

Til: Nordhordland og Gulen Interkommunale Renovasjonsselskap IKS
Fra: Advokat/partner Trine Lise Fromreide, advokat Belinda Jensen og advokatfullmektig Therese Larsen

Ansvarlig advokat:
Trine Lise Fromreide

Vår ref.:
87524 501 TLF/BJE

Bergen
6. april 2021

OMORGANISERING AV NORDHORDLAND OG GULEN INTERKOMMUNALE RENOVASJONSSKAP IKS

1	Bakgrunn og mandat.....	3
2	Faktum og forutsetninger	4
2.1	Overordnet.....	4
2.2	Nærmere beskrivelse av NGIR sin virksomhet	4
2.2.1	Eierskap og ledelse.....	4
2.2.2	Organisasjon	5
2.2.3	Deponi i Kjevikdalen.....	6
2.2.4	Andre driftsmidler.....	6
2.2.5	Personale.....	7
3	Oppsummering.....	10
4	Anskaffelsesloven og -forskriften som rammeverk for omorganisering.....	10
4.1	Innledning.....	10
4.2	Rettslig utgangspunkt.....	11
4.3	Nærmere om unntaket for utvidet egenregi	11
4.4	Kontrollkriteriet	12
4.4.1	Generelt.....	12
4.4.2	Kontroll gjennom andre rettssubjekter	13
4.4.3	Felles kontroll – flere eierkommuner og dermed flere oppdragsgivere	13
4.5	Aktivitetskriteriet	14
4.6	Introduksjon til enerett.....	15
4.6.1	Innledning.....	15
4.6.2	Vilkårene for enerett	15
4.6.2.1	Oversikt over vilkårene.....	15

4.6.3	Restriksjon.....	16
4.6.4	Skjønnsmargin	16
4.6.5	Tvingende allmenne hensyn	16
4.6.6	Forholdsmessighet.....	16
5	Konkret vurdering Enerett.....	16
5.1	Omorganisering og forholdet til enerett.....	16
5.2	Nærmere om enerett.....	17
5.2.1	Innledning.....	17
5.2.2	Vilkårene for enerett.....	17
5.2.2.1	Oversikt over vilkårene.....	17
5.2.2.2	Tjenestekontrakt.....	17
5.2.2.3	Leverandøren må selv være offentlig oppdragsgiver	18
5.2.2.4	Det må foreligge en enerett.....	20
5.2.2.5	Enerett må tildeles før kontraktsinngåelsen	21
5.2.2.6	Eneretten må være i samsvar med EØS-avtalen	22
5.2.2.7	Restriksjon.....	22
5.2.2.8	Tvingende allmenne hensyn	22
5.2.2.9	Egnet til å nå målet.....	23
5.2.2.10	Nødvendig og forholdsmessig tiltak.....	23
5.2.2.11	Unntak fra konkurransereglene i EØS-avtalens artikkel 59 (2).....	24
5.2.3	Pågående sak for ESA.....	25
5.2.3.1	ESAs foreløpige konklusjon.....	26
5.2.3.2	Vilkårene	26
5.2.3.3	Argumentene i vurderingen.....	27
5.2.3.4	Brudd på regelverket	27
5.2.3.5	Status i saken.....	27
5.2.4	Nærmere om husholdningsavfall.....	28
5.2.5	Nærmere om kommunalt næringsavfall.....	29
5.2.6	Risikoer og konsekvenser	30
5.3	Enerettstildeling for NGIR: Oppsummering av konklusjoner.....	30
6	Mulig modell for omorganisering av NGIR.....	31
6.1	Utskillelse av næringsvirksomhet i egen juridisk enhet?	31
6.2	Hvordan kan utskillelse av næringsvirksomhet gjennomføres?	32
6.2.1	Valg av selskapsform.....	32
6.2.2	Valg av struktur	32
6.2.3	Kan representantskapet i NGIR stifte datterselskap uten involvering fra eierkommunene?	33

6.2.4	Overføring av deponi, øvrige driftsmidler og personell til datterselskap	33
6.2.4.1	Bakgrunn	33
6.2.4.2	Overføring av virksomhet, deponi, driftsmidler og personell fra NGIR til datterselskap	34
6.2.4.3	Salg av eiendeler	34
6.2.5	Særlig om overdragelse av deponi og virksomheten knyttet til deponiet	35
6.2.5.1	Utleie av deponi	35
6.2.5.2	Skattefri fisjon	36
6.2.5.3	Konsernintern overføring av eiendeler mellom konsernselskaper	37
6.2.5.4	Søknad om skattelempe etter skatteloven § 11-22	38
6.2.6	Særlig om overføring av personell	39
6.2.6.1	Bakgrunn	39
6.2.6.2	Utleie av personell	39
6.2.6.3	Virksomhetsoverdragelse etter arbeidsmiljøloven kapittel 16	40
6.2.6.4	Konsekvensene av at det foreligger virksomhetsoverdragelse etter aml. kap. 16	40
6.2.7	Hvordan oppfylle kontrollkriteriet for utvidet egenregi	41
6.3	Praktiske utfordringer ved å skille NGIRs næringsvirksomhet fra øvrig virksomhet	42
6.4	Konsekvenser av å ha et aksjeselskap som datterselskap av et interkommunalt selskap	43
6.4.1	Finansiering av aksjeselskap	43
6.4.2	Muligheten for å ta ut midler fra datterselskapet	43
6.4.2.1	Uthytte	43
6.4.2.2	Konsernbidrag	44
6.4.2.3	Tilbakebetaling av innbetalt kapital	44
6.4.2.4	Forholdet til reglene om skattefrie institusjoner	44
7	Forholdet til statsstøtteregulverket	45
7.1	Generelt	45
7.2	Konkurranse på like vilkår	46

1 Bakgrunn og mandat

Nordhordland og Gulen Interkommunale Renovasjonsselskap IKS (heretter omtalt som "**NGIR**") har anmodet Advokatfirmaet Simonsen Vogt Wiig AS om bistand til å utrede mulig fremtidig omorganisering av NGIR.

Bakgrunnen er at administrasjonen og styret i NGIR har vurdert situasjonen knyttet til eierkommunenes innkjøp av tjenester fra NGIR opp mot anskaffelsesregulverket og eventuelle behov for endringer i NGIR som forberedelse på det det forslag som har kommet frem i Oslo Economics sin rapport vedrørende konkurranse på like vilkår. Det er kommunen som innkjøper som har ansvaret for sine innkjøp iht anskaffelsesregulverket, men NGIR ønsker å utrede om kommunen kommer i fare for å bryte gjeldende regelverk. NGIR har innhentet en overordnet vurdering av dagens situasjon fra NGIR sin arbeidstaker-

og interesseorganisasjon, Samfunnsbedriftene, jf. notat datert 18. september 2020. Samfunnsbedriftenes vurdering er at dagens organisering og virksomhet ikke ser ut til å være i samsvar med anskaffelsesregelverket, fordi NGIRs næringsvirksomhet, det vil si aktivitet for andre enn eierkommunene, overstiger terskelverdien på 20 % etter reglene om utvidet egenregi etter anskaffelsesforskriften § 3-1.

Som følge av ovennevnte, har representantskapet i NGIR tilråddet å sette i gang en utredning for å finne en organisering av NGIRs virksomhet som er forenlig med anskaffelsesregelverket og fremtidig regelverk for konkurranse på like vilkår. Advokatfirmaet Simonsen Vogt Wiig AS er engasjert av NGIR i den forbindelse. Oppdraget skal være med å danne grunnlaget for en endelig avgjørelse omkring fremtidig organisering av NGIRs virksomhet, og dette notatet er utformet med henblikk på dette.

2 Faktum og forutsetninger

2.1 Overordnet

Som grunnlag for drøftelsene i dette notatet har NGIR skaffet til veie oversikt over dagens organisasjonsstruktur. I tillegg har de gitt en beskrivelse av de ulike organisasjonsdeler og de oppgaver og virksomheter som disse har. Det har også vært gjennomført flere møter med NGIR som har bidratt med mer utfyllende informasjon om den virksomhet som drives, herunder også en omvisning ved NGIRs renovasjonsanlegg og deponi i Kjevikdalen i Alver kommune.

2.2 Nærmere beskrivelse av NGIR sin virksomhet

2.2.1 Eierskap og ledelse

NGIR er eiet av de syv kommunene Alver, Austrheim, Fedje, Gulen, Masfjorden, Modalen og Solund. Samarbeidet er regulert gjennom en selskapsavtale, sist revidert av medlemskommunene i 2019 og gjeldende fra og med 1. januar 2020.

Selskapsformen interkommunalt selskap (IKS) innebærer at eierkommunene hefter ubegrenset for en andel av selskapets forpliktelser tilsvarende eierandelen, som til sammen utgjør NGIRs samlede forpliktelser. Eierkommunene sin eier- og ansvarsandel blir fastsatt som en prosentdel i forhold til folketallet i den enkelte kommune, og som blir justert hvert 4. år, neste gang per 1. januar 2024. Per 1. januar 2020, er eier- og ansvarfordelingen som følger:

Alver kommune:	77,27 %
Austrheim	7,59 %
Fedje	1,45 %
Gulen	6,07 %
Masfjorden	4,47 %
Modalen	1,03 %
Solund	<u>2,12 %</u>
	100 %

Selskapet ledes av et representantskap, hvor samtlige av eierkommunene er representert, samt et styre og en daglig leder. Representantskapet er NGIR sitt øverste organ.

I samsvar med selskapsavtalen § 8 har Alver kommune syv medlemmer i representantskapet, og de øvrige eierkommunene har to medlemmer hver. Totalt er det dermed 19 medlemmer i

representantskapet. Hvert medlem i representantskapet har én stemme. Det er kommunestyret i den enkelte kommune som oppnevner sine medlemmer i representantskapet. Minst halvparten av medlemmene fra hver kommune skal også være medlem i kommunestyret.

Representantskapets oppgaver er å se til at NGIR blir drevet i tråd med sitt formål, samt i samsvar med gjeldende lover, vedtekter og andre vedtak og retningslinjer fra eierkommunene. Representantskapet skal videre blant annet fastsette og godkjenne NGIRs årsregnskap, velge revisor og medlemmer i styret, vedta økonomiplan og årsbudsjett for NGIR, vedta eventuelle endringer i gebyrregulativet og opptak av lån, salg av fast eiendom og større kapitalgjenstander, gi fullmakter til styret, og behandle saker som styret eller andre ønsker at representantskapet skal behandle.

Styret blir valgt av representantskapet, og har ansvaret for forvaltningen av NGIR, herunder å sørge for en tilfredsstillende organisering og å se til at virksomheten blir drevet i samsvar formålet, vedtektene, årsbudsjettet og andre vedtak og retningslinjer fastsatt av representantskapet og eierkommunene.

Daglig leder blir tilsatt av styret, og skal administrere selskapet etter de retningslinjene og pålegg som styret har gitt.

2.2.2 Organisasjon

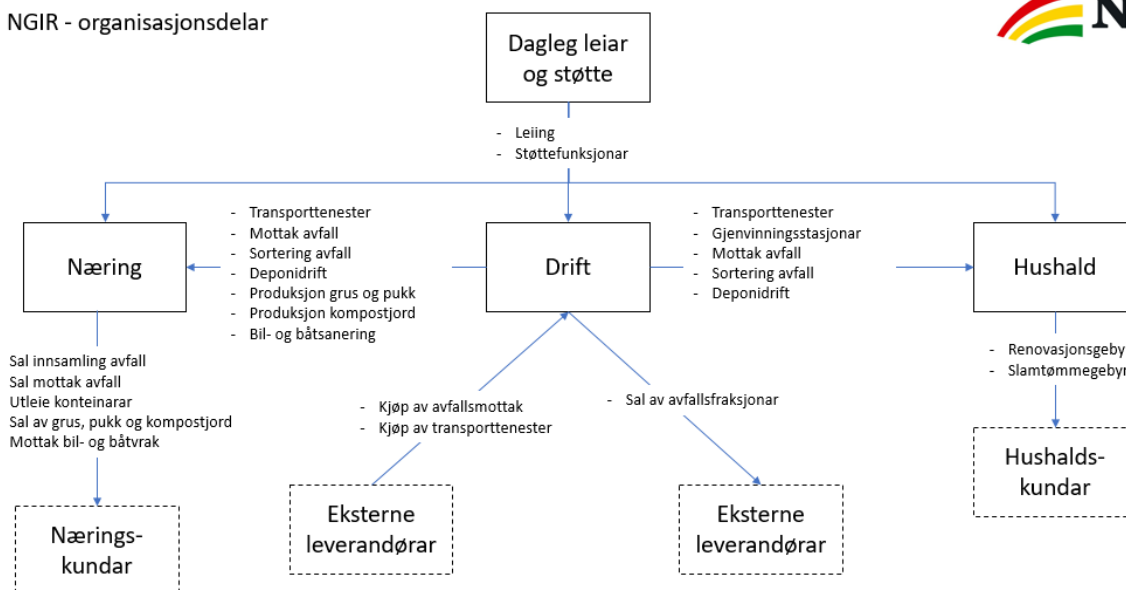
NGIRs virksomhet består av avfallshåndtering av både husholdnings- og næringsavfall. Husholdningsavfall er "avfall fra private husholdninger, herunder større gjenstander som inventar og lignende" jf. lov av 13.03.1981 nr. 50 "Forurensningsloven" §27a 1. ledd. Med næringsavfall menes avfall fra offentlige og private virksomheter og institusjoner jf. Forurensningsloven §27a 2. ledd.

Vi har fått opplyst fra NGIR at selskapet er delt opp i følgende fire organisasjonsdeler:

1. **Drift:** "Består av avdelingane Sortering, Transport og Utedrift. Drift leverer tenester til resten av organisasjonen og handtera nedstrømsavtaler og nokre oppstrømsavtaler. På dei fleste område leverer Drift tenester samstundes til Hushald og Næring. Til dømes køyrar Drift renovasjonsrutar der både hushald- og næringsavfall samlast inn samstundes. Næringsavfallet vert vege, mens vekt på hushaldsavfall finnast ved å vega total vekt og trekke frå vekt på næringsavfallet. Eit anna døme er sortering av avfall, som inneheld både hushald- og næringsavfall. Det er svært viktig for NGIR å behalde denne samdrifta for å kunne tilby eit kostnadseffektivt tilbod til hushalda og næringslivet i eigarkommunane. Den geografiske spreinga i mange av NGIR sine kommunar vil føra til eit mykje dårlegare tilbod viss ikkje NGIR kan levera som i dag."
2. **Hushold/forvaltning:** "Hushald forvaltar den lovpålagte delen av eigarkommunane sitt ansvar i Forureiningslova for avfall frå bustader og hytter i kommunane. Inntekt for Hushald er årlege gebyr for renovasjon og slam."
3. **Næring:** "Sel tenester til næringslivet, og hev også kundar utanfor NGIR sitt geografiske område. Kommuneavfall (frå skular, sjukeheimar og liknande) reknast som næringsavfall, men er sal til eigar når ein vurderer utvida egenregi. Næring betener også vekta i Kjevikdalen der alle lass inn og ut vegast."
4. **Daglig ledelse og støtte:** "Leverer tenester til heile organisasjonen."

Oversikt over organisasjonen:

NGIR - organisasjonsdelar



2.2.3 Deponi i Kjevikdalen

NGIR har et deponi i Kjevikdalen for deponering av avfall. Per i dag er den i alt vesentlige bruken av deponiet knyttet til NGIRs næringsvirksomhet. NGIR anslår at andelen avfall til deponiet fra næring utgjør omtrent 97 %, mens resterende avfall (3 %) er fra husholdningsavfall. Fordelingen er gjort med bakgrunn i et fordelingsgrunnlag basert på vekt lagt på deponiet de siste tre årene. Fordelingen mellom næring/husholdning har endret seg vesentlig etter 2010, da det ble innført forbud mot deponering av biologisk nedbrytbart avfall (restavfall).

NGIR har løyve fra Fylkesmannen i Hordaland etter forurensingsloven for deponering av avfall på deponiet, på nærmere fastsatte vilkår, jf. løyve datert 23. november 2018

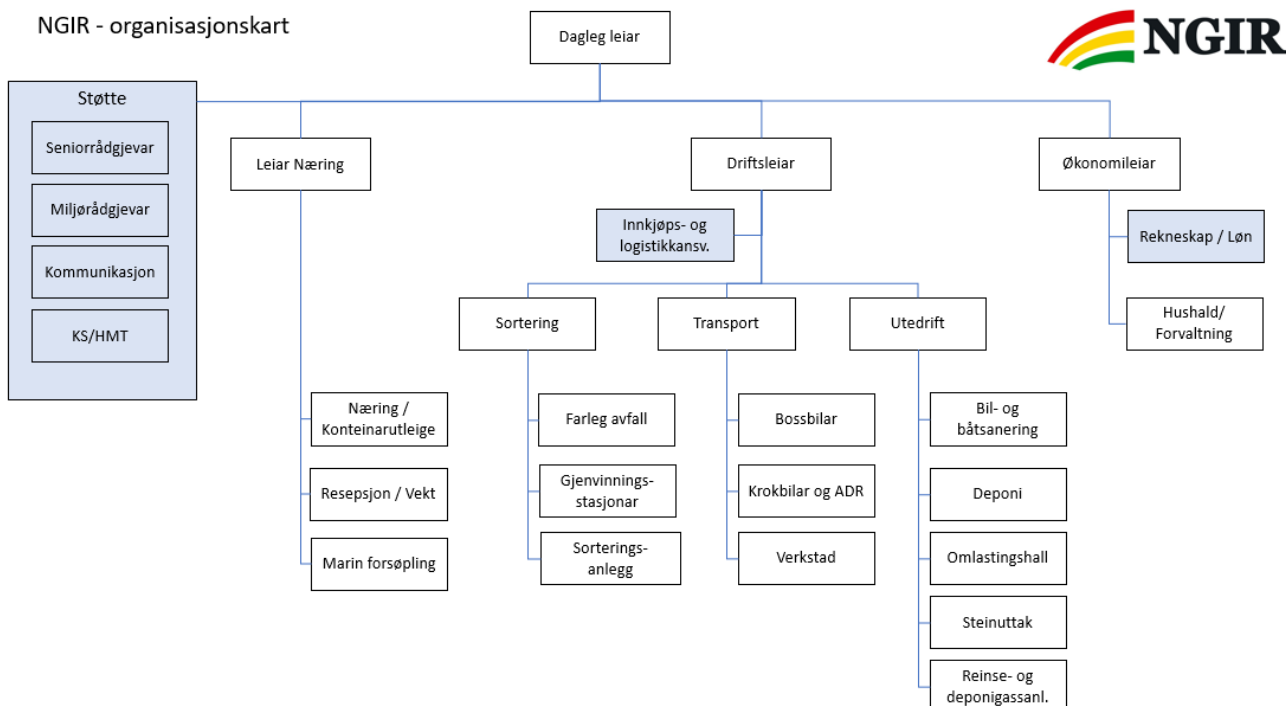
Løyvet gjelder en årlig avfallsmengde deponert på 50 000 tonn. Den ansvarlige for løyvet har ansvar for etterdrift av anlegget og installasjoner i minst 30 år etter avslutning av deponeringen. NGIR setter hvert år av midler til etterdriftsfond i regnskapet, som skal dekke den fremtidige etterdriftsforpliktelsen.

2.2.4 Andre driftsmidler

NGIR har også en rekke andre driftsmidler. NGIR har opplyst at driftsmidlene i all hovedsak er i bruk til både husholdningsavfall og næringsavfall. Unntaket er gjenvinningsstasjoner som p.t. kun er i bruk til husholdningsavfall.

2.2.5 Personale

NGIR har 87 ansatte, hvorav 70 er fast ansatt og 17 er vikarer. De ansatte er fordelt på NGIRs ulike funksjonsområder som er illustrert som følger:



En vesentlig del av de ansatte jobber med oppgaver som både er relatert til tjenester for eierkommunene og næringsvirksomheten for øvrig. NGIR har utarbeidet en oversikt over de ansatte og hvilke stillinger de har, og et anslag over hvor stor andel av arbeidet som er relatert til hhv. husholdningsavfall og næringsvirksomhet, samt slam.

Nedenfor oppsummeres hovedtrekkene fra oversikten slik situasjonen er per i dag.

Daglig ledelse og støttefunksjoner, samt økonomi og regnskap

Det er åtte ansatte i stillinger knyttet til daglig ledelse og støttefunksjoner, samt økonomi og regnskap. Deres arbeidsoppgaver er relatert til både husholdningsavfall, næringsvirksomhet og slam, med estimerte prosentandeler til husholdning mellom 18-70 %, næring mellom 9-50 % og slam mellom 0-10 %.

Fordelingen kunne delvis vært gjort gjennom timeregistrering, selv om dette ville vært mer ressurskrevende enn i dag. Men enkelte oppgaver for ledelse og støttefunksjoner gjelder flere områder. For eksempel er arbeid med å ta vannprøver fra renseanlegget både husholdning og næring fordi avfall fra begge ligger på deponiet.

Avdeling drift

Det er to ansatte ved avdeling drift, hvorav en driftsleder og en innkjøps- og logistikkansvarlig. NGIR har anslått at driftsleder arbeider 60 % med hushold, 35 % med næring og 5 % med slam, mens innkjøps- og logistikkansvarlig jobber 50 % med hushold, 45 % med næring og 5 % med slam.

Avdeling sortering

Av de ansatte er det 25 driftsoperatører som jobber utelukkende med sortering av avfall fra gjenvinningsstasjonene, og som dermed utelukkende jobber med tjenester til eierkommunene.

Videre er det syv driftsoperatører som jobber ved sorteringsanlegget. Disse sorterer innsamlet papir, papp og plast fra både husholdnings- og næringsavfall. Fordelingen er estimert til ca. 70 % husholdningsavfall og 30 % næringsavfall. De ansatte ser ikke hvilket avfall som er fra hushold eller næring da bossbilene som kommer inn inneholder avfall fra begge, og det er dermed ikke mulig å skille de to.

Det er to driftsoperatører som jobber på avdeling farlig avfall. Disse behandler farlig avfall fra både hushold og næring. Det foreligger ingen registreringsordning for hvor mye av det farlige avfallet som er fra hhv. hushold og næring. Det kunne vært mulig å ha registrert farlig avfall fra hushold og næring hver for seg, men det ville vært veldig ressurskrevende. NGIR har estimert fordelingen av farlig avfall til å være 61 % fra husholdningsavfall og 39 % fra næringsavfall.

Avdelingsleder for avdeling sortering har estimert at hun arbeider ca. 90 % av arbeidet som er relatert til husholdningsavfall, og 10 % relatert til næringsavfall.

Avdeling utedrift

Ved avdeling utedrift er det ni ansatte, hvorav en avdelingsleder og åtte maskinkjørere. NGIR har basert på omsetningstall anslått at disse jobber ca. 62 % med husholdningsavfall og 38 % med næringsavfall, med unntak av en ansatt i 50 % deltidsstilling som jobber 31%/19%.

Enkelte prosesser kunne vært delt ved hjelp av timeregistrering, f.eks. er arbeid med bilvrak 100 % næring. Men en stor del av arbeidet er både husholdning og næring. For eksempel vet ikke den ansatte om treavfallet kommer fra husholdning eller næring når en behandler dette. Dersom avfallet skulle vært identifisert måtte NGIR hatt dobbel lagerplass o.l., dvs. doblet NGIRs kostnader.

Avdeling transport

Det er 26 ansatte ved avdeling transport, hvorav en avdelingsleder, 20 sjåførere, fire i stilling som sidemann og en mekaniker (verksted).

Avfall fra husholdning og næring samles inn på samme rute/i samme bil i nærmest 100 % av rutene/innsamlingen. Rutene kjøres med forskjellige avfallsfraksjoner annen hver uke; en uke restavfall og matavfall og den neste uke papp, papir og plast og matavfall. Det er to kamre på bilen der matavfallet går i ett av disse. NGIR veier total vekt per bil og vekt per næringskunde, og slik har man et grunnlag for å dele mengden avfall fra hhv. husholdning og næring. På rutene er det blandet stopp mellom husholdnings- og næringsavfall alt ettersom hvor kundene er.

Avdeling hushald

Ved avdeling hushald er det fem ansatte hvorav en fagansvarlig og fire kunderådgivere. Ingen av disse jobber med næringsvirksomhet, men kun med husholdningsavfall og slam.

Avdeling næring

Ved avdeling næring er det seks ansatte, hvorav en leder næring, en kunderådgiver, tre administrasjonsmedarbeidere og en sekretær. Disse jobber etter NGIRs anslag i varierende grad med både husholdning (4-15 %), næring (35,6-80 %) og slam (0-5 %), med unntak for sekretær som utelukkende jobber med næringsvirksomhet (forsøplingsprosjekt).

Fordelingen mellom husholdning, næring og slam kunne delvis vært gjort gjennom timeregistrering, selv om dette ville vært mer ressurskrevende enn i dag. Noen oppgaver, som å registrere vekt på bil og last, er vanskelig fordi bossbiler inneholder både husholdnings- og næringsavfall.

Avdeling	Antall ansatte	Stilling	Hushald	Næring	Slam	
Daglig ledelse og støttefunksjoner, samt økonomi og regnskap	8		18-70%	9-50%	0-10 %	Alle arbeider med husholdning, Næring og Slam. Fordeling kunne delvis skjedd gjennom time-registrering
	2	Driftsleder				
Sortering		Innkjøps/ logistikkansvarlig	50%	45%	5%	
	31	25 driftsoperatører	100%			Arbeider utelukkende sortering av avfall fra gjenvinningsstasjonene
		3 driftsoperatører som arbeider med sorteringsanlegget	70%	30%		Ikke mulig å skille da de ansatte ikke ser hva som kommer fra Næring og hva som kommer fra husholdning
		2 driftsoperatører på avdeling for farlig avfall	61%	39%		Det kan være mulig å registrere farlig avfall fra husholdning og næring hver for seg, men vil være ressurskrevende
		Avdelingsleder	90%	10%		
Utedrift	9					Bilvrak er 100% næring. Det øvrige er for det meste blanding. Dersom det skulle skje en identifisering av avfallet måtte dette ha blitt delt opp og dermed behov for betraktelig økt lagerkapasitet
Transport		Avdelingsleder				
		7 maskinførere	62%	38%		
		1 maskinfører 50%	31%	19%		
	26	Avdelingsleder				Her kan en skille på vekt.
		20 sjåfører				
		mekaniker				
		4 sidemann				
Husholdning	5	Fagansvarlig	100%			
		4 kunderådgivere	100%			
Næring	6					Fordeling kan delvis skje gjennom timeregistrering
		leder	4-15%	35,6-80%	0,5%	
		1 kunderådgiver	4-15%	35,6-80%	0,5%	
		3 administrasjons- medarbeidere	4-15%	35,6-80%	0,5%	
		1 sekretær		100%		

3 Oppsummering

Problemstillingen som har oppstått er hvorvidt de syv eierkommunene; Alver, Austrheim, Fedje, Gulen, Masfjorden, Modalen og Solund kan kjøpe inn tjenester fra NGIR IKS uten å gå veien om en offentlig anskaffelse.

Det er allerede konkludert med at slik situasjonen er per i dag, overholder ikke NGIR de krav som settes til leverandør av tjenestene, for at unntakene i anskaffelsesregelverket kan komme til anvendelse.

På denne bakgrunn er det tatt en gjennomgang for å vurdere hvorvidt NGIR og evt. eierkommuner, gjennom tiltak, kan innrette seg slik at leveringer skjer innenfor de rammer som anskaffelsesregelverket setter.

Det er herunder vurdert hvorvidt kommunene kan tildele en enerett til NGIR. Den rettslige situasjonen for bruk av enerett er ikke avklart på avfallssektoren. Det er imidlertid klare indikasjoner for at det kun lovlig kan foretas enerettstildeling for husholdningsavfall, og dermed ikke næringsavfall. Ved bruk av enerett vil det, slik tolkningen av regelverket står i dag, være risikofylt for næringsavfall. Det må likevel presiseres at det heller ikke per i dag, foreligger en klar konklusjon på at bruk av enerett ikke lovlig kan tildeles næringsavfall.

Vi har også vurdert hvilke tiltak NGIR kan foreta for å innfri de vilkår som settes til leverandørbedriften, for at kommunene skal kunne kjøpe inn tjenestene under egenregiunntaket i regelverket for offentlige anskaffelser. Vi ser her at det juridisk sett fullt ut er mulig å føre over næringsvirksomhet til et datterselskap, slik at egenregivilkårene innfris. Imidlertid vil det praktisk og driftsmessig sett være svært vanskelig å flytte over en tilstrekkelig stor andel av næringsvirksomheten til et datterselskap, slik at NGIR IKS vil innfri kravet til mindre enn 20 % næringsvirksomhet. De driftsmessige utfordringer vil da være tilstede både på det personalmessige i tillegg til utfordringer knyttet til en fullstendig overføring av deponiet. Basert på de driftsmessige utfordringer, ser det dermed ikke ut til at NGIR vil klare å innfri vilkårene for å kunne levere tjenester til sine eierkommuner under egenregiunntaket selv ved opprettelse av et datterselskap.

Spørsmålet som har oppstått i forbindelse med at en omorganisering likevel er vurdert, er om det vil kunne være andre fordeler ved å opprette et datterselskap til å forestå deler av næringsdriften. Dette vil i stor grad være kommersielle vurderinger som NGIR selv må forestå, men vi kan vise til at det driftsmessig kan være fordeler å skille ut næringsvirksomhet dersom en eksempelvis ser at næringsvirksomhet og den offentlige virksomhet skiller seg fra hverandre i så stor grad at det strategisk er viktig å konsentrere driften i eget selskap. IKS som selskapsform brukes i stor grad for samarbeid om offentlige oppgaver. Aksjeselskapsformen er mer allment brukt som organisasjonsform for næringsvirksomhet og har klart regelverk innrettet med det for øye. Statsstøtterettslig vil en få klarere skille på den delen som skilles ut, noe som også kan trygge andre aktører på at de statsstøtterettslige prinsippene overholdes ved inngivelse av tilbud etc. Statsstøtterettslig gjøres det også oppmerksom på at det har kommet forslag i rapport fra Oslo Economics om at det skal bli påbudt for alle kommuner å skille ut næringsvirksomhet over MNOK 12 til egne aksjeselskaper. Dette forslaget er ikke behandlet ferdig.

4 Anskaffelsesloven og -forskriften som rammeverk for omorganisering

4.1 Innledning

Ettersom eierne av NGIR er offentlige organer, er regelverket for offentlige anskaffelser sentralt for organiseringen av NGIRs virksomhet. Med dagens organisering medfører omfanget av NGIRs næringsvirksomhet at selskapet ikke oppfyller unntaket for egenregi for eierkommunene. Formålet med en

eventuell omorganisering er dermed å organisere virksomheten på en slik måte at man unngår at tjenestene som leveres til eierkommunene må settes ut på anbud.

I det følgende blir det derfor gitt en innføring og det relevante regelverk, før det foretas en konkret vurdering i relasjon til NGIRs virksomhet.

4.2 Rettslig utgangspunkt

Lov og forskrift om offentlige anskaffelser gjelder for kommunale myndigheters virksomhet, offentligrettslige organer, og sammenslutninger med disse virksomhetene, jf. anskaffelsesloven § 2, andre ledd, bokstav b) til d). Regelverket gjelder når oppdragsgiver som omfattes av regelverket inngår blant annet vare- eller tjenestekontrakter med en anslått verdi på kr 100 000 eks. mva. eller mer.

Ettersom eierkommunene til NGIR er offentlige organer, og verdien av tjenestene som NGIR leverer til kommunene overstiger terskelverdien på kr 100 000, så plikter kommunene i utgangspunktet å sette oppdraget ut på offentlig anbud, jf. anskaffelsesloven § 2 og anskaffelsesforskriften (heretter omtalt som FOA) § 1-1.

Det er imidlertid gitt en rekke unntak fra anskaffelsesregelverket i FOA kapittel 2 og 3, herunder unntak knyttet til nærmere angitte typer anskaffelser, unntak for kontrakter som inngås på grunnlag av enerett, og unntak for visse typer samarbeid i offentlig sektor. Av disse unntakene ser vi følgende to som er aktuelle for NGIRs virksomhet, herunder:

- I. Når oppdragsgiverne, her eierkommunene, inngår kontrakter med et annet rettssubjekt som ledd i såkalt "utvidet egenregi".
- II. Tildeling av såkalt "enerett" fra eierkommunene til NGIR.

Nedenfor gis en overordnet fremstilling over vilkårene for hhv. utvidet egenregi og enerett skal komme til anvendelse.

4.3 Nærmere om unntaket for utvidet egenregi

Anskaffelsesregelverket gjelder ikke hvor offentlige organer utøver sin virksomhet gjennom såkalt "utvidet egenregi", jf. FOA § 3-1. Begrepet "utvidet egenregi" og vilkårene for unntaket er i nevnte bestemmelse beskrevet som følger:

"(1) Anskaffelsesloven og forskriften gjelder ikke ved utvidet egenregi, det vil si når oppdragsgiveren inngår kontrakter med et annet rettssubjekt

- a) som oppdragsgiveren utøver en kontroll over som svarer til den kontrollen han utøver over sin egen virksomhet,*
- b) som utfører mer enn 80 prosent av sin aktivitet for oppdragsgiveren eller andre rettssubjekter som oppdragsgiveren kontrollerer, og*
- c) som det ikke er direkte private eierandeler i.*

(2) Kravet til kontroll i første ledd bokstav a er oppfylt når oppdragsgiveren utøver bestemmende innflytelse over både strategiske mål og viktige beslutninger i det kontrollerte rettssubjektet. Slik kontroll kan også utøves gjennom andre rettssubjekter som oppdragsgiveren kontrollerer på samme måte.

(3) Når vilkårene i første ledd er oppfylt, gjelder heller ikke anskaffelsesloven og forskriften når det kontrollerte rettssubjektet inngår kontrakter med a) det kontrollerende rettssubjektet, eller b) andre rettssubjekter som det kontrollerende rettssubjektet kontrollerer. Dette gjelder bare når det ikke er direkte private eierandeler i rettssubjektene som angitt i bokstav a og b."

Vilkårene i første ledd er kumulative, det vil si alle vilkårene må være oppfylt for at unntaket skal komme til anvendelse. Reglene om egenregi innebærer unntak fra anskaffelsesregelverket og skal derfor tolkes restriktivt.¹

Ettersom det ikke er aktuelt med private eierandeler i NGIR, behandles ikke vilkåret i § 3-1 (1) bokstav c) nærmere. Det som er kritisk for at unntaket kommer til anvendelse for NGIR og eventuelle utskilte virksomheter, er vilkårene i § 3-1 (1) bokstav a og b, det såkalte "kontrollkriteriet" og "aktivitetskriteriet". Disse omtales i det følgende.

4.4 Kontrollkriteriet

4.4.1 Generelt

Det første vilkåret for at unntaket for utvidet egenregi skal komme til anvendelse, er at oppdragsgiveren utøver en kontroll over leverandøren som tilsvarer den kontroll han utøver over egen virksomhet, jf. § 3-1 (1) a.

Kravet til kontroll er oppfylt når oppdragsgiveren utøver bestemmende innflytelse over både strategiske mål og viktige beslutninger hos leverandøren, jf. § 3-1 (2). Kontrollen kan også utøves gjennom andre rettssubjekter som oppdragsgiveren kontrollerer på samme måte. Oppdragsgiveren trenger altså ikke utøve direkte kontroll over leverandøren. Det er tilstrekkelig at oppdragsgiveren utøver kontroll over ett rettssubjekt som igjen utøver kontroll over leverandøren.

Ved vurderingen av om kontrollkriteriet er oppfylt, skal oppdragsgiveren ta hensyn til alle relevante lovbestemmelser, vedtekter og andre faktiske omstendigheter. Når for eksempel leverandøren er organisert som et aksjeselskap, må han derfor blant annet se hen til aksjeselskapslovgivningen og vedtektene til det konkrete selskapet.²

Et sentralt moment i vurderingen er at leverandøren må ikke ha for stor grad av selvstendighet overfor oppdragsgiveren. Den mest praktiske måten å begrense selvstendighet på er gjennom eierskap (oppdragsgiver eier hele eller majoriteten av virksomheten). Det at oppdragsgiveren eier hele eller majoriteten av den virksomhet som anskaffelsen foretas fra, er et moment som taler for at oppdragsgiveren også kan utøve den kontroll som er nødvendig for at kontrollkriteriet skal anses for oppfylt. Dette er likevel ikke i seg selv avgjørende ifølge praksis fra EU-domstolen³. Det må alltid foretas en konkret vurdering. Oppdragsgiveren må faktisk kunne påvirke organets beslutninger. EU-domstolen har i praksis sett på hvordan eieren (oppdragsgiveren) er representert i leverandørselskapets ledelse. I den forbindelse er det relevant å se på blant annet oppdragsgivers mulighet til å øve innflytelse gjennom:

- Deltakelse i styret, representantskap eller andre lignende organer
- Fastsettelsen av virksomhetens formål og

¹ Jf. EU-domstolens sak C-260/ (Stadt Halle) og P-2017-933 Veileder til reglene om offentlige anskaffelser fra Nærings- og fiskeridepartementet s. 31

² P-2017-933 Veileder til reglene om offentlige anskaffelser fra Nærings- og fiskeridepartementet s. 32.

³ P-2017-933 Veileder til reglene om offentlige anskaffelser fra Nærings- og fiskeridepartementet s. 32

- Kontroll og tilsyn med økonomiske og kommersielle disposisjoner mv og annen daglig ledelse.

Leverandørens markedsorientering, altså i hvilken grad leverandøren forfølger kommersielle formål i stedet for allmenne formål, er også et moment i vurderingen av kontrollkriteriet. Selv om oppdragsgivere er sterkt representert i leverandørens virksomhet og således har sikret seg kontrollbeføyelser som begrenser leverandørens selvstendighet, så følger det av EU-domstolens praksis at en utstrakt markedsorientering hos leverandøren vil kunne undergrave den kontrollen som oppdragsgiver derved har sikret seg.⁴

I vurderingen av om leverandøren er "markedsorientert", er utgangspunktet leverandørselskapets formål. Virksomhetens formål kan for eksempel fremgå av det lovverket og de vedtekter som regulerer selskapets virksomhet. Momenter er blant annet om leverandøren utfører oppgaver utover mer tradisjonelle offentlige oppgaver, om leverandøren driver virksomhet utenfor oppdragsgivers territorium, leverandørens mulighet til å kontrahere med tredjepersoner – særlig private aktører – og om det foreligger planer om å privatisere leverandørens virksomhet.

4.4.2 *Kontroll gjennom andre rettssubjekter*

FOA § 3-1 andre ledd, siste punktum, fastsetter at kontroll også kan utøves gjennom andre rettssubjekter som oppdragsgiveren kontrollerer på samme måte. Således kan f.eks., kontrollvilkåret være oppfylt om deler av NGIRs virksomhet overdras til et nystiftet datterselskap av NGIR. Det vil da være tilstrekkelig at eierkommunene utøver kontroll over NGIR som igjen utøver kontroll over datterselskapet.

Det kan likevel tenkes at i konsernforhold der oppdragsgiveren eier leverandøren gjennom et holdingselskap, kan dette svekke mulighetene for at kontrollkriteriet er oppfylt, jf. EU-domstolens avgjørelse i C-340/04 (Carbotermo) premiss 39⁵.

4.4.3 *Felles kontroll – flere eierkommuner og dermed flere oppdragsgivere*

Dersom flere offentlige oppdragsgivere eier et selskap sammen, slik som er tilfelle for NGIR og dets eierkommuner, kan felles kontroll foreligge etter FOA § 3-2. Etter denne bestemmelsen, kan utvidet egenregi foreligge selv om oppdragsgiveren ikke alene har kontroll over det andre rettssubjektet, forutsatt at oppdragsgiveren sammen med andre oppdragsgivere i fellesskap oppfyller kontrollvilkåret. Oppdragsgiverne må således samlet utøve en kontroll som svarer til den kontrollen de utøver over sin egen virksomhet.

Det er tre vilkår som må være oppfylt for slik felles kontroll.

For det første må samtlige oppdragsgivere være representert i det kontrollerte rettssubjektets styrende organer, jf. FOA § 3-2 (2) a).

Videre må de kontrollerende oppdragsgiverne i fellesskap utøve bestemmende innflytelse over både strategiske mål og viktige beslutninger i det kontrollerte rettssubjektet, jf. FOA § 3-2 (2) b).

Til sist må det kontrollerte rettssubjektet ikke forfølge interesser som er i strid med de kontrollerende oppdragsgivernes interesser.

⁴ Sak C-324/07 (Coditel Brabant), premiss 36 [url: [EUR-Lex - 62007CJ0324 - EN - EUR-Lex \(europa.eu\)](#)]

⁵ Sak C-340/04 (Carbotermo) [url: [EUR-Lex - 62004CJ0340 - EN - EUR-Lex \(europa.eu\)](#)]

Det har vært diskutert om det finnes en minstegrense for eierandel som må være overskredet for at det utvidet egenregi skal foreligge ved felles kontroll. EU-domstolens praksis tyder imidlertid på at en eventuell minstegrense er lav, og det er konkludert med at kontrollvilkåret har vært oppfylt med en så lav eierandel som 0,25 %.⁶

4.5 Aktivitetskriteriet

Aktivitetskriteriet følger av FOA § 3-1 (1) b). I tilfeller hvor kontrollkriteriet oppfylles ved felles kontroll, jf. overfor, skal aktivitetskriteriet vurderes samlet for de oppdragsgiverne som sammen utøver felles kontroll.⁷ Det må således vurderes hvor mye av leverandørens aktivitet som er rettet mot oppdragsgiverne i fellesskap.

For at det skal foreligge egenregi må selskapet (NGIR) utføre mer enn 80 % av sin aktivitet for oppdragsgiverne som har felles kontroll.

Beregningen av aktivitet er regulert i FOA § 3-4, som lyder:

"(1) Beregningen av den prosentvise aktiviteten etter § 3-1 første ledd bokstav b, § 3-2 første ledd bokstav b og § 3-3 bokstav c skal baseres på enten en gjennomsnittlig omsetning eller annen egnet aktivitetsbasert metode, for eksempel kostnader som er pådratt i tilknytning til varene, tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene.

(2) Beregningen skal baseres på virksomhetens aktiviteter de siste tre årene før kontrakten blir inngått. Dette gjelder ikke dersom det ikke finnes relevante omsetningstall eller andre opplysninger for den aktuelle perioden fordi virksomheten ble stiftet eller aktivitetene ble igangsatt eller endret i perioden. Det er tilstrekkelig å vise at beregningen av fremtidig aktivitet er troverdig, særlig ved hjelp av forventet forretningsutvikling."

Både omsetningen fra leveranser direkte til oppdragsgiveren og direkte til brukerne av varene eller tjenestene skal hensyntas i beregningen så lenge omsetningen er oppnådd i kraft av beslutninger om tildeling truffet av oppdragsgiverne. Det er avgjørende at ytelsene bunner i en kontrakt med en eller flere av leverandørens eiere.⁸

En konsernstruktur kan få betydning for om aktivitetskriteriet er oppfylt, jf. Thue mfl., *Lov og forskrift om offentlige anskaffelser med kommentarer*, s256-257, hvor det fremkommer:

"En oppdragsgiver kan f.eks. eie et datterselskap A der all aktivitet er rettet mot den eiende oppdragsgiveren. Alle leveranser fra A til eieren kan derfor i utgangspunktet skje som utvidet egenregi. A har imidlertid også et datterselskap, B. Bs virksomhet er av betydelig omfang og utelukkende rettet mot markedet. Dersom Bs virksomhet ta med i vurderingen av om forholdet mellom oppdragsgiver og A oppfyller aktivitetskriteriet, vil vilkåret ikke være oppfylt. Hva som er løsningen på denne problemstillingen, er ikke avklart i praksis, men det kan argumenteres for at Bs aktivitet må regnes med i forholdet mellom oppdragsgiver og A, jf. f.eks. Wiggen s. 133. I så fall vil en struktur der A og B er søsterselskaper være med anskaffelsesrettslig robust. Se imidlertid KOFA 2009/246 (Askøy kommune), der KOFA i premiss 34 konkluderer med at det kun er omsetning fra det aktuelle rettssubjektet som er relevant, jf. også Dragsten s. 107."

⁶ Thue m.fl. *Lov og forskrift om offentlige anskaffelser med kommentarer*, s. 255, med videre henvisninger.

⁷ Dragsten, *Anskaffelsesloven med forskrift, kommentarutgave*, 1. utg. 2020 s. 180 og 185 med videre henvisninger.

⁸ Dragsten, *Anskaffelsesloven med forskrift, kommentarutgave*, 1. utg. 2020 s. 185 med videre henvisninger

4.6 Introduksjon til enerett

4.6.1 Innledning

Et annet mulig alternativ som representerer et unntak fra anskaffelsesregelverket, er at NGIRs eierkommuner på nærmere angitte vilkår kan tildele NGIR enerett etter FOA § 2-3 for de tjenestene som NGIR leverer til eierkommunene.

Bakgrunnen for enerettsunntaket er å åpne for direkte anskaffelser i de tilfellene en enerettssituasjon allerede er lovlig etablert. Innholdet i de nærmere vilkårene og potensielle risikoer ved anvendelse av dette unntaksalternativet beskrives nedenfor.

Reglene om enerett fremgår av FOA § 2-3. Bestemmelsen lyder som følger:

"Anskaffelsesloven og forskriften gjelder ikke for tjenestekontrakter som oppdragsgiveren inngår med en annen oppdragsgiver som har en enerett til å utføre tjenesten. Dette gjelder bare når eneretten er tildelt ved lov, forskrift eller kunngjort forvaltningsvedtak som er forenlig med EØS-avtalen."

Bestemmelsen innebærer et unntak fra hovedregelen om at det offentlige må sette tjenester ut på anbud.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 11 om "Tjenestekontrakter som tildeles på grunnlag av en enerett", som lyder slik:

"Dette direktiv får ikke anvendelse på kontrakter om offentlig tjenesteyting som tildeles av en offentlig oppdragsgiver til en annen offentlig oppdragsgiver eller til en sammenslutning av offentlige oppdragsgivere på grunnlag av en enerett som disse innehar i henhold til offentliggjorte lover og forskrifter som er forenlige med traktaten."

4.6.2 Vilårene for enerett

4.6.2.1 Oversikt over vilårene

Det er særlig fire vilkår som må være oppfylt for at unntaksbestemmelsen om enerett skal komme til anvendelse:

1. Det må være en tjenestekontrakt (pkt. 2.1)
2. Leverandøren må selv være en offentlig oppdragsgiver (pkt. 2.2.)
3. Leverandøren må ha fått tildelt en enerett på vedkommende tjenesteområde i henhold til lov eller kunngjort forvaltningsvedtak (pkt. 2.3 og 2.4)
4. Tildelingen må være forenlig med EØS-avtalen (pkt. 2.5)

Bakgrunnen for enerettsunntaket er å åpne for direkte anskaffelser i de tilfellene en enerettssituasjon allerede er lovlig etablert. Formålet bak regelen er å unngå at ressurser bortkastes i anskaffelsesprosedyrer, når det kun eksisterer én aktuell kontraktspart.

Det foretas en gjennomgang og en vurdering av disse nedenfor under punkt 5. Før dette viser vi helt kort til hensyn som skal ivaretas for eventuell tildeling av enerett.

4.6.3 Restriksjon

Tildeling av enerett er en restriksjon på den frie adgangen til å tilby tjenester. Det er derfor høy terskel for å akseptere en slik tildeling, jf. KOFA 2011/126 (Perpetuum) premiss 39. Ettersom tildelingen av enerett er å anse som en restriksjon, må det ses hen til de alminnelige EØS-rettslige prinsippene om hva som skal til for at restriksjonen er lovlig. Dette betyr i korthet følgende:

- Tildeling av enerett må kunne begrunnes i tvingende eller allmenne hensyn som er tilstrekkelig tungtveiende til at de går foran hensynet til den frie bevegelsen av tjenester,
- Tildeling av enerett må være nødvendig for å ivareta de aktuelle hensynene, og
- Målene må ikke kunne oppnås med andre mindre inngripende midler (forholdsmessighetskravet).

4.6.4 Skjønnsmargin

Det offentlige har i utgangspunktet en viss grad av skjønn når det gjelder hvilke oppgaver som anses egnet til å bli ivaretatt gjennom tildeling av enerett, og hvordan offentlige virksomheter organiseres, jf. KOFA 2012/157-165, 2012/169 og 2012/181 (Demokratene Askøy).

I bevisvurderingen er det oppdragsgiver som må sannsynliggjøre at vilkårene er oppfylt, jf. Rt. 2007 s. 1003 (Spillautomatsaken) premiss 75 flg.

4.6.5 Tvingende allmenne hensyn

Eksempler på formål som EU-domstolen generelt har anerkjent som allmenne hensyn som kan begrunne begrensninger i adgangen til fri bevegelse av tjenester, er beskyttelse av miljøet, forbrukerbeskyttelse og hensyn som går inn under offentlig orden, sikkerhet og folkehelsen, jf. EØS-avtalen art 33, jf. art 39. Praksis fra EU-domstolen og klagenemnda viser at håndtering av avfall er en tjeneste som kan begrunne tildeling av enerett, med den begrunnelse at tjenesten ivaretar miljø, hygiene og helse, jf. blant annet EU-domstolens sak C-209/98 (Sydhavnens Sten Grus) og C-360/96. Fra klagenemnda kan det blant annet vises til de forente sakene 2012/157-165, 2012/169 og 2012/181 (Demokratene Askøy) og sak 2008/77 (Slagen Energijenvinning).

4.6.6 Forholdsmessighet

Kravet til forholdsmessighet innebærer at tildelingen av eneretten må være et nødvendig tiltak for å ivareta de aktuelle hensynene, og at målene ikke kan nås med andre og mindre inngripende midler. Dersom det foreligger alternative tiltak som vil ivareta hensynene bak eneretten, vil eneretten komme i konflikt med kravene i EØS-avtalen. Kravet til forholdsmessighet innebærer at det skal relativt mye til for at unntaksbestemmelsen om enerett kan benyttes.

5 Konkret vurdering Enerett

5.1 Omorganisering og forholdet til enerett

Når det gjelder enerett, så følger det av FOA at det ikke er et krav om at leverandøren ikke kan ha aktiviteter utenom tjenestene som leveres til kommunen. Det betyr at kravet til at 80 % av aktiviteten må være rettet mot eierkommunene dersom enerettsunntaket benyttes, ikke kommer til anvendelse.

Det vil si at dersom vilkårene for enerett er oppfylt, vil det ikke være nødvendig, sett fra et anskaffelsesrettslige perspektiv, å foreta en omorganisering. Det kan imidlertid være andre hensyn som tilsier en omorganisering, uten at vi går nærmere inn på dette her.

På denne bakgrunn foretar vi først en konkret vurdering av hvorvidt enerett kan benyttes av eierkommuner mot NGIR IKS, som hjemmel for tildeling av kontrakt. Deretter foretar vi en vurdering av hvorvidt det er mulig å innfri rammene som settes for egenregi ved å foreta en omorganisering av NGIR IKS.

5.2 Nærmere om enerett

5.2.1 Innledning

Den muligheten vi her skal gjennomgå er unntaket fra anskaffelsesregelverket, om at NGIRs eierkommuner på nærmere angitte vilkår kan tildele NGIR enerett etter FOA § 2-3 for de tjenestene som NGIR leverer til eierkommunene.

Reglene om enerett fremgår av FOA § 2-3. Bestemmelsen lyder, som også nevnt ovenfor, som følger:

"Anskaffelsesloven og forskriften gjelder ikke for tjenestekontrakter som oppdragsgiveren inngår med en annen oppdragsgiver som har en enerett til å utføre tjenesten. Dette gjelder bare når eneretten er tildelt ved lov, forskrift eller kunngjort forvaltningsvedtak som er forenlig med EØS-avtalen."

Bestemmelsen innebærer et unntak fra hovedregelen om at det offentlige må sette tjenester ut på anbud.

5.2.2 Vilkårene for enerett

5.2.2.1 Oversikt over vilkårene

Det er særlig fire vilkår som må være oppfylt for at unntaksbestemmelsen om enerett skal komme til anvendelse:

1. Det må være en tjenestekontrakt (pkt. 1.1.2.2)
2. Leverandøren må selv være en offentlig oppdragsgiver (pkt. 1.1.2.3.)
3. Leverandøren må ha fått tildelt en enerett på vedkommende tjenestekområde i henhold til lov eller kunngjort forvaltningsvedtak (pkt. 1.1.2.4. og 1.1.2.5.)
4. Tildelingen må være forenlig med EØS-avtalen (pkt. 1.1.2.6.)

Bakgrunnen for enerettsunntaket er å åpne for direkte anskaffelser i de tilfellene en enerettssituasjon allerede er lovlig etablert. Formålet bak regelen er å unngå at ressurser bortkastes i anskaffelsesprosedyrer, når det kun eksisterer én aktuell kontraktspart.

De fire vilkårene omtales nærmere i det følgende.

5.2.2.2 Tjenestekontrakt

Kontrakten som inngås i medhold av FOA § 2-3 må være en såkalt tjenestekontrakt. Det er legaldefinisjonen av tjenestekontrakt slik den fremgår av FOA § 4-1 c) som her skal legges til grunn. Som tjenestekontrakt, etter denne bestemmelsen, anses "kontrakter om utførelse av tjenester". Bygg- og anleggsarbeider er holdt utenfor, jf. FOA § 4-1 bokstav d), jf. § 4-1 bokstav c).

Bakgrunnen for begrensningen om at kontrakten må være en tjenestekontrakt er ifølge juridisk teori ikke forankret i noen reelle hensyn, jf. Marianne Dragsten, kommentar til FOA § 2-3. Det er likevel ikke grunnlag for å fortolke bestemmelsen utvidende.

Konkret vurdering:

For at NGIR skal oppfylle vilkårene for enerett, må det dreie seg om en "tjenestekontrakt" NGIR skal tildeles. Dette vilkåret anses ikke å by på problemer. NGIR tilbyr tjenester for innsamling, sortering og transport av avfall, herunder husholdningsavfall og næringsavfall.

5.2.2.3 Leverandøren må selv være offentlig oppdragsgiver

Det er et vilkår at eneretten tildeles en leverandør som selv er underlagt anskaffelsesreglene, det vil si en offentlig oppdragsgiver slik denne er definert i FOA § 1-2. Dette er lagt til grunn i KOFA 2008/8 avsnitt 47 og klagenemndas forente saker 2012/157-165, 2012/169 og 2012/181 (Demokratene Askøy) premiss 72 flg.

Etter bestemmelsens annet ledd fremgår de tre kumulative vilkår som må være oppfylt for å anses som "offentligrettslig organ". Organet må være a) opprettet for å tjene allmennhetens behov og ikke være av industriell eller forretningsmessig karakter, b) et selvstendig rettssubjekt, og c) ha tilknytning til det offentlige ved at 1) organet hovedsakelig er finansiert av offentlige myndigheter eller andre offentligrettslige organer, 2) organets forvaltning er underlagt slike myndigheters eller organers ledelsesmessige kontroll, eller 3) organet har et administrasjons-, ledelses- eller kontrollorgan der over halvparten av medlemmene er oppnevnt av slike myndigheter eller organer.

Oppdragsgiveren trenger likevel ikke å ha kontroll med leverandøren som tildeles eneretten, jf. Dragsten, kommentarer til FOA § 2-3, punkt 3.

Kravet til "offentlig organ" er i KOFA-praksis vurdert isolert for selskap i konsern, det vil si at dersom for eksempel et morselskap ikke er et offentlig organ, vil likevel et datterselskap etter omstendighetene kunne være det, jf. blant annet KOFA-2010-278 premiss 30 og KOFA-2011-126 premiss 29 (som gjaldt husholdningsavfall). Dette kan gi flere muligheter for NGIR.

Nærmere om vilkåret om å tjene allmennhetens behov

Det er vilkår om at virksomheten er opprettet for å tjene allmenhetens behov og ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter. Vilåret om at organet ikke skal være av industriell eller forretningsmessig karakter presiserer innholdet i begrepet "allmenhetens behov", og i rettspraksis er det ikke trukket opp noe klart skille mellom disse vilkårene. Begge vilkår må likevel være oppfylt for at et selskap skal anses som et offentlig organ, jf. blant annet EU-domstolens sak C-567/15 (LitSpecMet) premiss 36. S

Kjerneområdet for vilåret "allmenhetens behov" er oppgaver som er ansett å være en samfunnsoppgave å utføre og som det offentlige generelt ønsker å bevare innflytelsen over. Bestemmelsen utelukker ikke tilfeller hvor det aktuelle behovet også kan dekkes av private, jf. EU-domstolens sak C-44/96 (Mannesmann).

EU-domstolen har lagt til grunn at vilåret anses oppfylt i tilfeller der et selskap også driver kommersielle aktiviteter, såfremt virksomheten i tillegg tjener allmennhetens behov. Det er uten betydning for vurderingen om den delen av virksomheten som tjener allmennhetens behov bare utgjør

en relativt liten del av virksomheten, jf. KOFA-2012-127 premiss 76 med videre henvisninger. Det er altså tilstrekkelig at et av virksomhetsområdene til NGIR tjener allmennhetens behov og ikke er av forretningsmessig karakter.

KOFA har vurdert vilkåret som oppfylt når det gjelder behandling av **husholdningsavfall**, jf. de forente saker 2012/157–165, 2012/169 og 2012/181 (Demokratene Askøy) premiss 73 flg. Vilket anses oppfylt i lys av kommunens lovbestemte plikt til, og allmenhetens behov for, behandling av husholdningsavfall.

Når det gjelder vilkåret om at virksomheten ikke skal være av "industriell eller forretningsmessig karakter" må det foretas en konkret helhetsvurdering av den enkelte virksomhet. Sentrale momenter som er trukket frem i EU-domstolens praksis er; betingelsene for virksomhetens aktiviteter, herunder konkurransesituasjonen og om virksomheten utøver sin aktivitet på normale markedsvilkår, om enheten har som formål å skape inntjening, kommersiell risiko og forholdene ved stiftelsen av virksomhet, jf. EU-domstolens sak C-18-01 (Korhonen) premiss 59 som er lagt til grunn i KOFA-2012-157 m.fl. (Demokratene Askøy) premiss 74, KOFA-2011-126 premiss 32 mv.

Når det gjelder **husholdningsavfall** vil vilkåret anses oppfylt siden forurensingsloven utelukker at NGIR kan tjene penger på behandling av husholdningsavfall. Etter forurensingsloven § 34 skal kommunen fastsette gebyrer til dekning av kostnader forbundet med avfall. Gebyret skal dekke kostnadene fullt ut og skal ikke overstige kostnadene. Bestemmelsen gjelder for avfall som kommunen har plikt til å samle inn, motta og/eller behandle etter forurensingsloven §§ 29, 30 og 31, herunder husholdningsavfall. Dette er i praksis ansett avgjørende for at vilkåret om ikke å være av "industriell eller forretningsmessig karakter" anses oppfylt, jf. KOFA-2012-157 (Demokratene Askøy) m.fl., premiss 77. KOFA la i nevnte avgjørelse også vekt på at BIR Avfallsenergi AS i det tilfellet var finansiert ved offentlige midler og dermed hadde en begrenset grad av kommersiell risiko for driften.

Håndtering av **næringsavfall** er ikke underlagt tilsvarende regler som husholdningsavfall, jf. forurensingsloven § 32. Det fremgår der at "[d]en som produserer næringsavfall, skal sørge for at avfallet blir brakt til lovlig avfallsanlegg eller gjennomgår gjenvinning [...]". Det er altså som utgangspunkt ikke det offentliges oppgave å håndtere næringsavfall, og vilkåret om å tjene "allmennhetens behov" ser dermed ikke ut til å være oppfylt for dette virksomhetsområdet. Som nevnt over, kommer dette likevel ikke på spissen ettersom det er tilstrekkelig at et av virksomhetsområdene tjener allmennhetens behov (husholdningsavfall).

Nærmere om vilkåret selvstendig rettssubjekt

NGIR må være et selvstendig rettssubjekt for å anses som et offentligrettslig organ. Et selvstendig rettssubjekt er en juridisk person som kan pålegges plikter og inneha rettigheter, herunder rettslig sett operere utad som en selvstendig enhet. Et interkommunalt selskap er et eksempel på et selvstendig rettssubjekt. Kommunale foretak og statsforetak derimot, er ikke selvstendige rettssubjekter, men del av henholdsvis kommune og stat.

For å falle inn under unntaket for enerett må NGIR derfor organisere de virksomhetsområdene som skal omfattes av enerettsunntaket i et eget rettssubjekt.

Nærmere om tilknytningskravet

Leverandøren må i henhold til dette kriteriet ha "tilknytning til det offentlige", jf. FOA § 1-2. Tilknytningskravet kan imøteses på tre alternative grunnlag; innflytelseskriteriet, finansieringskriteriet eller oppnevningsskriteriet. Det er tilstrekkelig at et av de tre alternative situasjonene er oppfylt. Felles for de tre situasjonene er at det offentlige har en potensiell mulighet til å påvirke organets avgjørelser, og at det dermed er sannsynlig at offentlige hensyn kommer inn i stedet for kommersielle. Vilåårene er uttømmende i den forstand at det kun er de tre nevnte situasjonene som kan medføre at tilknytningsvilkåret er oppfylt.

Tilstrekkelig tilknytning kan foreligge ved at et eller flere offentlige organer utøver den nødvendige kontrollen med organet. Tilknytningsvilkåret vil dermed fremdeles være oppfylt i situasjoner hvor det er flere offentlige oppdragsgivere som har etablert et felles selskap, slik som i NGIR sitt tilfelle med flere eierkommuner. Det er uten betydning hvor mange offentlige oppdragsgivere det er på eiersiden, jf. blant annet KOFA 2008/8 (Namdal Tankrens).

Nårmere om de tre alternative situasjonene for offentlig tilknytning

Finansieringskriteriet

Etter dette alternativet vil tilknytningskravet være oppfylt dersom organet "hovedsakelig er finansiert" av det offentlige. Begrepet "finansiert" må forstås vidt og omfatter mer enn direkte finansiering over offentlige budsjetter. Vilkåret forstås slik at det offentlige direkte eller indirekte får mulighet til innflytelse over organets beslutninger.

Etter det opplyste legger vi til grunn at dette kriteriet er oppfylt.

Oppnevningsskriteriet

Tilstrekkelig tilknytning vil etter dette alternativet foreligge dersom organet (NGIR) har et administrasjons-, ledelses- eller kontrollorgan der "over halvparten" av medlemmene er oppnevnt av det offentlige. I disse tilfellene vil det offentlige kunne kontrollere organets drift gjennom flertall i de aktuelle selskapsorganene.

Styrende organer utenfor den ordinære selskapsledelsen, er oppnevnt av det offentlige og vilkåret er således oppfylt.

Innflytelseskriteriet

Innflytelseskriteriet er det mest skjønnsmessige kriteriet av de tre alternativene. I realiteten skal det her foretas en helhetsvurdering av det offentliges innflytelse over selskapet. Dette vilkåret blir først aktuelt i tilfeller der verken finansieringskriteriet eller oppnevningsskriteriet anses oppfylt. Innflytelsesalternativet kan oppfylles ved at det offentlige har ledelsesmessig kontroll over selskapets forvaltning, jf. FOA § 1-2 annet ledd bokstav c) nr. 2.

5.2.2.4 Det må foreligge en enerett

At et organ er tildelt enerett innebærer at andre aktører er utelukket fra å tilby tjenestene.

Den som tildeles kontrakten skal ha eneretten, det vil si eksklusiv rett, til å utføre den aktuelle tjenesten kontrakten gjelder. Oppdragsgiver skal dermed som utgangspunkt utelukkende få dekket sitt behov for tjenesten gjennom enerettsleverandøren, jf. Dragsten, Offentlig anskaffelser, Regelverk, praksis og løsninger, 2013, side 95. Dersom samme leverandør også leverer andre tjenester, som ikke omfattes av

eneretten, vil regelverket om offentlige anskaffelser komme til anvendelse på inngåelse av kontrakt angående disse tjenestene, jf. EU-domstolens sak C-220/06 (Correos) premiss 80 flg.

Bakgrunnen for enerettsunntaket er å åpne for direkte anskaffelser i de tilfellene en enerettssituasjon allerede er (lovlig) etablert, i den forstand at det kun er én aktuell leverandør – en såkalt "faktisk monopolstilling". Dette kommer blant annet til uttrykk i KOFA 2008/8 avsnitt 47 hvor det fremgår at eneretten må foreligge før kontraktstildelingen skjer. Klagenemnda bygget her på en tolkning av ordlyden om at oppdragsgiver "har" en enerett, jf. FOA § 2-3.

Monopolsituasjonen gjør at det er spesielle konkurranserettslige regler som også må ivaretas dersom det tildeles enerett.

Konkret vurdering

Det fremstår som om NGIR er i en faktisk monopolstilling på de fleste av virksomhetsområdene og at vilkåret dermed er oppfylt.

Dersom det legges til grunn at konkurrenter ikke finner det lønnsomt å tilby henting av næringsavfall i eierkommunene med mindre de også får hente husholdningsavfall (samkjøring), blir spørsmålet om dette kvalifiserer til enerett for henting av næringsavfall. Forutsatt at enerett er lovlig etablert når det gjelder henting av husholdningsavfall i samtlige eierkommuner, vurderer vi det slik at vilkåret om enerett da også er oppfylt for henting av næringsavfall i disse kommunene. Når ingen andre konkurrenter under disse forutsetningene vil finne det lønnsomt å tilby tjenesten, vil det foreligge en faktisk monopolstilling, slik vilkåret legger opp til.

Ettersom dette er tilfellet i samtlige eierkommuner, bortsett fra Alver, blir spørsmålet om enerett anses lovlig etablert også for Alver. Det foreligger ikke praksis fra EU-domstolen som belyser dette konkrete spørsmålet. Vår foreløpige vurdering er at vilkåret antakelig ikke vil være oppfylt for eierkommunen Alver dersom også andre konkurrenter vil finne det lønnsomt å tilby tjenesten for henting av næringsavfall uten samkjøring med husholdningsavfall. Det foreligger da ingen faktisk monopolstilling for henting av næringsavfall i Alver.

5.2.2.5 Enerett må tildeles før kontraktsinngåelsen

Enerett må **tildeles** ved lov eller kunngjort forvaltningsvedtak. Det er med andre ord ikke tilstrekkelig at det foreligger en faktisk monopolstilling – enerett må også tildeles. Det er ikke et krav at eneretten skal være fastsatt i lov eller ha hjemmel i lov.

KOFA har lagt til grunn at det er tilstrekkelig at kontrakten tildeles tidligst samtidig med at eneretten blir etablert, jf. KOFA 2008/77 (Slagen Energigjenvinning) premiss 43. Videre har KOFA lagt til grunn at det er et vilkår at kontraktstildeling og enerett reelt sett er uavhengig av hverandre, jf. KOFA 2008/8 avsnitt 48-49. Det beror på en konkret vurdering hvorvidt dette kravet er oppfylt, herunder at det vil være en omgåelse av regelverket å tildele eneretten for å unngå konkurranseutsettelse.

Det antas ikke at vilkåret om at kontrakten tildeles tidligst samtidig med at eneretten blir etablert, eller uavhengighetskravet, vil by på utfordringer for NGIR for enkelte av kommunene, ettersom NGIR allerede har en faktisk monopolstilling. Tildelingen av kontrakten ved enerett vil derfor skje etter at enerettssituasjonen er etablert.

Når det gjelder selve tildelingen av eneretten, er det de alminnelige kompetansereglene som regulerer spørsmålet om hvem som er å anse som kompetent organ.

For at et tildelingsvedtak skal være gyldig, kreves det videre at tildelingsvedtaket er klart, konsist og tydelig avgrenset med hensyn til hvilke tjenester eneretten skal omfatte. Det må **dokumenteres** at det er tildelt en enerett, at tjenestekontrakten tildeles en offentlig oppdragsgiver og at tildelingen er i samsvar med EØS-avtalen (se punkt 5.2.2.6 nedenfor). Det er oppdragsgiver, i NGIR sitt tilfelle eierkommunene, som må dokumentere at vilkårene er oppfylt, slik at unntaket for enerett kommer til anvendelse.

Videre er det et vilkår at eneretten er **kunngjort** på egnet måte. Eneretten må altså offentliggjøres. Det er i juridisk teori antatt at det vil være tilstrekkelig at vedtaket kunngjøres på et sted som er offentlig tilgjengelig, for eksempel på oppdragsgivers hjemmeside på internett, jf. Dragsten, kommentar til FOA § 2-3, punkt 6.

5.2.2.6 Eneretten må være i samsvar med EØS-avtalen

Det er et vilkår at eneretten er i samsvar med EØS-avtalen, jf. FOA § 2-3. Dette fremgår uttrykkelig av ordlyden i forskriftsbestemmelsen. Eneretten kan blant annet skape utfordringer til EØS-avtalens regler om fri flyt av tjenester i EØS avtalens artikkel 36, konkurranseretten og statsstøttebestemmelsene.

KOFA har beskrevet vilkåret om at eneretten må være i samsvar med EØS-avtalen som et krav om at "eneretten ikke må være lovstridig, at tildelingen har nødvendig hjemmel – og at verken hjemmelsgrunnlag og tildelingsvedtak er i strid med EØS-avtalen", jf. KOFA-2008-77 avsnitt 39.

EU-domstolen har lagt til grunn at de begrunnelser som fremgår av EØS-avtalen artikkel 33 eller andre **tvingende allmenne hensyn** kan rettferdiggjøre en restriksjon på artikkel 36 om fri flyt av tjenester. I tillegg må restriksjonen være **egnet** til å oppfylle formålet, **nødvendig** og **forholdsmessig**. I kravet til nødvendighet og forholdsmessighet ligger det at målet ikke kan nås med andre mindre inngripende midler.

5.2.2.7 Restriksjon

Restriksjon på den frie adgangen til å tilby tjenester

Tildeling av enerett har i KOFA-praksis blitt vurdert å være en restriksjon på den frie adgangen til å tilby tjenester, jf. EØS avtalens artikkel 36. Det er derfor høy terskel for å akseptere en slik tildeling, jf. KOFA 2011/126 (Perpetuum) premiss 39.

I KOFA-2012-157 mv. (Demokratene Askøy, forent til felles behandling), behandles spørsmålet om tildeling av enerett til BIR Avfallsenergi AS for behandling av **husholdningsavfall** er forenlig med EØS-avtalen. KOFA kom til at tildelingen av enerett var forenlig med EØS-avtalen. Dette synes å samsvare med ESAs uttalelse av februar 2020 i den pågående klagesaken (se punkt 5.2.3 nedenfor).

5.2.2.8 Tvingende allmenne hensyn

Kravet innebærer at tildeling av enerett må kunne begrunnes i tvingende eller allmenne hensyn som er tilstrekkelig tungtveiende til at de går foran hensynet til den frie bevegeligheten av tjenester i EØS-avtalen artikkel 36.

Eksempler på formål som EU-domstolen generelt har anerkjent som allmenne hensyn som kan begrunne begrensninger i adgangen til fri bevegelse av tjenester, er beskyttelse av miljøet, forbrukerbeskyttelse og hensyn som går inn under offentlig orden, sikkerhet og folkehelsen, jf. EØS-avtalen art 33, jf. art 39.

Hensynet til miljø, hygiene og helse

Praksis fra EU-domstolen og klagenemnda viser at håndtering av avfall er en tjeneste som kan begrunne tildeling av enerett, med den begrunnelse at tjenesten ivaretar miljø, hygiene og helse, jf. blant annet EU-domstolens sak C-209/98 (Sydhavnens Sten Grus) premiss 76 og C-360/96. Fra klagenemnda kan det blant annet vises til de forente sakene 2012/157–165, 2012/169 og 2012/181 (Demokratene Askøy) og sak 2008/77 (Slagen Energigjenvinning), KOFA-2011-126 (Perpetuum AS) premiss 35 flg. Klagenemndas saker gjaldt **husholdningsavfall**. I samtlige saker var tildelingen av enerett ansett lovlig.

Det kan sluttet fra dette at håndtering av avfall for å løse et miljøproblem er ansett som et tvingende allment hensyn som kan begrunne restriksjon på den frie adgangen til å tilby tjenester.

5.2.2.9 Egnet til å nå målet

Kravet til egnethet innebærer at restriksjonen (tildeling av enerett) må være egnet til å nå målet restriksjonen er begrunnet i, det vil si egnet til å nå de aktuelle tvingende allmenne hensyn som restriksjonen er begrunnet i.

Det offentlige har i utgangspunktet en **viss grad av skjønn** når det gjelder hvilke oppgaver som anses egnet til å bli ivaretatt gjennom tildeling av enerett, og hvordan offentlige virksomheter organiseres, jf. KOFA 2012/157-165, 2012/169 og 2012/181 (Demokratene Askøy) premiss 84.

I bevisvurderingen er det oppdragsgiver som må sannsynliggjøre at vilkårene er oppfylt, jf. Rt. 2007 s. 1003 (Spillautomatsaken) premiss 75 flg.

I Steinicke Groesmeier, EU's Udbudsdirektiv s. 669, referert i KOFA-2011-126 premiss 40, antas det at det i stor grad hører inn under det offentliges frie skjønn å vurdere hvorvidt enerett er nødvendig. Det uttales her at:

«Det må antages, at det offentlige som utgangspunkt selv bestemmer, hvilke oppgaver der anses for egnede til varetagelse via en eneret. Dette støttes af Traktatens art. 295 [345], der bestemmer, at Traktaten ikke blander sig i, hvordan medlemsstatene arrangerer deres virksomheder; dvs. i hvilket regi (offentligt eller privat) disse opgaver varetages.»

Dette gir eierkommunene et rom for skjønn i vurderingen av om tildeling av enerett til NGIR er et egnet tiltak.

5.2.2.10 Nødvendig og forholdsmessig tiltak

Kravet til forholdsmessighet innebærer at tiltaket, tildelingen av eneretten, ikke må gå utover hva som er nødvendig for å oppnå formålet, det vil si det tvingende allmenne hensyn restriksjonen er begrunnet i.

Dersom det foreligger alternative tiltak som på tilstrekkelig måte vil ivareta hensynene bak eneretten (miljøhensyn), vil eneretten komme i konflikt med kravene i EØS-avtalen. Kravet til forholdsmessighet innebærer at det skal relativt mye til for at unntaksbestemmelsen om enerett kan benyttes.

Kravet ble ansett oppfylt i klagenemndas saker som gjaldt husholdningsavfall, (som nevnt over under tvingende allmenne hensyn).

At det er andre lovlige løsninger for behandling av avfallet, medfører ikke i seg selv at tildeling av enerett er utelukket. At det foreligger et velfungerende privatmarked på det aktuelle tjenesteområdet er i praksis fra klagenemnda ikke tillagt avgjørende vekt, jf. KOFA-2011-126 premiss 42, og KOFA-2012-157 m.fl. premiss 84. I den saken ble det vist til andre hensyn som var relevante i spørsmålet om tiltaket om tildeling av enerett var egnet, herunder sanksjonsmuligheter ved kontraktsbrudd, kommunens kontroll med oppgaven som skal utføres, mv.

5.2.2.11 Unntak fra konkurransereglene i EØS-avtalens artikkel 59 (2)

Tildeling av enerett medfører en konkurransebegrensning. Slik konkurransebegrensning kan etter omstendighetene tillates etter EØS-avtalen artikkel 59 annet ledd. Denne unntaksbestemmelsen kommer til anvendelse for "tjenester av allmenn økonomisk betydning".

Vurderingstema etter bestemmelsen er om slik konkurransebegrensning er nødvendig for å sikre utførelsen av en oppgave av allmenn økonomisk interesse.

Bestemmelsen lyder som følger:

"1. Når det gjelder offentlige foretak, eller foretak som EFs medlemsstater eller EFTA-statene gir særlige eller eksklusive rettigheter, skal avtalepartene avholde seg fra å treffe eller opprettholde tiltak som strider mot reglene i denne avtale, særlig reglene i artikkel 4 og i artikkel 53 til 63.

2. Foretak som er blitt tillagt oppgaven å utføre tjenester av almen økonomisk betydning, eller som har karakter av et fiskalt monopol, skal være undergitt reglene i denne avtale, fremfor alt konkurransereglene, i den utstrekning anvendelsen av disse regler ikke rettslig eller faktisk hindrer dem i å utføre de særlige oppgaver som er tillagt dem. Utviklingen av samhandelen må ikke påvirkes i et omfang som strider mot avtalepartenes interesser.

3. EF-kommisjonen og EFTAs overvåkingsorgan skal innen det myndighetsområde som er tillagt hver av dem, påse at bestemmelsene i denne artikkel blir overholdt, og skal i nødvendig utstrekning vedta tiltak om dette overfor de stater som hører til deres område."

EU-domstolen har uttalt at bestemmelsen skal tolkes snevert, siden den gjør unntak fra traktatens regler, jf. C-159/94 Kommisjonen mot Frankrike, premiss 53. Det er tilstrekkelig for anvendelse av unntaksbestemmelsen at traktatens regler faktisk eller rettslig hindrer oppfyllelsen av de særlige forpliktelser som påhviler den aktuelle virksomheten som er tildelt en enerett, jf. C-159/94 premiss 59.

Tildeling av enerett under henvisning til denne bestemmelsen ble akseptert av EU-domstolen i sak C-209/98 Sydhavnens Sten & Grus. Etablering av en kommunal ordning for innsamling av byggavfall var lovlig under henvisning til at det var etablert en virksomhet som utførte tjenester av allmenn økonomisk interesse, herunder at denne virksomhetens formål var å løse et miljøproblem. Behovet for å tildele enerett var begrunnet i at virksomhetene skulle finne det interessant å delta i drift av et anlegg med stor kapasitet, i en periode som var tidsmessig begrenset, jf. dommens premiss 79. Eneretten gjaldt for et tidsrom som tilsvarte normal avskrivningsperiode for investeringene. Tildelingen av enerett var nødvendig for å oppnå tilstrekkelig stor tilgang av byggavfall, for dernest å kunne sikre "anleggets rentabilitet". EU-domstolen fant at dette var å anse som en virksomhet av "allmenn økonomisk karakter".

Det fremgår av dommens premiss 74 at enerett kan tildeles i den utstrekning oppfyllelsen av de "særlige oppgaver" som er tillagt det aktuelle foretaket, kun kan sikres ved tildeling av enerett. Videre er det en forutsetning at utviklingen av samhandelen ikke påvirkes i et slikt omfang at de strider mot fellesskapets interesse. Det ble i den forbindelse vist til traktatens artikkel 31, samt C-159/94 Kommisjonen mot Frankrike, premiss 49.

I dette ligger det referanse til to vilkår, slik vi ser det. Det ene referer til nødvendighetskriteriet, slik det også følger av forholdsmessighetsvurderingen (som redegjort for i punkt 5.2.2.10). Nødvendighetskriteriet etter EØS-avtalen artikkel 59 (2) er at målet ikke kan nås på andre måter enn tildeling av enerett, jf. formuleringen: "kun kan sikres ved tildeling av [enerett]". Kravet til nødvendighet må derfor tolkes strengt. Det andre vilkåret EU-domstolen oppstilte i dommen referer seg til en skranke mot tilfeller som påvirker samhandelen mellom medlemsstatene i et slikt omfang at det ikke lengre tjener EU- og EØS-fellesskapets interesser. Dette vilkåret som er utledet av EU-domstolen antas å være ment som en sikkerhetsventil, idet det synes å være en viss terskel før dette vilkåret hindrer tildeling av enerett etter bestemmelsen, jf. blant annet EU-domstolens sak C-159/94 premiss 115.

Konkret vurdering

Unntaksbestemmelsen i EØS-avtalen artikkel 59 annet ledd vil i prinsippet kunne tjene som grunnlag for tildeling av enerett for det tilfellet at det er snakk om en tjeneste av allmenn økonomiske betydning. Innsamling og behandling av avfall er av EU-domstolen ansett som en slik tjeneste av allmenn økonomisk betydning, riktignok under de særlige omstendigheter at eneretten skulle gjelde for en tidsbegrenset periode som tilsvarte avskrivningsperiode på investeringene leverandøren måtte foreta. EU-domstolens dom i Sydhavnens Sten & Grus tilsier likevel som utgangspunkt at bestemmelsen kan anvendes også i NGIR sitt tilfelle, ettersom det også her dreier seg om avfallsvirksomhet. Dommen synes å åpne for tildeling av enerett for næringsavfall, som er nærmere beskrevet i punkt 5.2.4. nedenfor. Spørsmålet som volder tvil i NGIR sitt tilfelle, slik vi ser det, vil være om målet ikke kan nås på andre måter enn ved tildeling av enerett. Sentrale momenter i vurderingen vil her kunne være tilgangen på avfall og investeringenes størrelse.

5.2.3 Pågående sak for ESA

ESA har tidligere behandlet en tilsvarende klage i 2010 som gjaldt husholdningsavfall. Det ble ikke påvist brudd på EØS-avtalen i den klagesaken. Den pågående klagesaken mottatt fra Norsk Industri i 2015 gjelder også tildeling av enerett innen avfallsvirksomhet, men gjelder et bredere spekter av virksomhetsområder, nærmere bestemt:

- Innsamling av husholdningsavfall
- Innsamling og behandling av næringsavfall
- Behandling av farlig avfall, jf. avfallsforskriften § 11-10.

ESA har uttalt i brev datert 20. februar 2020 at det juridiske rammeverket siden forrige klagerunde i 2010 har vært gjenstand for rettslige avklaringer fra både EU-domstolen og gjennomvedtakelse av direktiv 2014/24. Direktivet som trådte i kraft i EØS fra 1. januar 2017 erstattet direktiv 2004/18 og gjelder anvendelsesområdet for anskaffelsesregelverket.

ESA har foreløpig konkludert med at Norge potensielt bryter EØS-retten på dette området med tildeling av enerett i avfallssektoren.

5.2.3.1 ESAs foreløpige konklusjon

ESAs foreløpige konklusjon, slik den er gjengitt i ESAs brev av 20. februar 2020 på side 12, er følgende:

Husholdningsavfall ligger under kommunens eksklusive ansvarsområde i henhold til forurensingsloven § 30, jf. § 29 tredje ledd. Ingen andre enn kommunen kan samle inn husholdningsavfall uten kommunens samtykke, jf. § 30 tredje ledd annen setning. Kommunen har derfor alene ansvaret for innsamling og behandling av husholdningsavfall. Kommunen utøver med andre ord kontroll over markedet.

Når det gjelder **kommunalt næringsavfall** stiller det seg annerledes. I henhold til forurensingsloven § 32 er alt annet avfall enn husholdningsavfall (dvs. næringsavfall) hver enkelt avfallsprodusent sitt ansvar. Bestemmelsen i forurensingsloven § 30 som forbyr andre i å samle inn avfall uten kommunens samtykke, kommer ikke til anvendelse på kommunalt næringsavfall. Kommunens ansvar for næringsavfall, eller kommunalt næringsavfall, skiller seg derfor ikke på noen måte fra private bedrifters ansvar for sitt næringsavfall. At kommunen har adgang til å tildele enerett gjennom administrative vedtak, endrer ikke på det faktum at det fremdeles er de respektive avfallsprodusentenes eget ansvar å sørge for innsamling av sitt eget næringsavfall. Kommunen utøver ingen kontroll i dette markedet.

På denne bakgrunn mener ESA at norske kommuner kan tildele enerett når det gjelder innsamling og behandling av **husholdningsavfall**, mens en slik adgang ikke er tilstede når det gjelder **næringsavfall**. Med næringsavfall menes både kommunalt og privat næringsavfall, jf. forurensingsloven § 32.

ESA har i samme anledning uttalt at det tilsvarende gjelder for **farlig avfall**, som er regulert i avfallsforskriften § 11-10. Selv om det inntreffer et utvidet ansvar for tiltak for kommunen, herunder at kommunen er ansvarlig for et tilstrekkelig antall returpunkter for farlig husholdningsavfall og farlig avfall fra bedrifter med mindre mengder farlig avfall, så medfører ikke dette at kommunen utøver kontroll over markedet, slik som tilfellet er for husholdningsavfall. Etter ESAs konklusjon er det derfor heller ikke adgang for kommunene til å tildele enerett for behandling av farlig avfall.

5.2.3.2 Vilkårene

ESA har foreløpig konkludert med at eneretts-tildelingene som er bragt inn for kontrollorganet ikke medfører en diskriminering på bakgrunn av nasjonalitet, som ville være i strid med de fundamentale friheter og det øvrige EØS-regelverket.

ESA legger videre til grunn at enerettstildelingene i avfallssektoren på generelt grunnlag representerer en restriksjon på fri flyt av tjenester, etter EØS-avtalen artikkel 36. På denne bakgrunn må restriksjonen rettferdiggjøres i hensyn som fremgår av EØS-avtalen artikkel 33 eller i tvingende allmenne hensyn for å være i tråd med regelverket. Videre må restriksjonen være et egnet, nødvendig og forholdsmessig tiltak for å oppnå det lovlige allmenne hensyn. Vilkårene må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle for å avgjøre om tildelingen av enerett er lovlig etter EØS-avtalen.

ESA legger likevel til grunn at hensynet til helse og miljø er å anse som lovlig tvingende allmenne hensyn, godkjent av EU-domstolen, og som i utgangspunktet kan begrunne en restriksjon på den frie flyten av tjenester, jf. EØS-avtalen artikkel 36.

5.2.3.3 Argumentene i vurderingen

ESA fremholder at samarbeid mellom kommuner har ført til installasjon av store anlegg, som igjen har ført til stordriftsfordeler. Å tildele enerett åpner for mottak av en stor mengde avfall, som igjen sikrer kommunenes investeringer i anleggene og muliggjør en effektiv håndtering av de lovpålagte pliktene de har til å samle inn og behandle avfall. Det er videre fremholdt at direktiv 2008/98 eksplisitt tillater at økonomiske hensyn tas i betraktning for å kunne tilby bærekraftige løsninger som beskytter miljøet.

Klager, Norsk Industri, har på sin side anført at ingen av de innklagede aktørene har blitt tildelt enerett som resultat av en åpen konkurranse. Klager anfører at dette bryter med prinsippene om gjennomsiktighet, ikke-distribusjon og hensynet til likebehandling.

ESA har til dette uttalt at en åpen anbudsprosess ville være nødvendig dersom eneretten ble tildelt en tredjepart, men at i tilfeller der eneretten tildeles et offentlig organ som er underlagt det offentliges kontroll, vil slik prosedyre ikke være nødvendig. Det er vist til EU-domstolens sak C-203/08 *Sporting Exchange*, inntatt i ECLI:EU:C:2010:307, som gjaldt fornyelse av enerett for spilltjenester. I den saken ble hensynet til likebehandling og gjennomsiktighet ansett nødvendig i de tilfeller den aktuelle aktøren ikke var et offentlig organ direkte underlagt offentlig kontroll, eller en privat aktør som ikke var gjenstand for tilsvarende kontroll fra offentlige myndigheter. Det vises til vilkåret som er behandlet over, om at leverandøren som tildeles eneretten selv må være et "offentlig organ".

5.2.3.4 Brudd på regelverket

Når det gjelder de identifiserte bruddene på EØS-avtalen som ESA har kommet frem til, er dette særlig i tilknytning til to saker: i det ene tilfellet er ESAs foreløpige konklusjon at det ikke foreligger noen egentlig "enerett" (det vises til vilkåret om at det må foreligge en eksklusiv rett, behandlet over), og i det andre tilfellet er ESAs foreløpige konklusjon at eneretten ikke er i tråd med EØS-avtalen.

ROAF IKS. Eneretten om sortering og behandling av **husholdningsavfall** som er tildelt ROAF IKS oppfyller etter ESAs vurdering ikke vilkårene i EØS-avtalen artikkel 11 om tildeling av enerett. Vilkaaret om at leverandøren må være et offentlig organ var ikke oppfylt, idet ROAF IKS var ikke underlagt offentlig kontroll.

Det andre tilfellet gjelder Namsos kommune og Midtre Namdal Avfallsselskap IKS ("MNA"), som gjaldt tildeling av enerett for innsamling og behandling av **kommunalt næringsavfall**. ESA uttaler i denne saken at det ikke foreligger noen egentlig enerett – eksklusiv rett – for MNA til innsamling og behandling av dette avfallet. Derfor er vilkårene i EØS-avtalen artikkel 11 heller ikke oppfylt. Bakgrunnen for at det foreløpig ikke er reist formell traktatbrudd-sak mot Norge er at tildelingsvedtaket ikke er trådt i kraft. ESA presiserer i uttalelsen at dersom vedtaket på et senere tidspunkt skulle tre i kraft, uten forutgående offentlig anbudskonkurranse, vil denne enerettstildelingen representere et brudd på anskaffelses-regelverket.

5.2.3.5 Status i saken

ESA har i sitt brev av 2. oktober 2020 bedt om ytterligere informasjon om status i saken til Midtre Namdal Avfallsselskap IKS ("MNA"). Saken er foreløpig ikke avsluttet.

5.2.4 Nærmere om husholdningsavfall

Hva som anses som husholdningsavfall er definert i forurensingsloven § 27a hvor det fremgår at med husholdningsavfall menes:

"(...) avfall fra private husholdninger, herunder større gjenstander som inventar og lignende."

Husholdningsavfall er regulert i forurensingsloven § 30, som lyder som følger:

§ 30. Kommunal innsamling av husholdningsavfall mv.

Kommunen skal sørge for innsamling av husholdningsavfall. Forurensningsmyndigheten kan i forskrift eller i det enkelte tilfellet pålegge kommunene å innføre ordninger for sortering av avfallet. Et slikt pålegg må baseres på en samlet vurdering av kostnadene dette vil innebære i forhold til de miljøfordeler som oppnås.

Kommunen kan gi forskrifter om at den kommunale innsamling bare skal gjelde i tettbygd strøk, at visse slag husholdningsavfall skal holdes utenfor den kommunale innsamling, og at visse slag avfall skal holdes adskilt. Kommunen kan etter søknad unnta bestemte eiendommer fra den kommunale innsamling.

Kommunen kan gi forskrifter som er nødvendig for å få til en hensiktsmessig og hygienisk oppbevaring, innsamling og transport av husholdningsavfall. Uten kommunens samtykke må ingen samle inn husholdningsavfall. Forurensningsmyndigheten kan i særlige tilfeller ved forskrift eller enkeltvedtak bestemme at kommunens samtykke ikke er nødvendig.

Kommunen skal vederlagsfritt ta imot husholdningsavfall, jf. avfallsforskriften § 1-7 (FOR-2004-06-01-930).

Kommunene har etter forurensingsloven plikt til å sørge for behandling av husholdningsavfall. Forurensingsloven er ikke til hinder for å tildele enerett, jf. KOFA-2011-126 premiss 42 og KOFA-2012-157 m.fl. (Demokratene Askøy) premiss 83.

Det finnes flere eksempler fra praksis fra klagenemnda hvor tildeling av enerett for behandling av husholdningsavfall er ansett som en lovlig direkteanskaffelse, herunder KOFA-2008-77, KOFA-2011-126 og KOFA-2012-157 m.fl. (demokratene Askøy).

Også EU-domstolen har i en sak konkludert med at tildeling av enerett for innsamling og behandling av husholdningsavfall ble ansett lovlig, jf. C-360/96 Arnhem-saken. I den saken hadde to nederlandske kommuner etablert et holdingselskap som igjen eide to selskap, hvor det ene stod for innsamling og behandling av kommunalt husholdningsavfall, mens det andre drev med næringsavfall. Det ble uttalt at:

"Da det er mulig, at i den grad av imoedekommelse av dette behov, der anses for nødvendig af hensyn til den offentlige sundhed og miljøbeskyttelsen, ikke kan opnaas ved de tjenesteydelser i form af hel eller delvis fjernelse, som tilbydes borgerne af private ervervsdrivende, hoerer denne aktivitet til dem, hvorom en stat kan beslutte, at de skal udoeves af offentlig myndigheder, eller med hensyn til hvilke den oensker at bevare en afgjoerende indflydelse."

Selv om det tildeling av enerett for husholdningsavfall må begrunnes konkret i hvert enkelt tilfelle, synes både praksis fra KOFA og ESAs uttalelser i den pågående klagesaken, å gi klare holdepunkter for at slik tildeling av enerett vil være lovlig etter regelverket.

5.2.5 Nærmere om kommunalt næringsavfall

Næringsavfall er i forurensingsloven § 27a definert som følger:

"Med næringsavfall menes avfall fra offentlige og private virksomheter og institusjoner."

Næringsavfall er regulert i forurensingsloven § 32, hvor det fremgår:

§ 32. Håndtering av næringsavfall

Den som produserer næringsavfall, skal sørge for at avfallet blir brakt til lovlig avfallsanlegg eller gjennomgår gjenvinning, slik at det enten opphører å være avfall eller på annen måte kommer til nytte ved å erstatte materialer som ellers ville blitt brukt. Annen disponering av avfall fra fiske, jordbruk og skogbruk mv. er likevel tillatt, såfremt forurensningen dette kan medføre omfattes av § 8 første ledd nr. 1.

Forurensningsmyndigheten kan i særlige tilfeller gjøre unntak ved enkeltvedtak eller forskrift fra første ledd første punktum på nærmere fastsatte vilkår.

Forurensningsmyndigheten kan i forskrift eller i det enkelte tilfelle pålegge produsenten å levere næringsavfall til kommunalt avfallsanlegg. 4 Bestemmelsen i § 31 annet ledd gjelder tilsvarende.

Kommunen har etter forurensingsloven ingen lovpålagte plikter til å samle inn og behandle avfallet, slik gjeldende regler er for husholdningsavfall. Avfall fra kommunale virksomheter og institusjoner omfattes av bestemmelsen i forurensingsloven § 32, og er dermed i utgangspunktet konkurranseutsatt avfall.

Avfalldirektivets nærhetsprinsipp som argument for tildeling av enerett

EU-domstolen har i sak C-292/12 Ragn-Sells behandlet spørsmål om enerett for kommunalt næringsavfall. Dommen gjaldt først og fremst spørsmål om det var i strid med den frie etableringsretten, fri flyt av tjenester og konkurransereglene, at en kommune forpliktet den virksomheten som har til oppgave å innsamle og behandle industri- og byggavfall, husholdningsavfall og blandet avfall, produsert i kommunen, til å transportere dette til nærmeste anlegg innenfor samme medlemsstat. EU-domstolen godtok en slik ordning under henvisning til nærhetsprinsippet, forankret i forordning nr. 1013/2006 om avfallseksport. Forordningen har til formål å begrense transport av avfall mellom medlemsstatene for å beskytte miljøet. Nærhetsprinsippet innebærer at avfall skal behandles så nærme produksjonsstedet som mulig, for å begrense transporten av avfall.

Videre tok domstolen stilling til om EU-retten hindrer en kommune til å tildele eksklusiv rett til å behandle visse typer avfall, enten direkte ved en tjenesteytelseskonsesjon for drift av et anlegg bestemt til behandling av det aktuelle avfallet, eller indirekte ved å forplikte den virksomhet som tildeles konsesjonskontrakt å levere avfallet til en virksomhet utpekt av kommunen, jf. premiss 69. Domstolen konkluderte med at den frie etableringsretten og fri flyt av tjenester ikke kom til anvendelse på det aktuelle tilfellet, som gjaldt en aktivitet som ikke hadde noe grenseoverskridende element, jf. premiss 70-74. Det forelå dermed ingen restriksjon som krevet begrunnelse.

Slik vi ser det gir dommen likevel liten veiledning i spørsmålet om tildeling av enerett dersom valget står mellom flere aktører som tilbyr innsamling og behandling av næringsavfall lokalt. For at nærhetsprinsippet skal få betydning i vurderingen, må alternativet til tildelingen av eneretten være at konkurrentene transporterer avfallet ut av kommunen, i strid med nærhetsprinsippet.

Oppsummering

Etter hva vi kan se, har ikke EU-domstolen eksplisitt tatt stilling til hvorvidt tildeling av enerett for kommunalt næringsavfall er i strid med EU-retten. På nåværende tidspunkt er ESAs uttalelse den sikreste kilden til veiledning i spørsmålet. ESAs foreløpige konklusjon er at tildeling av enerett for innsamling og behandling av kommunalt næringsavfall er i strid med den frie flyten av tjenester. Det skal likevel bemerkes at klagesaken for ESA omfatter noen gitte tilfeller hvor enerett er eller var tenkt tildelt, og at slik tildeling i alle tilfeller må vurderes konkret i hvert tilfelle. At ESAs foreløpige konklusjon er at tildelingene av enerett i de innklagede sakene er i strid med EØS-avtalen, avskjærer i prinsippet ikke adgangen til slik tildeling under andre omstendigheter. Uttalelsen tyder likevel på at det er høy terskel for at slik tildeling av enerett vil anses å være i samsvar med regelverket.

5.2.6 Risikoer og konsekvenser

Risikoen ved bruk av unntaksbestemmelsen for enerett er at tildeling av enerett og etterfølgende tildeling av kontrakt er å anse som en ulovlig direkteanskaffelse jf. KOFA-2008-8. I slikt tilfelle kan gebyr ilegges.

Vilkåret for illeggelse av gebyr er at oppdragsgiver har utvist grov uaktsomhet eller forsett når den har foretatt den ulovlige direkteanskaffelsen. I vurderingen vil eventuelle juridiske uklarheter på rettsområdet etter omstendighetene kunne tillegges vekt. Det vises til KOFA-2008-8 premiss 54:

"Klagenemnda har kommet til at innklagede ikke oppfyller skyldkravet. Som det fremgår under klagenemndas vurdering av rettstilstanden knyttet til om det var adgang til å tildele kontrakt på basis av en enerett eller ikke, er dette et uavklart rettsområde som innklagede ikke kan klandres for å ha brutt. Innklagede har søkt juridisk rådgivning for å få avklart om tildelingen var tillatt, og har således vist at en forsøkte å etterleve regelverket for offentlige anskaffelser. Klagenemnda har derfor kommet til at det er ikke grunnlag for illeggelse av gebyr."

Enerett for næringsavfall er en velkjent problemstilling for mange aktører i bransjen. Som aktør må man derfor være forberedt på at en slik tildeling av enerett kan påklages av andre aktører.

5.3 Enerettstildeling for NGIR: Oppsummering av konklusjoner

Det innledende vilkår om at det må være en **tjenestekontrakt** anses ikke å by på problemer. NGIR kan tildeles en "tjenestekontrakt" for håndtering av avfall.

Vilkåret om at leverandøren selv må være **offentlig oppdragsgiver** inneholder flere krav. Kravet til at leverandøren må være et selvstendig rettssubjekt og kravet om tilknytning til det offentlige anses ikke å by på problemer. Kravet til at organet må være opprettet for å tjene allmennhetens behov og ikke være av industriell eller forretningsmessig karakter anses oppfylt når det gjelder husholdningsavfall, men

ikke når det gjelder næringsavfall. Dette kommer likevel ikke på spissen, idet det er tilstrekkelig at et av virksomhetsområdene tjener allmennhetens behov (husholdningsavfall). Vilåret er oppfylt.

Vilåret om at det må foreligge en **enerett** (en faktisk monopolstilling) anses etter det opplyste oppfylt når det gjelder samtlige eierkommuner bortsett fra Alver hvor det reelt sett er konkurrenter som anser det lønnsomt å hente næringsavfall, selv om henting av husholdningsavfall hentes av NGIR.

Enerett må **tildeles før kontraktsinngåelsen** og **kunngjøres** på en egnet måte, for eksempel på eierkommunenes nettsider.

Eneretten må være **lovlig etter EØS-avtalen**. Problemstillingen er aktuell fordi tildeling av enerett anses som en restriksjon på den frie adgangen til å tilby tjenester i EU/EØS. Håndtering av avfall er en tjeneste som ifølge praksis fra EU-domstolen og KOFA kan begrunnes med at tjenesten ivaretar miljø, hygiene og helse. Kommunene har en lovpålagt plikt etter forurensingsloven til å samle inn og behandle husholdningsavfall, noe som tilsier at tildeling av enerett vil være lovlig etter EØS-avtalen for den typen avfall. Noe tilsvarende lovpålagt plikt har kommunen ikke for næringsavfall. Utgangspunktet er da at dette er konkurranseutsatt avfall. Nærmere avklaring på regelverket vil kunne gis når ESA har konkludert i den pågående klagesaken. Det vil likevel bero på en konkret vurdering i NGIR sitt tilfelle hvorvidt tildeling av enerett også for næringsavfall er å anse som et nødvendig og forholdsmessig tiltak for å oppnå miljøhensyn.

6 Mulig modell for omorganisering av NGIR

6.1 Utskillelse av næringsvirksomhet i egen juridisk enhet?

Formålet med en omorganisering av NGIRs virksomhet, er å tilpasse organisasjonen slik at vilkårene for utvidet egenregi eller enerett kan anses oppfylt. I tillegg er det ønske å klarere markere et skille mellom offentlig virksomhet og næringsvirksomhet. I tillegg vil da NGIR med sin organisering være klar for en eventuell innstramming av regelverket for konkurranse på like vilkår.

Enerett er, som vi allerede har gjennomgått, ikke avhengig av en omorganisering da en slik tildeling ikke påvirkes av andel næringsvirksomhet.

Fra et anskaffelsesrettslig ståsted, har således utskillelse av næringsvirksomheten i egne juridiske enheter størst relevans ved utvidet egenregi. Dersom unntaket om utvidet egenregi skal komme til anvendelse, er det et krav om at NGIR ikke driver med næringsvirksomhet utover 20 % av aktiviteten. Det vil si at minst 80 % av NGIRs næringsvirksomhet må skilles ut i en eller flere juridiske enheter.

Uavhengig av hvilket unntak fra anskaffelsesreglene som anvendes, kan imidlertid utskillelse av næringsvirksomheten i en egen juridisk enhet gi fordeler for NGIR med hensyn til fremtidig utvikling av virksomheten. Som nevnt ovenfor vil det kunne gi fordeler mht konsentrasjon rundt den type virksomhet som drives i IKS og AS. Det stilles også stadig nye krav til næringslivet knyttet til avfall og miljø. Dersom virksomheten er utskilt fra NGIRs offentlige virksomhet, vil det i større grad kunne muliggjøre investering, innovasjon og utvikling for å imøtekomme nye krav i næringslivet.

6.2 Hvordan kan utskillelse av næringsvirksomhet gjennomføres?

6.2.1 Valg av selskapsform

Det offentlige kan drive sin virksomhet gjennom flere ulike alternative organisasjonsformer, f.eks. kommunale foretak (KF), interkommunalt selskap (IKS), stiftelse, samvirkeforetak eller aksjeselskap.

KF/IKS

Et KF eller IKS krever at kommunene selv er deltaker/ eier / danner selskapet, jf. kommuneloven § 61 flg. og IKS-loven § 1. KF eller IKS fremstår dermed ikke aktuelt for opprettelse av datterselskap av NGIR, hvor eierkommunene ikke skal være direkte deltakere.

Stiftelse

Med en stiftelse vil det kunne bli problematisk å oppfylle kontrollkriteriet (omtalt under punkt 4.4), fordi en stiftelse er selvstendig og selveiende. NGIRs eierkommuner vil da ikke kunne utøve kontroll over stiftelsen. Videre fastsetter stiftelsesloven § 19 at det ikke kan foretas utdelinger av stiftelsens midler til oppretteren eller dennes nærstående, slik at et evt. overskudd fra stiftelsens virksomhet aldri vil kunne tilfalle eierkommunene. På denne bakgrunn fremstår ikke stiftelse som en aktuell organisasjonsform.

Samvirkeforetak

Samvirkeforetak er en sammenslutning som har til hovedformål å fremme de økonomiske interessene til medlemmene gjennom deres deltakelse i virksomheten, jf. samvirkelova § 1. I utgangspunktet har enhver forbruker, næringsdrivende eller andre som kan få sine økonomiske interesser ivaretatt av samvirkeforetaket, rett til å bli medlem av foretaket ved innmelding, jf. samvirkelova § 14. I samvirkeforetak skal alle eierne behandles likt og ha samme innflytelse. Denne organisasjonsformen anses på denne bakgrunn mindre hensiktsmessig for NGIRs virksomhet, ettersom eierkommunene er av forskjellig størrelse og dermed har ulik innflytelse i dagens NGIR.

Aksjeselskap

Slik vi ser det er det gode grunner til å velge organisasjonsformen aksjeselskap ved eventuell utskillelse av NGIRs næringsvirksomhet eller virksomhetsområder til en eller flere egne juridiske enheter. Med aksjeselskap er det lagt til rette for at virksomheten kan organiseres slik at kontrollkriteriet oppfylles. Øvrige organisasjonsformer fremstår ikke optimale, jf. ovenfor, og vi legger følgelig til grunn at aksjeselskap er den mest hensiktsmessige og aktuelle organisasjonsformen ved omorganisering av NGIR. I det videre er det derfor kun denne organisasjonsformen som behandles.

6.2.2 Valg av struktur

Det kan tenkes at omorganiseringen struktureres slik at virksomhet overføres til ett eller flere datterselskap, avhengig av hva som anses som mest hensiktsmessig, hvor både kommersielle og praktiske hensyn vil være relevant. Det kan f.eks. være at næringsvirksomheten overføres fra NGIR til et datterselskap, mens NGIR selv beholder alle oppgaver som er relatert til tjenesteleveranser til eierkommunene. Alternativt kan det tenkes at en større konsernstruktur vil være mer hensiktsmessig, ved at virksomhetens ulike deler skilles ut til flere ulike datterselskap.

Selve strukturen/organiseringen vil ikke ha betydning for det anskaffelsesrettslige spørsmålet som gjelder egenregi. Det vil her være tilstrekkelig å vurdere om det er mulig å skille ut næringsvirksomheten på en slik måte at vilkårene for egenregi oppfylles. I det videre vil vi, for enkelhetens skyld, foreta en gjennomgang av selskapets rammer basert på en struktur med kun et datterselskap som omfatter næringsvirksomhet.

6.2.3 Kan representantskapet i NGIR stifte datterselskap uten involvering fra eierkommunene?

Som beskrevet ovenfor i punkt 2.2.1, er representantskapet NGIRs øverste myndighet. Det følger både av IKS-loven § 7 og selskapsavtalen § 9 første avsnitt.

Det betyr at deltakerne i NGIR må utøve sin myndighet gjennom representantskapet. Eierkommunene har således ingen direkte innflytelse på NGIRs beslutningsmyndighet eller aktivitet utover den myndighet den enkelte kommune er representert med i representantskapet. Følgelig vil stiftelse av datterselskap av NGIR kunne gjennomføres av representantskapet, uten at eierkommunene formelt involveres.

En forutsetning for representantskapets myndighet, herunder kompetanse til å stifte datterselskap, er selvsagt at dette er en disposisjon som ligger innenfor NGIR sitt formål, jf. selskapsavtalen § 9 andre avsnitt. Av selskapsavtalens formålsbestemmelse i § 3, første avsnitt, følger:

*"Innanfor det tenesteområde og omfang som eigarkommunane bestemmer gjennom NGIR sitt representantskap, **kan NGIR eiga selskap**, eller delar av selskap, eigedommar og driftsmidlar, førestå planlegging av tenester, bestilla tenester og varer, administrera utøving av tenester, førestå rådgjeving, samt utforma forskrifter og fatta einskildvedtak, førestå forvaltning og utøva kontroll, der dette ikkje kjem i strid med særlovar."* [Vår utheving.]

Formålsbestemmelsen åpner således for å organisere NGIRs virksomhet i datterselskaper, og etter vår vurdering vil en omorganisering av NGIRs virksomhet som omtalt i dette notatet være forenlig med selskapets formål.

6.2.4 Overføring av deponi, øvrige driftsmidler og personell til datterselskap

6.2.4.1 Bakgrunn

Dersom NGIRs næringsvirksomhet (det vil si aktivitet som ikke er rettet mot eierkommunene) skal skilles ut, slik at gjenværende næringsvirksomhet i NGIR ikke overstiger 20 % av den totale omsetningen, vil det trolig være nødvendig overføre en vesentlig del av NGIRs driftsmidler og personell til aksjeselskapet.

Et alternativ kan være at NGIR leier ut driftsmidler og personell, herunder deponiet, til datterselskapet. Vederlaget som datterselskapet må betale i leie, må fastsettes på armlengdes vilkår. Utfordringen med dette, er at leieinntekten vil regnes som ekstern omsetning i relasjon til anskaffelsesregelverket, og dermed telle med i 20%-grensen for egenregiinntaket.

NGIR har estimert en inntektsfordeling ut fra en tenkt modell hvor NGIR leier ut deponi, personell og utstyr til datterselskapet. Inntektsfordelingen er basert på 2019-tall. Som betaling for leie av deponiet er det lagt inn det som anses som et minimum leienivå; de regnskapsmessige avsetningene til etterdrift av deponiet på næringsområdet. Videre er det lagt til grunn leie for personell og utstyr tilsvarende kostnadene. NGIR vil etter denne beregningen få følgende omsetning:

IKS		
Eier	74 859 122	75 %
AS	20 384 275	20 %
Eksternt	4 425 806	4 %
Totalt	99 669 203	

Estimatet viser at omsetningen til eierkommunene, ved en slik utleiemodell, fortsatt vil være mindre enn 80 %, og vilkårene for egenregi vil ikke vil være oppfylt. Dersom reell markedsleie er høyere enn det som er lagt til grunn i estimatet, ved at det må legges til en margin, jf. armlengdeprinsippet, vil andelen omsetning til eierkommunene være enda lavere.

Ovennevnte betyr at det høyst sannsynlig vil være nødvendig å overdra mest mulig av personell og driftsmidler til datterselskapet, for at NGIR skal ha mulighet til å oppfylle omsetningsvilkåret for egenregi.

6.2.4.2 Overføring av virksomhet, deponi, driftsmidler og personell fra NGIR til datterselskap

Dersom virksomhet, deponi, øvrige driftsmidler og personell skal overdras fra NGIR til et datterselskap av NGIR, vil det kunne skje ved overdragelse / salg til et eller flere nystiftede datterselskap som stiftes og eies av NGIR. Ved et eventuelt salg av virksomhet, deponi, driftsmidler mv. må det legges til grunn at salgsvederlaget må tilsvare markedsverdi.

Utgangspunktet er at slik overdragelse innebærer en skattemessig realisasjon, som innebærer skatteplikt for en eventuell gevinst.

Det finnes noen unntak fra dette utgangspunktet i skatteloven kapitel 11, hvoretter eiendeler på nærmere vilkår kan overdras skattefritt etter reglene om fusjon og fusjon (skatteloven § 11-1 flg.), samt ulovfestet rett, og reglene om skattefri overføring av eiendeler mellom konsernselskaper (skatteloven § 11-21 flg.). Til sist er det også anledning til å søke om skattefritak ved realisasjon som ledd i rasjonalisering av virksomhet (skatteloven § 11-22). Vi kommer nærmere inn på anvendelsesområdet til disse reglene i punktene 6.2.5.2 til 6.2.5.4 nedenfor.

I det følgende skal vi kort omtale ulike transaksjonsmodeller som kan være aktuelle for overdragelse av eiendeler og virksomhet fra NGIR til et nystiftet datterselskap.

6.2.4.3 Salg av eiendeler

Den praktisk enkleste transaksjonsmodellen, er å foreta et ordinært salg av virksomhet og eiendeler til et nystiftet datterselskap stiftet av NGIR. Det må i den forbindelse vurderes hvilke skattemessige konsekvenser dette får, da et salg vil representere en skattepliktig realisasjon etter skatteloven. Netto gevinst vil være skattepliktig på NGIRs hånd.

Gevinsten som beskattes, utgjør differansen mellom salgsvederlaget og den skattemessige verdien på de driftsmidler som selges.

Salg av driftsmidler

Ved salg av driftsmidler som tilhører saldogruppe a-d, skal vederlaget så langt det ikke er inntektsført, nedskrives på saldoen for driftsmidlet, jf. skatteloven § 14-44 (2).

Salg av virksomhet

Dersom virksomheten som overdras til datterselskapet har økonomisk verdi, noe den normalt har hvor virksomheten skaper overskudd, må det fastsettes en verdi (markedsverdi) som skal utgjøre salgsvederlaget for virksomheten i tillegg til verdien av de driftsmidler som konkret overføres. En slik verdi omtales ofte som "goodwill".

Gevinst ved realisasjon av egenutviklet goodwill kan føres på gevinst og tapskonto, jf. skatteloven § 14-53. Gevinst som føres på gevinst og tapskonto må inntektsføres med 20 % av gjenstående saldo per år, jf. skatteloven § 14-45 (4).

Datterselskapet kan ved erverv av goodwill ("ervertet forretningsverdi"), aktivere denne på egen saldo og foreta skattemessige avskrivninger av denne med 20 % av gjenstående saldo per år, jf. skatteloven § 14-43 (1) bokstav b).

Skattemessig kan dermed resultatet totalt sett bli skattenøytralt, ved at inntektsføringen i NGIR ved salg av virksomhet tilsvarer fradragsretten i datterselskapet. Mellom selskapene kan det eventuelt utjevnes ved at det gis konsernbidrag mellom selskapene, jf. skatteloven § 10-1 første ledd tredje punktum, jf. § 2-2 første ledd bokstav f og g, som gir reglene om konsernbidrag anvendelse for IKS-selskap "så langt de passer". Det anbefales imidlertid å innhente en bindende forhåndsuttalelse (BFU) fra skattemyndighetene for å skape full sikkerhet for at gjeldende regelverk åpner for at konsernbidrag kan ytes mellom AS og IKS med skattemessig virkning.

6.2.5 *Særlig om overdragelse av deponi og virksomheten knyttet til deponiet*

Ved overdragelse av deponiet og tilknyttet virksomhet, fremgår det av løyvet fra Fylkesmannen at melding om overføring av virksomheten til ny eier må meldes til Fylkesmannen så snart som mulig og senest 1 måned etter eierskiftet, jf. punkt 1.4 i løyve datert 23. november 2018. Løyvet synes således ikke å være til hinder for overdragelse av deponiet og tilhørende virksomhet til et nystiftet selskap.

På den annen side vil vi anbefale at det tidlig i prosessen avklares vs Fylkesmannen om det overtakende selskapet som overtar deponiet og virksomheten må overta ansvaret for etterdrift av anlegget og installasjoner ved anlegget i minst 30 år etter avslutning av deponeringsaktivitet på deponiet, jf. punkt 3.3 i løyve datert 23. november 2018, eller om NGIR fortsatt kan ha dette ansvaret, f.eks. ved utleie av deponiet til datterselskapet.

Ved en overdragelse må det også foretas en verdsettelse av deponiet som skal skje på armlengdes avstand. Armlengdeprinsippet er det grunnleggende prinsippet for prising av konserninterne transaksjoner, jf. skatteloven § 13-1.

6.2.5.1 Utleie av deponi

Vi forstår det slik at det av driftsmessige årsaker er ønskelig å beholde eierskapet til deponiet i NGIR IKS. Ettersom deponiet i det alt vesentligste benyttes til næringsdelen av NGIRs virksomhet, kan den praktiske løsningen på dette være å leie ut deponiet og tilhørende anlegg til NGIRs datterselskap.

Leievederlaget må settes tilsvarende leien som ville vært avtalt mellom uavhengige parter, jf. det såkalte armlengdeprinsippet.

Det foreligger avtalefrihet så lenge vilkårene for løyvet overholdes. Det er dermed mulig å strukturere en slik leieavtale slik at den kun omfatter en rett til å bruke deponiet med tilhørende anlegg til næringsvirksomhet, og at leietaker pålegges å selv dekke alle utgifter knyttet til driften, herunder vedlikeholdsansvaret, forsikringsansvaret, mv. NGIR har opplyst at det er naturlig at datterselskapet selv dekker følgende:

- Mannskap og utstyr for å legge avfall på rette plasser på deponiet
- Utbedre deponiet i henhold til krav fra myndigheter
- Sikkerhets- og kontrolltiltak

- Utsprenging av deponiet
- Drift av gassoppsamling
- Drift av renseanlegg

Ved at datterselskapet overtar overnevnte forpliktelser, vil dette påvirke hva som anses som markedsleie for leie deponiet fra NGIR.

Ansaret for etterdrift av deponiet, påhviler NGIR som eier av deponiet, jf. løyvet fra Fylkesmannen datert 23. november 2018. Det kan derfor være naturlig at avsetningen til etterdrift som NGIR gjør hvert år, danner et utgangspunkt for fastsettelsen av leievederlag for deponiet, forutsatt at det avklares med Fylkesmannen (i dag Statsforvalteren) at NGIR kan beholde dette ansvaret ved evt. utleie av deponiet til datterselskapet, jf. punkt 6.2.5 ovenfor. I tillegg må det ut fra armlengdeprinsippet legges til en fortjenestemargin. Her bør det imidlertid innhentes en uttalelse fra kvalifisert takstmann eller revisor om hvilket leievederlag som anses å være markedsmessig. Hvorvidt den markedsmessige leien avhenger av markedsmessig bruksverdi, vil en kvalifisert takstmann kunne vurdere. Det er viktig at leie skjer på armlengdes avstand slik at ikke datterselskapet får utilsiktede fordeler i markedet. En feilaktig prising kan føre til brudd på statsstøtteregelverket.

En utleiesituasjon av deponiet må ikke være å anse som en driftstjeneste fra datterselskapet til NGIR, for da må en slik utleiesituasjon følge regelverket for offentlige anskaffelser evt. konsesjonskontrakter (konsesjonskontraktforskriften FOR-2016-08-12-976). Det er dermed viktig at det foretas en grundig gjennomgang av dette og at kontrakt viser at det her dreier seg om et ordinært utleieforhold og ikke det at et eventuelt datterselskap påtar seg driftsforpliktelser overfor IKS.

6.2.5.2 Skattefri fisjon

Skattelovens regler om skattefri overføring som ledd i fisjon gjelder fisjon mellom to eller flere aksjeselskaper eller allmennaksjeselskap, to eller flere samvirkeforetak eller for selskaper som er skattemessig likestilt med aksjeselskap og allmennaksjeselskap, jf. skatteloven § 11-4. Som likestilt selskap regnes selskap mv. som er nevnt i skatteloven § 2-2 første ledd bokstav b til e. For selskap mv. som nevnt i § 2-2 første ledd f og g, gjelder bestemmelsene så langt de passer. Interkommunale selskaper (IKS), jf. lov om interkommunale selskaper, er listet opp i skatteloven § 2-2 første ledd bokstav g, og vil dermed i utgangspunktet kunne fisjoneres uten skattlegging etter de samme prinsipper og vilkår som gjelder for aksje- og allmennaksjeselskaper.

Ordlyden i skatteloven § 11-4 (3) stiller imidlertid også krav om at selskapene som skal fisjoneres "*må være likeartet*" for å kunne gjennomføre en skattefri fisjon. Vilkåret om at selskapene må være likeartet, innebærer at fisjonspartene må ha samme selskaps- og ansvarsform. I skattemyndighetenes praksis, er det lagt til grunn at IKS ikke er å anse som likeartet med aksjeselskap, jf. bindende forhåndsuttalelse ("BFU") 10/2019.⁹ Bakgrunnen er at i et aksjeselskap har eierne begrenset ansvar for selskapets forpliktelser, mens eierne i et IKS hefter ubegrenset for en andel av selskapets forpliktelser, jf. forannevnte BFU. Med bakgrunn i skattemyndighetenes praksis er det derfor ikke grunnlag for å anvende fisjonsreglene i skatteloven § 11-1 flg. direkte på fisjon av et IKS. IKS-loven inneholder heller ingen regler om fisjon som åpner for dette.

I forannevnte BFU ble det imidlertid lagt til grunn at en *fusjon* mellom et interkommunalt selskap og dets heleide datterselskap kunne gjennomføres skattefritt med grunnlag i ulovfestet rett. Bakgrunnen for dette er den administrative praksisen for fusjon mellom selskaper med ulik selskaps- og ansvarsform basert på ulovfestet rett begrunnet i kontinuitetsbetraktninger. I vurderingen viste skattemyndighetene

⁹ BFU 10/2019 publisert 7. februar 2020, avgitt 23. september 2019 [URL: [Fusjon mellom interkommunalt selskap og heleid aksjeselskap - Skatteetaten](#)]

til at det interkommunale selskapet i det vesentlige blir beskattet etter de samme regler som gjelder for aksjeselskap, jf. skatteloven § 10-1, jf. § 2-2 første ledd bokstav g).

Med bakgrunn i de samme prinsipper som ble lagt til grunn i nevnte BFU, kan det argumenteres for at også en fisjon av et IKS (NGIR) kan gjennomføres etter ulovfestet rett, ettersom NGIR i det vesentlige blir beskattet etter de samme regler som gjelder for aksjeselskap, jf. skatteloven § 10-1, jf. § 2-2 første ledd bokstav g). På den annen side er fisjon (å dele selskapet) den motsatte transaksjonsform til en fusjon (sammenslåing), slik at det ikke er full parallellitet mellom typetilfellene. Den administrative praksis etter ulovfestet rett gjelder så langt vi er kjent med utelukkende *fusjoner*, jf. f.eks. BFU 10/2019. Vi vil derfor ikke være for optimistiske med hensyn til om skattemyndighetene vil godkjenne fisjon av NGIR basert på ulovfestet rett. Den eneste måten å skape full sikkerhet for om en slik transaksjonsmodell er mulig, er å innhente en BFU fra skattemyndighetene før transaksjonen gjennomføres.

Det ville i tilfelle være en forutsetning for fisjon etter ulovfestet rett at fisjonen gjennomføres etter de samme prinsipper og vilkår som gjelder for at fusjoner mellom aksjeselskaper ikke skal utløse beskatning, jf. skatteloven §§ 11-1 flg., slik at det oppnås full kontinuitet på alle nivåer, jf. BFU 10/2019. En bør også være oppmerksom på at såkalt direkte vertikal fisjon, det vil si fisjon av en del av morselskapet direkte ned i et datterselskap, ikke er anerkjent i norsk rett. Her vil en trolig måtte se hen til modeller som benyttes ved fisjon av aksjeselskaper for utfisjonering av datterselskap, såkalt trekantfisjon eller dropdown-fisjon. Utfordringen her er at IKS og AS ikke er samme organisasjonsform, hvilket i utgangspunktet er et krav for gjennomføring av denne type fusjoner. Vi er derfor i tvil om skattemyndighetene vil godkjenne skattefri fisjon av IKS, og spørsmålet må som nevnt søkes avklart gjennom BFU.

6.2.5.3 Konsernintern overføring av eiendeler mellom konsernselskaper

Overføring av eiendeler mellom selskaper innenfor et konsern (forutsatt mer enn 90 % eierskap til aksjer og stemmerettigheter), hvor gevinst ellers vil være skattepliktig, kan foretas uten gevinstbeskatning når overføringen skjer i samsvar med reglene i skatteloven § 11-21 og forskrift til skatteloven (FSFIN) § 11-21. Skatteposisjoner knyttet til vedkommende eiendel må følge denne (skattemessig kontinuitet). Beskatning av den latente gevinsten vil finne sted når det overtakende selskapet selger eiendelen videre, eller ved at det overtakende selskap senere bringes ut av konserntilknytningen med det overdragende selskapet, jf. FSFIN § 11-21-10.

I utgangspunktet gjelder reglene for overføringer mellom norsk aksjeselskap eller allmennaksjeselskap til et annet norsk aksjeselskap eller allmennaksjeselskap.

Reglene gjelder imidlertid også når likestilt selskap som nevnt i skatteloven § 10-1 første ledd er morselskap jf. FSFIN § 11-21-1 første ledd siste punktum. Det betyr at reglene åpner for at det kan overføres eiendeler mv. mellom et likestilt selskap og et datteraksjeselskap, se FIN 13. juli 1998 i Utv. 1998/1058. Vi viser også til BFU 4/2014 (Samvirkeforetaks overføring av eiendom til heleid aksjeselskap). Dersom et IKS anses som et likestilt selskap som aksjeselskap, vil det således kunne være mulig å anvende reglene om skattefri konsernintern overføring fra NGIR til nystiftet datterselskap.

Hva som regnes som likestilt selskap, er opplistet i skatteloven § 10-1, jf. § 2-2 (1) bokstav b-e. For selskap mv. som nevnt i § 2-2 første ledd f og g gjelder bestemmelsene så langt de passer. Interkommunale selskaper (IKS), jf. lov om interkommunale selskaper, er listet opp i skatteloven § 2-2 (1) bokstav g. I utgangspunktet vil dermed NGIR kunne være omfattet av reglene om konserninterne overføringer. Vi vil imidlertid anbefale at det innhentes en BFU også for dette alternativet, for å oppnå 100 % sikkerhet for at vilkårene for å kunne yte konsernbidrag i en ny konsernstruktur er oppfylt.

Ved overføring etter reglene om konsernintern overføring, må erverver betale et vederlag som er lovlig etter de selskaps- og regnskapsrettslige regler som gjelder for overføringer innen konsernet, jf. FSFIN § 11-21-6. Det innebærer i praksis at konserninterne overføringer skal skje til vanlige forretningsmessige vilkår og prinsipper. Vederlaget ved slike overføringer må derfor settes til virkelig verdi.

Det stilles ikke noen bestemte krav til vederlagets form. Vederlaget kan være aksjer i det mottakende selskapet, kontanter, gjeldsovertakelse, selgerkreditt, makeskifte etc.

6.2.5.4 Søknad om skattelempe etter skatteloven § 11-22

Et ytterligere alternativ for gjennomføring av skattefri omorganisering, er å søke om skattefritak etter reglene i skatteloven § 11-22. Etter denne bestemmelsen kan Finansdepartementet innrømme fritak for beskatning ved overdragelse av fast eiendom, virksomhet, aksjer mv. *"når realisasjonen er ledd i omorganisering eller omlegging av virksomhet med sikte på å gjøre den mer rasjonell og effektiv"*.

Av Norsk lovkommentar, v/Stoveland¹⁰, fremgår følgende om kravet til rasjonalisering:

"Effektiviserings- eller rasjonaliseringseffekten må vurderes i forhold til den virksomhet som de skatteutløsende transaksjoner knytter seg til. Effektene må vedrøre denne virksomhetens fremtidige vekst og inntjeningspotensial. Effektiviserings- eller rasjonaliseringsgevinster som knytter seg til selgers gjenværende virksomhet, er ikke ansett relevant, jf. St.meld. nr. 16 (1997-98) pkt. 6.1.3. Som eksempel nevnes her at overdrager får likvide midler til rasjonalisering av restvirksomheten. Rent administrative eller finansielle fordeler er i praksis ikke funnet tilstrekkelig, f.eks. oppnåelse av samlet forvaltning eller styre, lik skatte- og regnskapsmessig behandling osv. Se f.eks. Prop. 1 LS (2013-2014) pkt. 27.4.1 hvor det er referert et tilfelle hvor en virksomhet i et aksjeselskap skulle overføres til en stiftelse som var eneaksjonær i selskapet. Søknaden ble avslått, da transaksjonen fremsto som en omstilling av ren organisatorisk art, uten driftsfordeler med tilknytning til eksterne parter. Heller ikke bidrag til refinansiering av virksomheten har gitt grunnlag for lempning. Det samme gjelder en ren endring av bedriftens eierstruktur, f.eks. at ansatte kommer i eierposisjon, jf. St.meld. nr. 16 (1997-98) pkt. 6.1.3. "

Etter fast praksis gis det ikke samtykke til endelig skattefritak etter § 11-22. Når skattefritak innvilges, gis det gjennomgående samtykke til utsettelse av skattlegging i form av vilkår som skal sikre skattemessig kontinuitet.

Finansdepartementet publiserer hvert år en omtale av departementets praksis etter skatteloven § 11-22. I 2019¹¹ ble det innvilget fem søknader som gjaldt overføring av nettvirksomhet fra et samvirkelag til aksjeselskap grunnet tilpasning til nye krav i energiloven. Departementet behandlet også en søknad som gjaldt fusjon av to sparebanker. Søknaden ble avslått. Bakgrunnen var at det var usikkert om fusjonen tilfredsstilte kontinuitetsvilkåret for skattefri fusjon, jf. skatteloven § 11-7.

For NGIR sitt tilfelle, mener vi at det på samme måte som for fisjon etter ulovfestet rett (ref. punkt 6.2.5.4 ovenfor), kan argumenteres for at skattelempe bør innvilges etter skatteloven § 11-22 ved overføring av virksomhet fra NGIR til datterselskap. Det ligger til Finansdepartementets skjønn å avgjøre om slike søknader skal innvilges. Den eneste måten å få et sikkert svar på dette, er således å sende en formell søknad. Erfaringsmessig er det nokså lang saksbehandlingstid for denne type søknader, og vi har opplevd at det kan ta opp mot ett år.

¹⁰ Norsk lovkommentar til skatteloven § 11-22, nota 1071, tilgjengelig på rettsdata.no.

¹¹ [Skattefritak ved omorganisering av virksomhet 2019 - regjeringen.no](https://www.regjeringen.no)

6.2.6 *Særlig om overføring av personell*

6.2.6.1 Bakgrunn

Alle ansatte er i dag ansatt i NGIR. Personalet i NGIR arbeider i stor utstrekning med oppgaver som berører både husholdningsavfall og næringsavfall/næringsvirksomhet, jf. punkt 2.2.5 ovenfor. Ved utskillelse av NGIRs virksomhet til en eller flere separate juridiske enheter, vil det dermed være sentralt at de utskilte enhetene har personell som kan håndtere oppgavene som ligger til virksomheten.

Det er i hovedsak to måter dette kan oppnås på; ved utleie av personell fra NGIR, eller ved at ansatte overføres til den nye enheten slik at de ansatte tilsettes i den nye juridiske enheten(e). Vi vil i det følgende kort gjennomgå arbeidsrettslige problemstillinger knyttet til de to alternativene.

For alle spørsmål som omhandler personell, må en også følge Hovedtariffavtalen for konkurranseutsatte bedrifter.

6.2.6.2 Utleie av personell

I utgangspunktet er det adgang for virksomheter å leie ut arbeidskraft, men adgangen til å leie inn er begrenset etter arbeidsmiljøloven. Hovedregelen er at arbeidstakere skal ansettes fast, uten tidsbegrensning.

Vilkårene for at en virksomhet kan leie inn personell er ulik alt ettersom innleie skjer fra et bemanningsforetak eller fra en produksjonsbedrift.

Et bemanningsforetak har som formål å drive utleie, og plikter å registrere sin virksomhet som bemanningsforetak i Arbeidstilsynets lister over bemanningsforetak. Innleie fra bemanningsforetak er kun tillatt i samme utstrekning som det kan avtales midlertidig ansettelse etter arbeidsmiljøloven § 14-9, (2), bokstav a til e, jf. arbeidsmiljøloven § 14-12. Innleie fra bemanningsforetak vil kunne være et alternativ til midlertidig ansettelse i forbindelse med blant annet uforutsette driftsstopper, syke- eller feriefravær, og sesongmessige svingninger.

Produksjonsbedrifter er virksomheter som ikke har til formål å drive utleie, men har andre formål med sin drift, og bare mer tilfeldig leier ut arbeidskraft. Det kan for eksempel være ved midlertidig overskudd på arbeidskraft og som et alternativ til permittering eller oppsigelse. Innleie fra produksjonsbedrifter (virksomheter som ikke har til formål å drive utleie) er etter arbeidsmiljøloven § 14-13 tillatt under følgende vilkår:

- Den innleide må være fast ansatt i virksomheten det skal leies inn fra.
- Utleie må skje innenfor de samme fagområdene som utgjør utleierens hovedbeskjeftigelse.
- Utleieaktiviteten skal ikke omfatte mer enn 50 prosent av de fast ansatte hos utleier.
- Innleie må være drøftet med de tillitsvalgte, og i enkelte tilfeller avtalt med de tillitsvalgte i virksomheten som skal leie inn arbeidskraft.

Med bakgrunn i overnevnte regler, ser vi at det kan være vanskelig å basere virksomheten i nystiftede aksjeselskap utelukkende på innleie av NGIRs personell, da det raskt kan bli et spørsmål om utleie vil måtte følge reglene om innleie fra bemanningsforetak grunnet stort omfang. Innleie fra bemanningsforetak er kun tillatt dersom vilkårene for midlertidig ansettelse er oppfylt, og midlertidig ansettelse kan ikke anvendes for å dekke et permanent arbeidskraftsbehov.

Følgelig bør utleie av personell fra NGIR begrenses til et mindre omfang, hvor det ut fra arbeidsoppgaver, hvor varig behovet er, og øvrige konkrete omstendigheter må vurderes om det er anledning til innleie etter reglene om innleie fra produksjonsbedrifter, jf. arbeidsmiljøloven § 14-13.

For ordens skyld vises det også til Hovedtariffavtalen for konkurranseutsatte bedrifter, vedlegg 5, som særskilt omhandler innleie fra foretak som har til formål å drive utleie uten at vi går i detalj på dette før en aktuell innleiesituasjon oppstår.

6.2.6.3 Virksomhetsoverdragelse etter arbeidsmiljøloven kapittel 16

Dersom ansatte blir overført samtidig med overdragelse av virksomhet til et eller flere nystiftede selskaper, er spørsmålet om dette innebærer en virksomhetsoverdragelse i arbeidsmiljølovens forstand, jf. arbeidsmiljølovens kapittel 16.

Etter arbeidsmiljøloven (aml) § 16-1 kommer kapittelet om virksomhetsoverdragelse i loven til anvendelse ved *"Overdragelse av en virksomhet eller del av virksomhet til en annen arbeidsgiver. Med overdragelse menes overføring av en selvstendig enhet som beholder sin identitet etter overføringen"*. De nærmere kriteriene som ligger i bestemmelsen er som følger:

- Det må være en virksomhet eller del av virksomhet som overdras til en annen arbeidsgiver. Vilkåret om overdragelse av virksomhet vil være oppfylt ved overføring av NGIRs næringsvirksomhet til nystiftet selskap.
- Virksomheten som overføres må utgjøre en selvstendig, økonomisk enhet. Ved å overføre for eksempel alle ansatte som arbeider med næringsavfall i et nystiftet selskap for å drive virksomheten videre der, er det ikke tvilsomt at kravet om selvstendig enhet vil være oppfylt.
- Den overførte virksomheten må i det vesentlige drives videre etter overdragelsen – dens identitet må være i behold. Ettersom en vesentlig del av oppgavene som NGIR i dag utfører, det vil si minst 80 % av næringsvirksomheten, deponi, utstyr og personell, vil den overførte virksomheten etter all sannsynlighet anses å ha beholdt sin identitet.

Omorganisering med overdragelse av virksomhet, eiendeler og personell til nystiftet selskap vil medføre at reglene om virksomhetsoverdragelse i aml. kapittel 16 kommer til anvendelse.

6.2.6.4 Konsekvensene av at det foreligger virksomhetsoverdragelse etter aml. kap. 16

Drøfting og informasjon

Arbeidsgiver plikter å gjennomføre drøftinger med de ansattes tillitsvalgte og gi informasjon til sine ansatte i samsvar med de ganske detaljerte reglene i aml. kapittel 16. Drøftinger med de tillitsvalgte skal skje "så tidlig som mulig". Det betyr at drøftingen må finne sted så tidlig at det er mulig å øve innflytelse på de avgjørelser som skal treffes. Ofte bør det skje i flere omganger.

Reservasjonsrett

Alle ansatte i NGIR som er omfattet av virksomhetsoverdragelsen kan reservere seg mot å bli overført til det nye selskapet ved skriftlig underretting til NGIR. NGIR plikter å sette en frist for de ansatte til å utøve slik reservasjon. Fristen kan ikke være kortere enn 14 dager regnet fra tidspunktet de ansatte har fått informasjon om virksomhetsoverdragelsen som nevnt ovenfor.

Hvis reservasjonsretten benyttes, innebærer det som hovedregel at ansettelsesforholdet til vedkommende opphører uten oppsigelse samtidig med gjennomføring av virksomhetsoverdragelsen. Unntaksvis kan imidlertid arbeidstaker ha en valgrett, slik at han eller hun kan velge å fortsette arbeidsforholdet hos sin tidligere arbeidsgiver. Valgretten er utviklet i rettspraksis, hvor det fremkommer at det må legges vekt på om virksomhetsoverdragelsen fører til "ikke uvesentlige negative endringer" for arbeidstakeren. Ifølge rettspraksis kan det f.eks. dreie seg om vesentlig lengre reisevei, endret innhold i arbeidet, tap av arbeidsfellesskap, tap av pensjonsrettigheter og større usikkerhet med tanke på fremtidig arbeidssituasjon.

Videreføring av lønns- og arbeidsvilkår

Det nystiftede selskapet (eller selskapene) som de ansatte overføres til, plikter å videreføre alle individuelle lønns- og arbeidsvilkår som gjelder i NGIR per i dag, slik som lønn, reduserte stillinger, feriepenger, ferie mv. Dette gjelder ikke lønns- og arbeidsvilkår som kan endres i kraft av arbeidsgivers styringsrett. Hva som kan endres i kraft av styringsretten er en konkret vurdering, og kan avhenge av den enkeltes arbeidsavtale.

Tariffavtale

Også tariffavtaler som gjelder for de overførte arbeidstakere, skal som hovedregel videreføres i det nystiftede selskapet (-ene) som de ansatte overføres til. Dette gjelder ikke dersom ny arbeidsgiver senest innen tre uker etter overdragelsestidspunktet skriftlig erklærer overfor fagforeningen at ny arbeidsgiver ikke ønsker å bli bundet av tariffavtalen. De overførte arbeidstakerne har likevel rett til å beholde de individuelle arbeidsvilkår som følger av tariffavtale som den tidligere arbeidsgiver var bundet av, inntil tariffavtalen utløper eller til det inngås ny tariffavtale.

Pensjon

Arbeidstakernes rett til videre opptjening av alders-, etterlatte- og uførepensjon i henhold til kollektiv tjenestepensjon, overføres i utgangspunktet til ny arbeidsgiver. Ny arbeidsgiver kan imidlertid velge å gjøre allerede eksisterende pensjonsordninger gjeldende for de overførte arbeidstakerne. Dersom den nye arbeidsgiveren ikke har en eksisterende pensjonsordning, slikt tilfellet normalt er for nystiftede aksjeselskaper, vil ikke dette gjøre seg gjeldende.

NGIR har ifølge årsregnskapet for 2019 en kollektiv pensjonsordning som gir de ansatte rett til en definert fremtidig pensjonsytelse. Forpliktelsene er dekket gjennom Kommunal Landspensjonskasse (KLP). I forbindelse med en eventuell virksomhetsoverdragelse, må det undersøkes om pensjonsavtalen med KLP gir anledning for nystiftede aksjeselskaper eid av NGIR å være medlem i denne pensjonsordningen.

6.2.7 Hvordan oppfylle kontrollkriteriet for utvidet egenregi

Ved utskillelse av virksomhet fra NGIR, må både NGIR og eventuelle datterselskap som skal utføre tjenester for eierkommunene som ledd i egenregi, være kontrollert av eierkommunene gjennom felles kontroll, jf. FOA § 3-2, og omtalen foran under punkt 4.4.3.

Kontrollvilkåret kan oppfylles på følgende måte:

- Samtlige eierkommuner må være representert i NGIRs og datterselskapets styrende organer, jf. FOA § 3-2 (2) a). Av bestemmelsen fremgår det uttrykkelig at en representant kan representere flere eller alle oppdragsgiverne, slik at det er ikke nødvendig med hver sin representant.
- Videre må eierkommunene i fellesskap utøve bestemmende innflytelse over både strategiske mål og viktige beslutninger i det kontrollerte rettssubjektet, jf. FOA § 3-2 (2) b). Ved at datterselskapet eies 100 % gjennom NGIR, vil eierkommunene indirekte ha bestemmende innflytelse i det nystiftede datterselskapet. Videre kan eierkommunene legge føringer for forvaltningen av selskapet gjennom selskapets vedtekter, som fastsettes av eierne på generalforsamling med 2/3 flertall. Her bør det sikres koordinasjon med vedtektene som gjelder per i dag i NGIR, slik at eierkommunene sikres tilsvarende kontroll som i dagens NGIR. Dagens vedtekter tilsier at representantskapet er involvert i forvaltningen av NGIR i større grad enn det som er "normalen" for en generalforsamling i et aksjeselskap. Det vises blant annet til at representantskapet iht. vedtektene blant annet skal velge revisor og medlemmer i styret, vedta

økonomiplan og årsbudsjett for NGIR, vedta eventuelle endringer i gebyrregulativet, vedta opptak av lån, salg av fast eiendom og større kapitalgjenstander, gi fullmakter til styret, og behandle saker som styret eller andre ønsker at representantskapet skal behandle. Tilsvarende myndighet bør sikres gjennom vedtektene i eventuelle nystiftede aksjeselskap som skal utføre tjenester for eierkommunene, slik at eierkommunene kan ha kontroll og tilsyn med økonomiske og kommersielle disposisjoner mv. og annen daglig ledelse. Generalforsamlingen kan også gi styret i datterselskapet instruks i enkeltsaker.

- Til sist må det kontrollerte rettssubjektet ikke forfølge interesser som er i strid med de kontrollerende oppdragsgivernes interesser. Her vil vedtektsbestemmelsene om selskapets formål være relevant, i det dette ikke må være i strid med eierkommunes interesser.

Det har som nevnt vært diskutert om det finnes en minstegrense for eierandel som må være overskredet for at utvidet egenregi skal foreligge ved felles kontroll. Minstegrensen er trolig lav, ettersom EU-domstolen i praksis har konkludert med at kontrollvilkåret har vært oppfylt med en så lav eierandel som 0,25 %. Så lenge det er en viss realitet i samarbeidet mellom oppdragsgiverne (eierkommunene) vil dette trolig ikke være problematisk for NGIRs eierkommuner. I den forbindelse er det et sentralt moment at alle eierkommunene har to stemmer og representanter i representantskapet, med unntak for Alver kommune, som har syv, slik at det til sammen er 18 representanter. Dermed har ingen av eierkommunene alene bestemmende innflytelse i NGIR, på bekostning av de øvrige kommunene. Dette bør sikres videreført i eventuelle nystiftede datterselskap som skal utføre tjenester for eierkommunene gjennom eierskap og styresammensetning.

6.3 Praktiske utfordringer ved å skille NGIRs næringsvirksomhet fra øvrig virksomhet

Som det fremgår ovenfor, vil det rent juridisk være fullt mulig å få til en omorganisering av NGIRs virksomhet slik at næringsvirksomheten overdras til et nystiftet datterselskap, og eventuelt øvrige funksjoner kan overføres til ett eller flere datterselskap alt etter hva som anses som hensiktsmessig.

Eiendeler kan overføres, personell kan overføres og selve virksomheten kan overføres. En oppdeling for å komme innenfor anskaffelsesrettslige rammer er derfor teoretisk mulig.

Det er imidlertid en del praktiske utfordringer som oppstår dersom virksomheten skal splittes på en slik måte at alt som i det vesentligste er relatert til næringsvirksomheten skilles ut i en separat juridisk enhet.

Som beskrevet ovenfor under punkt 2.2.5, benyttes både personell og driftsmidler i NGIR til arbeidsoppgaver som gjelder både husholdningsavfall og næringsvirksomhet. Etter NGIRs opplysninger er det i praksis tilnærmet umulig å splitte opp på en hensiktsmessig måte, uten at dette vil virke uforholdsmessig fordyrende. Vi skal kort nevne noen eksempler som illustrerer dette.

Av NGIRs driftsmidler er f.eks. bossbiler i bruk til både næringsvirksomhet og øvrig virksomhet. På bossbilene innhentes både husholdningsavfall og næringsavfall på en og samme rute. Avfallet veies etter hvert som det blir lastet på bilen, men blandes i selve beholderen på bilen. Etter at avfallet er kommt på bilen er det således ikke mulig å identifisere hvor avfallet kommer fra. Sjøførene som kjører bossbilene, har dermed heller ikke mulighet til å operere med et klart skille mellom når de kjører husholdningsavfall og når de kjører næringsavfall. Disse forholdene gjør det praktisk vanskelig å overføre et visst antall av NGIRs bossbiler og sjåfører til et separat aksjeselskap som skal drive NGIRs næringsvirksomhet. I praksis ville det naturlige vært å ha dobbelt opp av bossbiler og sjåfører, men det ville igjen virke fordyrende, ressurskrevende og lite effektivt.

Det samme gjelder for en rekke av de øvrige driftsmidler og personell, f.eks. renseanlegg, sorteringsanlegg og ansatte som jobber ved disse avdelingene. Utskillelse vil fort føre til at virksomheten går glipp av viktige storbedriftsfordeler.

Videre er det utfordringer knyttet til overdragelse av deponiet. Det benyttes i dag i det alt vesentlige til næringsvirksomhet. Spørsmål som må avklares er blant annet:

- Hva må legges til grunn er virkelig verdi av deponiet?
- Hvordan kan et evt. nystiftet aksjeselskap sikre ansvaret knyttet etterdrift i 30 år etter avslutning av deponering ved deponiet? Eierne av aksjeselskap er i motsetning til i et IKS ikke ansvarlig for selskapets forpliktelser utover aksjeinnskuddet i selskapet. Trolig vil det derfor bli en svært stor kostnad for det nystiftede selskapet å sikre dette ansvaret. Det kan undersøkes om utstedelse av garantier fra eierkommunene kan være løsning, men etter det vi forstår fra NGIRs opplysninger er dette lite realistisk å få til.

Det foreligger således både sterke personalmessige, driftsmessige og økonomiske utfordringer ved å få en totaloverføring av næringsvirksomhet til et datterselskap.

6.4 Konsekvenser av å ha et aksjeselskap som datterselskap av et interkommunalt selskap

6.4.1 Finansiering av aksjeselskap

Aksjeselskap må stiftes med minimum kr 30 000 i aksjekapital.

Eieren av et aksjeselskap, kan finansiere datterselskapets virksomhet med kapitalinnskudd eller innlån.

NGIRs selskapsavtale fastsetter ikke materielle krav for hva overskudd i NGIR kan anvendes til. Vi legger imidlertid til grunn at det ikke vil være mulig å ta utbytte fra NGIRs selvkosttjenester ut av virksomheten fordi dette er midler som trengs til betaling av selskapets forpliktelser, jf. lov om interkommunale selskaper (IKS-loven) § 29 andre ledd.

Finansiering av NGIRs datterselskap (dvs. minimum kr 30 000 i aksjeinnskudd) må derfor forutsetningsvis skje med midler som ikke kommer fra selvkostdelen i NGIR.

6.4.2 Muligheten for å ta ut midler fra datterselskapet

Om NGIR ønsker å ta ut midler fra datterselskapet, må dette skje etter nærmere regler i aksjeloven, som også setter rammer for hvor mye som kan tas ut. Vi skal i det følgende kort redegjøre for dette.

Utgangspunktet er at inntekter fra aktiviteten i datterselskapet, blir midler som datterselskapet rår over. Det er styret i aksjeselskapet som vurderer om midler skal deles ut, dersom dette anses som forsvarlig ut fra selskapets økonomiske situasjon.

6.4.2.1 Utbytte

Utdeling av utbytte krever at datterselskapet har tilstrekkelig utbyttegrunnlag, såkalt fri egenkapital. I tillegg er det krav om at selskapet etter utdelingen skal ha forsvarlig egenkapital og likviditet.

Generalforsamlingen treffer beslutning om utbytte etter styrets forslag. Generalforsamlingens beslutning er begrenset til å vedta eller sette ned utbyttet. Generalforsamlingen kan ikke beslutte høyere utbytte enn styret har foreslått.

Fritaksmetoden gjelder ved utdeling av utbytte fra aksjeselskap til interkommunalt selskap, jf. skatteloven § 2-38 (1) bokstav c). NGIR kan dermed motta utbytte fra sitt heleide datterselskap skattefritt.

6.4.2.2 Konsernbidrag

Reglene om konsernbidrag gjelder også for interkommunale selskaper så langt bestemmelsene passer, jf. skatteloven § 10-1 første ledd tredje punktum, jf. § 2-2 første ledd bokstav f og g. Hva som ligger i "så langt bestemmelsene passer" er ikke helt klart. Vi har ikke funnet eksempler fra praksis hvor konsernbidrag mellom AS og IKS er anvendt. Dersom det skal gis konsernbidrag, anbefaler vi å innhente en bindende forhåndsuttalelse for å få 100 % sikkerhet for at dette godtas av skattemyndighetene.

6.4.2.3 Tilbakebetaling av innbetalt kapital

Tilbakebetaling av innbetalt kapital til aksjeeieren, krever fri egenkapital på samme måte som utbytte. Tilbakebetaling av skattemessig innbetalt kapital til aksjeeier utløser ikke utbytteskatt eller annen skatt.

6.4.2.4 Forholdet til reglene om skattefrie institusjoner

NGIR har historisk blitt regnet som en skattefri institusjon for den delen av virksomheten som omfatter husholdningsavfall. Virksomheten knyttet til næringsavfall er derimot behandlet som skattepliktig.

Vi legger til grunn at hjemmelen for å behandle husholdningsdelen som skattefri, er skatteloven § 2-32. Etter skatteloven § 2-32 (1) er mild stiftelse, kirkesamfunn, menighet, selskap eller innretning som "ikke har erverv til formål", fritatt for skatteplikt.

Utgangspunktet er at skattefriheten ikke alene kan bero på innretningens (selskapets) formelle formålsparagraf, men at det i stedet må foretas en totalvurdering basert på både innretningens formål og de aktiviteter/oppgaver som faktisk utøves.

Bestemmelsen i § 2-32 (1) må ses i sammenheng med bestemmelsen i annet ledd, hvor det følger at:

"Driver institusjon eller organisasjon som omfattes av første ledd økonomisk virksomhet – herunder bortleie av fast eiendom, også i tilfelle eiendommen delvis er benyttet til egen bruk – vil formue i og inntekt av den økonomiske virksomheten være skattepliktig. Økonomisk virksomhet er unntatt fra skatteplikt når omsetningen av denne virksomheten i inntektsåret ikke overstiger 70.000 kroner. For veldedige og allmenntilgynnlige institusjoner og organisasjoner er den tilsvarende beløpsgrensen 140.000 kroner."

Bestemmelsene innebærer at aktiviteter som virkeliggjør eller realiserer innretningens ideelle formål skal være skattefrie, mens aktiviteter som ikke realiserer, evt. kun finansierer, det ideelle formålet vil være skattepliktige etter de ordinære regler (forutsatt at inntektene fra "finansieringsaktivitetene" overstiger kr 70 000 / kr 140 000).

Etter skatteloven § 2-32 er det den samlede virksomheten som er gjenstand for vurdering, jf. Rt. 1991 s. 705 (Veritas II). Spørsmålet er om man ved vurderingen av NGIR sitt formål må ta i betraktning aktivitetene i datterselskapet.

For virksomhet som er organisert i konsernlignende strukturer, har det i rettspraksis etter en konkret vurdering blitt lagt til grunn at virksomheten i datterselskaper skal tas i betraktning ved vurderingen av om institusjonen har erverv til formål, jf. Rt. 1991 s. 705 (Veritas II). Standpunktet er fulgt opp i Utv. 2007 s. 1465 (Sintef).

I Ole Gjems-Onstad, Norsk Bedriftsskatterett, 8. utg. s. 361-362, er det fremholdt følgende om problemstillingen:

"I hvilken utstrekning man skal ta hensyn til aktivitetene i datterselskaper, kan synes uavklart, men avhenger trolig av en konkret vurdering. Der datterselskapet driver en helt annen type virksomhet, kan investeringen sett fra institusjonens side mer fremtre som en passiv kapitalforvaltning. Da kan det virke uheldig å la datterselskapets aktivitet avgjøre klassifiseringen av den eier-institusjonen i forhold til sktl § 2-32. Dette må trolig også gjelde der omfanget av aktivitetene i datterselskapet vesentlig overstiger eierinstitusjonens aktivitet. At en institusjon har betydelige midler investert for å oppnå kapitalavkastning, kan ikke i seg selv medføre klassifisering som ervervsmessig hvis det ideelle formål for øvrig er klart nok. Trolig bør man legge mest vekt på om aktivitetene fremtrer som integrert; nærmest som et konsern eller som gruppe, og ikke vektlegge om det dreier seg om en passiv kapitalavkastning".

Videre omtales følgende om problemstillingen i Skatte-ABC 2019/20 s. 1138:

"Inngår institusjonen mv. i en konsernstruktur eller en konsernliknende struktur, vil også virksomheten i datterselskapene inngå ved vurderingen av om konsernspissen har erverv til formål, se HRD i Utv. 1991/941 (Rt. 1991/705) (Veritas II) og LRD i Utv. 2007/1465 (Sintef).

Hvis konsernspissen er en skattefri institusjon, og datterselskapet driver innenfor det samme ikke-økonomiske formålet, vil det være et argument som trekker i retning av skattefritak for datterselskapet".

Ovennevnte betyr at for datterselskap som driver næringsvirksomhet, vil et evt. overskudd utdelt til morselskap som driver virksomhet etter skatteloven § 2-32, etter en konkret vurdering kunne medføre skatteplikt på hele morselskapets virksomhet, selv om dette selskapet isolert sett ikke har erverv til formål.

7 Forholdet til statsstøtteregelverket

7.1 Generelt

Regelverket om offentlig støtte medfører begrensninger for utbetaling av midler fra det offentlige. For at det skal være tale om offentlig støtte i strid med EØS-avtalens art. 61, må følgende vilkår være oppfylt:

1. Det må dreie seg om "støtte" i form av en økonomisk fordel;
2. Støtten må være gitt av det offentlige, altså "statsmidler" i enhver form;
3. Mottaker må være "foretak" i form av å drive økonomisk virksomhet;
4. Støtten må være selektiv, dvs. begunstige "enkelte" foretak eller varer;
5. Støtten må vri eller true med å "vri konkurransen";
6. Støtten må være egnet til å påvirke "samhandelen" i EØS-området

Kommunene står fritt til å bestemme sin egen organisering, og selve opprettelsen og overføring av midler til NGIR er dermed i utgangspunktet statsstøtterettslig uproblematisk. Men dersom NGIR driver økonomisk virksomhet, vil kommunene måtte sørge for å forhindre ulovlig støtte overfor denne ulovlige virksomheten. NGIR må altså sørge for at det ikke skjer en sammenblanding av midlene så lenge NGIR driver kommersiell virksomhet.

Et spørsmål er om foretaksvilkåret, se nr. 3 ovenfor, er oppfylt dvs. om det drives økonomisk virksomhet. Hvorvidt det er tale om økonomisk virksomhet i NGIR, beror på om det er snakk om å være aktiv i form av å tilby varer eller tjenester på et marked. Slik dette er tolket i rettspraksis, er det en lav terskel før en aktivitet anses som økonomisk aktivitet. Det er virksomhetens art som er avgjørende, og ikke organisasjonsformen eller den juridiske status virksomheten har. Videre er det klart at det ikke er avgjørende om mottakeren av støtten er ment å generere profitt. Juridiske personer som driver non-profit vil derfor kunne anses for å være et foretak. Det følger også av rettspraksis at for juridiske personer som både driver med økonomisk og ikke-økonomisk virksomhet, skal i utgangspunktet hele virksomheten anses som foretak.

Det fremstår på bakgrunn av dette utgangspunktet rimelig klart at NGIR er være å regne som et foretak.

Det er etter også vår vurdering at de øvrige vilkårene gjengitt ovenfor vil være oppfylt. Merk imidlertid at i tilfeller hvor det er tale om selskaper som er fullt ut eid av det offentlige slik som NGIR vil være, er ikke statsstøttereglene til hinder for overføringer mellom det offentlige og NGIR så lenge de er tråd med hva som anses som forretningsmessig rasjonelt for en investor på det private markedet (markedsaktør-prinsippet). I slike tilfeller anses ikke overføringen å utgjøre en økonomisk fordel. Vi viser her til ESAs retningslinjer ("The Notion of State Aid").

Ettersom NGIR forvalter offentlige midler, vil også dette måtte forholde seg til forbudet mot ulovlig støtte, og NGIR må forholde seg til samme rammer som kommunen. Dette omfatter ikke bare rene gaver, men også salg til underpris.

Det kan altså oppstå spørsmål om kryssubsidiering, som er en form for indirekte offentlig støtte som innebærer at midler flyter mellom økonomisk og ikke økonomisk virksomhet.

Et sentralt virkemiddel for å hindre kryssubsidiering er å sørge for regnskapsmessige skiller, altså slik at det føres separat virksomhet for utviklingsvirksomheten. Ressurser må allokeres riktig. ESA har blant annet uttalt seg om dette i en sak vedrørende norske sykehusapoteker (vedtak 469/13 COL), og påpekt at dette medfører at man også må klarlegge regnskapsprinsippene på forhånd, og at regnskapsføringen ellers bør skje i henhold til anerkjente regnskapsprinsipper.

Slik vi har fått oppgitt har NGIR opprettet regnskapsmessige skiller for å unngå sammenblanding. Så lenge det er næringsvirksomhet i NGIR IKS vil et slikt regnskapsmessig skille være nødvendig. Det vil likevel kunne være enklere ved at opprettelse av et datterselskap for næringsvirksomhet vil store deler av denne del av virksomheten ikke måtte hensyntas regnskapsmessig i IKS. Slikt skille følge naturlig etter organisering og skille blir ikke nødvendig.

7.2 Konkurransen på like vilkår

Statsstøtteregulverket gir rammer for at det skal foreligge konkurranse på like vilkår. Det har allerede opparbeidet seg, gjennom rettspraksis, en rekke rammer for håndtering for at slik konkurranse skal være på like vilkår. For enda klarere rammeverk, og etter spørsmål fra ESA 2015, ble Hjelmeng-utvalget satt sammen og kom i 2018 med forslag om tiltak for å sikre lik konkurranse mellom offentlig og private i markedet. Oslo Economics fikk i oppdrag å se på de samfunnsøkonomiske konsekvensene av forslag fra Hjelmeng-utvalget. Oslo Economics leverte endelig rapport i januar 2020.

Mange av forslagene fra Hjelmeng-utvalget fikk ikke støtte i rapport fra Oslo Economics sett ut fra et samfunnsøkonomisk perspektiv. Men rapporten viste til enkelte forslag for konkrete endringer. Det forslaget som vil få stor betydning for kommuner, er forslaget om at all næringsvirksomhet over

MNOK 12 drevet på kommunal hånd, må skilles ut i egne aksjeselskaper. Næringsvirksomhet over MNOK 5 må drives med regnskapsmessige skiller. Sistnevnte vil nok ikke få så stor betydning, da regnskapsmessig skille allerede er velkjent blant de fleste offentlige virksomheter som driver næringsvirksomhet.

Av Prop. 105 S ¹²fremgår det at departementet arbeider videre med saken og forslag til konkrete tiltak. Dette arbeidet er ikke ferdig og det er heller ikke indikert når det vil bli ferdig. Blir forslaget vedtatt på et senere tidspunkt vil en rekke kommuner måtte omorganisere sin virksomhet.

¹² <https://www.regjeringen.no/contentassets/b22c03dc383640169f396bd2fddca846/no/pdfs/prp201920200105000dddpdfs.pdf>