS. Det er lovbestemt at IKS bare kan ha kommuner (og/eller fylkeskommuner) som eiere, jf. IKS-loven § 1. I et AS vil en eventuell begrensning av hvem som kan være eier følge vedtektene, og disse kan endres av eierne i generalforsamling, jf. aksjeloven § 5-18. Aksjeloven og vedtekter gir således ikke samme faste ramme for kommunalt eierskap som IKS-loven.

Etter departementets vurdering er det etter dette ikke hjemmel for kommuner i hfl. § 10 første ledd til å delegerer offentlig myndighet etter hfl. til aksjeselskap. Delegering av kommunens offentlig myndighet etter hfl. til aksjeselskap kan derfor bare skje etter beslutning fra departementet i medhold av § 10 andre ledd.

4. Departementets adgang etter havne- og farvannsloven § 10 andre ledd til å tillate delegering fra kommuner til aksjeselskap

I hfl. § 10 andre ledd åpnes det for at departementet ved enkeltvedtak eller i forskrift kan fastsette at en nærmere bestemt del av kommunens myndighet etter havne- og farvannsloven kan delegeres til organer organisert etter privatrettslige regler, bl.a. aksjeselskap.

Hfl. § 10 andre ledd åpner ikke for at departementet kan treffe beslutning om adgang for kommunene til generell delegering av all myndighet kommunene har etter loven. Departementet kan etter bestemmelsen bare fastsette at "en nærmere bestemt del av" kommunens myndighet etter havne- og farvannsloven kan delegeres til selskapet. Det synes etter forarbeidene som om dette er ment som en snever adgang til å legge oppgaver av administrativ karakter til et privatrettslig selskap. I Ot. prp. nr 75 (2007-2008) framgår på side 45: *Der havnen drives gjennom private rettssubjekt må derimot offentligrettslig myndighet utøves utenfor driftsselskapet som sådan. (...) Departementet har likevel funnet at det etter nærmere vurdering bør kunne åpnes for delegasjon av myndighet på et bestemt område til private rettssubjekt. Dette kan for eksempel dreie seg om innkreving av gebyrer*

eller andre områder hvor det er usikkert om en befinner seg på området for offentlig myndighetsutøvelse eller på områder som like gjerne kan ivaretas av private".

Havne- og farvannsloven gir kommunene myndighet både til å gi lokale forskrifter og til å treffe enkeltvedtak med hjemmel i loven eller i forskrift gitt i medhold av loven.

På generelt grunnlag, på bakgrunn av hfl. § 10 andre ledds ordlyd og forarbeidene, vurderer departementet at det ikke kan treffe beslutning som gir kommunene adgang til å delegerer sin myndighet til å fastsette lokale forskrifter som regulerer ferdsel i kommunenes sjøområde og kommunens myndighet til å gi forskrift om anløpsavgift.

Videre vurderer departementet at det ikke kan treffe beslutning etter hfl. § 10 andre ledd som gir kommunen adgang til å delegerer myndighet til å treffe enkeltvedtak som begrenser allmenne rettigheter, som begrenser andres adgang til å utnytte rettigheter knyttet til fast eiendom, eller som pålegger andre havner i kommunene plikter.

Når det gjelder hvilken myndighet som konkret skal kunne delegeres fra samarbeidskommunene til BOH AS, vil dette bero på en nærmere vurdering av søknad etter § 10 andre ledd fra kommunene, der kommunene foretar en nærmere vurdering av hvilken myndighet som er ønskelig å delegerer.

5. Forvaltningsansvar og oppgaver knyttet til havnevirksomhet og farvann som ikke er myndighetsutøvelse og som kan ivaretas av BOH AS

Departementet gjør for ordens skyld oppmerksom på at kommunenes forvaltningsansvar og oppgaver knyttet til havnevirksomhet og farvann som ikke er offentlig myndighetsutøvelse, etter avtale kan ivaretas av BOH AS uavhengig av hfl. § 10. Dette omfatter:

- sørge for uhindret ferdsel i sjøen, jf. hfl. § 15.
- sørge for nødvendig navigasjonsveiledning i det kommunale sjøområdet, jf. §§ 19 og 9
- utarbeide samlet oversikt over gjeldende bestemmelser, pris og andre opplysninger som gjelder i alle havner som kommunen helt eller delvis eier eller driver, og øvrige bestemmelser og opplysninger som kan være av betydning for den som bruker eller oppholder seg i havn, jf. forskrift 20.12.2010 nr. 1761 om publisering av havneopplysninger § 1 annet ledd
- føre fortløpende statistikk over anløp, jf. forskrift 17.08.1989 nr. 819 om havnestatistikk § 1.

Med hilsen

Thomas Kobro (e.f.)
fung. ekspedisjonssjef

Willy Grepstad
underdirektør

Dokumentet er elektronisk signert og har derfor ikke håndskrevne signaturer.