

- Samvirkeforetak for kommuner -

**En vurdering av om samvirkeforetak kan være en aktuell organisasjonsform
når kommuner skal drive en virksomhet i samarbeid med andre**

FORORD

Denne utredningen er skrevet av KS Advokatene på oppdrag fra KS Bedrift.

Kommuneloven § 2 slår fast at: «Denne lov gjelder for kommuners og fylkeskommuners virksomhet, herunder kommunal og fylkeskommunal virksomhet i medhold av andre lover.» Tilsynelatende gir den ikke anledning til å organisere kommunal/fylkeskommunal virksomhet i andre former enn kommuneloven gir anvisning på.

Det er imidlertid ikke tvilsomt at kommunal og fylkeskommunal virksomhet kan organiseres både innenfor og utenfor kommunen og fylkeskommunen som eget rettssubjekt. Kommuneloven har riktignok ingen uttrykkelig hjemmel for at kommuner kan organisere virksomhet etter den alminnelige selskapslovgivningen, men det er etter gjeldende rett på det rene at kommunene og fylkeskommunene kan organisere virksomhet på annen måte enn gjennom det regelverk som er nedfelt i kommuneloven.

Det finnes flere mulige organisasjonsformer som kan benyttes. Hvilken organisasjonsform som velges, er opp til kommunen og fylkeskommunen å bestemme innenfor det rammeverket som følger av norsk lovgivning.

For kommuner og fylkeskommuner var det, frem til ny Lov om samvirkeforetak av 29.06. 2007 (samvirkeloven) ble iverksatt, et valg mellom å organisere virksomheten utenfor kommunen/fylkeskommunen i aksjeselskap (AS), interkommunalt selskap (IKS), § 27-samarbeid og vertskommunesamarbeid etter kommuneloven, samt stiftelser. I 2012 ble det også anledning til å organisere virksomhet som samkommune etter kommunelovens regler.

Etter at samvirkeloven ble vedtatt, har det vært en økende interesse fra kommuner/ fylkeskommuner og foretak med kommunalt og fylkeskommunalt eierskap knyttet til muligheter for etablering av samvirkeforetak.

Siktemålet med utredningen er å avklare om det er noe til hinder for at kommuner og fylkeskommuner kan bruke samvirkeforetaksformen (SA), og hvorvidt samvirkeforetaksformen kan være en aktuell organisasjonsform for deler av kommunenes og fylkeskommunenes virksomhet.

I den grad samvirkeforetak kan benyttes, har målet også vært å se på hvordan denne foretaksmodellen kan anvendes innenfor ulike forvaltnings og virksomhetsområder, herunder både lovpålagte og ikke lovpålagte oppgaver.

Vi benytter samtidig anledningen til å takke tidligere professor Tore Fjørtoft, nå advokat i advokatfirmaet Schjødt AS i Oslo for konstruktive og nyttige innspill til utredningens innhold.

Oslo, 20. oktober 2014

Jostein Selle
Advokat

Erna Mikalsen Larsen
Advokat

SAMMENDRAG	8
Generell beskrivelse av samvirkeforetak	15
2.1 Hjemmelsgrunnlaget for organisasjonsformen og formål	15
2.2 Hva er kravet for å være et samvirke?	16
2.2.1 Kravet om sammenslutning.....	16
2.2.2 Kravet om økonomisk formål	16
2.2.3 Kravet om omsetning mellom foretak og medlem	17
2.2.4 Krav om at avkastningen skal fordeles etter omsetning	19
2.2.5 Krav om begrenset deltageransvar	19
2.3 Vedtekter og opprettelse av samvirke	19
2.4 Medlemskap, økonomisk ansvar og utbytte	20
2.5 Hovedregel om demokratisk kontroll (en stemme hver) og muligheter for unntak	21
2.6 Hvordan et samvirke er bygd opp	21
2.7 Kan et samvirke brukes som et datterselskap?.....	22
2.8 Kan et samvirke stille sikkerhet (garanti) for andre?	22
2.9 Fusjon og fisjon av samvirkeforetak.....	22
2.10 Omdanning av samvirke til annen organisasjonsform, oppløsning og avvikling av samvirke ..	22
2.10.1 Omdanning til annen organisasjonsform	23
2.10.2 Oppløsning og avvikling.....	23
2.11 Oppsummering.....	23
Samvirkeforetak for kommuner	24
3.1 Generelt.....	24
3.2 Særlig om regelverket for offentlige anskaffelser	25
3.2.1 Innledning	25
3.2.2 Gjeldende rett om utvidet egenregi.....	26
a) Generelt.....	26
b) Utvidet egenregi for samvirkeforetak – nærmere om kontrollkriteriet	28
c) Muligheter for å utøve tilstrekkelig styring og kontroll i et samvirkeforetak til at virksomheten kan drives i egenregi	30
d) Særlig om aktivitetskriteriet – betydningen for samvirkeforetak.....	31
e) Oppsummering.....	32
3.2.3 Det nye direktivet	32
a) Innledning.....	32
b) Artikkel 12 i direktivet	32
c) Felles kontroll	35
d) «Horisontalt samarbeid».....	35
e) Betydning for samvirkeforetak - oppsummering	36
3.3 Særlig om regelverket for offentlig støtte.....	36

3.3.1 Generelt om forbudet mot offentlig støtte.....	36
3.3.2 Kan organisering som samvirkeforetak innebære ulovlig offentlig støtte?.....	37
3.3.3 Oppsummering.....	38
3.4 Forholdet til kommuneloven, forvaltningsloven og offentleglova.....	38
3.4.1 Kommuneloven	38
3.4.2 Offentleglova.....	39
3.4.3 Forvaltningsloven	40
3.4.4 Oppsummering.....	40
Kan samvirkeforetak være et alternativ til andre foretaksformer – en sammenligning.....	40
4.1 Generelt: har det betydning om det er mange eller få eiere. Mulighetene for eierstyring.....	40
4.2. Samvirkeforetak som et alternativ til et aksjeselskap (AS) – sammenligning med AS.....	41
4.2.1 Innledning.....	41
4.2.2 Kort om AS.....	42
4.2.3. Litt om hva aksjeselskap gjennomgående er brukt til.....	43
4.2.4 Nærmere om eierinnflytelse i AS	44
4.2.5. Hva skiller et AS fra et samvirkeforetak (SA)?	45
a) Innledning.....	45
b) Hvem kan være eier/medlem	45
c) Nye eiere i et AS – innmelding i samvirke	45
d) Økonomisk ansvar og formål	47
e) Rettigheter som eier/medlem.....	47
f) Økonomiforhold.....	48
g) Organisasjonsstruktur	48
4.2.6 Oppsummering.....	48
a) De viktigste forskjellene mellom AS og Samvirkeforetak.....	48
b) Når kan et samvirkeforetak være et alternativ til et AS?.....	49
4.3 Samvirkeforetak som alternativ til andre organisasjonsformer – sammenligning med IKS	49
4.3.1 Innledning.....	49
4.3.2. Kort om IKS.....	49
a) Generelt.....	49
b) Nærmere om eierinnflytelse	50
4.3.3 Hva skiller et IKS fra et samvirkeforetak.....	51
a) Innledning.....	51
b) Hvem kan være eier/medlem	52
c) Opptak av ny deltaker – innmelding.....	53
d) Deltakernes økonomiske ansvar	53
e) Rettigheter som eier/medlem.....	54
f) Økonomiforhold.....	54

g) Organisasjonsstruktur	54
4.3.4 Oppsummering.....	55
a) De viktigste forskjellene mellom IKS og SA	55
b) Når kan et SA være et alternativ til et IKS?	55
4.4 Samvirkeforetak som alternativ til andre organisasjonsformer – sammenligning med felles styre etter kommuneloven § 27.....	56
4.4.1 Innledning.....	56
4.4.2 Kort om felles styre etter kommuneloven § 27	56
4.4.3 Hva skiller felles styre etter § 27 fra et samvirkeforetak	57
4.4.4 De viktigste forskjellene mellom styret etter § 27 og samvirkeforetak	58
4.4.5 Oppsummering - når kan et SA være alternativ til et styre etter § 27?	58
4.5 Samvirkeforetak som et alternativ til en stiftelse – sammenligning med stiftelse	59
4.5.1 Innledning.....	59
4.5.2 Kort om stiftelser	59
4.5.3 Litt om hva stiftelser gjennomgående er brukt til.....	62
4.5.4 Nærmere om eierinnflytelse i en stiftelse.....	62
4.5.5 Hva skiller en stiftelse fra et samvirkeforetak	62
a) Innledning.....	62
b) Hvem kan være eiere – innmelding i et samvirke.....	63
c) Økonomisk ansvar og formål.....	63
d) Rettigheter som eier/medlem	63
e) Økonomiforhold	63
f) Organisasjonsstruktur	64
4.5.6 Oppsummering av de viktigste forskjellene mellom en stiftelse og et samvirkeforetak.....	64
4.6 Samvirkeforetak som alternativ til samkommune og vertskommune etter kommuneloven.....	65
5. Typetilfeller	66
5.1 Innledning.....	66
5.2 Adgangen til å legge oppgaver til egne rettssubjekter – herunder samvirkeforetak	66
5.3 Noen kategorier kommunal virksomhet	67
5.3.1 Innledning.....	67
5.3.2 Hvilke typer kommunal virksomhet vil samvirke være egnet for	68
a) Virksomhet rettet mot innbyggerne	68
b) Virksomhet rettet mot kommunene selv - administrative støttetjenester	71
c) Næringsvirksomhet	71
5.3.3 Et særspørsmål – hva hvis én kommune ønsker en dominerende stilling i samarbeidet?..	72
5.3.4 Oppsummering.....	73
6. Kasuistikk	74
6.1. Alternative organisasjonsmodeller utenfor kommunen – en sammenfatning.....	74

6.2 Nærmere om hva det legges vekt på ved valg av organisasjonsform.....	77
6.3 Organisering av havnevirksomhet som samvirkeforetak.....	77
6.3.1 Innledning.....	78
6.3.2 Særskilt om havnevirksomhet.....	78
6.3.3 Organisering som samvirkeforetak	79
a) Er vilkårene for samvirkeforetak oppfylt?.....	79
b) Forhold som tilsier at havnevirksomhet ikke kan organiseres som samvirkeforetak?	79
c) Særlig om skatt og avgift	81
d) Behovet for styring av virksomheten og andre forhold	81
e) Oppsummering.....	81
6.4 Organisering av kommunal revisjon som samvirkeforetak.....	82
6.4.1 Innledning.....	82
6.4.2 Interkommunal revisjonsenhet som samvirkeforetak - samvirkekriteriene.....	83
6.4.3 Særlig om skatt og avgift	84
6.4.4 Særlig om behovet for styring av virksomheten	84
6.4.5 Oppsummering.....	84
6.5 Organisering av interkommunalt arkiv som samvirkeforetak.....	85
6.5.1 Innledning.....	85
6.5.2 Nærmere om interkommunale arkivers virksomhet.....	85
6.5.3 Organisering som samvirkeforetak - samvirkekriteriene	86
a) Innledning.....	86
b) Er vilkårene oppfylt for interkommunale arkiv?	86
6.5.4 Særlig om skatt og avgift	87
6.5.5 Særlig om styring av virksomheten	87
6.5.6 Oppsummering.....	87
6.6 Organisering av brannvesenet	88
6.6.1 Innledning.....	88
6.6.2 Organisering som samvirkeforetak	88
a) innledning.....	88
b) Er vilkårene oppfylt?	91
6.6.3 Særlig om skatt og avgift	92
6.6.4 Behovet for styring av virksomheten	92
6.6.5 Oppsummering.....	93
6.7 Organisering av opplæringskontor som samvirkeforetak.....	93
6.7.1 Innledning.....	93
6.7.2 Er vilkårene for å være et samvirke oppfylt?	94
6.7.3 Skatt og avgifter.....	96
6.7.4 Behovet for styring av virksomheten	96

6.7.5 Oppsummering.....	97
7. Særlig om skatt og avgift.....	97
7.1 Innledning.....	97
7.2 Skatt.....	97
7.3 Merverdiavgift – uavhengig av organisasjonsform	98
7.4 Arbeidsgiveravgift – uten betydning for valg av organisasjonsform.....	98
7.5 Oppsummering.....	99

SAMMENDRAG

Denne FOU-utredningen er skrevet etter en bestilling fra KS bedrift. Mandatet var å skrive en rapport med en gjennomgang og en vurdering av om samvirkeforetak kan være en aktuell selskapsform for kommuner og fylkeskommuner, og en vurdering av denne selskapsformen opp mot andre aktuelle selskapsformer for kommunalt eide selskaper. Kommune og fylkeskommune er i rapporten betegnet i fellesskap som kommune av forenklingshensyn.

I kapittel 2 er det redegjort generelt for samvirkeforetak som organisasjonsform. Et samvirke kan stiftes av minimum 2 deltagere. Et samvirkeforetak er basert på medlemskap, ikke eierskap. Hovedregelen er at alle medlemmene har en stemme hver og det praktiseres åpent medlemskap, med mindre annet er bestemt i vedtektene. Samvirkeoven oppstiller fem vilkår som alle må være oppfylt for at en virksomhet eller sammenslutning kan være et samvirkeforetak. Virksomheten må ha et økonomisk formål, dvs. at det må ha en økonomisk verdi for medlemmene. Dette er likevel ikke til hinder for at foretaket også kan ha et ideelt formål.

Det må finne sted en omsetning (være en form for aktivitet/samhandling) mellom samvirket og medlemmet. Ingen av medlemmene har personlig ansvar for foretaket. Det kan utbetales utbytte til medlemmene. Utbetaling av utbytte skal være basert på hvilken omsetning medlemmet har med foretaket, ikke utfra hva man har skutt inn av kapital i samvirket. Det kan avtales i vedtektene at det ikke skal utbetales utbytte, men at overskuddet skal forbli i virksomheten.

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

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

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

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

I kapittel 3 er det vurdert nærmere om det i lovgivningen generelt er noe til hinder for at kommuner kan etablere samvirkeforetak med andre kommuner. Hverken samvirkeoven selv eller kommuneloven legger begrensninger på kommuners adgang til å etablere samvirkeforetak.

Spørsmålet blir dermed om det finnes annen lovgivning som enten avskjærer kommuner fra å bruke samvirkeforetak, eller i praksis gjør det uaktuelt å bruke denne organisasjonsformen.

Regelverket om offentlige anskaffelser krever at anskaffelser av varer eller tjenester over en viss verdi settes ut på anbud. Der kommunen driver virksomheten selv, ved sine egne ansatte og innenfor kommunen som juridisk person, gjelder ingen plikt til å gjennomføre en anskaffelse etter disse reglene. Man sier gjerne at virksomheten i slike tilfeller drives i «egenregi». Det er også på visse vilkår adgang til å legge oppdrag til en sammenslutning som er eid av flere kommuner uten at virksomheten må settes ut på anbud. Dette kalles gjerne «utvidet egenregi».

Regelverket om offentlige anskaffelser er slik ikke i seg selv til hinder for at kommuner kan danne samvirkeforetak, men det kan legge begrensninger på kommunenes mulighet til og direkte legge oppdrag til et slikt samvirkeforetak uten at det settes ut på anbud. For flere interkommunale sammenslutninger er det ofte et ønske fra deltakerkommunene å kunne legge oppdrag direkte til sammenslutningen.

Det er drøftet om kommuner som er medlemmer i et samvirkeforetak kan legge oppdrag til samvirkeforetaket uten å gjennomføre en anskaffelsesprosess.

Det er to kriterier som må oppfylles for at kommuner kan legge oppdrag til sammenslutninger i egenregi; *kontrollkriteriet* og *aktivitetskriteriet*.

Etter vår vurdering vil det være mulig å oppfylle både kontroll og omsetningskriteriet i et samvirkeforetak. Det er med andre ord ikke trekk samvirkeforetaksmodellen som utelukker at kommuner kan etablere en slik sammenslutning og motta varer eller tjenester fra denne uten at det gjelder en plikt til å sette oppdrag ut på anbud. Hvorvidt vilkårene i praksis vil være oppfylt kan imidlertid ikke besvares på generelt grunnlag, det vil bero på en konkret vurdering fra sak til sak.

Det er vår vurdering at det nye direktivet om offentlige anskaffelser som ble vedtatt i 2014 ikke inneholder noe nytt som direkte berører muligheten for å legge oppgaver til et samvirkeforetak i egenregi. Det betyr at det også under det nye direktivet vil være mulig å etablere samvirkeforetak i egenregi hvor kontroll og aktivitetskriteriet er oppfylt. Om kriteriene er oppfylt i de enkelte tilfeller, vil bero på en konkret vurdering.

Der det offentlige eier og driver næringsvirksomhet vil *regelverket om offentlig støtte* legge begrensninger på hvor fritt kommunen står til å finansiere virksomheten uten å komme i strid med regelverket om offentlig støtte. Enkelte særlige spørsmål som oppstår når kommunen legger virksomhet til et samvirkeforetak er drøftet i kap. 3.

Der et samvirkeforetak driver en økonomisk virksomhet vil det være et foretak i støtteregelverkets forstand. Regelverket om offentlig støtte vil gjelde fullt, inkludert de ulike unntak i dette regelverket. Hvorvidt et samvirkeforetak driver økonomisk virksomhet vil måtte bero på en konkret vurdering av hvert foretak. Det er etter vår vurdering ikke særtrekk ved samvirkeforetaksmodellen som gjør at den i seg selv er problematisk som organisasjonsmodell for kommunal virksomhet. Støtteregelverket er slik ikke til hinder for å organisere kommunal virksomhet i denne formen. Avhengig av hvordan kommunene opptrer vis a vis foretaket kan det foreligge ulovlig offentlig støtte, men om det er tilfelle vil bero på en konkret vurdering.

Forholdet til kommuneloven, offentleglova og forvaltningsloven er drøftet avslutningsvis i kap. 3. Kommuneloven vil ikke gjelde for et samvirkeforetak selv om det består av bare kommuner. Et samvirkeforetak vil imidlertid som hovedregel vil være omfattet av offentleglova dersom en

kommune sammen med andre kommuner, fylkeskommuner eller staten har flertall av stemmene på årsmøtet, og foretaket ikke hovedsakelig driver næringsvirksomhet i direkte konkurranse med og på samme vilkår som private. Hvorvidt et samvirkeforetak vil være omfattet av forvaltningsloven beror på en konkret vurdering av formål, organisasjonsform, oppgaver og finansiering.

I kapittel 4 er det innledningsvis drøftet om det har betydning om det er mange eller få antall eiere ved valg av organisasjonsform, og om dette har betydning for mulighetene for eierstyring. Videre er det foretatt en drøfting av samvirkeforetak som et alternativ til ulike organisasjonsmodeller, med en gjennomgang av de alternative organisasjonsmodellene.

Samvirkeforetak som alternativ til AS:

Bestemmelsene om AS og SA er på mange punkter sammenfallende. Begge er egne rettssubjekter, styringsstrukturen og forholdet mellom de ulike organer i virksomheten er i det vesentlige de samme. En vesentlig forskjell ligger i at en eier i et AS kan ha bestemmende innflytelse i selskapet. I et samvirke kan ingen ha flertall av stemmene på årsmøte.

En annen viktig forskjell er at det er vesentlig enklere å ta opp nye medlemmer i et samvirke enn det er å få inn nye eiere i et AS. Det er noe lettere å begrense hvem som skal kunne være eiere i et AS enn det er å begrense hvem som skal kunne være medlem i et samvirkeforetak. Et AS kan ha en eier, mens det kreves to eller flere medlemmer i et SA.

Når det gjelder finansiering av virksomheten skiller ikke et SA seg vesentlig fra AS. Kapitalbehovet løses internt eller gjennom eksterne lån. For virksomheter som er særlig kapitalkrevende, og hvor det er ønskelig å innhente risikovillig ekstern kapital, har samvirkeformen noen begrensninger i forhold til et AS. For samvirke kan imidlertid dette behovet imøtekommes ved at det etableres datterselskaper, noe det er anledning til et samvirkeforetak.

For at et SA kan være et alternativ til AS, må vilkårene i samvirkeoven § 1 være tilfredsstillende. Det vil si at vilkåret om økonomisk hovedformål (formålskriteriet), vilkåret om omsetning mellom foretak og medlem (omsetningskriteriet), og vilkåret om at avkastningen kan fordeles etter omsetning (fordelingskriteriet) kan tilfredsstilles for den aktuelle virksomheten.

Samvirkeforetak vil likevel være utelukket, dersom én kommune skal ha mer enn 50 prosent av stemmene i det øverste styringsorganet. Uaktuelt vil også et samvirkeforetak være dersom det er avgjørende at deltakerne skal kunne ta utbytte etter kapital/eierandel, eller dele aktiva ved oppløsning forholdsmessig etter eierandel.

Samvirkeforetak som alternativ til IKS:

En forutsetning for at et SA kan være et alternativ til IKS er for det første at vilkårene i samvirkeoven § 1 er tilfredsstillende. Det vil si at vilkåret om økonomisk hovedformål (formålskriteriet), vilkåret om omsetning mellom foretak og medlem (omsetningskriteriet), og vilkåret om at avkastningen kan fordeles etter omsetning (fordelingskriteriet) kan tilfredsstilles for den aktuelle virksomheten. Både IKS og SA er sammenslutninger med egen rettssubjektivitet (sammenslutningskriteriet), slik at det på dette punkt ikke er noen forskjell. Ettersom et samvirkeforetak har begrenset økonomisk

deltakeransvar (ansvarsbegrensningen), vil samvirkeforetak imidlertid ikke være aktuelt dersom det er ønskelig at deltakerne har ubegrenset økonomisk ansvar.

Selv om disse kriteriene lar seg oppfylle, vil likevel SA være utelukket dersom det er avgjørende at én kommune skal ha mer enn 50 prosent av stemmene i det øverste styringsorganet.

SA vil videre være uaktuelt dersom det er avgjørende at deltakerne skal kunne ta utbytte etter kapital/eierandel, eller dele aktiva ved oppløsning forholdsmessig etter eierandel.

Dersom disse begrensningene ikke er viktige, vil samvirkeforetak i prinsippet kunne være et aktuelt alternativ til IKS.

Samvirkeforetak som et alternativ til § 27:

En forutsetning for at et SA kan være et alternativ til styre etter § 27, er for det første at vilkårene i samvirkeoven § 1 lar seg tilfredsstillende for den aktuelle virksomheten, se ovenfor under gjennomgangen av AS og IKS.

Ettersom et felles styre etter kommuneloven § 27 ikke nødvendigvis behøver å være et eget rettssubjekt, vil samvirkeforetak ikke være aktuelt dersom det er ønskelig at virksomheten ikke er en egen juridisk person. Samvirkeforetak vil heller ikke være et alternativ til styre etter § 27 dersom det er ønskelig at deltakerkommunene skal ha fullt økonomisk ansvar for virksomhetens forpliktelser. Et samvirkeforetak har begrenset deltakeransvar (ansvarsbegrensningen).

Selv om disse kriteriene lar seg oppfylle, vil likevel SA være utelukket dersom det er avgjørende at én kommune skal ha mer enn 50 prosent av stemmene i det øverste styringsorganet.

SA vil videre være uaktuelt dersom det er avgjørende at deltakerne skal kunne ta utbytte etter kapital/eierandel, eller dele aktiva ved oppløsning forholdsmessig etter eierandel.

Dersom disse begrensningene ikke er viktige, vil samvirkeforetak i prinsippet kunne være et alternativ til felles styre etter kommuneloven § 27.

Samvirke som et alternativ til stiftelse:

En forutsetning for at et SA kan være et alternativ til en stiftelse er at den aktuelle virksomheten tilfredsstiller kravene i samvirkeoven § 1, jf. omtale av AS og IKS. En vesentlig forskjell mellom en stiftelse og et samvirkeforetak er samhandlingsprinsippene som kjennetegner et samvirke, ikke kan gjennomføres i en stiftelse. Det er ingen samhandling mellom oppretteren og stiftelsen, hvilket er et av hovedprinsippene for at det skal være et samvirke. Dersom samhandling skal finne sted, er stiftelse uegnet som organisasjonsform. Ønsker en kommune å få noe tilbake fra stiftelsen, vil det være i strid med stiftelsesloven § 19, annet ledd. Oppretteren kan ikke tilgodeses med utdelinger fra stiftelsen.

Oppretteren har heller ingen rådighet over formuesverdiene i en stiftelse. Demokratisk kontroll og styring eksisterer ikke mellom oppretteren og stiftelsen. Oppretteren har ingen innflytelse over stiftelsen utover det forhold at oppretteren kan sitte i styret, men dog ikke utgjøre styret alene. En stiftelse lever sitt eget liv, med tilsyn fra stiftelsesstilsynet. I et samvirke derimot, har medlemmene innflytelse gjennom å bruke stemmeretten på årsmøte.

Videre kan medlemmene i et samvirkeforetak motta utdelinger av årsoverskuddet dersom ikke annet er fastsatt i vedtektene, jf. samvirkeoven § 15 (1) nr. 6, jf. § 27. Medlemmene har for øvrig også andre rettigheter som følger av samvirkeoven § 15. Er det ikke noe ønske om å kunne ta del i overskuddet i form av utbytte/avkastning, er begge former aktuelle. Det kan ikke mottas utbytte fra en stiftelse, og det kan i vedtektene for et samvirke bestemmes at det ikke skal utdeles utbytte/avkastning til medlemmene. Det vil derfor være andre kriterier som avgjør om samvirke eller stiftelse er rett valg av organisasjonsform.

Det kan slås fast at en stiftelse ikke er lagt til rette for aktiv økonomisk virksomhet med deltagelse fra oppretteren, mens dette er en viktig del av prinsippene for et samvirke. Dette vil derfor være avgjørende kriterier for hvorvidt det skal velges samvirke eller stiftelse. Hvorvidt samvirke er et aktuelt alternativ til en stiftelse, vil derfor avhenge av om det er viktig for den som skal vurdere organisasjonsform om det er ønskelig å få noe igjen fra rettssubjektet. Er samhandling med rettssubjektet for å få ivare tatt sine interesser viktig, er stiftelse uaktuelt, mens et samvirke vil er et aktuelt alternativ. Skal det derimot ikke foregå noen form for samhandling, er samvirke et uaktuelt alternativ.

I kapittel 5 er det gjort en generell vurdering av når samvirkeforetak kan være en egnet organisasjonsform i kommuner. Her er det foretatt en drøftelse av om samvirke er egnet for en del typetilfeller.

Enkelte konkrete virksomhetsområder er nærmere vurdert i kap. 6. Innenfor rammen av denne utredningen er det begrenset hvor mange slike konkrete områder det kan gjøres en vurdering av. Det er derfor ønskelig å stille opp noen typiske kategorier av kommunal virksomhet, for å kunne gjøre en mer generell vurdering av når samvirkeforetak kan være en egnet organisasjonsform. I kap. 5 er det gjort en slik generell vurdering basert på noen typetilfeller.

Ettersom samvirkeforetak er et eget rettssubjekt er det første spørsmålet om oppstår hvilke kommunale oppgaver og virksomheter som kan legges til et samvirkeforetak. Det må her gjøres en samlet vurdering, hvor både virksomhetens rettslige grunnlag, kommunens styrings- og kontrollmuligheter og den deltakersammensetning foretaket har vil være sentrale momenter. Det er ikke grunn til å anta at adgangen til å legge oppgaver til et samvirkeforetak vil skille seg vesentlig fra adgangen til å legge oppgaver til et selskap eid av kommuner.

Med det formål å se nærmere på når samvirkemodellen er egnet, er kommunenes virksomhet delt i tre grupper:

- Virksomhet rettet mot innbyggerne
- Administrative støttetjenester
- Næringsvirksomhet

Av de fem kriteriene som avgjør om man har med et samvirkeforetak å gjøre er det særlig formålskriteriet, omsetningskriteriet og fordelingskriteriet som er særegent for denne

organisasjonsformen. De to andre kriteriene – sammenslutningskriteriet og ansvarsbegrensningskriteriet deler samvirkeforetak med aksjeselskaper.

For at samvirkeforetak skal være en egnet organisasjonsform, må alle disse kriteriene kunne oppfylles for den aktuelle virksomheten.

For virksomhet rettet mot innbyggerne – typisk kommunal tjenesteyting – hvor formålet er å yte tjenester til innbyggerne og ikke til kommunen selv, kan det være nødvendig å presisere hvilken omsetning som skjer mellom foretaket og medlemmene/kommunene. Dette følger av omsetningskriteriet sammenholdt med formålskriteriet, som krever at det foregår en omsetning mellom foretak og medlem som har økonomisk verdi. I de fleste tilfeller vil likevel dette kravet kunne oppfylles også i foretak som skal yte velferdstjenester til innbyggerne. Samvirkemodellen kan derfor være egnet for slik virksomhet.

Det er ikke noe ved den delen av kommunens virksomhet som går ut på å drive administrative støttetjenester – hvor det er kommunene som medlem i foretaket som får tjenestene fra foretaket – som skulle tilsa at samvirkekriteriene ikke kan være oppfylt. Samvirkemodellen kan derfor også være egnet for denne type virksomhet.

For næringsvirksomhet – hvor hovedformålet er å skaffe avkastning på den kapital som er investert – vil imidlertid samvirkemodellen være lite egnet. Dette har sammenheng med at det i et samvirkeforetak ikke er anledning til å ta utbytte etter innskutt kapital, men bare i forhold til omsetning mellom medlemmet og samvirkeforetaket. Aksjeselskap vil her peke seg ut som den meste aktuelle organisasjonsformen.

Dersom det er ønske om at en bestemt kommune skal ha dominerende stilling i samarbeidet vil samvirkeforetak være lite egnet. Dette har sammenheng med at ingen enkeltdeltaker kan ha flertall av stemmene på årsmøte alene.

I **kapittel 6** er det oppstilt en tabell som sammenstiller de fire organisasjonsformene, § 27, IKS, AS og SA. I tilknytning til denne tabellen er det i et eget underkapittel redegjort for hva som bør vurderes ved valg av organisasjonsform. Av tema nevnes eierinnflytelse, behovet for ansvarsbegrensning, antall eiere, hvem det skal inngås eierskap med, behovet for kapitalplassering contra å legge vekt på selve oppgaveløsningen. Deretter er det gitt en drøftelse av hvorvidt noen utvalgte virksomhetsområder innen kommunaldrift kan organiseres som et SA.

Havn:

Havnevirksomhet oppfylder vilkårene for et samvirkeforetak og kan med hjemmel i havneloven § 45 organiseres som et samvirkeforetak. Det er imidlertid begrenset hvilke oppgaver en kommune kan legge til en havnevirksomhet som er organisert som et samvirkeforetak i motsetning til når denne type virksomhet eksempelvis er organisert som et IKS.

Havne- og farvannsloven § 10 inneholder bestemmelse om delegasjon av offentlig myndighetsutøvelse. Det følger av denne bestemmelsen med presisering i forarbeidene at slik myndighet bare kan tildeles et IKS og virksomheter opprettet med hjemmel i kommuneloven kapittel 5. Havne- og farvannsloven § 10. annet ledd åpner imidlertid for en begrenset adgang til å overlate myndighet til et privat rettssubjekt, eksempelvis samvirke eller aksjeselskap. Ønsker en kommune å

overlate myndighet til et samvirke eller et aksjeselskap må det skje enten ved forskrift eller enkeltvedtak, og det er begrenset til myndighet innenfor et bestemt område. Det betyr at ikke all myndighet innen havne- og farvannsloven kan overlates til et samvirke. Dersom kommunene i et samarbeid ønsker å overlate all myndighetsutøvelse etter havne- og farvannsloven til et eget rettssubjekt, er både samvirkeforetak og aksjeselskap utelukket.

Brannvesen:

Brannvesenet er regulert av Lov av 14.06. 2002 nr. 20 (Brann og eksplosjonsvernloven). Det må legges til grunn at oppgaver innen brann – og eksplosjonsvernloven med forskrifter kan organiseres som et samvirke etter samvirkeforetaksloven. Det har imidlertid noen utfordringer.

En forutsetning for å delegere myndighet til et brannvesen organisert som et samvirke, må være at det ikke er åpent for privat medlemskap i samvirket. Det vil si at medlemskap i vedtektene for samvirket må være begrenset til kommuner.

Antagelig må brann -og eksplosjonsvernloven § 9, fjerde ledd forstås slik at hvorvidt kommunen kan delegere myndighetsutøvelse til et brannvesen, ikke avhenger av organisasjonsform, men beror på oppgavens art og karakter, og at kommunen har innflytelse i form av medlemskap eller eierskap hvor kommunen kan utøve myndighet i virksomhetens øverste organ. Dersom oppgavene er tildelt samvirke etter kontrakt, vil det ikke kunne tildeles myndighetsutøvelse til samvirke. Er kommunene medlem i samvirket stiller det seg annerledes. Kommunen har da innflytelse i samvirke og kan tildele samvirke myndighetsutøvelse.

Opgaver etter brann – og eksplosjonslovgivningen er lovpålagte oppgaver. Dette betyr at kommunene plikter å finansiere oppgavene og kan ikke begrense sitt ansvar. I et samvirke er det begrenset deltageransvar. Dette kan løses gjennom bestemmelser i vedtektene om innskudd fra medlemmene, jf. samvirkeloven § 3, 2.

Revisjon:

En vurdering av om samvirkeforetak er en egnet organisasjonsform for revisjon må ta utgangspunkt i om de elementer som inngår i definisjonen av samvirkeforetak i lovens § 1 er oppfylt. Det må understrekes at spørsmålet ikke er om en interkommunal revisjonsvirksomhet i dag oppfyller vilkårene, men om interkommunal revisjon er en virksomhet som etter sin art kan oppfylle disse vilkårene. Vi kan ikke se at det er særtrekk ved revisjonsvirksomheten i kommuner som gjør at de elementer som inngår i samvirkedefinisjonen ikke kan oppfylles, og dette vil derfor være en mulig organisasjonsform for kommunal revisjon.

Arkiv:

På samme måte som for revisjon må en vurdering av om samvirkeforetak er en egnet organisasjonsform for arkiv må ta utgangspunkt i om de elementer som inngår i definisjonen av samvirkeforetak i lovens § 1 er oppfylt. Det må understrekes at spørsmålet ikke er om et interkommunalt arkiv i dag oppfyller vilkårene, men om interkommunalt arkiv er en virksomhet som etter sin art kan oppfylle disse vilkårene. Vi kan ikke se at det er særtrekk ved interkommunale arkiv

som gjør at de elementer som inngår i samvirke definisjonen ikke kan oppfylles, og dette vil derfor være en mulig organisasjonsform for kommunalt arkiv.

Opplæringskontor:

En forutsetning for at et opplæringskontor skal kunne være et samvirke, er at virksomheten oppfyller vilkårene i samvirke loven § 1. Opplæringskontorene er ikke underlagt et eget regelverk som angir hvordan et opplæringskontor skal være organisert. Disse kan også organiseres sammen med private.

For et tradisjonelt opplæringskontor vil samvirkeformen kunne være en egnet organisasjonsform, men det vil være behov for å begrense medlemskapet i vedtektene.

Medlemmene vil få fremmet sine interesser gjennom samvirkeformen. At opplæringskontoret har et ideelt formål utelukker ikke dette som et samvirke. Opplæringskontoret kan også fortsatt være et skattefritt foretak, bare det fastsettes utbytteforbud i vedtektene.

I Kapittel 7 er det redegjort kort for noen spørsmål knyttet til skatt, arbeidsgiveravgift og merverdiavgift. Et samvirkeforetak er som hovedregel skattepliktig. Spørsmålet om skatteplikt for virksomheten knytter seg ikke først og fremst til valg av organisasjonsform, men om virksomheten skal forbli i kommunen eller legges ut i eget rettssubjekt. En kommune er som utgangspunkt ikke skattepliktig. Så lenge virksomheten ligger innenfor kommunen som rettssubjekt oppstår det ikke skatteplikt for virksomheten. Hovedregelen er at all virksomhet som kommunen velger å legge ut i eget rettssubjekt, uavhengig av organisasjonsform vil bli skattepliktig.

Spørsmålet om skatteplikt knytter seg til hvilket formål virksomheten har.

Skatteloven har regler som fritar visse virksomheter fra skatteplikt. Det følger av skatteloven § 2-32 nr. 1 at det er en begrenset skatteplikt for virksomhet som ikke har erverv til formål. Reglene gjelder uavhengig av organisasjonsform. Et samvirkeforetak som ikke har erverv til formål, er derfor fritatt for skatteplikt på lik linje med eksempelvis et AS eller IKS som ikke har erverv til formål.

Et samvirke kommer ikke i noen særstilling i forhold et IKS eller et AS når det gjelder merverdiavgift. Det samme gjelder i forhold til arbeidsgiveravgift.

Generell beskrivelse av samvirkeforetak

2.1 Hjemmelsgrunnlaget for organisasjonsformen og formål

Samvirkeforetak er en egen organisasjonsform som styres av Lov om samvirkeforetak (samvirke loven) av 29. juni. 2007 nr. 8. Organisasjonsformen er ikke ny, men har siden 2008 vært nærmere regulert i egen lov. At det er en egen organisasjonsform, betyr at samvirkeforetaksmodellen er et eget rettssubjekt. I forarbeidene til loven er det presisert at samvirke ikke er en «variant av selskap eller forening», jf. NOU 2002:6 s. 246. Det er altså verken et selskap, forening eller en stiftelse.

Samvirkeforetak er en organisasjonsform som i prinsippet kan benyttes for alle former for økonomisk virksomhet. Begrepet samvirke er definert i samvirke loven § 1 (2). Med samvirkeforetak menes «en sammenslutning med hovedformål å ivareta medlemmenes økonomiske interesser ved at disse deltar aktivt i foretakets virksomhet enten som forbrukere, leverandører eller på lignende måte.»

Formålet for samvirke er at de som driver tjenesten/produksjonen eller drar nytte av den, også skal lede virksomheten og ta del i overskuddet. Overskuddet skal ikke gå til utenforstående kapitaleiere. Dette skiller et samvirke vesentlig fra selskap som er basert på passiv kapitalplassering som f.eks. i et aksjeselskap, hvor eierne ikke trenger å bidra med annet enn aksjekapital, og kan hente ut gevinst fra selskapet i form av utbytte uten å ta del i virksomheten på annen måte enn å være eier.

2.2 Hva er kravet for å være et samvirke?

Et samvirke bygger på fem hovedelementer, jf. lovens § 1 (2):

- Et krav om at det må foreligge en sammenslutning (sammenslutningskriteriet)
- Et krav om økonomisk formål (formålskriteriet)
- Et krav om omsetning mellom foretak og medlem (omsetningskriteriet)
- Et krav om at avkastningen skal fordeles etter omsetning (fordelingskriteriet)
- Et krav om begrenset deltakeransvar (ansvarsbegrensningen)

Alle vilkårene må være oppfylt for at det skal foreligge et samvirkeforetak i henhold til samvirkeoven.¹

Vilkårene for at det skal være et samvirke gjennomgås nedenfor i punktene 2.5.1-2.5.5.

2.2.1 Kravet om sammenslutning

For å oppfylle kravet til sammenslutning må et samvirkeforetak stiftes av minst to personer og det skal alltid ha minst to medlemmer. Både fysiske og juridiske personer kan være stiftere. Det vil si at to eller flere kommuner sammen kan stifte et samvirkeforetak.

For at det skal foreligge en sammenslutning, må det utøves en felles aktivitet mellom medlemmene. Eksempelvis vil et samvirke som driver et felles sykehjem mellom kommuner, eller et innkjøpssamvirke, utøve en felles aktivitet for medlemmene.

2.2.2 Kravet om økonomisk formål

Med krav om økonomisk formål, menes at medlemmene må motta en ytelse fra foretaket som har en økonomisk verdi. Dette er nærmere utdypet i juridisk teori.² Det legges til grunn at kravet om økonomisk formål må tolkes vidt.

I dette ligger at samvirkeforetaket skal ivareta medlemmenes interesser enten som tilbydere eller etterspørrere av varer eller tjenester. Formålet er å dekke felles ønsker og behov for medlemmene.³ Det innebærer at det normalt er medlemmene selv som er den største kundegruppen/brukergruppen.

¹ Se Ot.prp. nr. 21 (2006-2007) s. 50.

² Se boken «Samvirkeforetak – reglene om økonomiforhold, skatt og avgift» av Tore Fjørtoft og Ole Gjems-Onstad kap. 2.3, særlig s. 34 og 35.

³ Ot. prp. Nr. 21 (2006-2007) kap. 3.3.4 s. 33.

En virksomhet som ikke driver økonomisk virksomhet, oppfyller ikke kriteriene for et samvirkeforetak. Det er viktig å ha klart for seg at kravet i samvirke-loven om økonomisk formål, ikke er det samme som økonomisk virksomhet i selskapsloven § 1-1 første ledd, hvor det er lagt til grunn at virksomheten objektivt sett må være egnet til å gi overskudd. Det er ikke lagt til grunn et slikt krav etter samvirke-loven. Dette fordi tradisjonell samvirketankegang i seg selv ikke har et mål om å oppnå et overskudd. Det sentrale målet med et samvirke er primært at medlemmene skal oppnå gunstige priser og slik sett ivareta medlemmenes økonomiske interesser uten at samvirke nødvendigvis oppnår noe særlig overskudd.⁴ Dette fremgår ikke direkte av loven, men følger av formålskriteriet lest i sammenheng med omsetningskriteriet.

Det skal presiseres at kravet om økonomisk formål, ikke betyr at samvirke-loven utelukker at en virksomhet som i vedtektene har et «ideelt» formål kan være et samvirkeforetak. Selv om en virksomhet har et ideelt formål, kan den likevel ha økonomiske elementer i seg.

Eksempel på ikke-økonomisk motivert samvirke kan være et samfunnshus organisert som samvirkeforetak, hvor formålet er å gi kommunens innbyggere et kulturelt tilbud i samfunnshuset, herunder rimelig leie av lokaler til kulturaktiviteter. Samtidig kan det være bestemt i vedtektene at dette samvirke skal være en ideell virksomhet uten mulighet for utdeling til medlemmene utover det som ikke kan fravikes i samvirke-loven. Behovet i dette eksempelet er ikke først og fremst økonomisk motivert, men motivert ut fra et ønske om å gi innbyggerne et kulturelt tilbud og billig leie av lokaler til arrangementer.

2.2.3 Kravet om omsetning mellom foretak og medlem

Loven stiller krav om at det skal være en form for økonomisk omsetning mellom medlemmet og samvirket.

Omsetningsbegrepet er ikke nærmere definert i samvirke-loven, og har ikke samme betydning som den tradisjonelle forståelsen av omsetningsbegrepet, for eksempel i merverdiavgiftsloven § 3 nr. 2, hvor omsetning er definert som ytelse av tjeneste mot vederlag. Omsetning etter samvirke-loven må tolkes vidt, og er mer et begrep for samhandling. Det vil si at loven krever at det må finne sted en form for samhandling eller aktivitet mellom samvirket og medlemmet. Denne samhandlingen eller aktiviteten må ha en økonomisk verdi. Dette må sees i sammenheng med at et samvirke er ment å ha en bred, anvendelig form.

Som eksempel på en samhandling eller aktivitet mellom et samvirkeforetak og medlemmet som har en økonomisk verdi vil det være dersom medlemmet er en kommune, og kommunen i stedet for å yte en tjeneste til innbyggerne selv, tilbyr tjenesten gjennom samvirket. Den økonomiske verdien for kommunen vil være at kommunen er fritatt for å yte forpliktelsen selv. Det er viktig her å ha med seg at dersom det er en lovpålagt oppgave, så fraskriver ikke kommunen seg forpliktelsen etter loven, men den overlater til samvirke å stå for gjennomføringen.

Poenget i kravet om økonomisk omsetning, er at det må være en form for tilknytning mellom medlemmet og foretaket utover ren kapitalplassering. Det sentrale i lovens § 1 annet ledd er at

⁴ Se her også samme bok som nevnt i punkt 1.

medlemmenes økonomiske interesser blir fremmet «gjennom deira deltaking i verksemda som avtakarar, leverandører eller på annan liknande måte».⁵

Hvordan kravet til omsetning eller samhandling med foretaket blir realisert, bør fremgå av vedtektene. Vedtektene bør beskrive hvordan omsetningen med foretaket skal finne sted. Eksempelvis kan det i formålsbestemmelsen hvis det er et samarbeid om drift av sykehjem skrives følgende:

«Foretaket har som formål å drifte og drive alders- og sykehjem på vegne av kommunene som er medlem av foretaket.

Den økonomiske omsetningen mellom foretaket og medlemmene ivaretas ved at medlemskommunene betaler for det samlede antall sykehjems plasser kommunen til en hver tid har behov for»

Mer om omsetningsbegrepet er gitt i kapittel 5.3.2.

Med «avtakere» menes at man drar nytte av tjenester eller kjøper varer fra samvirket. Eksempel vil være kjøp av IKT-tjenester fra et felles IKT- samvirke mellom kommuner. I tillegg får kommunene dekket et behov for å minimere kostnader som en slik felles organisering normalt vil gi deltakerne.

Et annet eksempel vil være et innkjøpslag, hvor samvirket yter innkjøpstjenester til medlemmene. Ved innkjøp av utstyr som eksempelvis renovasjonsbiler fra leverandører utenfor samvirke, kan kommunene oppnå bedre priser på innkjøpet, enn om de gikk ut i markedet hver for seg. En annen økonomisk gevinst med et slikt samvirke, kan være lavere administrasjonskostnader og bedre utnyttelse av kompetanse fordi et samvirke vil kreve færre ansatte enn om hver kommune skulle foreta egne innkjøp.

Med «leverandører» menes at medlemmene får avsatt varer eller tjenester gjennom samvirke. Tradisjonelt er samvirkeforetak gjerne omtalt etter type samvirke, eksempelvis et forsynings-samvirke som har som mål å forsyne medlemmene med sine tjenester/varer. Dette vil være et typisk leverandørsamvirke. Eksempel på en type samvirke mellom kommuner som ligger nært opp til denne type samvirke, kan være et sykehjem der kommunen gjennom sine arbeidstakere i samvirket tilbyr sykehjems plasser til innbyggerne.

Med «eller liknande» er tenkt på tilfeller som ikke faller typisk inn under noen av de to førstnevnte tilfellene, men likevel går ut på at medlemmene får dekket et behov. Et eksempel kan være et samvirke mellom 3 kommuner om drift av felles øyeblikkelighjelpstjenester som er en lovpålagt oppgave som kan være vanskelig å drive for en liten kommune alene.

Tanken er at medlemmene får dekket et felles behov gjennom sitt medlemskap i samvirke.

⁵ Se ot.prop nr 21 (2006-2007) s. 240

2.2.4 Krav om at avkastningen skal fordeles etter omsetning

Alle reglene i samvirkeoven som omhandler en eller annen form for utdeling bygger på prinsippet om at utdeling skal skje etter omsetning. Tanken med et samvirke, er at medlemmenes økonomiske deltagelse skal komme medlemmene til gode i forhold til deres bruk av samvirket.

Dette kan skje enten ved at overskuddet forblir i samvirke, eller det bestemmes at det skal betales utbytte til medlemmene etter deres omsetning med samvirke, jf. lovens § 1, annet ledd nr. 1.

Hvis det skal være åpent for utdeling i samvirket, innebærer prinsippet om utdeling etter **omsetning** at jo høyere bruk av samvirket et medlem har, jo større del av utbytte tilfaller medlemmet. Eksempel på dette vil være tilfelle der et sykehjem er organisert som et samvirke mellom flere kommuner, og hvor det er bestemt i vedtektene at den kommunen som betaler for flest sykehjemsplasser, skal ha utbetalt den største andelen av overskuddet.

Det som ikke kan bestemmes, er at det bare skal deles ut utbytte til enkelte av medlemmene som har hatt omsetning med selskapet og ikke alle som har hatt omsetning. En slik løsning vil ikke være saklig etter reglene i lovens § 17 andre setning (likhetsprinsippet). Nærmere om saklighetskravet i denne bestemmelsen, se punkt 2.4 nedenfor i dette kapittelet. Det vil fremstå som urimelig at ikke alle som har vært med og bidratt til overskuddet skal få ta del i overskuddet.⁶

2.2.5 Krav om begrenset deltageransvar

Det følger av lovens § 1, annet ledd nr. 2 at «*ikkje nokon av medlemmane har personleg ansvar*». Bestemmelsen samsvarer med aksjelovens § 1-1, andre ledd. I følge Ot. prp. nr. 21 (2006-2007) s. 242, skal bestemmelsen tolkes på samme måte. Det betyr at dersom et eller flere av medlemmene har ubegrenset ansvar, er det ikke et samvirkeforetak og faller utenfor samvirkeoven.

Kravet er altså at ingen av medlemmene hefter for samvirkets forpliktelser. Det er likevel ikke til hinder for at et medlem kan stille personlig garanti for samvirket. I så fall vil garantibekreftelsen medføre økonomisk ansvar, men ikke lengre enn de begrensinger som eventuelt måtte ligge i garantistillelsen.

2.3 Vedtekter og opprettelse av samvirke

Et samvirkeforetak skal ha vedtekter og samvirkeoven stiller krav til hva vedtektene som minimum skal inneholde, jf. samvirkeoven § 10. Utover minimumskravene, står medlemmene fritt til å bestemme innholdet. Skal samvirke eksempelvis fravike hovedreglene i loven, må dette fastsettes i vedtektene.

Samvirkeforetak har registreringsplikt i Foretaksregisteret. Når det opprettes et samvirkeforetak har medlemmene tre måneder på seg til å melde samvirke til Foretaksregisteret. Fristen regnes fra stiftelsesdokumentet er underskrevet. Hvordan et samvirke stiftes er regulert nærmere i samvirkeoven kapittel 2.

Foretaksnavnet for et samvirke skal inneholde ordet samvirkeforetak eller forkortelsen SA.

⁶ Se Ot.prp. nr. 21 (2006-2007) s. 257.

2.4 Medlemskap, økonomisk ansvar og utbytte

Et samvirkeforetak i motsetning til et selskap er basert på medlemskap, ikke eierskap. Målet er at man gjennom medlemskapet får dekket et felles behov. Et eksempel på samvirke for kommuner, kan være et innkjøpssamarbeid hvor flere kommuner går sammen for å dekke den enkelte kommunens behov knyttet til innkjøp. En av fordelene dette gir, er bedre innkjøp og lavere administrasjonskostnader.

Hovedregelen er åpent medlemskap. Det vil si at alle som driver den aktuelle virksomheten, eller kan få dekket sitt behov gjennom samvirket kan være medlemmer. Dette kan imidlertid innskrenkes gjennom bestemmelser i vedtektene, jf. friheten til å fastsette innholdet utover minimumsbestemmelsene, jf. punkt 2.2 ovenfor.

Eksempelvis kan kommuner som ønsker å inngå i et innkjøpssamvirke gjennom vedtektene begrense geografisk hvilke kommuner som skal ha mulighet til å være medlemmer. Er området avgrenset i vedtektene, vil bare kommuner som ligger innenfor det avgrenset område kunne melde seg inn i samvirket. Ligger kommunen utenfor det avgrensede området, er den utelukket fra medlemskap.

Et annet alternativ, er at det bestemmes i vedtektene at bare kommuner kan være medlemmer i det aktuelle samvirke. På den måten kan kommunene sikre at ingen andre enn kommuner kan ha medlemskap i samvirket.

Er man først blitt medlem, kan det også i vedtektene fastsettes vilkår for å kunne forbli medlem. Eksempelvis kan det være bestemt omsetningsplikt for medlemskapet. Dersom denne ikke oppfylles, kan det fremgå av vedtektene at medlemskapet må opphøre.⁷

Ingen av medlemmene bærer personlig ansvar for samvirkets forpliktelser i motsetning til et IKS hvor eierne har ubegrenset økonomisk ansvar for selskapets forpliktelser utfra en prosent eller brøk av selskapets totale forpliktelser.

Samvirkeoven § 26 har regler om anvendelse av årsoverskudd. Hovedregelen er at medlemmene ikke har krav på utbytte, jf. samvirkeoven § 31 første ledd annet punktum sammenholdt med 26 første ledd. Avkastningen, bortsett fra en normal forrentning av eventuell innskutt kapital, blir stort sett værende i virksomheten, men kan også bli fordelt mellom medlemmene på bakgrunn av deres omsetning i samvirkeforetaket, ikke etter innskutt kapital som i et selskap. Eksempelvis kan det åpnes for at utbytte utdeles etter medlemmenes samlede kjøp i løpet av året.

Hvordan dette løses utover lovens regler, fastsettes nærmere i vedtekter for samvirkeforetaket, jf. pkt. 2.2. Samvirkeoven inneholder noen forbudsbestemmelser om hva årsoverskuddet kan brukes til. Eventuelle bestemmelser i vedtektene som åpner for utdeling av overskuddet må derfor ikke må være i strid med forbudsreglene i loven. Er det ikke fastsatt bestemmelser i vedtektene som tillater utdeling, går overskuddet tilbake til virksomheten som igjen kommer medlemmene til gode. Overskuddet i virksomheten regnes som alminnelig egenkapital.

⁷ Se Ot. prp. nr. 21 (2006-2007) s. 80.

2.5 Hovedregel om demokratisk kontroll (en stemme hver) og muligheter for unntak

Samvirke er basert på demokratisk kontroll ved at hvert medlem har en stemme hver, jf. samvirkeoven § 38 første ledd.

Det kan gjøres unntak fra hovedregelen ved at medlemmers stemmerett kan fordeles etter omsetning med selskapet, men et medlem kan ikke ha mer enn 50 % av stemmene⁸. Dette kan forklares med et eksempel hvor 4 kommuner driver et sykehjem i et samvirke. På grunn av ulikt innbyggertall vil behovet for sykehjems plasser være forskjellig hos kommunene.

Dette kan løses ved at det avtales mellom kommunene at de kjøper et visst antall sykehjems plasser ut i fra innbyggertallet i egen kommune. Kommunen med størst innbyggertall kjøper flest sykehjems plasser. Denne kommunen vil da ha størst omsetning med samvirket. Som en følge av dette, kan det avtales at denne kommunen skal ha større innflytelse på virksomheten enn de andre kommunene ved at denne får flere stemmer enn de andre kommunene på årsmøtet. Slike løsninger som fraviker hovedregelen må fastsettes i vedtektene for å kunne gjennomføres, jf. pkt. 2.2.

Lovens § 38 annet ledd fraviker likhetsprinsippet i § 17 første setning. Lovens § 17 andre setning åpner imidlertid også for å fravike lovens likhetsprinsipp der dette ikke er direkte hjemlet i loven. Kravet er at det foreligger «saklig grunn». Utover de bestemmelser hvor loven selv fastsetter at det kan gjøres unntak, kan det altså avtales forskjellsbehandling i vedtektene om det foreligger saklig grunn.

Kravet til saklig grunn er ikke nærmere definert i loven. I forarbeidene til loven er medlemmenes omsetning med selskapene nevnt som et grunnlag til å fravike likhetsprinsippet, men samtidig sies at forskjellsbehandlingen må ikke fremstå som urimelig.⁹ Ut over dette sies det lite om hva som skal til for at saklighetskravet er oppfylt. Slik vi tolker loven, er det ikke meningen at vilkåret «saklig grunn» skal forstås strengt. Dette mener vi å finne støtte for blant annet i formålet med organisasjonsformen, og ønske om å legge til rette for samvirkeformen som et reelt alternativ for organisering av økonomisk virksomhet¹⁰.

Eksempel hvor det vil foreligge saklig grunn til å fravike likhetsprinsippet, vil være å avgrense geografisk hvem som skal kunne delta i samvirket, eksempelvis at bare kommuner innenfor et fylke skal kunne være medlem, jf. eksempelet i pkt. 2.3. Et annet eksempel kan være et sameie mellom tre kommuner som driver en flerbrukshall. I stedet for at alle tre kommunene skal ha lik tilgang til leie av arealer i hallen, kan det avtales at den kommunen som har flest innbyggere, skal ha fortrinnsrett til leie av arealer. Dette kan begrunnes saklig med at denne kommunen bidrar mest økonomisk til drift av hallen, og derfor skal ha best tilgang til arealer. Det anbefales at det begrunnes i vedtektene hvorfor likhetsprinsippet fravikes hvis dette kan være vanskelig å se ut fra sammenhengen i vedtektene.

2.6 Hvordan et samvirke er bygd opp

Øverste organ i et samvirke er årsmøtet, jf. lovens § 35. Årsmøtet tilsvarer generalforsamlingen i et aksjeselskap, jf. asl. § 5-1, og representantskapet i et interkommunalt selskap (IKS), jf. iksl. § 7.

⁸ jf. samvirkeoven § 38 annet ledd.

⁹ Ot.prp. nr. 21 (2006-2007) s.253, 256- 257

¹⁰ jf. ot.prp. nr. 21 (2006-2007) pkt. 3.3.2 s. 31.

Alle medlemmene har møterett på årsmøtet, jf. lovens § 36 (1), første setning. Alle har en stemme med mindre det er avtalt annet i vedtektene. Her vises for øvrig til punkt 2.4 ovenfor.

Et samvirke skal ha et styre tilsvarende aksjeselskap og interkommunale selskaper, jf. loven s§ 64 (1). Styret skal minst ha tre medlemmer. Hovedregelen er at styret velges av årsmøte, jf. § 66 (1).

Samvirke skal også ha daglig leder, jf. lovens § 65 (1). Det kan likevel bestemmes i vedtektene at samvirket ikke skal ha daglig leder.

2.7 Kan et samvirke brukes som et datterselskap?

Dette går ikke direkte frem av samvirkeloven, men omtales i forarbeidene.¹¹ Prinsippet er at det må være mer enn ett medlem i et samvirkeforetak. Dersom et samvirkeforetak alene, eller et IKS eller et AS oppretter et samvirkeforetak som et datterselskap, vil dette samvirkeforetaket kun ha ett medlem. Det vil være i strid med grunnprinsippet om at samvirke baseres seg på «*at to eller flere personer slutter seg sammen for å dekke felles behov*». Et heleiddatterselskap bygger ikke på tanken om åpent medlemskap, men vil være et lukket foretak bare for morselskapet. I følge forarbeidene vil heleide dattersamvirkeforetak falle utenfor legaldefinisjonen i lovens § 1, første ledd. Det konkluderes derfor med at heleide dattersamvirkeforetak faller utenfor lov om samvirkeforetak.

Et IKS eller foretak med annen organisasjonsform ikke kan bruke organisasjonsformen samvirke etter loven for et heleid datterselskap. Derimot kan to IKS – selskaper gå sammen om å opprette et samvirkeforetak. Her vil det være to medlemmer, og samvirkeprinsippet om minst to medlemmer er oppfylt.

2.8 Kan et samvirke stille sikkerhet (garanti) for andre?

Hovedregelen er at et samvirke står fritt til å yte kreditt og stille sikkerhet for andres forpliktelser så lenge kravet til egenkapital i loven er oppfylt (§ 25). Her skiller samvirkeforetak seg fra et IKS, som ikke kan stille garanti for andre¹². Dersom kredittmottageren eller den det stilles sikkerhet for ikke har en uavhengig stilling til samvirket, stiller det seg annerledes. Er det medlemmer eller andre personer som står samvirket nært, er hovedregelen motsatt¹³, (§ 33). Det vil si at det ikke kan stilles garanti eller sikkerhet for medlemmene.

2.9 Fusjon og fisjon av samvirkeforetak

Samvirkeloven åpner for at det både kan gjennomføres fusjon og fisjon av samvirker, jf. lovens kapittel 8 og 9.

2.10 Omdanning av samvirke til annen organisasjonsform, oppløsning og avvikling av samvirke

¹¹ Ot. Ppt. nr 21, (2006-2007) s. 68.

¹² Lov om interkommunale selskaper § 22, 6 ledd.

¹³ Omtalt i boken «Samvirkeforetak» av Tore Fjørtoft og Ole Gjems-Onstad s. 111 kap. 4.6 fl.g.

2.10.1 Omdanning til annen organisasjonsform

Samvirkeoven har regler om omdanning av samvirke til aksjeselskap. Loven sier ikke noe om et samvirke kan omdannes til annen organisasjonsform, eksempelvis et IKS (interkommunalt selskap).

En forutsetning for omdanning til denne organisasjonsformen, er at det kun er kommuner, fylkeskommuner eller IKS som er medlemmer i det aktuelle samvirket, ref. hvem som kan eie et IKS, jf. iksl § 1 første ledd.

Når loven bare har regler om omdanning til aksjeselskap, ikke til IKS, betyr det at et samvirke ikke kan omdannes til annet enn aksjeselskap uten å gå veien om oppløsning av samvirket. For et samvirke der bare kommuner er medlemmer, betyr det begrensinger i de valg kommunene kan ta med hensyn til valg av organisasjonsform for et eksisterende samvirke. Ønskes et samvirke gjort om til et IKS, må samvirke først oppløses. Deretter må det stiftes et nytt IKS-selskap. Det betyr at det er mer tungvint å endre et samvirkeforetak til IKS, enn om en velger AS-modellen.

Formålet med reglene om omdanning til aksjeselskap, er omtalt i Ot.prp. nr. 21 (2206-2007) s. 203. Tanken er at slike bestemmelser skal lette gjennomføringen av omdanningsprosesser, blant annet av hensyn til økonomi og rettsstillingen til parter. Spørsmålet er om ikke direkte omdanning også burde vært tillatt ved omdanning fra et samvirke til et IKS. Det ville ha forenklet prosessen dersom kommunene i et samvirke ønsket å omdanne et samvirke til et IKS. Pr i dag er det ikke tillatt med direkte omdanning til IKS. Prosessen med en omdanning til IKS er derfor mer omstendelig enn ved omdanning til et AS. I og med at loven ikke har regler om omdanning til IKS uten å gå veien om oppløsning, vil omdanning til IKS kreve lovendring.

2.10.2 Oppløsning og avvikling

Et samvirke kan oppløses etter nærmere regler i lovens kapittel 10. Oppløsning bestemmes av årsmøtet med to tredjedels flertall jf. lovens § 127, jf. § 54 (1). Det kan fastsettes strengere regler for stemmetallet i vedtektene, eksempelvis at det krever enstemmighet. Samvirkeoven tillater ikke at det avtales lempeligere regler for stemmetall. Det kan altså ikke avtales at det kun skal kreves simpelt flertall for å oppløse et samvirke. Som nevnt i punkt 2.9.1 ovenfor må et samvirke med kommuner som medlemmer oppløses dersom kommunene ønsker å endre organisasjonsformen til IKS.

2.11 Oppsummering

Et samvirke kan stiftes av minimum 2 deltagere. Et samvirkeforetak er basert på medlemskap, ikke eierskap. Hovedregelen er at alle medlemmene har en stemme hver og det praktiseres åpent medlemskap, med mindre annet er bestemt i vedtektene. Samvirkeoven oppstiller fem vilkår som alle må være oppfylt for at en virksomhet eller sammenslutning kan være et samvirkeforetak. Virksomheten må ha et økonomisk formål, dvs. at det må ha en økonomisk verdi for medlemmene. Dette er likevel ikke til hinder for at foretaket også kan ha et ideelt formål.

Det må finne sted en omsetning (være en form for aktivitet/samhandling) mellom samvirket og medlemmet. Ingen av medlemmene har personlig ansvar for foretaket. Det kan utbetales utbytte til medlemmene. Utbetaling av utbytte skal være basert på hvilken omsetning medlemmet har med

foretaket, ikke utfra fra hva man har skutt inn av kapital i samvirket. Det kan avtales i vedtektene at det ikke skal utbetales utbytte, men at overskuddet skal forbli i virksomheten.

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

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

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

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

Samvirkeforetak for kommuner

3.1 Generelt

Samvirkeloven er ikke til hinder for at kommuner kan stifte eller være medlem i et samvirkeforetak. Samvirkeloven § 14 første ledd slår fast at «(f)orbrukarar, næringsdrivande og andre som kan få sine økonomiske interesser varetatt av eit samvirkeforetak, har rett til å bli medlem av foretaket ved innmelding.» Av forarbeidene¹⁴ fremgår eksplisitt at loven ikke er til hinder for at bare kommuner eller andre offentlige organer kan være medlemmer. Det er heller intet til hinder for at ett og samme foretak har både fysiske og juridiske personer som medlemmer.

Kommuneloven legger heller ingen begrensninger på kommuners adgang til å organisere virksomhet som et samvirkeforetak. Spørsmålet blir dermed om det finnes annen lovgivning som enten avskjærer kommuner fra å bruke samvirkeforetak, eller i praksis gjør det uaktuelt å bruke denne organisasjonsformen.

Regelverket om *offentlige anskaffelser* krever at anskaffelser av varer eller tjenester over en viss verdi settes ut på anbud. Der kommunen driver virksomheten selv, ved sine egne ansatte og innenfor kommunen som juridisk person, gjelder ingen plikt til å gjennomføre en anskaffelse etter disse reglene. Man sier gjerne at virksomheten i slike tilfeller drives i «egenregi». Det er også på visse vilkår adgang til å legge oppdrag til en sammenslutning som er eid av flere kommuner uten at virksomheten må settes ut på anbud. Dette kalles gjerne «utvidet egenregi».

¹⁴ Ot. Prp. nr. 21 (2006-2007) s. 249 og 253.

Regelverket om offentlige anskaffelser er slik ikke i seg selv til hinder for at kommuner kan danne samvirkeforetak, men det kan legge begrensninger på kommunenes mulighet til å legge oppdrag til et slikt samvirkeforetak direkte, uten at det settes ut på anbud. For flere interkommunale sammenslutninger er det ofte et ønske fra deltakerkommunene å kunne legge oppdrag direkte til sammenslutningen.

Det blir slik nødvendig å gå nærmere inn på om kommuner som er medlemmer i et samvirkeforetak kan legge oppdrag til samvirkeforetaket uten å gjennomføre en anskaffelsesprosess. Denne problemstillingen er drøftet under pkt. 3.2 nedenfor.

Der det offentlige eier og driver næringsvirksomhet vil regelverket om *offentlig støtte* legge begrensninger på hvor fritt kommunen står til å finansiere virksomheten. Enkelte særlige spørsmål som dette regelverket reiser når kommunen legger virksomhet til et samvirkeforetak er drøftet under pkt. 3.3 nedenfor.

I pkt. 3.4 er det kort gått inn på spørsmålet om *forvaltningsloven*, *kommuneloven* eller *offentleglova* vil gjelde for et samvirkeforetak med kommuner som deltakere.

Skatte- og avgiftslovgivningen kan også ha betydning for valg av samvirkeforetak som organisasjonsform. Skatte- og avgiftsrettslige spørsmål er drøftet i kap. 7.

Når det gjelder betydningen av den kommunale *særlovgivningen*, må vurderingen knyttes til den lov som gjelder på den enkelte sektor. I prinsippet kan en lov som legger ansvaret for en oppgave til kommunen også legge begrensninger på hvor fritt kommunene står til å legge denne oppgaven til andre rettssubjekter enn kommunen selv. Det er ikke i denne utredningen gjort en uttømmende vurdering av hvilke begrensninger særlovgivningen legger på bruk av samvirkeforetak på de ulike sektorer hvor kommunene har et ansvar. Det er likevel i kap. 6 gått konkret inn på noen utvalgte områder.

3.2 Særlig om regelverket for offentlige anskaffelser

3.2.1 Innledning

Kommuner står i utgangspunktet fritt til å organisere sin virksomhet på den måten som finnes mest hensiktsmessig for å løse oppgavene. En kommune står derfor fritt til å bestemme om den vil dekke sine behov for varer eller tjenester ved kjøp fra eksterne leverandører eller om den vil ta i bruk egne ressurser (egenregi).

Dersom en ytelse leveres i egenregi, det vil si at kommunen dekker sitt behov ved selv å utføre tjenesten eller produsere varen, foreligger ingen kontrakt i anskaffelsesrettslig forstand og anskaffelsesreglene kommer ikke til anvendelse. Dersom det inngås en gjensidig bebyrdende avtale mellom to separate, selvstendige rettssubjekter, kommer som utgangspunkt anskaffelsesreglene til anvendelse. EU-domstolen har imidlertid akseptert at visse typer samarbeid mellom offentlige organer kan likestilles med egenregitilfellene og dermed unntas fra anskaffelsesreglene – dette kalles gjerne *utvidet egenregi*.

Rekkevidden av unntaket for utvidet egenregi beror i dag på rettspraksis i EU-domstolen. I det nye anskaffelsesdirektivet¹⁵ er dette regulert gjennom egne bestemmelser i selve direktivet.

Disse bestemmelsene kodifiserer («lovfester») den rettspraksis som foreligger, og klargjør flere spørsmål som har vært uklare etter gjeldende rett. Det nye direktivet ventes å bli satt i verk i Norge fra 1.1.2016. Inntil dette tidspunkt vil det være det gjeldende direktivet, og rettspraksis knyttet til dette som gjelder.

Nedenfor er det først gått inn på hvilken betydning unntaket for utvidet egenregi etter de gjeldende regler har for organisering som samvirkeforetak (pkt. 3.2.2). Deretter er det kort gått inn på spørsmålet om det nye direktivet innebærer endringer i dette (pkt. 3.2.3).

3.2.2 Gjeldende rett om utvidet egenregi

a) Generelt

For at såkalt utvidet egenregi skal bli akseptert etter gjeldende rett må to vilkår være oppfylt:

1. Oppdragsgiver må utøve en kontroll over leverandøren som tilsvarer den kontroll oppdragsgiveren utøver over sin egen virksomhet (kontrollkriteriet), og
2. den vesentligste delen av leverandørens aktivitet må utføres for oppdragsgiveren (aktivitetskriteriet).

Disse to kriteriene følger av EU-domstolens avgjørelse i *Teckal*-dommen (C-107/98) og er blitt presisert og utvidet i en rekke etterfølgende dommer.

I *Teckal* uttalte domstolen blant annet følgende (dansk oversettelse):

«Forholdet vil alene kunne bedømmes annerledes, såfremt den lokale myndighet både underkaster den pågældende person en kontrol, der svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene, og den pågældende person udfører hovedparten af sin virksomhed sammen med den eller de lokale myndigheder, den ejes af.»

Ved vurderingen av om *kontrollkriteriet* er oppfylt skal det tas hensyn til alle relevante lovbestemmelser, vedtekter og faktiske omstendigheter. Oppdragsgiveren kan sies å ha kontroll med leverandøren i den utstrekning han har bestemmende innflytelse på oppdragstakerens mål, strategi og viktige beslutninger.

Dette kommer blant annet til uttrykk i EU-domstolens avgjørelse i *Parking Brixen*¹⁶ (dansk oversettelse):

«Denne bedømmelse skal tage samtlige relevante lovbestemmelser og faktiske omstændigheder i betragtning. Det skal fremgå af undersøgelsen, at den pågældende kontraherende virksomhed er underlagt en kontrol, der gør det mulig for den ordregivende offentlige myndighed at påvirke virksomhedens beslutninger. Indflydelsen skal være

¹⁵ Tre nye direktiver for offentlige anskaffelser ble vedtatt i EU 26. mars 2014. Direktivet for klassisk sektor (direktiv 2014/24/EU), direktivet for forsyningssektoren (direktiv 2014/25/EU), og direktivet for konsesjonskontrakter (direktiv 2014/23/EU). Når det i det videre henvises til anskaffelsesdirektivet siktes det til det første. Tilsvarende bestemmelser om egenregi finnes også i forsyningsdirektivet og konsesjonsdirektivet.

¹⁶ *Parking Brixen*, sak C-458/03 avsnitt 63

bestemmende så vel i forhold til de strategiske målsætninger som i forhold til de vigtige beslutninger.»

Det følger også av avgjørelsen i *Parking Brixen* at alminnelig selskapsrettslig eierkontroll i et aksjeselskap ikke er tilstrekkelig til å oppfylle kontrollkriteriet. I praksis betyr det at eier må ha større kontroll med selskapet enn det en eier normalt har, typisk gjennom at oppdragsgiver må ha kontroll med en del sentrale beslutninger som i utgangspunktet ligger til styret eller daglig leder.

Unntaket for utvidet egenregi kommer ikke til anvendelse når det er private eierinteresser i leverandørens virksomhet. Dette gjelder selv om den private eier bare har en minoritetsandel.¹⁷ Unntaket for utvidet egenregi forutsetter slik at selskapet bare har offentlige eiere.

Det er imidlertid ikke nødvendig at oppdragsgiveren har majoritetskontroll for at det skal kunne gis oppdrag i egenregi til selskapet. Kontrollkriteriet kan være oppfylt ved at flere eiere utøver kontroll i felleskap. Dette følger av avgjørelsen i *Coditel Brabant*.¹⁸ Trolig kan det heller ikke oppstilles noe krav til minimumsstørrelse på den enkeltes eierandel for at man skal kunne identifisere eierne med hensyn til kontrollkriteriet. På den annen side gjelder trolig heller ingen øvre grense for antall deltakere som kan identifiseres.

Det følger videre av EU-domstolens praksis at arten og karakteren av virksomheten har betydning for om kontrollkriteriet er oppfylt. Slik fremgår det både av *Parking Brixen* og av *Coditel* at det har betydning om virksomheten har en markedsorientert og selvstendig stilling, eller om den ivaretar en oppgave av offentlig interesse.

Slik vil det kunne ha betydning hvorvidt virksomheten har forretningsmessig karakter, eller om det er tale om å ivareta en offentlig oppgave.¹⁹ Graden av markedsorientering har betydning.

Aktivitetskriteriet går ut på at den vesentligste delen av aktiviteten må utføres for oppdragsgiveren. Det er ikke avgjørende om oppdragsgiver mottar ytelsen selv, eller om den går til andre av eierne.

EU-domstolen har uttalt at den aktiviteten leverandøren utfører for andre enn eierne kun kan være av marginal betydning, men noen eksakt grense er ikke fastsatt. Domstolen har avvist analogisk anvendelse av 80%-grensen fra forsyningsdirektivet. Det er imidlertid etter gjeldende rett usikkert hvor grensen går.²⁰ EU-domstolen har uttalt at spørsmålet om hvorvidt aktivitetskriteriet er oppfylt ikke bare beror på en kvantitativ vurdering, men også en kvalitativ vurdering, hvor alle relevante omstendigheter tas i betraktning. Det innebærer at man ikke bare kan se på omsetningstall.

Det er flere uavklarte spørsmål knyttet til unntaket for utvidet egenregi. Noen av disse er avklart i det nye direktivet (se pkt. 3.2.3 nedenfor). Flere av disse spørsmålene vil være de samme både der den sammenslutning som tildeles oppdrag er et aksjeselskap (AS), et interkommunalt selskap (IKS), et felles styre etter kommuneloven § 27 eller et samvirkeforetak. For samvirkeforetak er det imidlertid grunn til å gå noe nærmere inn på kontrollkriteriet, ettersom medlemmenes innflytelse i et samvirkeforetak ikke fullt ut er sammenlignbart med eiernes innflytelse i et selskap.

¹⁷ Dette følger av avgjørelsen i *Stadt Halle*, C-26/03. Det er også vist til i *Coditel Brabant*.

¹⁸ *Coditel Brabant*, C-324/07.

¹⁹ *Parking Brixen*, premiss 67.

²⁰ I det nye direktivet er grensen satt til 80%, se art. 12, 1(b) og 3(b).

b) Utvidet egenregi for samvirkeforetak – nærmere om kontrollkriteriet

For samvirkeforetak er det særlig spørsmålet om hvorvidt *kontrollkriteriet* er oppfylt som er sentralt. Bakgrunnen for dette er at samvirkeforetak er en egen organisasjonsform, som hverken er et selskap, en forening eller stiftelse. Organisasjonsformen har trekk fra alle tre typer organisasjonsformer. I forarbeidene er det fremhevet at samvirkeforetak er en egen organisasjonsform, og «ikke en variant av selskap eller forening».²¹ Dette gjør at den innflytelse medlemmene har, ikke uten videre er den samme som en eier i et selskap kan utøve. I forhold til selskaper er for eksempel deltakernes økonomiske rettigheter i et samvirkeforetak begrenset.

Spørsmålet blir om den innflytelse medlemmene i et samvirkeforetak kan ha, vil kunne oppfylle kontrollkriteriet, eller om det faktisk at det ikke er snakk om eierskap i tradisjonell selskapsrettslig forstand, rent prinsipielt utelukker at kontrollkriteriet kan være oppfylt.

Vi er ikke kjent med noen rettsavgjørelse som avklarer spørsmålet. Rettspraksis knyttet til egenregiinntaket avklarer heller ikke eksakt hva som skal til for at kontrollkriteriet skal være oppfylt. Det følger av EU-domstolens praksis at alminnelig eierskap ikke nødvendigvis er tilstrekkelig til at kontrollkriteriet er oppfylt. Vi kan imidlertid heller ikke se at det følger av rettspraksis at eierskap er en forutsetning for at kontrollkriteriet kan være oppfylt. Etter rettspraksis skal det foretas en samlet vurdering av om den kontroll som utøves gir bestemmende innflytelse over virksomheten. Eierskap inngår som en viktig parameter i vurderingen av om kontrollkriteriet er oppfylt, men er ikke avgjørende. Vi legger derfor til grunn at kontrollkriteriet også kan være oppfylt for en selveiende institusjon, dersom oppdragsgiverne på annet grunnlag enn eierskap utøver en kontroll som svarer til den de utøver «over sine egne tjenestegrener».²² På denne bakgrunn legger vi til grunn at kontrollkriteriet også *kan* være oppfylt i et samvirkeforetak, dersom den kontroll som utøves er tilstrekkelig ut fra en konkret vurdering.

I dette ligger imidlertid også at spørsmålet om kontrollkriteriet er oppfylt for samvirkeforetak ikke vil kunne avgjøres på generelt grunnlag, ut fra en vurdering av hvilke muligheter for innflytelse samvirkeforetak gir. Spørsmålet om hvorvidt kontrollkriteriet er oppfylt vil bero på en helt konkret vurdering for det enkelte foretak, hvor de ulike kontrollmekanismer som er etablert i praksis er sentrale elementer.

I det følgende vil vi gå inn på noen typiske karakteristika ved samvirkeforetak, for å se nærmere på om disse taler for eller i mot at kontrollkriteriet kan være oppfylt. Vi vil deretter gå noe nærmere inn på hvilke kontrollmekanismer det kan være fordelaktig å gjøre bruk av i et samvirkeforetak, for å bidra til at kontrollkriteriet kan bli oppfylt etter en konkret vurdering (se pkt. c) nedenfor).

Vi mener å kunne slå fast at det ikke er særegenheter ved organisasjonsformen samvirkeforetak som sådan – eller samvirkeforetak i seg selv – som *utelukker* at medlemmene kan utøve en slik innflytelse at kontrollkriteriet kan oppfylles. Riktignok er eierforholdet til samvirkets formuesmasse mer begrenset enn i et selskap, og rett til andel i overskudd er i utgangspunktet knyttet til omsetningen med foretaket og ikke til eierandel. Mulighetene til innflytelse over foretakets målsettinger,

²¹ NOU 2002: 6 s. 246.

²² Slik også den danske Konkurrencestyrelsen, i en utredning om «*In-house begrebets betydning for kommunal aftaleindgåelse med selvejende institutioner*» (2. februar 2010). Likeledes Fornyings- og administrasjonsdepartementets uttalelse om Olje- og energidirektoratets innkjøp fra PETRAD, datert 9. september 2010.

strategier og viktige beslutninger er imidlertid i utgangspunktet ikke mer begrenset enn det som er knyttet til å være eier i et selskap.

I den utstrekning det i samvirkeforetak er begrensninger i hvilke styringsmuligheter og beføyelser man som deltaker kan gjøre gjeldende, knytter dette seg i det vesentlige til innskrenkede muligheter til å utnytte foretaket til kapitalformål. Dette kan gjøre det mindre interessant å utnytte foretaket for kommersielle formål. Men også dette er et forhold som snarere øker muligheten for at kontrollkriteriet kan være oppfylt, enn det motsatte. Dette har nemlig sammenheng med at graden av markedsorientering kan ha betydning for om kontrollkriteriet er oppfylt.²³

Et samvirkeforetak må riktignok ha som formål å fremme de økonomiske interessene til medlemmene. Dette begrepet forstås imidlertid vidt, og det er ikke det samme begrepet som man finner i aksjeloven og selskapsloven. I selskapsloven²⁴ er begrepet «økonomisk virksomhet» knyttet til at virksomheten objektivt sett må være egnet til å gi et økonomisk overskudd. Tilsvarende sikrer begrepet «økonomisk formål» i aksjeloven²⁵ til at virksomheten skal gi økonomisk overskudd. I et samvirkeforetak er det tilstrekkelig til å oppfylle vilkåret om å fremme de økonomiske interessene til medlemmene at de mottar en ytelse som har en økonomisk verdi. I dette ligger at valg av samvirkeformen i mindre grad enn aksjeselskap kan sies å være markedsorientert.²⁶

Her kan det være grunn til å merke seg at et samvirkeforetak typisk ikke vil ha som formål å skaffe avkastning på innskutt kapital, men at medlemmene skal hente ut sine fordeler gjennom samhandling med foretaket. Dette er slik i seg selv et moment som taler for at kontrollkriteriet kan være oppfylt. Videre følger det av det samvirkerettslige omsetningskriteriet at det er begrenset i hvilken grad et samvirkeforetak kan omsette til andre enn medlemmene.

Det fremgår av EU-domstolens rettspraksis²⁷ at unntaket for utvidet egenregi ikke kommer til anvendelse når det er private eierinteresser i leverandørens virksomhet. Dette gjelder selv om den private eier bare har en minoritetsandel. Bakgrunnen for dette er ønsket om å forhindre at private drar konkurransemessige fordeler av bruken av egenregi.

For samvirkeforetak gjelder et prinsipp om «åpent medlemskap». Det vil si at alle som kan få sine behov dekket gjennom samhandling med foretaket, i utgangspunktet kan bli medlem, herunder også private rettssubjekter. Dette reiser spørsmål om mulighetene for egenregi er avskåret der private rettssubjekter er medlem i foretaket.

Det kan slås fast at alene *muligheten* for at private kan bli eiere, ikke utelukker at kontrollkriteriet kan være oppfylt.²⁸ Ellers ville også den nærmere drøftelsen av kontrollkriteriet i *Parking Brixen* og

²³ Betydningen av den selvstendige enhetens aktiviteter er blant annet behandlet i *Sea*-dommen (C-573/07), se premiss 73-76.

²⁴ Lov av 21. juni 1985 nr. 83 om ansvarlige selskaper og kommandittselskaper (Selskapsloven) § 1-1.

²⁵ § 1-1 tredje ledd.

²⁶ Dersom det er et ønske om at et samvirkeforetak skal komme inn under unntaket for utvidet egenregi kan det likevel være grunn til å legge vekt på dette ved utformingen av formålet for virksomheten, slik at det ved beskrivelsen av foretakets virksomhet fremgår at det ikke skal gå lenger enn til å fremme medlemskommunenes interesser.

²⁷ Sak C-26/03, *Stadt Halle*

²⁸ *Sea*, premiss 51.

Carbotermo – som begge gjaldt aksjeselskaper – være uaktuell. Det er den faktiske deltakelse av private eiere som utelukker egenregi.

I utgangspunktet må det legges til grunn at privat deltakelse også vil gjøre det utelukket at kontrollkriteriet kan være oppfylt for et samvirkeforetak. Der et privat rettssubjekt er medlem i et samvirkeforetak vil riktignok den private interesse være en annen enn en ren kapitalinteresse. Medlem i et samvirkeforetak kan ikke få avkastning på innskutt kapital i et samvirkeforetak. Det private medlem vil som andre medlemmer ha sin interesse knyttet til å være en tilbyder eller en etterspørter av tjenester. Hensynet bak at egenregi er utelukket ved privat deltakelse er imidlertid at den private ikke gjennom deltakelse i en egenregivirksomhet skal kunne dra konkurransemessige fordeler av bruken av egenregi. Slike fordeler vil den private deltaker kunne få i et samvirkeforetak både gjennom å delta i et «leverandørsamvirke» og et «avtakersamvirke». I et leverandørsamvirke vil den private deltaker i prinsippet kunne få fordeler i form av lettere tilgang til markedet enn ellers. I et «avtakersamvirke» vil den private deltaker kunne få tilgang til tjenester finansiert av det offentlige på linje med offentlige eiere. Der et privat rettssubjekt deltar i et samvirke hvor målet er å gi medlemmene for eksempel administrative støttetjenester, vil den private kunne nyte godt av fordeler av offentlig subsidiert virksomhet.

Vi finner slik uansett ikke grunnlag for å trekke en grense mellom en slik interesse og en mer rendyrket kapitalinteresse i foretaket. Uten klare holdepunkter i rettspraksis vil det etter vår oppfatning være vanskelig å skille mellom ulike typer interesser en privat deltaker i et samvirkeforetak kan ha. Det bør derfor legges til grunn at privat deltakelse i et samvirkeforetak vil utelukke muligheten for egenregi etter gjeldende rett.²⁹ Dersom det er et ønske at samvirkeforetaket skal drive virksomhet i egenregi, kan det for å være sikker eventuelt tas inn bestemmelser i vedtektene om at bare kommuner eller andre offentlige rettssubjekter kan være medlemmer.

Den videre drøftelse forutsetter at det bare er kommuner som er medlem i samvirkeforetaket.

c) Muligheter for å utøve tilstrekkelig styring og kontroll i et samvirkeforetak til at virksomheten kan drives i egenregi

Vi skal her kort gå nærmere inn på ulike måter det kan utøves en kontroll i et samvirkeforetak som begrenser foretakets selvstendighet. Etter rettspraksis knyttet til egenregi er det særlig lagt vekt på eiers representasjon i virksomhetens styrende organer, og om eier har forbeholdt seg bestemte kontrollfunksjoner knyttet til virksomheten.

Organisasjons- og styringsstrukturen i et samvirkeforetak – herunder myndighetsfordelingen mellom styringsorganene i foretaket - er i hovedsak som i et aksjeselskap.³⁰ Det er imidlertid gjort enkelte tilpasninger. Bakgrunnen for tilpasningene er at en rekke bestemmelser i aksjeloven enten ikke passer i et samvirkeforetak, eller er overflødige. Dette gjelder blant annet aksjelovens regler om bedriftsforsamling og om aksjonærenes kapitalandel, derunder reglene om flertallskrav for vedtektsendringer. Generelt er det lagt opp til en større grad av vedtektsfrihet enn det som gjelder i aksjeselskaper.

²⁹ Etter det nye anskaffelsesdirektivet er dette ikke lenger en absolutt regel. Se nærmere om dette under pkt. 3.2.3. Det unntak som fremgår av det nye direktivet vil likevel etter vår vurdering ha liten betydning i Norge, slik at egenregi også for fremtiden i praksis vil være utelukket der det er private deltakere i virksomheten.

³⁰ Ot. Prp. Nr. 21 (2006-2007) side 154.

Valget av samvirkeforetak vil neppe i seg selv ha noen særlig betydning ved vurderingen av om kontrollkriteriet er oppfylt. Det faktum at samvirkeformen er valgt framfor for eksempel aksjeselskapsformen, kan likevel tas som et tegn på at det ikke har vært et sentralt siktemål å gi virksomheten stor forretningsmessig frihet.

Etter samvirkeoven § 38 har hvert medlem en stemme på årsmøtet. Årsmøtet har videre i utgangspunktet full kontroll over sammensetningen av styret, jf. § 66. Årsmøtet kan treffe vedtak som er bindende for medlemmene, det har instruksjonsmyndighet overfor foretakets øvrige organer, og omgjøringskompetanse når det gjelder andre foretaksorganers beslutninger.

Det vil ha betydning for vurderingen av om kontrollkriteriet er oppfylt om de enkelte kommuners representanter på årsmøtet er sentrale personer i kommunens ledelse.

Etter bestemmelsen i § 66 tredje ledd kan det overlates til andre å velge inntil halvparten av styremedlemmene. Dersom denne bestemmelsen er blitt brukt til å overlate valgrett til de kommuner som deltar i foretaket, vil dette trolig være et moment som blir ansett for å styrke deltakernes kontroll.

Videre vil vedtektsbestemmelser som innskrenker styrets myndighet til fordel for årsmøtet også trekke i retning av at kontrollkriteriet er oppfylt.

Tilsvarende vil det dersom deltakerne har benyttet muligheten til å oppnevne representantskap (§62) og kontrollkomité (§63), med representasjon fra deltakerkommunene, trekke i samme retning.

Generelt kan det sies at jo flere kontrollbeføyelser deltakerkommunene har forbeholdt seg over foretaket - jo mindre selvstendig foretaket kan opptre - jo mer trekker det i retning av at kontrollkriteriet er oppfylt.

d) Særlig om aktivitetskriteriet – betydningen for samvirkeforetak

Aktivitetskriteriet går som nevnt ut på at den vesentligste delen av aktiviteten må utføres for oppdragsgiveren. Det er ikke avgjørende om oppdragsgiver mottar ytelsen selv, eller om den går til andre av eierne.

Det følger av det samvirkerettslige omsetningskriteriet at det er begrenset i hvilken grad et samvirkeforetak kan omsette til andre enn medlemmene. Denne begrensningen på adgangen til å omsette med andre enn medlemmene gjelder imidlertid ikke for arbeidssamvirke eller et leverandørsamvirke, hvor poenget nettopp er å omsette til andre enn medlemmene. Selve idéen med samvirket i slike tilfeller er jo at medlemmene skal bruke samvirket til å få avsetning på sine ytelser i markedet. Hvilken type samvirke man står overfor kan trolig ha betydning for om aktivitetskriteriet er oppfylt eller ikke.

For et rent avtakar-samvirke, der kommunene som medlemmer mottar for eksempel administrative støttetjenester fra samvirkeforetaket, og uten at samvirkeforetaket tilbyr tjenester til andre, vil det som regel være klart at aktivitetskriteriet vil være oppfylt. Der samvirkeforetaket imidlertid helt eller delvis er et produksjons- eller salgssamvirke, hvor poenget er at det helt eller delvis skal tilby tjenester også til ikke-medlemmer i et marked, vil dette typisk kunne stille seg annerledes.

e) Oppsummering

Etter vår vurdering vil det være mulig å oppfylle både kontroll- og omsetningskriteriet i et samvirkeforetak. Det er med andre ord ikke trekk samvirkeforetaksmodellen som utelukker at kommuner kan etablere en slik sammenslutning og motta varer eller tjenester fra denne uten at det gjelder en plikt til å sette oppdrag ut på anbud. Hvorvidt vilkårene i praksis vil være oppfylt kan imidlertid ikke besvares på generelt grunnlag, det vil bero på en konkret vurdering for det enkelte samvirkeforetak.

3.2.3 Det nye direktivet

a) Innledning

Det nye anskaffelsesdirektivet regulerer direkte unntaket for utvidet egenregi. Det nye direktivet kodifiserer dels den rettspraksis som foreligger, og klargjør dels også noen elementer som etter gjeldende rett er usikkert. På noen punkter er det endringer i det som følger av gjeldende rett.

b) Artikkel 12 i direktivet

Bestemmelsene er tatt inn i artikkel 12. Bestemmelsene lyder i den engelske oversettelsen slik:

«Article 12

Public contracts between entities within the public sector

1. A public contract awarded by a contracting authority to a legal person governed by private or public law shall fall outside the scope of this Directive where all of the following conditions are fulfilled:

- (a) the contracting authority exercises over the legal person concerned a control which is similar to that which it exercises over its own departments;*
- (b) more than 80 % of the activities of the controlled legal person are carried out in the performance of tasks entrusted to it by the controlling contracting authority or by other legal persons controlled by that contracting authority; and*
- (c) there is no direct private capital participation in the controlled legal person with the exception of non-controlling and non-blocking forms of private capital participation required by national legislative provisions, in conformity with the Treaties, which do not exert a decisive influence on the controlled legal person.*

A contracting authority shall be deemed to exercise over a legal person a control similar to that which it exercises over its own departments within the meaning of point (a) of the first subparagraph where it exercises a decisive influence over both strategic objectives and significant decisions of the controlled legal person. Such control may also be exercised by another legal person, which is itself controlled in the same way by the contracting authority.

2. Paragraph 1 also applies where a controlled legal person which is a contracting authority awards a contract to its controlling contracting authority, or to another legal person controlled by the same contracting authority, provided that there is no direct private capital participation in the legal person being awarded the public contract with the exception of non-controlling and non-blocking forms of private capital participation required by national legislative provisions, in conformity with the Treaties, which do not exert a decisive influence on the controlled legal person.

3. A contracting authority, which does not exercise over a legal person governed by private or public law control within the meaning of paragraph 1, may nevertheless award a public contract to that legal person without applying this Directive where all of the following conditions are fulfilled.

(a) the contracting authority exercises jointly with other contracting authorities a control over that legal person which is similar to that which they exercise over their own departments;

(b) more than 80 % of the activities of that legal person are carried out in the performance of tasks entrusted to it by the controlling contracting authorities or by other legal persons controlled by the same contracting authorities; and

(c) there is no direct private capital participation in the controlled legal person with the exception of non-controlling and non-blocking forms of private capital participation required by national legislative provisions, in conformity with the Treaties, which do not exert a decisive influence on the controlled legal person.

For the purposes of point (a) of the first subparagraph, contracting authorities exercise joint control over a legal person where all of the following conditions are fulfilled:

(i) the decision-making bodies of the controlled legal person are composed of representatives of all participating contracting authorities. Individual representatives may represent several or all of the participating contracting authorities;

(ii) those contracting authorities are able to jointly exert decisive influence over the strategic objectives and significant decisions of the controlled legal person; and

(iii) the controlled legal person does not pursue any interests which are contrary to those of the controlling contracting authorities.

4. A contract concluded exclusively between two or more contracting authorities shall fall outside the scope of this Directive where all of the following conditions are fulfilled:

(a) the contract establishes or implements a cooperation between the participating contracting authorities with the aim of ensuring that public services they have to perform are provided with a view to achieving objectives they have in common;

(b) the implementation of that cooperation is governed solely by considerations relating to the public interest; and

(c) the participating contracting authorities perform on the open market less than 20 % of the activities concerned by the cooperation.

5. For the determination of the percentage of activities referred to in point (b) of the first subparagraph of paragraph 1, point (b) of the first subparagraph of paragraph 3 and point (c) of paragraph 4, the average total turnover, or an appropriate alternative activity-based measure such as costs incurred by the relevant legal person or contracting authority with respect to services, supplies and works for the three years preceding the contract award shall be taken into consideration.

Where, because of the date on which the relevant legal person or contracting authority was created or commenced activities or because of a reorganisation of its activities, the turnover, or alternative activity based measure such as costs, are either not available for the preceding three years or no longer relevant, it shall be sufficient to show that the measurement of activity is credible, particularly by means of business projections.”

Av artikkel 12 nr. 1 følger at en kontrakt om tildeling av et oppdrag faller utenfor direktivets virkeområde (det vil si at reglene om offentlige anskaffelser ikke gjelder) når tre vilkår er oppfylt. For det første må oppdragsgiver utøve en kontroll over leverandører som tilsvarer den kontroll oppdragsgiver utøver over egen virksomhet (bokstav a).

Kontrollkriteriet er utdypet i nr. 1 annet ledd. Her følger det at en oppdragsgiver skal anses for å utøve en slik kontroll som nevnt når det utøves avgjørende innflytelse over både strategiske mål og viktige avgjørelser i den kontrollerte virksomhet. Dette er en kodifisering av det som følger av rettspraksis i EU-domstolen.

Aktivitetskriteriet er regulert i bokstav b). Her følger det at mer enn 80 prosent av aktiviteten til den kontrollerte virksomhet må utføres for den kontrollerende oppdragsgiver, eller av andre rettssubjekter som er kontrollert av den samme oppdragsgiver. Bestemmelsen innebærer to endringer i forhold til gjeldende rettspraksis. For det første er aktivitetskriteriet uttrykkelig fastsatt til 80 prosent. For det andre slår bestemmelsen fast at aktivitetskriteriet også kan være oppfylt gjennom oppgaver som utføres for andre selskaper som kontrolleres av samme oppdragsgiver.

Av bokstav c) fremgår at det ikke kan være noen direkte privat «kapital deltakelse» i den kontrollerte virksomhet. Dette følger av rettspraksis også i dag. Det er imidlertid gjort et unntak som ikke følger av dagens rettspraksis. Forbudet mot deltakelse av privat kapital gjelder ikke for «*non controlling and non blocking forms of private capital participation*». I dette ligger for det første at indirekte privat eierskap hos oppdragstaker ikke vil utelukke at unntaket for egenregi gjelder. Eksempelvis vil privat deltakelse hos oppdragsgiver ikke være til hinder for at et datterselskap kan få oppdrag i egenregi, forutsatt at kontrollkriteriet ellers er oppfylt.³¹ For det andre ligger det i dette at heller ikke direkte privat eierskap er til hinder for at unntaket kan brukes, dersom det gjelder private eierandeler som hverken innebærer positiv eller negativ kontroll. Det er et vilkår at slik privat deltakelse er påkrevd i nasjonal lovgivning, og at det er i samsvar med EU-traktaten. Etter norsk lov eksisterer det etter det vi er kjent med ikke noe krav om deltakelse av privat kapital i samvirkeforetak, og vi går derfor ikke nærmere inn på spørsmålet i denne utredningen.

³¹ Se nærmere omtale i fortalen til direktivet, pkt. 32.

Av artikkel 12 nr. 2 fremgår at unntaket for utvidet egenregi også gjelder der et kontrollert rettssubjekt tildeler en kontrakt til sin kontrollerende oppdragsgiver («omvendt egenregi»), eller til et annet selskap som er kontrollert av den samme oppdragsgiver (egenregi mellom «søsterselskaper»). Et vilkår er også her at det ikke deltar noen privat kapital i den virksomhet som får tildelt oppdraget (med samme reservasjon for slik lovpålagt deltakelse som nevnt ovenfor). Det er noe usikkert hvilket av rettssubjektene som i en slik situasjon skal oppfylle aktivitetskriteriet – det kontrollerte selskap eller det kontrollerende selskap. Etter vår vurdering er den mest nærliggende fortolkning ut fra ordlyden at det er den kontrollerte enhet som må oppfylle aktivitetskriteriet. Men dette er foreløpig uavklart. Spørsmålet vil gjelde generelt, uavhengig av hvilken organisasjonsform det er tale om. Det er således ikke en problemstilling som er særegen for samvirkeforetak, og vi har derfor ikke gått nærmere inn på det i denne utredningen.

c) Felles kontroll

I artikkel 12 nr. 3 er det uttrykkelig slått fast at kontrollkriteriet kan være oppfylt av flere eiere i fellesskap. Vilårene for dette er følgende:

- a) Oppdragsgiverne må i fellesskap oppfylle det kontrollkriterium som er nevnt foran.
- b) Mer enn 80 prosent av aktiviteten utføres for de kontrollerende selskaper sett under ett, eller andre rettssubjekter kontrollert av de samme rettssubjekter.
- c) Det er ingen direkte deltakelse av privat kapital (med den reservasjon som er nevnt ovenfor).

Det er videre stilt mer konkrete krav til hva som skal til for at oppdragsgiverne kan sies å utøve felles kontroll:

- Den kontrollerte juridiske persons beslutningsorganer er sammensatt av representanter fra alle deltakende oppdragsgivere. Med den reservasjon at de enkelte representanter kan representere flere eller alle deltakende ordregivende oppdragsgivere.
- Oppdragsgiverne kan i fellesskap utøve bestemmende innflytelse på de strategiske målsettinger og viktige beslutninger i den kontrollerte juridiske person, og
- den kontrollerte juridiske person ikke ivaretar en interesse som er i strid med de kontrollerende oppdragsgiveres interesser.

Disse vilårene er i hovedsak kodifisering av gjeldende rettspraksis, og det vises for så vidt til redegjørelsen ovenfor, i pkt. 3.2.2.

d) «Horisontalt samarbeid»

I art. 12 nr. 4 er såkalt horisontalt samarbeid regulert. Dette sikter til situasjoner hvor offentlige oppdragsgivere ikke oppretter en egen sammenslutning som de har kontroll over, men går sammen om å utføre oppgaven på annen måte. Eksempelvis at to eller flere kommuner etter en egen avtale går sammen om å utføre en felles oppgave. Bestemmelsen utgjør slik et selvstendig grunnlag for at samarbeidet kan falle utenfor anskaffelsesregelverket, hvor de enkelte samarbeidspartene ikke har noen kontroll over hverandre i den betydning som gjelder for utvidet egenregi. Bestemmelsen er ikke relevant for samarbeid i form av et samvirkeforetak, ettersom et samvirkeforetak er et eget rettssubjekt hvor kontrollkriteriet (og aktivitetskriteriet) må være oppfylt for at man skal kunne legge oppgaver til foretaket i egenregi. Vi har derfor ikke gått nærmere inn på unntaket i art. 12 nr. 4 i denne utredningen.

e) Betydning for samvirkeforetak - oppsummering

Det er vår vurdering at det nye direktivet ikke inneholder noe nytt som direkte berører muligheten for å legge oppgaver til et samvirkeforetak i egenregi. Det betyr at det også under det nye direktivet vil være mulig å etablere samvirkeforetak i egenregi hvor kontroll- og aktivitetskriteriet er oppfylt. Om kriteriene er oppfylt i de enkelte tilfeller, vil bero på en konkret vurdering.

3.3 Særlig om regelverket for offentlig støtte

3.3.1 Generelt om forbudet mot offentlig støtte

Der det offentlige eier og driver næringsvirksomhet vil regelverket om offentlig støtte legge begrensninger på hvor fritt kommunen står til å finansiere virksomheten uten å komme i strid med regelverket om offentlig støtte. Enkelte særlige spørsmål som oppstår når kommunen legger virksomhet til et samvirkeforetak er drøftet under pkt. 3.3.2 nedenfor.

Etter EØS-avtalen art. 61(1) er offentlig støtte som hovedregel forbudt. Bestemmelsen lyder slik i norsk oversettelse:

«Med de unntak som er fastsatt i denne avtale, skal støtte gitt av EFs medlemsstater eller EFTA-statene eller støtte gitt av statsmidler i enhver form, som virk eller truer med å vri konkurransen ved å begunstige enkelte foretak eller produksjonen av enkelte varer, være uforenlig med denne avtales funksjon i den utstrekning støtten påvirker samhandelen mellom avtalepartene.»

Støtten er ulovlig når følgende seks kriterier er oppfylt:

1. Mottakeren får en økonomisk fordel (fordelskriteriet)
2. Støtten er gitt av offentlige midler
3. Støtten begunstiger enkelte foretak eller enkelte varer/tjenester (selektivitet)
4. Mottakeren driver en økonomisk virksomhet (foretaksbegrepet)
5. Støtten virk eller truer med å vri konkurransen
6. Støtten er egnet til å påvirke samhandelen mellom EØS-landene

Alle kriteriene må være oppfylt for at støtten skal være ulovlig. Dersom ett av kriteriene svikter, foreligger det ikke ulovlig støtte. Dersom tiltaket oppfyller disse kriteriene må det som hovedregel notiseres (meldes) til ESA. Slik notifikasjon kan gi grunnlag for at ESA godkjenner støtten med hjemmel EØS-avtalens unntaksregler.

Noen tiltak er unntatt fra notifikasjonsplikten. Dette gjelder det såkalte «bagatell-unntaket» (de minimis), støtte til «tjenester av allmenn økonomisk betydning» (SGEI), og en rekke tiltak under det såkalte «alminnelige gruppeunntaket» (GBER).

Regelverket om offentlig støtte er generelt. Det gjelder uavhengig av organisasjonsform. En virksomhet kan være et foretak i art. 61(1)'s forstand selv om den er en del av kommunen som juridisk person. Men spørsmålet om offentlig støtte kan oppstå i ulike varianter, avhengig av hvordan virksomheten er organisert. For virksomheter som er en del av kommunen, oppstår spørsmålet om offentlig støtte typisk i form av kryss-subsidiering. For virksomheter som er skilt ut fra kommunen i et eget rettssubjekt, kan spørsmålet oppstå i to varianter. For det første kan det være spørsmål om det er særlige trekk ved organisasjonsformen som gjør at den er problematisk i forhold til støtteregelverket. For det andre kan det oppstå spørsmål om hvorvidt kommunen som eier har opptrådt i tråd med det såkalte *markedsinvestorprinsippet* i forhold til virksomheten, eller på annen måte har gitt virksomheten et økonomisk gode som den ikke ville fått på markedsmessige betingelser.

3.3.2 Kan organisering som samvirkeforetak innebære ulovlig offentlig støtte?

Det er ikke tvilsomt at et samvirkeforetak kan være et foretak i støtteregelverkets forstand, dersom samvirkeforetaket driver økonomisk virksomhet.³² Støtteregelverket vil derfor gjelde fullt ut for samvirkeforetak, også de ulike unntak fra dette regelverket. I konkrete saker vil likevel de særtrekk som preger samvirkemodellen sammenlignet med andre organisasjonsformer ha betydning. Spørsmålet om hvorvidt et samvirkeforetak driver en økonomisk virksomhet må uansett avgjøres konkret fra sak til sak.

Dette innebærer at statsstøtterettslige spørsmål kan oppstå både ved etablering, drift og eventuelt oppløsning av et samvirkeforetak med kommuner som deltakere. Det er imidlertid vanskelig å se at det er trekk ved samvirkeforetaksmodellen som gjør at valg av denne organisasjonsformen for kommunale virksomhet *i seg selv* er problematisk i forhold til støtteregelverket. I et samvirkeforetak har ingen av deltakerne økonomisk ansvar for mer enn de har skutt inn. Det er således ingen av deltakerne som har ansvar for virksomhetens forpliktelser. Det ville ellers kunne reises spørsmål ved om samvirkeforetak nøy godt av en garanti fra kommunene som medlemmer. Ettersom ansvarsformen i et samvirkeforetak ikke skiller seg fra et aksjeselskap, vil heller ikke vurderingen i forhold til støtteregelverket skille seg fra tilsvarende vurdering for et aksjeselskap på dette punkt.

Det kan ikke avgjøres på generelt grunnlag om et samvirkeforetak med kommuner som deltakere vil innebære at foretaket mottar ulovlig offentlig støtte. Vurderingen av om det i de enkelte tilfeller vil foreligge ulovlig offentlig støtte, vil måtte gjøres konkret for det enkelte foretak.

Den såkalte «markedsinvestortesten» vil i praksis her være sentral. En kommune kan ikke som medlem i foretaket opptre på en måte som er mer gunstig for foretaket enn det en sammenlignbar næringsaktør - privat markedsinvestor - ville gjort, uten å komme i strid med dette prinsippet, som også gjerne er omtalt som «markedsinvestorprinsippet». Dette prinsippet vil dermed ha betydning for hvordan kommunen kan opptre overfor foretaket som medlem, garantist, långiver mv. Problemstillingene her er for så vidt allmenne, i den forstand at de vil gjelde uavhengig av om virksomheten er organisert som samvirkeforetak eller en annen organisasjonsform. Det vises slik til den alminnelige litteratur og rettspraksis, praksis i ESA, samt ESA's retningslinjer for dette. Enkelte

³² Se Communication from the Commission on the promotion of co-operative societies in Europe (23.2.2004) pkt. 3.2.7.

spesielle spørsmål som er særlig aktuelle i forhold til samvirkeforetak er imidlertid behandlet i det følgende.

Etter samvirkeoven skal avkastningen, bortsett fra en normal forrentning av innskutt kapital, enten blir stående i virksomheten eller fordeles mellom medlemmene på grunnlag av deres andel i omsetningen med sammenslutningen (§ 1 annet ledd nr. 1). Det er ikke adgang til å ta utbytte på innskutt kapital målt etter størrelsen på den innskutte kapital.

Det kan reises spørsmål om dette er i strid med markedsinvestorprinsippet. Etter ESAs retningslinjer vil det kunne være ulovlig statsstøtte dersom det offentlige gir avkall på avkastning på innskutt kapital. Markedsinvestorprinsippet bygger nemlig på at en privat markedsinvestor vil forvente en rimelig avkastning på den kapital som er skutt inn i virksomheten, ikke nødvendigvis straks, men i det minste etter en viss tid. Dersom en kommune har skutt inn kapital i et samvirkeforetak vil den etter loven være avskåret fra å ta utbytte på kapitalen i samme forhold som man som eier ville kunne gjøre i et selskap.

Kjernen i markedsinvestorprinsippet er imidlertid at dersom det offentlige opptre på samme måte som en rasjonell sammenlignbar markedsinvestor ville gjort, så foreligger ikke ulovlig offentlig støtte. I dette ligger at dersom en privat markedsinvestor kunne tenkes å delta i et samvirkeforetak på samme vilkår, så vil det ikke være i strid med markedsinvestorprinsippet om kommunen gjør det samme. Vurderingen må derfor trolig være at dersom det kan godtgjøres at en næringsdrivende ville akseptert tilsvarende vilkår så foreligger ikke ulovlig offentlig støtte. På denne bakgrunn må det trolig legges til grunn at de særlige regler om fordeling av kapital ikke i seg selv innebærer offentlig støtte i de tilfeller der kommuner er deltakere, dersom man etter en konkret vurdering kommer til at kommunen som deltaker ikke opptre gunstigere overfor foretaket enn det en sammenlignbar privat aktør ville gjort i en tilsvarende situasjon.

3.3.3 Oppsummering

Der et samvirkeforetak driver en økonomisk virksomhet vil det være et foretak i støtteregulverkets forstand. Regelverket om offentlig støtte vil gjelde fullt, inkludert de ulike unntak i dette regelverket. Hvorvidt et samvirkeforetak driver økonomisk virksomhet vil måtte bero på en konkret vurdering av hvert foretak. Det er etter vår vurdering ikke særtrekk ved samvirkeforetaksmodellen som gjør at den *i seg selv* er problematisk som organisasjonsmodell for kommunal virksomhet. Støtteregulverket er slik ikke til hinder for å organisere kommunal virksomhet i denne formen. Avhengig av hvordan kommunene opptre vis á vis foretaket kan det foreligge ulovlig offentlig støtte, men om det er tilfelle må vurderes konkret.

3.4 Forholdet til kommuneloven, forvaltningsloven og offentleglova

3.4.1 Kommuneloven

Det er i kap. 3 slått fast at kommuneloven ikke er til hinder for at kommuner kan opprette og/eller delta i samvirkeforetak etter samvirkeforetaksloven. Der et samvirkeforetak består av bare kommuner, vil kommuneloven heller ikke gjelde for samvirkeforetaket.

3.4.2 Offentleglova

Spørsmålet om *offentleglova* gjelder for samvirkeforetak beror på en tolkning av offentliglova. Hovedregelen er at selvstendige rettssubjekter uten tilknytning til kommune eller stat ikke er omfattet av loven.

Lovens virkeområde er regulert i § 2. Bestemmelsens første og andre ledd lyder:

«Lova gjeld for

a) staten, fylkeskommunane og kommunane,

b) andre rettssubjekt i saker der dei gjer enkeltvedtak eller utferdar forskrift,

c) sjølvstendige rettssubjekt der stat, fylkeskommune eller kommune direkte eller indirekte har ein eigardel som gir meir enn halvparten av røystene i det øvste organet i rettssubjektet, og

d) sjølvstendige rettssubjekt der stat, fylkeskommune eller kommune direkte eller indirekte har rett til å velje meir enn halvparten av medlemmene med røysterett i det øvste organet i rettssubjektet.

Bokstavane c og d gjeld ikkje rettssubjekt som hovudsakleg driv næring i direkte konkurranse med og på same vilkår som private. For verksemder som etter offentlig oppkjøp eller liknande kjem inn under bokstavane c eller d, gjeld lova frå og med fjerde månadsskiftet etter den månaden da vilkåra vart oppfylte.»

Loven vil uansett gjelde for andre rettssubjekter i den utstrekning de treffer enkeltvedtak eller utferdiger forskrifter – det vil si i den utstrekning de utøver offentlig myndighet, jf. bokstav b). Loven gjelder i så fall bare for denne delen av virksomheten.

Som hovedregel vil loven også gjelde for alle virksomheter hvor det offentlige har dominerende innflytelse, jf. bokstav c) og d). Det avgjørende er stemmerett i virksomhetens øverste organ – typisk generalforsamling, representantskap eller årsmøte. Det er det offentliges samlede stemmevekt som er avgjørende. Vilåret er slik oppfylt både der det er én kommune alene som har mer enn femti prosent av stemmene, eller der en kommune sammen med andre kommuner, fylkeskommuner eller staten har slikt flertall.

Bokstav c) dekker den situasjon at stemmeretten følger av eierskap, og bokstav d) dekker den situasjon at stemmeretten har et annet grunnlag enn eierskap. Det er slik ikke avgjørende om det gjelder et selskap – som har eiere – eller en virksomhet som ikke har eiere, for eksempel en stiftelse eller en forening. Det fremgår av forarbeidene til samvirkeforetaksloven at et samvirkeforetak ikke er en «variant av selskap eller forening» men en særskilt organisasjonsform. Det er hverken et selskap, forening eller en stiftelse. For forholdet til offentliglova har dette ingen betydning, ettersom retten til å stemme på det øverste organet i virksomheten både kan grunne seg på eierskap eller annet.

I dette ligger at et samvirkeforetak som hovedregel vil være omfattet av loven dersom en kommune sammen med andre kommuner, fylkeskommuner eller staten har flertall av stemmene på årsmøtet.

Foretaket vil imidlertid likevel falle utenfor offentleglova dersom det «hovudsakeleg driv næring i direkte konkurranse med og på same vilkår som private», jf. § 2 første ledd andre punktum. Hvorvidt det er tilfelle beror på en helhetsvurdering av virksomheten. Det fremgår av forarbeidene at vilkåret skal tolkes nokså strengt.³³

3.4.3 Forvaltningsloven

Forvaltningsloven gjelder «forvaltningsorganer». Som forvaltningsorgan regnes «organ for stat eller kommune», jf. § 1. Forvaltningsloven har ingen tilsvarende regulering av spørsmålet om hvorvidt loven gjelder for egne rettssubjekter som offentleglova har. Spørsmålet beror også her på en konkret helhetsvurdering av formål, organisasjonsform, det offentliges innflytelse, oppgaver og finansering.

3.4.4 Oppsummering

Kommuneloven vil ikke gjelde for et samvirkeforetak selv om det består av bare kommuner. Et samvirkeforetak vil imidlertid som hovedregel være omfattet av *offentleglova* dersom en kommune sammen med andre kommuner, fylkeskommuner eller staten har flertall av stemmene på årsmøtet, og foretaket ikke hovedsakelig driver næringsvirksomhet i direkte konkurranse med og på samme vilkår som private. Hvorvidt et samvirkeforetak vil være omfattet av *forvaltningsloven* beror på en konkret vurdering av formål, organisasjonsform, det offentliges innflytelse, oppgaver og finansering.

Kan samvirketak være et alternativ til andre foretaksformer – en sammenligning

4.1 Generelt: har det betydning om det er mange eller få eiere. Mulighetene for eierstyring

Når en kommune velger å organisere deler av sin virksomhet i et eget rettssubjekt, bortfaller mulighetene for direkte politisk styring over virksomheten. Dette gjelder uavhengig av valg av foretaksform. Kommunen går da over i en situasjon med indirekte styring av virksomheten, hvor styring ikke skjer gjennom kommunestyret, men utøves gjennom eierorganet i den foretaksformen som er valgt for virksomheten. Det betyr at styring skjer gjennom beslutninger truffet av årsmøte i et samvirke, representantskap i et IKS og generalforsamling i et AS. Stiftelser kommer her i en særstilling. Når en kommune overlater oppgaver til en stiftelse, har kommunen gitt fra seg styringsretten. Se mer om stiftelser i punkt 4.5.

Det nevnes her at en kommune også kan legge oppgaver til et foretak ved inngåelse av kontrakt, enten ved direkte tildeling eller etter en anbudskonkurranse. Styring skjer da gjennom bestemmelser i kontrakten. Kontraktstyring er ikke nærmere gjennomgått, da dette ikke er en del av mandatet for utredningen, jf. kapittel 1.

Uansett foretaksform, er hovedregelen at eierbeslutninger avgjøres gjennom flertallsvedtak. For visse vedtak, eksempelvis endring av vedtekter stilles det strengere krav til beslutninger. Dette er likt

³³ Ot. prp. Nr. 102 (2004-2005) s. 116.

uavhengig av om det er et samvirke, IKS eller AS. Både aksjeloven, lov om interkommunale selskaper og samvirkeforetaksloven åpner for at det i vedtektene kan avtales avvikende eller strengere regler enn flertallskrav.

Spørsmålet er om mulighetene for styring påvirkes av antall eiere i foretaket.

I et samvirke som er basert på medlemskap, er hovedregelen at hvert medlem har en stemme hver. Her vil antall medlemmer påvirke det enkelte medlems innflytelse i samvirke.

I et samvirke er som hovedregel medlemskapet åpent for alle som mener å kunne få sine interesser ivaretatt gjennom samvirket. Se kapittel 2 – beskrivelse av samvirkeforetak, punkt 2.4. For å sikre styring og innflytelse, kan dette begrenses slik at eksempelvis bare kommuner kan være medlemmer.

En annen mulighet for å sikre styring og innflytelse i samvirke, er å avtale en annen stemmefordeling enn den som følger av hovedregelen. Dette kan gjøres ved å innta i vedtektene en stemmefordeling basert på omsetning med selskapet, jf. punkt. Jo større andel av omsetningen kommunen har med samvirke, jo større innflytelse, men et medlem kan ikke gis med enn 50 % stemmene. Se, beskrivelse av samvirkeforetak, punkt 2.5. Både antall medlemmer og hvordan stemmegivningen bestemmes i vedtektene er med å bestemmer hvilke styringsmuligheter en kommune vil ha i et samvirke.

I akselskap kan det være mange eiere, men stemmeretten, begrenses som hovedregel av antall aksjer og ikke antall eiere. Det betyr at antall aksjer er det som normalt avgjør hvilken innflytelse kommunen har som eier i selskapet. Eksempelvis kan det være 9 småaksjonærer og en stor aksjeeier. Er kommunen den store aksjonæreeieren med eksempelvis 55 % av aksjene, vil kommunen ha bestemmende innflytelse i selskapet. I motsetning til et samvirke, kan eierne i et AS ha med enn 50 % av stemmene. I et AS vil en kommunes styringsmuligheter som hovedregel først og fremst avgjøres av antall aksjer den selv eier, og ikke antall eiere.

I et IKS stiller lov om interkommunale selskaper § 6 som vilkår at hver deltager i skal være representert i representantskapet, og hver representant utgjør en stemme, jf. loven § 9. Det vil si at hver deltaker minimum skal ha en stemme hver. Annet kan avtales i vedtektene. En kommunens innflytelse og styringsmuligheter i et IKS vil etter hovedregelen være avhengig av antall eiere/deltagere i selskapet, men kan i vedtektene gis større innflytelse ved å ha avvikende stemmereglene.

4.2. Samvirkeforetak som et alternativ til et aksjeselskap (AS) – sammenligning med AS

4.2.1 Innledning

Det fremgår av kravspesifikasjonen at det er ønskelig å få utredet om samvirkeforetak kan være et alternativ til selskapsformen aksjeselskap (AS). Hvorvidt samvirkeforetak i praksis er et aktuelt alternativ til AS må avgjøres ut fra en konkret vurdering. I dette kapitlet er det gjort en generell sammenligning av de to organisasjonsformene, med særlig vekt på mulighetene for eierstyring.

4.2.2 Kort om AS

Aksjeselskap styres av lov om aksjeselskaper.³⁴ Aksjeselskap har betegnelsen AS i navnet. Eier i et aksjeselskap omtales som en aksjonær. Det kan være en eller flere aksjonærer i et aksjeselskap. Dette kan være både juridiske rettssubjekter og enkeltpersoner. Som eiere kan være både private og offentlige eiere.

Et aksjeselskap må opprettes med en minimumskapital på NOK 30 000,- og aksjekapitalen fordeles på en eller flere aksjer. Eierrettighetene er knyttet til aksjer og hver aksje skal ha lik kroneverdi (§ 3-1). En eier kan eie flere aksjer. Det er ingen begrensning i hvor stor andel av aksjene som kan eies av en eier, med mindre annet fremgår av vedtektene. Som hovedregel gir aksjene lik rett i selskapet (§ 4-1).

En aksje kan skifte eier, med mindre det er lagt inn begrensninger i vedtektene (§ 4-15).

Selskapet er eget rettssubjekt. Dette følger implisitt av aksjeloven (aksl) (§ 1-1) om at det er et selskap.

Eierne har begrenset ansvar for selskapskapitalen (§ 1-2). En aksjonær kan fritt overdra sine aksjer med mindre annet er avtalt eller følger av lov eller selskapets vedtekter (§ 4-15). Aksjer skal føres i en aksjeeierbok (§ 4-5). En ny eier kan ikke utøve sine rettigheter før han har meldt og godtgjort sitt erverv overfor selskapet, og den nye eieren er innført i aksjeeierboken. Ved eierskifte kan avhenderen (den som selger aksjer), utøve rettighetene inntil disse har gått over på erververen.

Et aksjeselskap skal ha vedtekter som grunnlagsdokument (§ 2-2). Loven fastsetter minimumskrav til hva vedtektene skal inneholde. Selskapet har en hierarkisk organisasjonsstruktur, med generalforsamling, styre og daglig leder. Generalforsamlingen er selskapets øverste organ (§ 5-1). Eierne kan ikke utøve myndighet i selskapet utenfor generalforsamlingen. På generalforsamlingen møter eier selv, eller gjennom fullmektig på vegne av eier. Når en kommune er medeier i et selskap, stiller normalt ordfører på vegne av kommunen med bundet mandat fra kommunestyret.

Generalforsamlingen har som øverste organ, alminnelig instruksjons- og omgjøringsrett overfor andre selskapsorganer. Det er likevel en begrensning når det gjelder utbytte. Styret foreslår utbytte, og generalforsamlingen kan ikke vedta større utbytte enn hva styret har foreslått (§ 8-2).

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

Ettersom eierrettigheter er knyttet til aksjene, er det antall aksjer som styrer den enkelte eiers påvirkningsmuligheter overfor selskapet, med mindre annet er avtalt i vedtektene innenfor aksjelovens rammer. Det betyr at en eier som har mer enn 50 % av aksjene har majoriteten av

³⁴ Lov om aksjeselskaper (aksjeloven) 1997-06-13-44, sist endret 01.07. 2013.

stemmene på generalforsamlingen. Antall aksjer og hvordan disse er fordelt på ulike eiere, er avgjørende for den enkelte eieres mulighet til å påvirke selskaps virksomhet.

Aksjeselskapsformen legger til rette for forretningsvirksomhet hvor målet er å maksimere overskudd til eirene. Aksjeloven bygger likevel på et prinsipp om at kreditorene skal ha rett til dekning i selskapets eiendeler før aksjeeierne, og utgangspunktet etter loven er at selskapet av hensyn til kreditorene må ha en viss egenkapital før aksjeeierne kan tildeles midler fra selskapet. Dette bidrar til å skape tillitt til selskapet.³⁵

Eierne trenger ikke utøve noen form for virksomhet selv i selskapet. Det er nok at man eier en eller flere aksjer i selskapet. Antall aksjer den enkelte eier, er som hovedregel avgjørende for størrelsen på utbytte som eier kan ta ut fra selskapet. Det vil si hvilken fortjeneste en eier vil oppnå av det samlede overskuddet i virksomheten. Det er mulig å begrense uttak av utbytte fra et aksjeselskap gjennom vedtektene. Det kan eksempelvis avtales at det ikke skal være anledning til å ta ut utbytte.

Daglig leder ansettes av styret (6-2), med mindre ansettelsesmyndigheten i selskapsavtalen er lagt til generalforsamlingen. Daglig leder står ansvarlig overfor styret (§ 6-14).

Et aksjeselskap kan slås sammen med andre aksjeselskaper eller deles etter reglene i lovens kapittel 13 og 14.

Et aksjeselskap kan stille garantier for andre selskaper, eks er det mye brukt at datterselskaper stiller garanti for morselskap.

Omdanning av et aksjeselskap kan bare skje til allmennaksjeselskap, aksjeloven kapittel 15. Det betyr at kontinuitet ikke kan opprettholdes dersom det er ønskelig å endre selskapsformen til samvirkeforetak eller interkommunalt selskap (IKS).

Et aksjeselskap kan oppløses og avvikles etter vedtak i generalforsamlingen. Dette er gjennomregulert i kapittel 16 i aksjeloven.

4.2.3. Litt om hva aksjeselskap gjennomgående er brukt til

Aksjeselskap er først og fremst egnet til ren forretningsvirksomhet der målet er mest mulig avkastning til eierne. Aksjeloven gir likevel store muligheter for å tilpasse selskapsformen også til virksomheter som ikke er av forretningsmessig karakter. Blant annet åpner loven selv for at et AS kan ha ikke-økonomisk formål, ved at det i vedtektene må fastsettes hvordan overskuddet skal anvendes (§ 2-2). Det er derfor få begrensninger i forhold til hva aksjeselskap kan brukes til. Det som begrenser bruken, er først og fremst om selskapsformen er dekkene for virksomheten og eiernes behov.

³⁵ Prop. 111 L (2012–2013) Endringer i aksjelovgivningen mv. (forenklinger), kapittel 5.4.4.

På grunn av ansvarsbegrensningen, er selskapsformen for eksempel særlig velegnet for risikoutsatt virksomhet. For kapitalkrevende virksomhet, i den forstand at virksomheten har stort behov for tilførsel av kapital fra eierne, eksempelvis gjennom årlige budsjettvedtak, har ansvarsbegrensningen liten betydning. For den type virksomhet er ikke nødvendigvis dette den rette selskapsformen. Virksomhet av en slik karakter, vil som regel også ha stort behov for eierinnflytelse, gjerne direkte, og da er aksjeselskap normalt ikke rett selskapsform. Selskapsformen er likevel brukt i stort omfang, men uten av valget av denne selskapsformen nødvendigvis alltid har vært veloverveid i forhold til virksomhets karakter.

Vi ser at selskapsformen også brukes der virksomheten ikke er av forretningsmessig karakter. Selskaper med bare én eller svært få aksjeeiere utgjør hovedbestanddelen av aksjeselskapene.³⁶

4.2.4 Nærmere om eierinnflytelse i AS

Eierinnflytelse i et aksjeselskap er indirekte via generalforsamlingen (§ 5-1), som avholdes hvert år (§ 5-5). Det kan også innkalles til ekstraordinær generalforsamling (§ 5-6). Som nevnt i kapittel 1.1. vil eierinnflytelsen blant annet avhenge av antall aksjer og hvor mange eiere disse er fordelt på.

En vesentlig del av myndigheten i aksjeselskap er tillagt styret som forvalter selskapet på vegne av eierne (§ 6-12). Dette innebærer at det er lagt til styre blant annet å avhende eiendom, foreta låneopptak med unntak av lån som gir rett til å kreve utstedt aksjer³⁷, vedta budsjett og treffe andre beslutninger av større betydning med mindre annet er bestemt i vedtektene. Dette viser at styret er tillagt omfattende myndighet, blant annet kan eierne ikke selv bestemme størrelsen på utbytte som omtalt i kapittel 1.1.

Utover generalforsamlingen, er vedtektene eiernes styringsredskap. Endringer i vedtektene hører inn under generalforsamlingen (§ 5-18).

Eierne kan utover låneopptak, beslutte å innhente mer kapital til selskapet gjennom forhøyelse av aksjekapitalen, utvidelse av antall aksjer eller emisjon.³⁸

Andre beslutninger som vedrører eierposisjoner som salg og kjøp av aksjer, eller andre eierforhold er etter lovens hovedregler lagt til generalforsamlingen. Styret er imidlertid tillagt en samtykkekompetanse i forbindelse med overgang av aksjer til ny aksjeeier som innebærer en begrensning i forbindelse med overgang av aksjer. Det skal likevel mye til for at samtykke kan nektes (§ 4-16). Nektelse krever saklig grunn.

³⁶ Se prop. 111 L(2012-2013) Endringer i aksjelovgivningen mv. (forenklinger) kapittel 5.4.4.

³⁷ Aksjeloven kapittel 10

³⁸ Aksjeloven kapittel 11

4.2.5. Hva skiller et AS fra et samvirkeforetak (SA)?

a) Innledning

For samvirkeforetak gjelder reglene i samvirkeoven. Et samvirkeforetak har trekk fra både selskaper, foreninger og stiftelser. Det karakteristiske ved samvirkeforetak er imidlertid forankringen i samvirkeprinsippene, og dette skiller denne organisasjonsformen fra både selskaper, foreninger og stiftelser. Det er gitt en mer inngående beskrivelse av samvirkeformen i kapittel 2 ovenfor. En sammenligning av AS og samvirkeforetak kan derfor ikke gjøres generelt med utgangspunkt i at det ene er et selskap og det andre ikke. Sammenligningen må gå inn på de karakteristiske trekk ved begge modellene.

b) Hvem kan være eier/medlem

Enhver kan være eier i et AS med mindre vedtektene bestemmer noe annet. Hvem som kan være eier i et AS er nærmere omtalt ovenfor i punkt 4.2.2. I et samvirkeforetak har enhver som kan få sine økonomiske interesser varetatt av foretaket rett til bli medlem (§ 14), med mindre vedtektene sier noe annet. Samvirkeforetaket kan bare nekte noen å bli medlem dersom det er saklig grunn for det. Noe tilsvarende er det i et AS, når styre i et AS kan nekte å akseptere en ny erverver av aksjer hvis det foreligger saklig grunn (aksl § 4-16).

Ved opprettelsen av et aksjeselskap eller ved senere endringer av vedtektene kan det bestemmes i vedtektene for et AS at aksjer ikke kan selges til andre enn kommuner, eller begrenset til de kommunene som er eiere på opprettelsestidspunktet. Det kreves ikke saklig grunn. Dersom det er ønskelig å avskjære mulighetene for andre enn kommuner å bli medlem i et samvirkeforetak, åpner loven for at dette kan gjøres, forutsatt at det begrunnes saklig ut fra foretakets virksomhet. Her vises til nærmere omtale i kapittel 2, punkt 2.4.

Kravet om «*saklig grunn*» for å nekte medlemskap i et samvirke, fremstår som et strengere vilkår enn hva som skal til for å utelukke eiere i et AS. Antagelig vil denne forskjellen i realiteten har liten betydning, da det må legges til grunn at det skal lite til for å si at det foreligger saklig grunn å begrense kretsen av medlemskap i et samvirkeforetak.

c) Nye eiere i et AS – innmelding i samvirke

Prosessen med å få inn nye eiere i et AS kan skje på flere måter. En aksje kan i utgangspunktet omsettes fritt (§4-15). Dersom det ikke er lagt begrensninger i vedtektene med hensyn til aksjenes omsettelighet, kan nye eiere komme inn ved at andre eiere redusere sine aksjeposter ved salg av egne aksjer. I utgangspunktet er derfor eierskifte i et AS en eklere prosess.

Ny eiere kan også komme inn ved utvidelse av antall aksjer, eller ved sammenslåing av to eller flere AS til et AS. Dette krever større prosesser enn ved ordinært salg av aksjer.

Et AS kan være lukket i den forstand at det er vedtektsbestemt hvem som kan være eiere i selskapet. Eksempelvis kan fire kommuner som eier et AS, ha bestemt i vedtektene at aksjer ikke kan selges til utenforstående. Har vedtektene slike begrensninger, vil ønske om nye eiere kreve vedtektsendringer.

Eierskifte i et AS, er derfor en relativ enkel prosess så lenge det ikke er begrensninger i vedtektene, eller det ligger forpliktelser i aksjonæravtale som er inngått mellom aksjeeierne.

En aksjonæravtale vil som oftest være inngått mellom aksjonærer eller parter som skal bli aksjonærer og er utbredt i praksis. En slik avtale er ikke regulert i aksjeloven og må ikke forveksles med vedtekter. Hensikten med aksjonæravtaler er vanligvis å regulere aksjonærrettigheter. Som hovedregel er en slik avtale bare bindende mellom partene, men kan også i visse tilfelle være bindende for en tredjepart³⁹

Et samvirke er ikke basert på eierskap i den forstand som i et AS. I et samvirkeforetak er «eierskapet» basert på medlemskap. Innmelding som medlem i et samvirke skjer ved at styret godkjenner søknad om dette. Søkeren registreres deretter i medlemsregisteret. Innmelding som medlem er derfor i utgangspunktet en enkel prosess.

Videre bygger et samvirke på prinsippet om frivillighet og åpent medlemskap. Inn- og utmelding fra et samvirke skal være åpent for alle mener at de kan få sine interesser ivaretatt gjennom samvirke. Hovedregelen i et samvirke er at opphør skjer ved skriftlig utmelding til foretaket (§ 22 nr. 1). Slik sett et inn – og utmelding en enklere prosess enn eierskifte i et AS der man er avhengig av salg av aksjer. Dette gjør samvirkeforetaksformen bedre egnet enn AS hvor hyppige endringer på deltakersiden kan påregnes. Eksempelvis barnehager, småbåthavner, idrettslag og en rekke andre virksomheter⁴⁰.

Samvirkeloven åpner imidlertid for at det kan legges inn begrensninger i vedtektene når utmelding kan skje. Eksempelvis kan det være stilt krav om tidspunkt for når utmelding skal skje fra det tidspunkt et medlem inngir skriftlig utmelding.

Følges hovedreglene om inn - og utmelding av et samvirke og hovedreglene ved kjøp og salg av aksjer, fremstår begge som relativt enkle prosesser, men samvirkeforetak har nok et vesentlig fortrinn fremfor aksjeselskap.

For kommuner som ønsker løse oppgaver sammen i egen virksomhet, vil forutsigbarhet ofte stå sentralt. Kommunene ønsker å gå inn i et samarbeid med ønske om at hver av partene forplikter seg til å være med i samarbeidet over tid. Vi mener at både aksjeselskap og samvirke er egnet til å sikre dette gjennom vedtektsregulering.

Samvirkeloven åpner også for å kunne lukke foretaket, men med noen begrensninger i forhold til adgangen til å lukke et aksjeselskap. Et samvirkeforetak kan fravike prinsippet om åpent medlemskap hvis det er «saklig grunn» for det, se nærmere omtale i kapittel 2, punkt 2.4. Aksjeloven har ikke tilsvarende begrensninger. Denne forskjellen i adgangen til å begrense eierskapet i et AS og begrense hvem som kan være medlemmer i et samvirke kan tilsa at aksjeselskapsformen er bedre egnet der det er behov for å begrense deltakeradgangen. Særlig stor betydning mener vi likevel ikke dette har. I

³⁹ Aksjonæravtaler er nærmere behandlet i boken « Aksjonæravtaler – i hvilken grad har aksjonæravtaler selskapsrettslige virkninger?» av Jannik Woxholt

⁴⁰ Se « Samvirkeforetak – reglene om økonomiforhold, skatt og avgifter» av Tore Fjørtoft og Ole Gjems-Onstad s. 200.

juridisk teori, «Samvirkeforetak – reglene om økonomiforhold, skatt og avgift s. 200-201 av Tore Fjørtoft og Ole Gjems-Onstad finner vi støtte for at kravet til saklig grunn ikke må tolkes for strengt. Eksemplene som nevnes i boken viser at det er ikke mye som skal til for å begrunne at det er saklig å fravike hovedregelen om åpenhet medlemskap. For øvrig vises til nærmere omtale kapittel 2, punkt 2.4

d) Økonomisk ansvar og formål

Både samvirkeforetak og aksjeselskap har begrenset deltakeransvar, jf. samvirkeoven § 1 annet ledd nr. 2 og aksjeloven § 1-2. Det innebærer at deltakerne har intet ansvar for foretakets økonomiske forpliktelser. Ansvarsbegrensningen likestiller således samvirkeforetak med aksjeselskap. Dette betyr at både samvirkeforetak og aksjeselskapsformen kan velges dersom ansvarsbegrensning er et ønsket mål.

Det kan foretas utdelinger både fra et AS og et samvirke med mindre annet er bestemt i vedtektene. Utdelingen bygger imidlertid på helt forskjellige prinsipper. I et samvirke er utdeling til medlemmer basert på medlemmets omsetning/bruk av samvirket, mens utbytte til eierne i et aksjeselskap er basert på innskutt kapital/antall aksjer. Dersom formålet fra eiers side kun bygger på et kapital og -avkastningskrav uten at eierne skal bidra med noen form for aktivitet i virksomheten, er samvirkeforetak utelukket, i det omsetningskriteriet ikke vil være oppfylt. Da må aksjeselskapsformen velges hvis valget står mellom disse to modellene.

e) Rettigheter som eier/medlem

I et aksjeselskap har hver eier rett til å møte på generalforsamlingen og utøver sin stemme i tråd med eierandelen med mindre annet er bestemt i vedtektene. En eier kan også møte med en fullmektig. For en kommune vil dette være typisk ved at ordfører møter på vegne av kommunen.

Beslutninger treffes ved flertallsavgjørelse (aksl § 5-17). Har en aksjeeier mer enn 50 % av aksjene, og stemmefordelingen ikke er fraveket gjennom vedtekter eller aksjonæravtale, vil denne aksjeeieren være sikret flertall og kan få gjennom sine krav.

I et samvirke har et medlem som hovedregel én stemme på årsmøtet (§ 38). Bestemmelsen i § 38 annet ledd gir hjemmel til i vedtektene å fastsette at medlemmene skal ha flere stemmer. Dog kan et medlem ikke ha flertall av stemmene på årsmøte for å sikre likebehandling av medlemmene. Slik sett skiller samvirke seg fra aksjeselskap. I et samvirke vil et medlem derfor alltid være avhengig av stemmer fra øvrige medlemmer for å få gjennomslag for egne krav og ønsker. Dersom det er behov for å sikre at en deltaker har flertall, gjør dette samvirkemodellen uegnet. Er derimot likehetstankegangen mellom deltagerne viktig, er samvirkeforetaksformen bedre egnet enn AS. Det er likevel mulig å kunne sikre likebehandling i et AS og, men det krever tilpasninger i vedtektene.

Som hovedregel kan det besluttes utdeling av overskuddet til eierne i et aksjeselskap på generalforsamlingen, jf. aksjeloven 8-2, dog begrenset til det styret foreslår. Ved oppløsning av selskapet vil også eierne få utbetalt sin del av overskuddet etter at selskapets forpliktelser er gjort opp (aksl § 16-9).

I et samvirkeforetak kan det også foretas utdeling av avkastning, men da i forhold til medlemmenes bruk av samvirket. Det gjelder altså en annen fordelingsnorm i samvirkeforetak enn det som gjelder i aksjeselskap, hvor fordelingen normalt skjer i forhold til kapitalandel, se også omtale under sammenligningen mellom IKS og samvirke, punkt 4.3.

f) Økonomiforhold

På samme måte som i et aksjeselskap hører forvaltningen av samvirke under styret jf. samvirkeloven § 76 nr. 1, og styret skal holde seg orientert om samvirkets økonomiske situasjon og iverksette nødvendige tiltak, jf. lovens § 76 nr. 3 og 4. Her er det lite som skiller et samvirkeforetak fra et AS. Aksjeloven har imidlertid et minstekrav til egenkapital, i motsetning til et samvirke hvor det ikke er stilt noe minstekrav til egenkapital. Dette er i forarbeidene begrunnet blant annet med at samvirkeforetakene utgjør en uensartet gruppe av virksomheter med forskjellige behov.⁴¹

g) Organisasjonsstruktur

Organisasjonsstrukturen er relativt lik mellom aksjeselskap og samvirke, jf. sammenligningen av IKS og samvirke punkt 4.3. Daglig leder er ikke obligatorisk verken i samvirke eller aksjeselskap. Organisasjonsstrukturen skulle derfor ikke ha noen betydning i valget mellom samvirkeforetak og aksjeselskapsformen.

4.2.6 Oppsummering

a) De viktigste forskjellene mellom AS og Samvirkeforetak

Det fremgår ovenfor at bestemmelsene om AS og SA på mange punkter er sammenfallende. Begge er egne rettssubjekter, styringsstrukturen og forholdet mellom de ulike organer i virksomheten er i det vesentlige de samme.

En vesentlig forskjell ligger i at en eier i et AS kan ha bestemmende innflytelse i selskapet. I et samvirke kan ingen ha flertall av stemmene på årsmøte.

En annen viktig forskjell er at det er vesentlig enklere å ta opp nye medlemmer i et samvirke enn det er å få inn nye eiere i et AS.

⁴¹ Ot. prp. Nr. 21 (2006-2007) s. 120.

Det er noe lettere å begrense hvem som skal kunne være eiere i et AS enn det er å begrense hvem som skal kunne være medlem i et samvirkeforetak.

Når det gjelder finansiering av virksomheten skiller ikke samvirkeforetak seg vesentlig fra AS. Kapitalbehovet løses internt eller gjennom eksterne lån. For virksomheter som er særlig kapitalkrevende, og hvor det er ønskelig å innhente risikovillig ekstern kapital, har samvirkeformen noen begrensinger i forhold til et AS. For samvirke kan imidlertid dette behovet imøtekommes ved at det etableres datterselskaper, noe det er anledning til et samvirkeforetak.

b) Når kan et samvirkeforetak være et alternativ til et AS?

For at et Samvirke kan være et alternativ til AS, må vilkårene i samvirkeloven § 1 være tilfredsstillt. Det vil si at vilkåret om økonomisk hovedformål (formålskriteriet), vilkåret om omsetning mellom foretak og medlem (omsetningskriteriet), og vilkåret om at avkastningen kan fordeles etter omsetning (fordelingskriteriet) kan tilfredsstilles for den aktuelle virksomheten.

Samvirkeforetak vil likevel være utelukket, dersom én kommune skal ha mer enn 50 prosent av stemmene i det øverste styringsorganet. Uaktuelt vil også et samvirkeforetak være dersom det er avgjørende at deltakerne skal kunne ta utbytte etter kapital/eierandel, eller dele aktiva ved oppløsning forholdsmessig etter eierandel.

4.3 Samvirkeforetak som alternativ til andre organisasjonsformer – sammenligning med IKS

4.3.1 Innledning

Det fremgår av kravspesifikasjonen at det er ønskelig å få utredet om samvirkeforetak kan være et alternativ til selskapsformen interkommunalt selskap (IKS). Valg av organisasjonsform i konkrete tilfeller må nødvendigvis bli en konkret vurdering hvor arten og karakteren av den virksomhet det er snakk om, og målsettingen for driften er sentrale momenter. Hvorvidt samvirkeforetak (SA) i praksis er et aktuelt alternativ til IKS kan derfor bare avgjøres ut fra en slik konkret vurdering. På generelt grunnlag er det likevel gjort en nærmere vurdering av bruk av samvirkeforetak for enkelte typetilfeller og konkrete tjenesteområder i kommunen, se kap. 5 og 6.

I dette kapitlet er det gjort en generell sammenligning av de to foretaksformene SA og IKS som sådan, uten å gå inn på konkrete virksomhetsområder. Det er særlig lagt vekt på mulighetene for eierstyring.

4.3.2. Kort om IKS

a) Generelt

Et IKS er et selskap hvor bare kommuner, fylkeskommuner og andre IKS kan være eiere. Eierne er i loven omtalt som «deltakere». Selskapet er et eget rettssubjekt (§ 2). Eierne har ubegrenset ansvar for selskapets forpliktelser (§ 3). Til grunn for selskapet skal ligge en selskapsavtale (§ 4). Loven fastsetter minimumskrav til hva selskapsavtalen skal inneholde.

Selskapet har en hierarkisk organisasjonsstruktur, med et representantskap, styre og daglig leder. Representantskapet er selskapets øverste organ (§ 7). Eierne kan ikke utøve myndighet i selskapet utenfor representantskapet.

Representantskapet velger styremedlemmer, jf. § 10 annet ledd, og har som øverste organ alminnelig instruksjons- og omgjøringsrett overfor andre selskapsorganer. Sammensetningen av representantskapet, og regler om stemmegivning i dette organet, er slik avgjørende for den enkelte deltakers mulighet til å påvirke selskapets virksomhet. Hver deltaker har full instruksjonsmyndighet over sine representanter i representantskapet.

Styret er selskapets øverste ledelse. Styret har ansvar for «forvaltningen av selskapet» (§ 13), og representerer selskapet utad (§ 16). Daglig leder ansettes av styret, med mindre ansettelsesmyndigheten i selskapsavtalen er lagt til representantskapet (§ 14). Daglig leder står ansvarlig overfor styret (§ 14 annet ledd).

Selskapsformen IKS er brukt til en rekke kommunale virksomheter. De områdene hvor man relativt sett finner flest IKS er renovasjon, vann- og avløp, brannvern og revisjon.⁴²

b) Nærmere om eierinnflytelse

I pkt. 4.2 ovenfor er det gått nærmere inn på hva som skiller et aksjeselskap fra et samvirkeforetak. I pkt. 4.2.4 er mulighetene for eierinnflytelse i et AS kort gjengitt. Sammenlignet med aksjeselskap er det i lov om interkommunale selskaper bygget inn noen bestemmelser som gir noe større grad av eierinnflytelse enn det som i utgangspunktet følger av aksjeloven.⁴³ Disse særtrekkene ved IKS er kort gjengitt i det følgende.

For det første må medlemmene i representantskapet velges av kommunestyret «selv» (§ 6 annet første ledd). Det betyr at valgmyndigheten ikke kan delegeres til andre. Det skal fremgå av selskapsavtalen hvor mange medlemmer representantskapet skal ha (§ 4 tredje ledd nr. 8). Hver deltaker kan være representert med flere representanter. Kommunestyret kan velge sine representanter ved forholdstallsvalg.

For det andre er enkelte saker som i aksjeselskap ligger til styret, i et IKS lagt til representantskapet. Det gjelder blant annet avhending av fast eiendom og større kapitalgjensstander, samt investeringer som er av vesentlig betydning (§ 25). Det ligger også til representantskapet å vedta selskapets budsjett (§ 18).

⁴² Rapport IRIS – 2013/008 «Interkommunalt samarbeid – Konsekvenser, muligheter og utfordringer», s. 44-45.

⁴³ En sammenligning mellom mulighetene for eierstyring i IKS og aksjeselskap er gjort i en artikkel i Lov og Rett 2005 nr. 9 av Knut Høivik. Det gis her uttrykk for at de samme eierstyringsverktøy som er bygget inn i IKS-loven kan oppnås i AS gjennom bruk av blant annet vedtekter, aksjonæravtaler mv.

Videre er enkelte saker som i et aksjeselskap ligger til generalforsamlingen, i lov om interkommunale selskaper lagt til kommunestyret i deltakerkommunene. Dette gjelder blant annet endringer i selskapsavtalen. I et IKS utgjør selskapsavtalen både stiftelsesdokument og vedtekter. I et AS gjøres endringer i vedtektene av generalforsamlingen. Også beslutning om utelukkelse (§ 31) og oppløsning (§ 32) ligger i et IKS til den enkelte deltaker.

Lov om interkommunale selskaper har også enkelte bestemmelser om økonomiforvaltning som avviker fra aksjelovens regler. Det gjelder begrensninger på adgangen til å ta opp lån. For det første kan selskapet ikke ta opp lån med mindre det er fastsatt i selskapsavtalen at selskapet skal ha slik adgang. Dersom selskapet skal ha adgang til å ta opp lån, må det fastsettes en øvre ramme for selskapets låneopptak i selskapsavtalen. Selv om det er fastsatt i selskapsavtalen at selskapet skal kunne ta opp lån, følger det av loven at det bare kan tas opp lån til samme formål som kommunene selv.⁴⁴ (§ 22). Videre må låneopptak godkjennes av statlig myndighet dersom en av deltakerkommunene er underlagt reglene i kommuneloven § 60.

Videre følger av § 21 at midler som innkommer ved salg av fast eiendom eller større kapitalgjenstander ikke kan brukes til å dekke løpende utgifter.

Mulighetene til å innhente kapital fra eierne avhenger av hva som er avtalt i selskapsavtalen. Deltakerne plikter ikke å gjøre innskudd i selskapet i større utstrekning enn det som følger av selskapsavtalen eller loven selv (§ 5). Det er altså ikke krav om et minste innskudd av kapital, slik som det er i aksjeselskaper. Der det interkommunale selskapets virksomhet ikke er egnet til å gi dekning for de kostnader som oppstår, vil selskapets økonomi være nært knyttet til deltakernes. I slik tilfeller vil det typisk gjerne være fastsatt at deltakerne skal yte tilskudd til selskapet etter nærmere fastsatte regler.

Selskapet kan ikke stille garantier eller pantsette eiendeler til sikkerhet for andres forpliktelser.

Det fremgår også at et interkommunalt selskaps eiendeler ikke kan være gjenstand for utlegg eller arrest, og det kan ikke åpnes konkurs- og gjeldsforhandling i selskapet (§ 23).

Reglene om økonomiforvaltning er tatt inn i loven på bakgrunn av kommunenes ubegrensede ansvar for selskapets forpliktelser, og er på flere punkter sammenfallende med de regler som etter kommuneloven gjelder for økonomiforvaltningen i kommuner.

4.3.3 Hva skiller et IKS fra et samvirkeforetak

a) Innledning

Det har vært diskutert om et samvirkeforetak er et selskap eller en forening. I samvirkelovens forarbeider er det lagt til grunn at et samvirkeforetak er en egen organisasjonsform, «og ikke en variant av selskap eller forening».⁴⁵ Et samvirkeforetak har trekk fra både selskaper, foreninger og stiftelser. Det karakteristiske ved samvirkeforetak er imidlertid forankringen i samvirkeprinsippene, og dette skiller denne organisasjonsformen fra både selskaper, foreninger og stiftelser. Det er gitt en mer inngående beskrivelse av samvirkeformen i kap. 2 ovenfor.

⁴⁴ Se nærmere i kommuneloven § 50 om hva som er lovlige låneformål for kommuner.

⁴⁵ NOU 2002: 6 pkt. 23.5, s. 246.

En sammenligning av IKS og samvirkeforetak kan derfor ikke gjøres generelt med utgangspunkt i at det ene er et selskap og det andre ikke. Sammenligningen må gå inn på de karakteristiske trekk ved begge modellene.

b) Hvem kan være eier/medlem

I et IKS er det bare kommuner, fylkeskommuner og andre IKS som kan være deltakere. I et samvirkeforetak har enhver som kan få sine økonomiske interesser varetatt av foretaket rett til bli medlem (§ 14). Foretaket kan bare nekte noen å bli medlem dersom det er saklig grunn for det. Vedtektene kan fastsette nærmere vilkår for å bli medlem, men bare så langt det er saklig grunn for det. Dersom det er ønskelig å avskjære mulighetene for andre enn kommuner å bli medlem i et samvirkeforetak må det derfor kunne begrunnes saklig ut fra foretakets virksomhet. Se nærmere omtale av saklighetskravet i kap. 2.

I forarbeidene⁴⁶ omtales kravet til saklighet slik:

«Om ein nektingsgrunne er sakleg , må vurderast på grunnlag av m.a. prinsippet om ope medlemskap, formålet til foretaket, foretaket sin praksis og bransjepraksis, jf. utgreiinga s. 256-258, (...)»

I NOU 2006: 06 heter det bl.a. følgende om dette:

«Når det skal tas stilling til om det foreligger saklig grunn for å nekte medlemskap, må det legges vekt på samvirkeforetakets formål, drift og egenart for øvrig. For å anse en nektelse som saklig begrunnet kreves for det første at den tar sikte på å fremme foretakets interesser. Saklighetskravet vil ikke være oppfylt dersom nektelsen er motivert av et ønske om å fremme ledelsens eller andres særinteresser. For det annet kreves at nektelsen er tilstrekkelig tungtveiende i lys av prinsippet om åpent medlemskap. Det må her foretas en avveining mellom foretakets behov for å nekte medlemskap og søkerens interesse i å bli medlem. Dess sterkere interesse en søker har i å bli medlem, dess større krav stilles det til foretakets begrunnelse for å nekte medlemskap. For det tredje må nektelsen være saklig i forhold til den praksis foretaket ellers følger i slike saker. Like tilfeller skal behandles likt, med mindre foretaket kan påvise at en endret situasjon har gjort det nødvendig å legge om tidligere praksis. For det fjerde må nektelsesgrunnen ikke være i strid med ufravikelige lovregler. (...)»

Videre fremgår følgende eksempler som kan være illustrerende når det gjelder spørsmålet om å begrense deltakelse fra andre enn kommuner (l.c.):

«En nektelse av medlemskap kan begrunnes ut fra både generelle kriterier og konkrete omstendigheter. Eksempel på det første er at medlemmene må tilhøre en bestemt yrkesgruppe, at de må være tilknyttet et bestemt distrikt, eller at de ikke samtidig kan være tilsluttet foretak som utøver konkurrerende virksomhet. (...)»

Et konkret eksempel som gjelder interkommunale samvirkeforetak er også nevnt i forarbeidene⁴⁷:

⁴⁶ Ot. Prp. Nr. 21 (2006-2007) s. 253.

⁴⁷ Ot. prp. nr. 21 (2006-2007) s. 253.

«Vilkår for å bli og for å vere medlem kan ha form av personklausular, dvs. at personane må ha visse eigenskapar for å bli medlemmar. Det kan til dømes være krav til utdanning, yrke eller yrkeserfaring, eller krav om geografisk tilhøyrse. Vidare kan det vere krav om at medlemmane skal vere organiserte på ein bestemt måte. Vedtektene til eit interkommunalt reingjeringsbyrå kan til dømes fastsetje at berre kommunar kan takast opp som medlemmar (vår understreking), på same måte som eit sekundærsamvirke kan stille krav om at medlemmane må vere samvirkeforetak med eit bestemt formål».

Medlemskap vil kunne nektes selv om den aktuelle nektelsesgrunnen ikke fremgår av foretakets vedtekter. Bakgrunnen er at det ved stiftelsen kan være vanskelig å forutse hvilke situasjoner som kan oppstå, og dermed også hvilke nektelsesgrunner som kan bli aktuelle. Det enkelte foretak kan selv bestemme om vedtektene skal inneholde vilkår for medlemskap.

Etter vår vurdering vil det ofte være hensiktsmessig for kommuner å vedtektsregulere hvem som kan være medlemmer. Dersom vedtektene inneholder vilkår for medlemskap, vil disse være bindende for foretakets organer ved opptak av medlemmer. Et eksempel på dette som fremgår av forarbeidene⁴⁸ er dette:

«Sier vedtektene at det bare er personer fra Oppland som kan bli medlemmer av foretaket, kan det ikke opptas medlemmer fra Hedmark».

Overført på et «kommunalt» samvirkeforetak må det etter vårt syn legges til grunn at det vil være saklig grunn til å nekte medlemskap for eksempel for andre enn kommuner fra Oppland.

En usaklig nektelsesgrunn kan ikke gjøres legitim ved å ta den inn i foretakets vedtekter. Forarbeidene utelukker imidlertid ikke at en vedtektsregulering av spørsmålet kan få betydning for anvendelsen av saklighetsstandard. (I.c. side 79-80). Grunnen til dette er at man ved anvendelsen av denne standarden må ta hensyn til foretakets formål og egenart, og vedtektene er en sentral kilde i så henseende.

c) Opptak av ny deltaker – innmelding

Prosessen for opptak av nye deltakere i et IKS er vesentlige mer omstendelig enn opptak av nye medlemmer i et samvirkeforetak. I et IKS krever opptak av nye medlemmer endring av selskapsavtalen. Dette innebærer at selskapsavtalen må opp til behandling i hvert av de deltakende kommuners kommunestyre (IKS-loven § 4 annet ledd). I et samvirkeforetak skjer innmelding som medlem ved at styret godkjenner søknad om dette. Søkeren registreres deretter i medlemsregisteret.

d) Deltakernes økonomiske ansvar

Medlemmer i et samvirkeforetak har plikt til å betale et eventuelt innskuddsbeløp, men er ikke ansvarlig for mer enn det beløp man har skutt inn (§ 1 annet ledd nr. 2). Medlemmer i et samvirkeforetak har slik intet ansvar for samvirkeforetakets økonomiske forpliktelser. Dette står i motsetning til det økonomiske ansvaret for deltakere i et IKS. I et IKS hefter deltakerne ubegrenset

⁴⁸ Ot. prp. nr. 21 (2006-2007) s. 79.

for en prosent- eller brøkdel av selskaps forpliktelser (§ 3). Ansvarsdelene skal til sammen dekke selskapets samlede forpliktelser.

e) Rettigheter som eier/medlem

I et IKS har deltakerne rett til å oppnevne en eller flere representanter i selskapets øverste organ, representantskapet. I et samvirkeforetak har et medlem rett til å møte i foretakets øverste organ – årsmøtet (§ 5).

Hvert medlem i et samvirkeforetak har som hovedregel én stemme på årsmøtet (§ 38). Bestemmelsen i § 38 annet ledd gir hjemmel til i vedtektene å fastsette at medlemmene skal ha flere stemmer. I et primærsamvirke kan slik differensiering bare skje på grunnlag av den omsetning hvert medlem har med foretaket. Kapitalinnhav kan dermed ikke brukes som kriterium. En absolutt begrensning ligger i at et medlem aldri kan ha flertall av stemmene på årsmøtet.

f) Økonomiforhold

I et IKS kan det foretas utdelinger til deltakerne (§ 29). Det er representantskapet som beslutter utdelinger etter forslag fra styret. Med mindre annet er bestemt i selskapsavtalen, vil utdeling av midler skje forholdsmessig i samsvar med den enkeltes eierandel i selskapet. Videre vil den enkelte deltaker kunne få utbetalt sin andel av likvidasjonsutbytte ved oppløsning av selskapet (§ 34).

I et samvirkeforetak kan det også foretas utdeling av avkastning, men da i forhold til medlemmenes bruk av samvirket. Det gjelder altså en annen fordelingsnorm i samvirkeforetak enn det som gjelder i selskaper, hvor fordelingen normalt skjer i forhold til kapitalandel/eierandel. Det samme prinsippet gjelder ved oppløsning av foretaket. Gjenværende midler etter at medlemmer har fått utbetalt andelsinnskudd og innestående på medlemskapitalkonti, skal som hovedregel gå til samvirkeformål eller allmenntilgode formål. Det er likevel i vedtektene adgang til å fastsette at gjenværende midler helt eller delvis skal gå til de som er medlemmer på oppløsningstidspunktet, eventuelt tidligere medlemmer, men da fordelt på grunnlag av deres omsetning med foretaket de siste fem år.

g) Organisasjonsstruktur

Årsmøtet i et SA tilsvarende representantskapet i et IKS og generalforsamlingen i et AS. Det er gjennom årsmøtet medlemmene utøver sin overordnede myndighet i foretaket. Den overordnede myndigheten består blant annet i kompetanse til å velge hvem som skal lede foretaket ved å sitte i styret, kompetanse til å treffe vedtak som er bindende for medlemmene, instruksjonsmyndighet overfor foretakets øvrige organer, omgjøringskompetanse mht. andre foretaksorganers beslutninger, og kompetanse til å delegere sin myndighet.

Årsmøtet skal velge et styre for virksomheten (§ 64). Styret skal ha minst tre medlemmer. Dette svarer til bestemmelsene i IKS-loven. Styrets myndighet er i all hovedsak som for styret i et aksjeselskap, det vil si å lede forvaltningen av foretaket. De særlige reglene i IKS-loven som beskjerer styrets myndighet gjelder ikke i samvirkeforetak.

Et samvirkeforetak skal ha en daglig leder, men det er anledning til å bestemme noe annet i vedtektene. I et IKS er daglig leder obligatorisk. Daglig leder ansettes av styret, med mindre vedtektene har lagt ansettelsesmyndigheten til årsmøte eller et vedtektsfestet organ. Bestemmelsene om daglig leder er ellers i all hovedsak som i et IKS og AS.

4.3.4 Oppsummering

a) De viktigste forskjellene mellom IKS og SA

Det fremgår ovenfor at bestemmelsene om IKS og SA på mange punkter er sammenfallende. Begge er egne rettssubjekter, styringsstrukturen og forholdet mellom de ulike organer i virksomheten er i det vesentlige de samme – med unntak av at enkelte sentrale beslutninger som i utgangspunktet vil ligge til styret i et samvirkeforetak er lagt til representantskapet eller eierne selv i IKS-loven.

En vesentlig forskjell ligger imidlertid i at deltakerne i et IKS har ubegrenset ansvar for selskapets forpliktelser, mens medlemmer i et SA ikke har ansvar for mer enn man har skutt inn. Et motstykke til at medlemmene i et SA ikke har ansvar for mer enn man har skutt inn er at loven krever at foretaket til enhver tid har en egenkapital som er forsvarlig ut fra risikoen ved og omfanget av virksomheten (§ 25).

Videre er det en viktig forskjell at i et IKS kan én deltaker ha bestemmende innflytelse i selskapet. I et SA kan ingen ha flertall av stemmene på årsmøtet.

En annen viktig forskjell er at det er vesentlig enklere å ta opp nye medlemmer i et SA enn det er å oppta nye deltakere i et IKS.

Når det gjelder finansiering av virksomheten skiller ikke samvirkeforetak seg vesentlig fra IKS. Kapitalbehovet løses internt eller gjennom eksterne lån. For virksomheter som er særlig kapitalkrevende, og hvor det er ønskelig å innhente risikovillig ekstern kapital, har begge disse organisasjonsformene sine begrensninger. For begge deler kan imidlertid dette behovet imøtekommes ved at det etableres datterselskaper organisert som aksjeselskap, noe det er anledning til for både IKS og SA.

b) Når kan et SA være et alternativ til et IKS?

En forutsetning for at et SA kan være et alternativ til IKS er naturligvis for det første at vilkårene i samvirkeoven § 1 er tilfredsstillt. Det vil si at vilkåret om økonomisk hovedformål (formålskriteriet), vilkåret om omsetning mellom foretak og medlem (omsetningskriteriet), og vilkåret om at avkastningen kan fordeles etter omsetning (fordelingskriteriet) kan tilfredsstilles for den aktuelle virksomheten.

Både IKS og SA er sammenslutninger med egen rettssubjektivitet (sammenslutningskriteriet), slik at det på dette punkt ikke er noen forskjell. Etersom et samvirkeforetak har begrenset økonomisk deltakeransvar (ansvarsbegrensningen), vil samvirkeforetak imidlertid ikke være aktuelt dersom det er ønskelig at deltakerne har ubegrenset økonomisk ansvar.

Selv om disse kriteriene lar seg oppfylle, vil likevel SA være utelukket dersom det er avgjørende at én kommune skal ha mer enn 50 prosent av stemmene i det øverste styringsorganet.

SA vil videre være uaktuelt dersom det er avgjørende at deltakerne skal kunne ta utbytte etter kapital/eierandel, eller dele aktiva ved oppløsning forholdsmessig etter eierandel.

Dersom disse begrensningene ikke er viktige, vil samvirkeforetak i prinsippet kunne være et aktuelt alternativ til IKS.

4.4 Samvirkeforetak som alternativ til andre organisasjonsformer – sammenligning med felles styre etter kommuneloven § 27

4.4.1 Innledning

Det fremgår av kravspesifikasjonen at det er ønskelig å få utredet om samvirkeforetak kan være et alternativ til etablering av et felles interkommunalt styre etter kommuneloven § 27. Valg av organisasjonsform i konkrete tilfeller må nødvendigvis bli en konkret vurdering hvor arten og karakteren av den virksomhet det er snakk om, og målsettingen for denne, er sentrale momenter. Hvorvidt samvirkeforetak (SA) i praksis er et aktuelt alternativ til et styre etter § 27 kan derfor bare avgjøres ut fra en slik konkret vurdering. En nærmere vurdering av bruk av SA for enkelte typetilfeller og konkrete tjenestoområder i kommunen er gitt i kap. 5 og 6.

I dette kapitlet er det gjort en generell sammenligning av de to foretaksformene felles styre etter § 27 og SA som sådan, uten å gå inn på konkrete virksomhetsområder. Det er særlig lagt vekt på mulighetene for eierstyring.

4.4.2 Kort om felles styre etter kommuneloven § 27

Etter kommuneloven § 27 kan kommuner og fylkeskommuner etablere «et eget styre til løsning av felles oppgaver». Kommunestyret eller fylkestinget kan ikke delegere beslutning om å opprette slikt styre til andre organer. Til slikt styre kan det overdras myndighet til å ta avgjørelser innenfor rammen av det loven betegner som «drift og organisering» av virksomheten. Innenfor rammen av det formål og den oppgave som er lagt til styret vil dette gi forholdsvis stor mulighet til å delegere beslutningsmyndighet til styret. Offentlig myndighetsutøvelse ligger imidlertid utenfor rammen av det som kan delegeres. I prinsippet kreves det hjemmel i særlov for å kunne legge myndighet til å gjøre enkeltvedtak eller vedta forskrifter til et slikt styre.

Loven regulerer ikke spørsmålet om det interkommunale styre er et eget rettssubjekt eller ikke. Dette må avgjøres helt konkret for den enkelte virksomhet. Det sentrale vurderingstemaet er hvilken selvstendighet styret har i forhold til deltakerne.⁴⁹ Der virksomheten er et eget rettssubjekt vil deltakerne hefte solidarisk overfor virksomhetens kreditorer for de samlede forpliktelser med mindre annet er avtalt med kreditor.⁵⁰ Der virksomheten ikke er et eget rettssubjekt vil den juridisk være å

⁴⁹ Et eksempel fra rettspraksis hvor spørsmålet om rettssubjektivitet kom opp er høyesterettsdom gjengitt i Norsk Retstidende 1997 side 623.

⁵⁰ NOU 1995: 17 side 73.

anse som en del av deltakerkommunenes virksomhet, eventuelt en av deltakerkommunene som «vertskommune».

Selv om loven bare omtaler et eget «styre» er det likevel lagt til grunn at virksomheten kan organiseres med et øverste, for eierne representativt organ, og et underordnet mindre organ.⁵¹ Det vil da være det øverste organ som formelt er styre etter § 27, men det kalles da i praksis gjerne representantskap e.l. Dette organet vil i så fall ha full instruksjonsrett og omgjøringsadgang i forhold til det underordnede organ.⁵²

Loven krever ikke at virksomheten skal ha en daglig leder. Det vil imidlertid normalt være praktisk om virksomheten har noe omfang. Der man har daglig leder vil vedkommende være direkte underlagt styret. Daglig leders myndighet vil bero på delegasjon fra styret, og styret vil ha full instruksjons- og omgjøringsmyndighet overfor daglig leder.

Det skal fastsettes vedtekter for samarbeidet. Disse skal som et minimum inneholde nærmere bestemmelser om styrets sammensetning og hvordan det utpekes, området for styrets virksomhet, hvorvidt deltakerne skal gjøre innskudd til virksomheten, hvorvidt styret har myndighet til å ta opp lån eller på annen måte pådra deltakerne økonomiske forpliktelser, og om uttreden fra eller oppløsning av samarbeidet.

Loven er ikke til hinder for at det betales utbytte på den kapital som er innskutt i virksomheten. Loven er heller ikke til hinder for at aktiva fordeles mellom deltakerne ved oppløsning. Når det gjelder spørsmålet om hvorvidt en deltaker kan kreve å få med seg verdien av sin nettoandel ved uttreden, fremgår det av loven at utløsningssummen ikke kan fastsettes til mer enn det vedkommende har skutt inn (§ 27 nr. 3 annet punktum.) Hvorvidt det er adgang til å avtale utløsning etter andre prinsipper er uklart.⁵³

4.4.3 Hva skiller felles styre etter § 27 fra et samvirkeforetak

Der en virksomhet organisert etter kommuneloven § 27 har en slik selvstendighet at den er et eget rettssubjekt, vil virksomheten materielt sett ikke skille seg mye fra et IKS. For så vidt kan det vises til den sammenligning mellom IKS og samvirkeforetak som er gjort under pkt. 4.3 ovenfor.

Lovens krav til vedtektenes innhold for et styre etter § 27 er imidlertid relativt knappe, og dette gir i utgangspunktet noe større frihet til å utforme virksomheten slik deltakerne ønsker, enn det som følger av IKS-loven. De grunnleggende spørsmål som har betydning for en sammenligning med samvirkeforetak er imidlertid i hovedsak de samme for IKS og felles styre etter § 27.

Samlet sett innebærer dette at de forhold som skiller et samvirkeforetak fra et styre etter §27, i hovedsak er de samme forhold som skiller et samvirkeforetak fra et IKS. Nedenfor er kort gjengitt de viktigste elementer som skiller styre etter § 27 fra samvirkeforetak.

⁵¹ NOU 1995: 17 side 72.

⁵² L.c.

⁵³ I NOU 1995: 17 gis det uttrykk for at forarbeidenes generelle henvisning til avtalefrihetens fordeler synes å indikere at man i vedtektene kan fastsette andre utløsningsprinsipper. I en uttalelse fra daværende Kommunal og arbeidsdepartementet (sak 96/3965) er det tatt det standpunkt at bestemmelsene om utløsningssum ved uttreden fra en virksomhet organisert etter kommuneloven § 27 ikke kan fravikes ved avtale.

4.4.4 De viktigste forskjellene mellom styret etter § 27 og samvirkeforetak

Som for IKS er det bare kommuner og fylkeskommuner som kan være deltakere i et styre etter § 27. Private rettssubjekter og andre offentlige rettssubjekter er utelukket. Dette står i motsetning til SA.

Som for et IKS har deltakerne i et felles styre etter § 27 ubegrenset ansvar for virksomhetens samlede forpliktelser. Dette står i motsetning til SA, hvor medlemmene ikke har ansvar for mer enn man har skutt inn.

Den enkelte deltakers mulighet til å øve innflytelse som eier vil stort sett være sammenfallende med det som gjelder for et IKS. Sammenlignet med et SA vil imidlertid en viktig forskjell være at i et felles styre etter § 27 – som i et IKS - kan én enkelt deltaker ha bestemmende innflytelse. I et SA kan ikke et enkelt medlem ha flertall av stemmene.

En annen forskjell er at for styrer etter § 27 vil det kreve endring av vedtektene dersom ny deltaker skal tas opp. Dette vil på samme måte som i et IKS kreve at saken må opp i de enkelte deltakerkommuners kommunestyre.

Dersom man i en virksomhet organisert med basis i § 27 har etablert et eget «eierorgan» - representantskap e.l. – og tilsatt en daglig leder, vil ikke styringsstrukturen internt og forholdet mellom de ulike organer i virksomheten skille seg vesentlig fra et IKS eller et SA.

Når det gjelder finansering av virksomheten i et § 27-samarbeid vil heller ikke dette skille seg vesentlig fra et IKS eller et samvirkeforetak. Kapitalbehovet løses internt eller gjennom eksterne lån. Alle de tre nevnte organisasjonsformene vil ha begrensninger mht. å innhente risikovillig ekstern kapital. Det er imidlertid usikkert om et styre etter kommuneloven § 27 kan etablere datterselskap i form av AS for å avhjelpe dette.

4.4.5 Oppsummering - når kan et SA være alternativ til et styre etter § 27?

En forutsetning for at et SA kan være et alternativ til styre etter § 27 er naturligvis for det første at vilkårene i samvirkeoven § 1 lar seg tilfredsstillende for den aktuelle virksomheten. Det vil si at vilkåret om økonomisk hovedformål (formålskriteriet), vilkåret om omsetning mellom foretak og medlem (omsetningskriteriet), og vilkåret om at avkastningen kan fordeles etter omsetning (fordelingskriteriet) kan tilfredsstilles for den aktuelle virksomheten. Videre må sammenslutningskriteriet være tilfredsstillende.

Ettersom et felles styre etter kommuneloven § 27 ikke nødvendigvis behøver å være et eget rettssubjekt, vil samvirkeforetak ikke være aktuelt dersom det er ønskelig at virksomheten ikke er en egen juridisk person. Samvirkeforetak vil heller ikke være et alternativ til styre etter § 27 dersom det er ønskelig at deltakerkommunene skal ha fullt økonomisk ansvar for virksomhetens forpliktelser. Et samvirkeforetak har begrenset deltakeransvar (ansvarsbegrensningen).

Selv om disse kriteriene lar seg oppfylle, vil likevel SA være utelukket dersom det er avgjørende at én kommune skal ha mer enn 50 prosent av stemmene i det øverste styringsorganet.

SA vil videre være uaktuelt dersom det er avgjørende at deltakerne skal kunne ta utbytte etter kapital/eierandel, eller dele aktiva ved oppløsning forholdsmessig etter eierandel.

Dersom disse begrensningene ikke er viktige, vil samvirkeforetak i prinsippet kunne være et alternativ til felles styre etter kommuneloven § 27.

4.5 Samvirkeforetak som et alternativ til en stiftelse – sammenligning med stiftelse.

4.5.1 Innledning

Som en del av oppdraget inngår det å se på samvirkeforetak som et alternativ til en stiftelse. Det er en forutsetning at samhandlingsprinsippene er oppfylt for at samvirke kan velges fremfor en stiftelse. Nedenfor i punkt 4.5.2 er det gitt en kort redegjørelse for stiftelser. En sammenligning mellom en stiftelse og samvirkeforetak er gitt i punkt 4.5.5 og til slutt i punkt 4.5.6 er det gitt en oppsummering. Der ikke annet er sagt i dette kapittel, er det stiftelseslovens regler det er vist til.

4.5.2 Kort om stiftelser

Stiftelser er regulert av lov om stiftelser (Stiftelsesloven) av 2001-06-15 nr. 59. Hva som menes med en stiftelse er definert i lovens § 2. En stiftelse dannes ved at en formuesverdi ved testament, gave eller annen rettslig disposisjon selvstendig blir stilt til rådighet for et bestemt formål av ideell, humanitær, sosial, utdanningsmessig, økonomisk eller annen art. Som stiftelser regnes også selvstendige legater, institusjoner og fond som private har opprettet.

Som det fremgår av definisjonen, kan en stiftelse ha alle slags typer formål. Oppregningen gir bare eksempler på hvilke formål stiftelser kan ha. Definisjonen innebærer at en stiftelse må ha en selvstendig stilling i forhold til utenforstående. Dette uttrykkes gjerne som stiftelseslovens «selvstendighetskriterium», og anses som grunnleggende når man skal ta stilling til om man har å gjøre med en stiftelse.⁵⁴

Det er særlig to forhold som er sentrale når man skal beskrive hva en stiftelse er. For det første er en stiftelse et *eget rettssubjekt*. Det betyr at stiftelser i likhet med fysiske personer er subjekter for rettigheter og forpliktelser. Videre er det et særtrekk ved stiftelser at de er *selveiende*. Dette betyr at stiftelsen selv eier sin formue og hefter for sine forpliktelser, og at den har en selvstendig ledelse som forvalter den. En stiftelse har verken medlemmer eller eiere som i kraft av disse posisjonene kan utøve styringsrett over stiftelsen. Det er altså ingen som eier en stiftelse.⁵⁵

For at man skal akseptere en rettsdannelse som en stiftelse, er det etter dette helt grunnleggende at rettsdannelsen er tilstrekkelig selvstendig i forhold til utenforstående.

Det følger videre av stiftelseslovens § 2, annet punktum at «En rettsdannelse som oppfyller vilkårene i første punktum, er en stiftelse etter denne loven, uavhengig av om den er betegnet som legat, institusjon, fond eller annet». Dette betyr at en rettsdannelse kan være en stiftelse selv om den ikke er betegnet som en stiftelse. Det er tilstrekkelig at den oppfyller kriteriene i § 2, første punktum.

⁵⁴ Se Ot.prp.nr.15 (2000-2001) Om lov om stiftelser (stiftelsesloven) s. 85

⁵⁵ Se Ot.prp.nr.15 (2000-2001) Kap. 4.1 s. 19

En stiftelse kan være en alminnelig stiftelse eller en næringsdrivende stiftelse. Definisjoner av disse finner vi i stiftelsesloven § 4. Det følger av bestemmelser her at en næringsdrivende stiftelse vil det være dersom:

- a) Stiftelsen som har til formål å drive næringsvirksomhet selv,*
- b) stiftelsen driver næringsvirksomhet selv,*
- c) stiftelsen på grunn av avtale, eller som eier av aksjer eller selskapsandeler, har bestemmende innflytelse over næringsvirksomhet utenfor stiftelsen.*

En stiftelse er underlagt en egen tilsynsmyndighet, jf. loven § 7. Denne tilsynsmyndigheten er lagt til Lotteri- og stiftelsestilsynet.

Stiftelser skal ved opprettelsen ha en grunnkapital på minst 100.000 kroner.⁵⁶ For næringsdrivende stiftelser, som ikke er holdingstiftelser, er kravet til minste grunnkapital satt til 200.000 kroner.

Enhver stiftelse skal ha et styre, (§ 26). Styret representerer stiftelsen utad og har ansvaret for at stiftelsen og det som vedkommer den blir forvaltet tilfredsstillende. I vedtektene kan det bestemmes at stiftelsen også skal ha andre organer. Stiftelser har plikt til å ha revisor.

En stiftelse kan ha daglig leder, men det er ingen plikt med mindre det fremgår av vedtektene.

Når det blir opprettet en stiftelse ved testament, skal tingretten underrette Stiftelsestilsynet, eller eventuelt de styremedlemmer som avdøde utpeker i testamentet. Stiftelsen vil være en ordinær arving etter avdøde, og skal alltid være representert ved et styre under hele skiftet. Dersom testamentet ikke sier hvem som skal sitte i styret i stiftelsen, eller dette er uklart, skal Stiftelsestilsynet oppnevne styremedlemmer for stiftelsen.

Ved dannelse av en stiftelse, skal det utarbeides et stiftelsesdokument.⁵⁷ Dette tilsvarer stiftelsesdokument som ved opprettelse av aksjeselskap.

En stiftelse skal ha vedtekter med et visst minimumsinhold, jf. lovens § 10.

Alle stiftelser skal registreres i Enhetsregisteret. Næringsdrivende stiftelser skal i tillegg registreres i Foretaksregisteret.

Ved registrering i Enhets- eller Foretaksregisteret skal stiftelsesdokument og vedtekter vedlegges. Opplysninger i stiftelsesdokumentet blir grunnlaget for registreringen av stiftelsen. Stiftelsesloven angir et minstekrav til innhold i stiftelsesdokumentet og vedtekter.

Stiftelsestilsynet får automatisk beskjed om registreringen, og stiftelsen blir registrert i Stiftelsesregisteret.

Utdeling av stiftelsens midler vedtas av styret. Utdelingene skal være i samsvar med stiftelsens formål. Stiftelsesloven inneholder regler om forbud mot å gi lån eller tilgodese oppretter eller nærstående av oppretter av stiftelsen.

⁵⁶ jf. stiftelseslovens § 14.

⁵⁷ Jf. stiftelsesloven § 9.

Den som oppretter en stiftelse, eller nærstående av stifteren kan ikke ha lån i stiftelsen eller bli tilgodesett av stiftelsen, (§ 20.) Det kan heller ikke foretas utdelinger til oppretteren, nærstående av oppretteren, eller selskap der disse har bestemmende innflytelse.⁵⁸ Har en kommune opprettet en stiftelse som har som formål å tilgodese kulturaktiviteter og utvikling av kulturformål i kommunen, kan stiftelsesstyret ikke foreta utdelinger som bidrag til bygging av et kulturhus som kommunen har vedtatt å bygge. Det vil være å anse som en utdeling der stiftelsen tilgodeser kommunen som oppretter av stiftelsen og vil være strid med stiftelseslovens regler om utdeling (§ 19). Kun hvis det foreligger særlige grunner kan stiftelsestilsynet gjøre unntak fra disse bestemmelsene. Reglene som åpner for unntak, praktiseres strengt.

En stiftelse har særregler om styrets sammensetning (§ 27). Oppretteren, eller dens nærstående kan ikke alene eller der det er flere opprettere alene utgjøre hele styret. Stiftelsestilsynet er gitt anledning til å gjøre unntak fra disse reglene, men slik vi oppfatter det, skal reglene praktiseres strengt.

En stiftelse kan omdannes eller oppløses. Det er svært strenge regler for dette. Hva som menes med omdanning er regulert i lovens § 45. Blant annet menes med omdanning at stiftelsen oppheves og avvikles, slås sammen med andre stiftelser. Hva som skal til for å omdanne en stiftelse er regulert i lovens § 46 som lyder slik:

«Omdanning kan foretas når en bestemmelse i vedtektene eller den rettslige disposisjonen som danner grunnlaget for stiftelsen

- a) ikke lar seg etterleve, for eksempel fordi stiftelsens kapital er utilstrekkelig til å tilgodese dens formål på en rimelig måte,*
- b) er åpenbart unyttig,*
- c) er i strid med hensikten i den disposisjonen som danner grunnlaget for stiftelsen, for eksempel fordi oppretterens forutsetninger for bestemmelsen har sviktet, eller*
- d) Er åpenbart uheldig eller åpenbart ufornuftig.*

Dersom bestemmelsen ikke gjelder formålet med stiftelsen, og det ellers må antas at det ved opprettelsen ikke er lagt vesentlig vekt på den, kan omdanning skje når bestemmelsen viser seg å være uheldig eller uhensiktsmessig.»

Omdanning bestemmes av stiftelsestilsynet. Styret har ingen myndighet til å legge ned en stiftelse. Myndigheten til å omdanne en stiftelse kan imidlertid være lagt til andre enn stiftelsestilsynet gjennom vedtektene. Loven har strenge regler for dette.

⁵⁸ Jf. stiftelsesloven § 19 (Utdelinger)

4.5.3 Litt om hva stiftelser gjennomgående er brukt til

Stiftelser hadde før gjeldende lov om stiftelser fra 2001 gjennomgående mer lempeligere regler i forhold til hvilke posisjoner oppretteren kunne ha, blant annet i styret og hvem det kunne foretas utdelinger til. Det var ikke uvanlig at kommuner hadde eiendommer som skulle ivareta kommunens lovbestemte omsorgsoppgaver lagt i en stiftelse, såkalt boligstiftelser. I loven fra 2001 ble reglene vesentlig innskjerpet og fratok kommunene de styringsmulighetene den hadde i forhold til «egne» stiftelser. Det skal påpekes at heller ikke etter tidligere lov, kunne man ha noe eierskap til en stiftelse, men slik det ble praktisert, oppfattet kommunene seg gjerne som eiere av stiftelsene de var opprettere av.

Etter innføringen av stiftelsesloven av 2001 har det vært en vesentlig nedgang i opprettelse av stiftelser der kommuner er stiftere. Hovedårsaken synes å være manglende mulighet til å «styre» stiftelsen. Stiftelser er også legater som er opprettet gjennom testament, der formålet er å tilgodese bestemte yrkesgrupper, barn under utdanning etc. Stiftelser egner seg der det ikke er behov for styring utenfra, og virksomheten kan «*leve sitt eget liv.*» Dette betyr at stiftelser sjelden egner seg for kommunal virksomhet, jf. nedenfor i punkt 2.3.

4.5.4 Nærmere om eierinnflytelse i en stiftelse

Stiftelsens selvstendighet, der ingen eier en stiftelse, men den er såkalt selveiende, jf. punkt 2.1 ovenfor i dette kapittelet betyr at eierinnflytelse ikke eksisterer i forhold til en stiftelse. Det nærmeste en kommer eierbegrepet er den som oppretter eller danner en stiftelse og som omtales som oppretter. Som nevnt i punkt 2.1 er oppretteren utelukket fra å sitte alene i styret i stiftelsen. Stiftelsen kan heller ikke tilgodese oppretteren, med mindre stiftelsesstilsynet finner særlige grunner til å fravike dette. Er det behov for at oppretteren skal kunne tilgodeses eller ha noen form for styring med formuen og virksomheten, er stiftelse uegnet som organisasjonsform.

4.5.5 Hva skiller en stiftelse fra et samvirkeforetak

a) Innledning

Begge organisasjonsformene er egne rettssubjekter, og styres av et eget regelverk. En sammenligning av disse organisasjonsformene vil nødvendigvis bli mer kortfattet enn sammenligning med aksjeselskap og IKS ettersom en stiftelse ikke er å regne som et ordinært foretak, og stiftelsen ikke eies av noen.

Samvirkeprinsippene om brukermedvirkning og demokratisk styring lar seg ikke forene med en stiftelse. Når økonomisk samhandling og innflytelse er sentralt for oppretterne (eierne), er en stiftelse uegnet som organisasjonsform. Stiftelsesloven av 15. juni 2001 nr. 56 stiller krav om selvstendighet i forhold til oppretterne.

Når det skal vurderes om en virksomhet skal opprettes som en stiftelse eller et samvirkeforetak, må det gjøres en grundig vurdering av flere forhold. Dersom samvirkeprinsippene ønskes ivarettatt, er en stiftelse uegnet. Da må samvirkeforetaksformen velges. Det samme gjelder dersom det er behov for

styring og kontroll av virksomheten fra oppretter/eier, eller kommunen ønsker å få noe tilbake fra virksomheten i form av tjenester eller kapitalutdeling fra virksomheten. En stiftelse og et samvirke er med andre så forskjellig i sin form at dette vil i seg selv vanligvis være avgjørende for valg av organisasjonsform.

b) Hvem kan være eiere – innmelding i et samvirke

Ingen kan eie en stiftelse. Det er således ikke noen aktuell problemstilling å drøfte hvordan nye eiere kan komme inn. En stiftelse er selvstendig og uavhengig fra oppretteren. I et samvirke kan en hver bli medlem som mener å kunne få sine økonomiske interesser ivaretatt.

c) Økonomisk ansvar og formål

Medlemmene i et samvirke har begrenset deltageransvar, jfr. jf. samvirkeoven § 1 annet ledd nr. 2. I en stiftelse hefter stiftelsen alene for de forpliktelser stiftelsen måtte pådra seg. Eksempelvis hefter ikke oppretteren for annet enn grunnkapitalen som innbetales ved opprettelsen av stiftelsen og det som måtte følge av stiftelsesdokumentene. Det er med andre ord en ansvarsbegrensning knyttet til begge disse organisasjonsformene. Det er derfor andre forhold som vil være avgjørende dersom valget står mellom disse organisasjonsformene.

Er formålet et ønske om økonomisk samhandling mellom virksomheten og kommunen, er en stiftelse utelukket. Et samvirke vil da være det rette, dersom valget står mellom disse to alternative organisasjonsformene.

d) Rettigheter som eier/medlem

Ettersom ingen kan være eier eller medlem av en stiftelse, må samvirkeforetak velges dersom valget står mellom opprettelse av en stiftelse eller et samvirke.

e) Økonomiforhold

På samme måte som i et samvirke, hører forvaltningen av en stiftelse under styret, jf. stiftelsesloven § 30, og styret skal holde seg orientert om stiftelsens økonomiske situasjon og iverksette nødvendige tiltak.

Finansiering og kapitalforhold er imidlertid vesentlig forskjellig for en stiftelse og et samvirke med begge bygger på selvfinansieringsprinsippet.

Samvirkets kapital er bygd opp av blant annet medlemsinnskudd dersom dette kreves i vedtektene, tilbakeholdt årsoverskudd og etterbetalingsfond, men det er ikke annet krav til egenkapital, annet enn at det skal være forsvarlig utfra virksomhetens behov.⁵⁹

⁵⁹ Se Ot. prp. Nr. 21 2006-2007 kap. 8, særlig side 120

En stiftelse er bygd opp av en grunnkapital, hvor stiftelsesloven stiller krav til minimumskapital.

En stiftelse kan foreta utdelinger i tråd med formålet, men ikke til oppretteren eller nærstående av denne. Et samvirke kan foreta utdelinger til medlemmene etter deres omsetning med samvirke med mindre annet er bestemt i vedtektene. Dette er et vesentlig skille mellom en stiftelse og et samvirkeforetak. Foreligger det et ønske om å motta tjenester eller utdeling fra virksomheten, vil en stiftelse være uegnet. Det vil si at det er samvirkeformen som må velges, jf. omtalen av stiftelser i kapittel 2, punkt 2.1.

f) Organisasjonsstruktur

Organisasjonsstrukturen er forskjellig i en stiftelse og et samvirkeforetak. I samvirket er årsmøte øverste organ, mens en stiftelse er underlagt styring fra stiftelsestilsynet som er et organ utenfor stiftelsen⁶⁰. Begge organisasjonsformene skal ha et styre, men det er ikke obligatorisk å ha daglig leder.

4.5.6 Oppsummering av de viktigste forskjellene mellom en stiftelse og et samvirkeforetak

En vesentlig forskjell mellom en stiftelse og et samvirkeforetak er samhandlingsprinsippene som kjennetegner et samvirke, ikke kan gjennomføres i en stiftelse. Det er ingen samhandling mellom oppretteren og stiftelsen, hvilket er et av hovedprinsippene for at det skal være et samvirke. Dersom samhandling skal finne sted, er stiftelse uegnet som organisasjonsform. Ønsker en kommune å få noe tilbake fra stiftelsen, vil det være i strid med stiftelsesloven § 19, annet ledd. Oppretteren kan ikke tilgodeses med utdelinger fra stiftelsen.

Oppretteren har heller ingen rådighet over formuesverdiene i en stiftelse.⁶¹ Demokratisk kontroll og styring eksisterer ikke mellom oppretteren og en stiftelse. Oppretteren har ingen innflytelse over stiftelsen utover det forhold at oppretteren kan sitte i styret, men dog ikke utgjøre styret alene. En stiftelse lever sitt eget liv, med tilsyn fra stiftelsestilsynet. I et samvirke derimot, har medlemmene innflytelse gjennom å bruke stemmeretten på årsmøte.

Videre kan medlemmene i et samvirkeforetak motta utdelinger av årsoverskuddet dersom ikke annet er fastsatt i vedtektene, jf. samvirkeloven § 15 (1) nr. 6, jf. § 27. Medlemmene har for øvrig også andre rettigheter som følger av samvirkeloven § 15. Er det ikke noe ønske om å kunne ta del i overskuddet i form av utbytte/avkastning, er begge former aktuelle. Det kan ikke mottas utbytte fra en stiftelse, og det kan i vedtektene for et samvirke bestemmes at det ikke skal utdeles utbytte/avkastning til medlemmene. Det vil derfor være andre kriterier som avgjør om samvirke eller stiftelse er rett valg av organisasjonsform.

⁶⁰ Stiftelsesloven § 7

⁶¹ Stiftelsesloven § 3.

Det kan slås fast at en stiftelse ikke er lagt til rette for aktiv økonomisk virksomhet med deltagelse fra oppretteren, mens dette er en viktig del av prinsippene for et samvirke.⁶² Dette vil derfor være avgjørende kriterier for hvorvidt det skal velges samvirke eller stiftelse. Hvorvidt samvirke er et aktuelt alternativ til en stiftelse, vil derfor avhenge av om det er viktig for den som skal vurdere organisasjonsform om det er ønskelig å få noe igjen fra rettssubjektet. Er samhandling med rettssubjektet for å få ivaretatt sine interesser viktig, er stiftelse uaktuelt, mens et samvirke vil er et aktuelt alternativ. Skal det derimot ikke foregå noen form for samhandling, er samvirke et uaktuelt alternativ.

4.6 Samvirkeforetak som alternativ til samkommune og vertskommune etter kommuneloven

Kommuneloven gir i hhv. kapitel 5A og 5B bestemmelser om vertskommune og samkommune. Dette er to former for interkommunalt samarbeid som begge er forvaltningsorganer.

Felles for de to modellene er at loven gir hjemmel for å overlate lovpålagte oppgaver og offentlig myndighetsutøvelse. Noen tilsvarende generell hjemmel for å overlate slike oppgaver til andre rettssubjekter har ikke loven. Spørsmålet om lovpålagte oppgaver og myndighetsutøvelse kan legges til andre sammenslutninger – selskap, foreninger og samvirkeforetak – må avgjøres ut fra en tolkning av den lov som legger oppgaven/myndigheten til kommunen.

Vertskommune og samkommune skiller seg imidlertid fra hverandre ved at vertskommunesamarbeid ikke innebærer opprettelse av et nytt rettssubjekt. Samarbeidet går her ut på at det på basis av en avtale overlates oppgaver til en annen kommune, uten at det etableres noen ny sammenslutning. Samkommune innebærer at det opprettes et nytt rettssubjekt.

Hvorvidt samvirkeforetak kan være et alternativ til samkommune eller vertskommune beror i stor grad på hvilken type virksomhet det er tale om. Dersom det er tale om *lovpålagte oppgaver* eller myndighetsutøvelse, vil spørsmålet om slike oppgaver kan legges til et samvirkeforetak måtte løses langs de samme linjer som om det hadde vært tale om et selskap eller en forening. Det vil si at det ville måtte gjøres en konkret vurdering av den aktuelle lov som legger oppgaven til kommunene, for å kunne avgjøre om virksomheten kunne legges til et samvirkeforetak. I dette ligger at samvirkeforetak kan være et aktuelt alternativ i de tilfeller et selskap eller en forening kan være aktuelt for samme oppgave. For en vurdering av hvorvidt samvirkeforetak da vil være mer eller mindre aktuelt enn andre sammenslutningsformer, vises til framstillingen foran, hvor det er gjort en sammenligning mellom SA og AS, SA og IKS, SA og kommuneloven § 27 samt SA og stiftelser.

For virksomhet og oppgaver som *ikke er lovpålagt*, vil spørsmålet om hvorvidt samvirkeforetak er mer egnet enn vertskommune eller samkommune måtte avgjøres ut fra en vurdering virksomhetens mål, behovet for eierinnflytelse mv. Både vertskommunemodellen og samkommunemodellen er spesielt tilpasset lovpålagte oppgaver, og kommunelovens bestemmelser gjelder i stor grad for begge. Dette kan gjøre at samvirkeforetak i utgangspunktet kan være en mer aktuell modell for samarbeidet om oppgaver som ikke er lovpålagt.

⁶² Se boken «Samvirkeforetak- reglene om økonomiforhold, skatt og avgift av Tore Fjørtoft og Ole Gjems-Onstad s. 197.

5. Typetilfeller

5.1 Innledning

I kapitel 6 er det gått nærmere inn på spørsmålet om hvorvidt samvirkeforetak kan egne seg på noen konkrete virksomhetsområder. Innenfor rammen av denne utredningen er det begrenset hvor mange slike konkrete områder det kan gjøres en vurdering av. Det er derfor ønskelig å stille opp noen typiske kategorier av kommunal virksomhet, for å kunne gjøre en mer generell vurdering av når samvirkeforetak kan være en egnet organisasjonsform. I dette kapitlet er det gjort en slik generell vurdering basert på noen typetilfeller.

Samvirkeforetak er en egen juridisk person. En forutsetning for at kommunen kan legge en virksomhet til et samvirkeforetak er derfor at den aktuelle oppgaven kan legges til et eget rettssubjekt. De deler av kommunens virksomhet som ikke kan legges til et eget rettssubjekt er derfor ikke relevante i en slik sammenheng. Spørsmålet om når kommunen kan legge en oppgave til et eget rettssubjekt er kort drøftet under pkt. 5.2 nedenfor.⁶³ Vi kan imidlertid ikke se at dette stiller seg vesentlig annerledes for samvirkeforetak enn andre sammenslutninger, som selskaper og foreninger. Adgangen til å legge en oppgave til et samvirkeforetak, vil etter vårt syn i hovedsak være den samme som adgangen til å legge oppgaven til et selskap.

I pkt. 5.3 er kommunenes virksomhet delt inn i noen typiske kategorier. Det er deretter gått nærmere inn på hvorvidt samvirkeforetak kan være en egnet organisasjonsform for disse. Det er mange måter å dele inn kommunal virksomhet på. De kriteriene for en slik inndeling i typetilfeller som er valgt i dette tilfellet, er valgt med sikte på å gjenspeile noen typiske karakteristika ved samvirkeforetak som organisasjonsform, slik at inndelingen får fram på hvilke områder samvirkeforetak kan være aktuelt. For dette formål er kommunenes virksomhet delt inn i:

- Virksomhet rettet mot innbyggerne
- Administrative støttetjenester
- Næringsvirksomhet

5.2 Adgangen til å legge oppgaver til egne rettssubjekter – herunder samvirkeforetak

Etter gjeldende rett er det lagt til grunn at kommunenes virksomhet er negativt avgrenset.⁶⁴ Det innebærer at kommunen i tillegg til de lovpålagte oppgaver i utgangspunktet kan ta på seg enhver virksomhet som ikke er forbudt eller positivt lagt til andre. Dette gjør at kommunenes virksomhet i praksis er svært mangfoldig, og omfatter en rekke virksomheter av ulik type – alt fra offentlig myndighetsutøvelse og lovpålagt tjenesteyting, til ren næringsvirksomhet.

⁶³ En mer utførlig drøfting av dette finnes blant annet i NOU 1995:17 «Om organisering av kommunal og fylkeskommunal virksomhet», kap. 7.

⁶⁴ Jf. blant annet NOU 1995: 17 s. 105/106.

Kommunene er i lov pålagt oppgaver og ansvar på flere sektorer. En del av disse lovpålagte oppgavene innebærer offentlig myndighetsutøvelse, det vil si at kommunen som offentlig myndighet treffer vedtak som er bestemmende for innbyggernes rettigheter og plikter – «enkeltvedtak» og «forskrifter» i forvaltningslovens forstand. Muligheten for å legge offentlig myndighetsutøvelse til andre rettssubjekter enn kommunen selv vil være svært begrenset. Mange av de lovpålagte oppgavene dreier seg imidlertid ikke om offentlig myndighetsutøvelse i snever forstand, men om ulike former for tjenesteyting til innbyggerne i kommunen. Når det gjelder spørsmålet om hvordan virksomheten kan organiseres, vil kommunene - når man ser bort fra offentlig myndighetsutøvelse – har relativt stor frihet til å organisere virksomheten slik det finnes hensiktsmessig.

Når det gjelder lovpålagte oppgaver vil det være nødvendig å ta utgangspunkt i den aktuelle lov, for å vurdere hvor fritt kommunen står til å organisere oppgaven. Det lar seg derfor ikke gjøre å si generelt om lovpålagt kompetanse kan delegeres til andre rettssubjekter eller ikke. Den konkrete tolkningen av lovgrunnlaget er avgjørende. Spørsmålet om i hvilken grad kommunen kan tildele andre rettssubjekter oppgaver som den selv har påtatt seg eller er pålagt ved lov, er blant annet drøftet i NOU 1995: 17 «Om organisering av offentlig virksomhet» (pkt. 7.3 flg.).⁶⁵

I den konkrete vurderingen som må gjøres, vil kommunens styrings- og kontrollmuligheter som eier være et moment. I utgangspunktet er det ikke slike forskjeller i styrings- og kontrollmulighetene mellom samvirkeforetak og andre sammenslutningsformer, at det har vesentlig betydning for om kommunen kan legge en lovpålagt oppgave til et samvirkeforetak.

Det er imidlertid store forskjeller i styringsmulighetene mellom et selskap kommunen eier alene og et selskap som er dominert av private eiere. I en mellomstilling står sammenslutninger opprettet av kommuner i fellesskap. Her vil den enkelte kommune ha begrenset innflytelse hver for seg, men på grunn av at deltakerne bare er kommuner vil likevel offentlige interesser være dominerende. Disse forskjellene i innflytelse vil ha betydning for adgangen til å legge kommunale oppgaver til et eget selskap. Tilsvarende vil det for et samvirkeforetak være vesentlige forskjeller mellom et samvirkeforetak med overveiende private medlemmer, og et samvirkeforetak med bare kommuner som medlemmer.

Når det gjelder spørsmålet om å legge kommunale oppgaver til egne rettssubjekter må det gjøres en samlet vurdering, hvor både virksomhetens rettslige grunnlag, den organisasjonsform som er aktuell, kommunenes styrings- og kontrollmuligheter og den deltakersammensetning sammenslutningen vil ha er sentrale momenter. Dette gjelder for både selskaper, foreninger, stiftelser og samvirkeforetak.

5.3 Noen kategorier kommunal virksomhet

5.3.1 Innledning

Når formålet er å dele inn kommunal virksomhet i noen typiske kategorier som skal være egnet til å si noe om hvilke av disse virksomhetene samvirkeforetak er egnet for, er det naturlig å ta utgangspunkt i de fem samvirkekriteriene:

⁶⁵ L.c. s. 109.

- Sammenslutningskriteriet
- Formålskriteriet
- Omsetningskriteriet
- Fordelingskriteriet
- Ansvarsbegrensningen

Noen av disse kriteriene er sammenfallende med andre organisasjonsformer. Det gjelder blant annet *sammenslutningskriteriet*, som betyr at virksomheten er en juridisk person som består av flere en én deltaker. Videre vil *ansvarsbegrensningen* være et trekk som samvirkeforetak deler med både aksjeselskaper, foreninger og stiftelser.

Formålskriteriet, omsetningskriteriet og fordelingskriteriet, er imidlertid mer særegent for samvirkeforetak. Vi har derfor særlig lagt vekt på de tre siste kriteriene, når vi nedenfor har delt inn kommunens virksomhet i tre hovedgrupper. Grunnen er at det er disse tre kriteriene som er best egnet til å belyse om samvirkeformens særkjennetegn gjør den aktuell eller ikke.

Den inndeling av kommunens virksomhet som etter vår vurdering er best egnet til å få fram hvilken betydning de særegne samvirkekriteriene har, er følgende:

1. *Virksomhet som er rettet mot innbyggerne*. Dette vil typisk gjelde tjenesteyting til innbyggerne.
2. *Administrative støttetjenester*. Dette gjelde alt fra IKT, regnskapsføring og revisjon, til renhold og kantinedrift mv.
3. *Næringsvirksomhet*. Dette gjelder virksomhet hvor siktemålet er å skaffe kommunen økonomisk avkastning.

Med bakgrunn i denne inndelingen vil vi nedenfor gjøre en vurdering av i hvilken grad samvirkeforetak vil være en egnet organisasjonsform for de tre kategoriene virksomhet.

5.3.2 Hvilke typer kommunal virksomhet vil samvirke være egnet for

a) Virksomhet rettet mot innbyggerne

Ettersom samvirkeforetak er et *eget rettssubjekt* (sammenslutningskriteriet) vil slik organisering være utelukket for virksomhet som må drives av kommunen selv. Dette er imidlertid en begrensning som gjelder for all organisering utenfor kommunen som juridisk person, enten det er selskaper, foreninger, stiftelser eller annet. Den er ikke særegen for samvirkeforetak.

Ettersom samvirkeforetak er en *sammenslutning*, vil slik organisering også være utelukket som organisasjonsform der det er ønskelig for kommunen å eie en virksomhet alene. Dette gjør også at samvirkeforetak ikke er et alternativ til et aksjeselskap eid av kommunen alene.

Et samvirkeforetak må ha et *økonomisk hovedformål*. Dette tolkes imidlertid vidt. Det er ikke noe krav at virksomheten objektivt sett er egnet til å gi overskudd. Et samvirkeforetak har som formål å ivareta medlemmenes interesser som avtakere eller leverandør av varer eller tjenester.

I *omsetningskriteriet* ligger at det må foregå en form for omsetning - utveksling av varer eller tjenester – mellom foretak og medlem. I dette ligger at foretakets medlemmer også er dets «kunder». For administrative støttetjenester vil ikke dette kriteriet være problematisk. Se nærmere om dette nedenfor. Der flere kommuner vil dekke sitt behov for slike tjenester gjennom et samvirkeforetak, vil kommunene både være deltakere/medlemmer i foretaket og foretakets «kunder». Der foretaket for eksempel skal dekke kommunenes behov for vaktmestertjenester, IKT-tjenester eller regnskapsføringstjenester, vil formålet være at det er medlemmene som skal få disse tjenestene fra foretaket.

Der samvirkeforetaket skal ivareta en lovpålagt oppgave for kommunen, og denne oppgaven går ut på å tilby tjenester til kommunens innbyggere, krever imidlertid spørsmålet om hvorvidt omsetningskriteriet er oppfylt en nærmere omtale. (Det samme gjelder der oppgaven ikke er lovpålagt, men kommunen av eget tiltak har etablert tjenesteytende virksomhet rettet mot innbyggerne.) I omsetningskriteriet ligger at hoveddelen av omsetningen i samvirkeforetaket må foregå mellom foretaket og dets medlemmer.

Vi vil ta opp denne problemstillingen fra to synsvinkler. For det første kan et synspunkt her være at omsetningen i slike tilfeller skjer mellom foretaket og innbyggerne. For at omsetningskravet skal være oppfylt fra et slikt synspunkt, vil det i utgangspunktet kreve at innbyggerne også er foretakets medlemmer. Kravet om omsetning mellom medlemmer og foretak er imidlertid ikke absolutt. En viss omsetning med andre enn medlemmene aksepteres. Etter forarbeidene er det avgjørende om en rimelig andel av omsetningen skjer med foretakets egne medlemmer.⁶⁶ Det må foretas en samlet skjønnsmessig vurdering. Ved denne vurderingen vil særlig følgende momenter være sentrale.⁶⁷ Hvor stor del av omsetningen som skjer med medlemmene, hvilke vilkår som gjelder for innmelding /grad av «lukking», hva slags type samvirkeforetak det er tale om (og hva slags behov foretaket skal dekke), årsaken til at det blir omsatt til ikke-medlemmer, tradisjon og praksis, samt konkurransemessige hensyn. For foretak som skal dekke et delvis allmennyttig formål kan man trolig gå lenger i å akseptere omsetning med ikke-medlemmer enn der det er tale om et foretak som primært fremmer næringsmessige interesser. Videre fremgår at det er grunn til å være noe mer liberal når det gjelder forsyningssamvirke (herunder forbrukersamvirke) enn i forhold til produksjons- og salgssamvirke.⁶⁸ Man er imidlertid utenfor samvirkebegrepet hvis hovedformålet med virksomheten er å fremme medlemmenes økonomiske interesser gjennom omsetning med utenforstående.⁶⁹

Problemet med denne tilnærmingen når det gjelder et samvirke med bare kommuner som deltakere hvor formålet er å tilby tjenester til innbyggerne, er at i en slik situasjon vil *ingen* av medlemmene få tjenester fra foretaket. Innbyggerne er jo ikke medlemmer. Et avgjørende spørsmål blir slik om kommunene kan regnes for å representere innbyggerne på en måte som gjør at de kan identifiseres med innbyggerne i relasjon til omsetningskriteriet. I så fall vil det ikke spille noen rolle om omsetningen skjer med andre enn medlemmene, fordi kommunen anses for å representere disse. I Onstad/Fjørtoft (s. 49) heter det følgende om dette:

⁶⁶ NOU 2002: 6 side 246, og Ot. Prp. Nr. 21 (2006-2007) side 65.

⁶⁷ Ot. Prp. Nr. 21, side 65.

⁶⁸ NOU side 247.

⁶⁹ Onstad/Fjørtoft side 47.

«Kan det i særlige tilfeller tenkes at omsetningskriteriet er oppfylt selv om foretaket utelukkende har omsetning med andre enn medlemmene? Etter loven er det «medlemmene» som er foretakets primære samhandlingspart. Den store hovedregelen er således at det må være omsetning i forholdet mellom medlemmene og foretaket. Unntak kan bare være aktuelt hvis det er en særlig sterk tilknytning mellom medlemmene og foretakets medkontrahenter slik at en form for identifikasjonsbetraktning kan være aktuelle. Loven er neppe til hinder for at medlemmene i slike tilfeller kan bli likestilt med medkontrahenten. Spørsmålet har bl.a. vært reist i forbindelse med at flere bedrifter har gått sammen om å stifte en barnehage, hvor de ansatte skal kunne ha barna sine. Det er da bedriftene som er medlemmer, mens det er barnas foreldre som betaler for barnehageplassene og således er barnehagens medkontrahenter. Så lenge sammenslutningen organiseres og drives i samsvar med kooperative prinsipper, er det reelt ingen grunn til at denne modellen ikke skal godtas.»

Et grunnlag for identifisering mellom kommuner og innbyggerne kan være at kommunen har et lovpålagt ansvar for å tilby visse tjenester til sine innbyggere. Det kan nok diskuteres hvorvidt dette er et «løsere» eller «fastere» tilknytningsforhold enn ansettelsesforhold, som nevnt i eksempelet ovenfor om bedriftsbarnehagen. For sentrale velferdstjenester er det likevel slik at innbyggerne i kommunen gjerne er avhengige av kommunens tilbud, og sammenholdt med at kommunen har en lovpålagt plikt til å sørge for at den aktuelle tjeneste blir tilbudt, vil dette etter vårt syn utgjøre et tungtveiende argument for å identifisere innbyggerne med kommunen. Det er likevel noe usikkert om man på generelt grunnlag vil kunne legge til grunn at kommunen kan identifiseres med sine innbyggere i relasjon til omsetningskriteriet. Det vil avhenge av en konkret vurdering av det enkelte samvirkeforetak.

Etter vår oppfatning er det imidlertid ikke nødvendig å gå veien om slike identifikasjonsbetraktninger for å tilfredsstille omsetningskriteriet for et samvirkeforetak med kommuner som medlemmer. Fra et annet synspunkt vil det nemlig være mer nærliggende å regne et slikt samvirke som et samvirke hvor kommunene som medlemmer får dekket sine økonomiske interesser som «leverandører eller på annen liknende måte», jf. samvirkeloven § 1 annet ledd. «Leverandørsamvirke» omfatter tilfeller der medlemmene får avsatt varer eller tjenester gjennom samvirkeforetaket, og dekker «salgs- og produsentsamvirket».⁷⁰ Der er imidlertid ikke nødvendig å henføre et kommunalt samvirkeforetak som skal yte kommunale tjenester til innbyggerne til denne kategorien, ettersom loven også bruker uttrykket «på annen måte». Det framgår av forarbeidene at dette uttrykket er tatt inn i lovteksten fordi det ikke alltid vil falle like naturlig å omtale medlemmene i et samvirkeforetak som enten avtakere eller leverandører.⁷¹ Som eksempler på dette er blant annet nevnt barnehager og arbeidssamvirker. I et arbeidssamvirke er ikke vurderingstemaet i hvilken grad foretakets tjenester eller produkter blir omsatt til utenforstående. Det kan åpenbart ikke stilles krav om at advokater, arkitekter, ingeniører mv. skal yte sine tjenester overfor seg selv.⁷² I disse tilfellene vil vurderingstemaet i stedet være om en rimelig andel av det arbeidet som blir utført, skrives seg fra de som er medlemmer av foretaket.

Sett fra denne synsvinkelen vil det ved et samvirkeforetak bestående av kommuner, være tale om et samarbeid hvor kommunene overlater til foretaket å ivareta kommunenes lovpålagte ansvar for å

⁷⁰ Ot. prp. nr. 21 (2006-2007) s. 241.

⁷¹ L.c.

⁷² NOU 2002: 6 s. 247.

tilby velferdstjenester til innbyggerne. Det er etter vårt syn ikke noe til hinder for at kommuner som offentlige organ, skal kunne få «avsatt» sine tjenester på denne måten. Loven stiller ikke krav med hensyn til hva slags produkt eller tjeneste som kan omsettes.⁷³ Den «omsetning» som skjer vil her gå ut på at kommunene gjennom samvirkeforetaket får forvaltet sitt ansvar for å tilby velferdstjenester til innbyggerne. En annen analogi fra private samvirkeforetak kan være at noen grunneiere i et utmarksområde overlater til et samvirkeforetak å forvalte grunneiendommene. I en slik forvaltning kan det også inngå utleie av for eksempel fiske-, og jaktrettigheter – altså realiseringen av den økonomiske verdi som ligger i eiendommene. Det er likevel ingen tvil om at selve forvaltningen av eiendommene for grunneierne har en økonomisk verdi for grunneierne, og at det er denne som utgjør den omsetningen mellom foretaket og dets medlemmer som samvirkeoven krever. Det kan heller ikke være tvilsomt at det har en økonomisk verdi at et samvirkeforetak ivaretar kommunens plikt til å sørge for velferdstjenester til innbyggerne. Utrykket «økonomiske interesser» skal etter forarbeidene tolkes vidt.⁷⁴ Det er først og fremst ment som en motsetning til «ideelle interesser». Alternativet for en kommune der den ikke ønsker å drive virksomheten selv, ved kommunens egne ansatte, vil være å sette den ut til andre aktører, og betale for det. For så vidt kan man si at kommunen ved å delta i et samvirkeforetak som forestår driften av tjenesten, blir fritatt fra plikten til å drive virksomheten selv.

Det vil likevel generelt være grunn til å anbefale at det for samvirkeforetak som skal yte tjenester til kommunens innbyggere, beskrives nærmere hvordan formålet skal realiseres. I praksis kan det trolig utdypes ved at det i beskrivelsen av formålet redegjøres nærmere for hvordan omsetningen mellom medlemmene og samvirkeforetaket skal skje.

b) Virksomhet rettet mot kommunene selv - administrative støttetjenester

I omsetningskriteriet ligger som nevnt at det må foregå en form for omsetning - utveksling av varer eller tjenester – mellom foretak og medlem. I dette ligger at foretakets medlemmer også er dets «kunder». For administrative støttetjenester, som for eksempel arkivtjenester, vil dette kriteriet åpenbart kunne være oppfylt. Der flere kommuner vil dekke sitt behov for slike tjenester gjennom et samvirkeforetak, vil kommunene både være deltakere/medlemmer i foretaket og foretakets «kunder». Der foretaket for eksempel skal dekke kommunenes behov for vaktmestertjenester, IKT-drift eller regnskapsføringstjenester, vil formålet være at det er medlemmene som skal få disse tjenestene fra foretaket.

Både sammenslutningskriteriet, formålskriteriet, fordelingskriteriet og ansvarsbegrensningskriteriet vil kunne oppfylles for en slik virksomhet.

c) Næringsvirksomhet

For næringsvirksomhet, hvor hovedformålet er å skaffe avkastning på den kapital som er skutt inn, vil samvirkeformen være lite egnet. Aksjeselskap vil her peke seg ut som den mest naturlige organisasjonsformen. Fordelingskriteriet og omsetningskriteriet vil her legge unødige begrensninger på foretakets mulighet til å forfølge kommersielle formål.

⁷³ Ot. prp. nr. 21 (2006-2007) s. 240.

⁷⁴ Ot. prp. nr. 21 (2006-2007) s. 239.

5.3.3 Et særspørsmål – hva hvis én kommune ønsker en dominerende stilling i samarbeidet?

Et spørsmål som gjelder generelt – uavhengig av om det er tale om administrative støttetjenester, tjenesteyting til innbyggerne eller annet – er om en enkelt kommune kan gis en mer dominerende stilling enn andre kommuner som er medlemmer i foretaket. Det kan være gode grunner til at det er ønske om dette. For eksempel kan én kommune ha bidratt mer til finanseringen enn andre.

Den større innflytelse for én kommune kan ha flere former. For eksempel kan det være ønske om at en kommune skal ha flere stemmer på årsmøtet enn andre. Videre kan det være ønske om at en kommune skal ha fortrinnsrett til bestemte ytelser fra foretaket, eksempelvis en fortrinnsrett til å leie lokaler i kulturhuset.

Når det gjelder innflytelse gjennom stemmegivning på årsmøtet setter loven en absolutt grense i § 38 annet ledd tredje punktum, hvor det fremgår at ingen enkeltmedlemmer kan ha flertall av stemmene. Dersom det er nødvendig at en enkelt kommune alene har bestemmende innflytelse over foretaket, vil derfor samvirkeforetak være utelukket.

Det er imidlertid ikke noe til hinder for at en kommune kan ha mer enn én stemme så lenge denne innflytelsen reflekterer at kommunen har en større samhandling med foretaket enn andre, jf. at § 38 annet ledd første punktum gir anledning til å fordele stemmene målt etter *omsetning* med foretaket. Slike bestemmelser må i så fall tas inn i vedtektene. Man kan for eksempel tenke seg et interkommunalt sykehjem organisert som samvirkeforetak med kommuner som medlemmer. Dersom én av kommunene har behov for et høyere antall sengeplasser ved sykehjemmet enn de andre kommunene, vil dette kunne gi grunnlag for et ønske om å gi denne kommunen en større andel av stemmene på årsmøtet.

Av § 17 fremgår at forskjellsbehandling av medlemmer bare kan skje der det er saklig grunn for det. I forarbeidene (spesialmerknadene til bestemmelsen i Ot.prp. nr. 21 s. 256/258) fremgår:

«Når det gjelder omsetning mellom foretaket og medlemmene, kan fleire grunner tilseie at vilkåra kan bli forskjellige overfor ulike medlemmar. Verken likskapsprinsippet eller andre misbruksreglar er til hinder for dette, men føresetnaden er som nemnt at forskjellane må ha ei sakleg grunngeving.»

Denne bestemmelsen kan etter vårt syn heller ikke være til hinder for at kommunen i eksempelet ovenfor får fortrinnsrett til leie av kulturhuset som står i forhold til den kapitalinnsatsen kommunen har gjort, eller at en kommune som har behov for å kunne disponere et høyere antall sykehjems plasser enn andre som nevnt får flere stemmer på årsmøtet.

Når det gjelder disponering av eventuelt overskudd innebærer imidlertid *fordelingskriteriet* at eventuell *avkastning* skal fordeles etter omsetning med foretaket. For et samvirkeforetak etablert av kommuner kan det være forskjeller mellom kommunene med hensyn til hvem som bidrar mest til finanseringen. Spørsmålet er om en kommune som har bidratt forholdsmessig mer til finanseringen av virksomheten enn de andre kommunene, kan gis fortrinnsrett til overskudd som reflekterer denne ulikheten. Eksemplene ovenfor kan også her tjene som illustrasjon. Flere kommuner har eksempelvis gått sammen om å bygge et kulturhus, og én av kommunene har bidratt mer til finanseringene enn de andre.

Det faktum at en kommune har bidratt med større kapital til foretaket enn andre kommuner, og skal få fordeler framfor andre medlemmer på dette grunnlag, kan ikke begrunnes med at kommunen har større omsetning med foretaket, med mindre fordelingen i rimelig grad reflekterer den enkeltes bruk. Men der fordeling i henhold til det enkelte medlems kapitalinnskudd gjenspeiler den enkeltes bruk, og det er svært vanskelig å fastsette en beregningsmåte som mer nøyaktig gir uttrykk for den samhandling som finner sted, kan det likevel ikke utelukkes at en fordeling etter kapitalinnskudd kan aksepteres.⁷⁵ Generelt vil det nok likevel være grunn til å anbefale at man unngår en direkte kobling mellom andelsinnskudd og fordeling av (eventuelt) overskudd. For eksempel for interkommunalt sykehjem drevet som samvirkeforetak, vil virksomheten som regel være avhengig av løpende tilskudd fra kommunene som medlemmer. Selv om størrelsen på tilskuddet fra den enkelte kommune gjerne vil reflektere den bruk som en stor kommune gjør av sykehjemmet i form av antall sengeplasser den skal kunne disponere, kan det være grunn til å anbefale at fordelingen av eventuelt overskudd ikke knyttes direkte til størrelsen på kapitalinnskuddet.

5.3.4 Oppsummering

I dette kapitlet er det gjort en generell vurdering av når samvirkeforetak kan være en egnet organisasjonsform for kommunal virksomhet.

Ettersom samvirkeforetak er et eget rettssubjekt er det første spørsmålet om oppstår hvilke kommunale oppgaver og virksomheter som kan legges til et samvirkeforetak. Det må her gjøres en samlet vurdering, hvor både virksomhetens rettslige grunnlag, kommunens styrings- og kontrollmuligheter og den deltakersammensetning foretaket har vil være sentrale momenter. Det er ikke grunn til å anta at adgangen til å legge oppgaver til et samvirkeforetak vil skille seg vesentlig fra adgangen til å legge oppgaver til et selskap eid av kommuner.

Med det formål å se nærmere på når samvirkemodellen er egnet er kommunenes virksomhet delt i tre grupper:

- Virksomhet rettet mot innbyggerne
- Administrative støttetjenester
- Næringsvirksomhet

Av de fem kriteriene som avgjør om man har med et samvirkeforetak å gjøre er det særlig, *formålskriteriet, omsetningskriteriet og fordelingskriteriet* som er særegent for denne organisasjonsformen. De to andre kriteriene – *sammenslutningskriteriet og ansvarsbegrensningskriteriet* deler samvirkeforetak med aksjeselskaper.

For at samvirkeforetak skal være en egnet organisasjonsform, må alle disse kriteriene kunne oppfylles for den aktuelle virksomheten.

For *virksomhet rettet mot innbyggerne* – typisk kommunal *tjenesteyting* – hvor formålet er å yte tjenester til innbyggerne og ikke til kommunen selv, kan det være nødvendig å presisere hvilken omsetning som skjer mellom foretaket og medlemmene/kommunene. Dette følger av omsetningskriteriet sammenholdt med formålskriteriet, som krever at det foregår en omsetning mellom foretak og medlem som har økonomisk verdi. I de fleste tilfeller vil likevel dette kravet kunne

⁷⁵ NOU 2002:6 s. 335.

oppfylles også i foretak som skal yte velferdstjenester til innbyggerne. Samvirkemodellen kan derfor være egnet for slik virksomhet.

Når det gjelder *administrative støttetjenester* er det ikke noe som skulle tilsi at samvirkekriteriene ikke kan være oppfylt. Samvirkemodellen vil derfor være mulig, og kan i prinsippet også være egnet for denne type virksomhet.

For *næringsvirksomhet* – hvor hovedformålet er å skaffe avkastning på den kapital som er investert – vil imidlertid samvirkemodellen være lite egnet. Dette har sammenheng med at det i et samvirkeforetak ikke er anledning til å ta utbytte etter innskutt kapital, men bare i forhold til omsetning mellom medlemmet og samvirkeforetaket. Aksjeselskap vil her peke seg ut som den mest aktuelle organisasjonsformen.

Dersom det er ønske om at en bestemt kommune skal ha dominerende stilling i samarbeidet vil samvirkeforetak være lite egnet. Dette har sammenheng med at ingen enkeltdeltaker kan ha flertall av stemmene på årsmøte alene.

6. Kasuistikk

6.1. Alternative organisasjonsmodeller utenfor kommunen – en sammenfatning

En kommune kan organisere sin virksomhet i følgende rettssubjekter:

- § 27 selskap
Lov om kommuner og fylkeskommuner av 25.09. 1992 nr. 107.
- Interkommunalt selskap (IKS)
Lov om interkommunale selskaper av 29.01. 1999 nr. 6.
- Samkommune
Lov om kommuner og fylkeskommuner av 25.09. 1992 nr. 107, kapittel 5B
- Aksjeselskap (AS)
Lov om aksjeselskaper av 13.06. 1997 nr. 44.
- Samvirkeforetak (SA)
Lov om samvirkeforetak av 29.06. 2007 nr.81
- Stiftelser
Lov om stiftelser av 15.06. 20 nr. 59
- Forening⁷⁶

⁷⁶ En forening er en selveiende sammenslutning som skal fremme ett eller flere bestemte formål av humanitær, sosial eller lignende art. Foreninger kan være både åpne og lukkede for allmennheten. Foreningen må ha minst to medlemmer som

Samkommune og forening er så spesielt at det er ikke tatt med i tabelloppstillingen. Stiftelser er et alternativ dersom kommunen ikke har behov for eierstyring. På grunn av den særstilling en stiftelse har – se nærmere under punkt 4.5, er heller ikke stiftelse med i tabellen.

§ 27 Selskap	Interkommunale selskap (IKS)	Aksjeselskap (AS)	Samvirke (SA)
Bare kommuner og fylkeskommuner kan være på eiersiden	Bare kommuner, fylkeskommuner og andre kan være på eiersiden	Kan eies av både offentlige og private rettssubjekter	Basert på medlemskap, ikke eierskap
Antall deltagere: To eller flere	Antall deltagere: To eller flere	Antall deltagere: En eller flere	Antall deltagere: To eller flere
Ubegrenset ansvar for selskapets forpliktelser. Opp til deltagerne å fastsette i vedtektene ansvarsfordelingen mellom eierne	Ubegrenset ansvar for selskapets forpliktelser. Fordeling fastsettes i vedtektene	Begrenset ansvar for selskapets forpliktelser, begrenset oppad til innskutt kapital.	Medlemmene hefter ikke for samvirkets forpliktelser.
Risikoutsatt virksomhet – mindre egnet på grunn av ubegrenset økonomisk ansvar	Risikoutsatt virksomhet – mindre egnet på grunn ubegrenset økonomisk av ansvar	Risikoutsatt virksomhet- godt egnet på grunn av ansvarsbegrensningen	Risikoutsatt virksomhet- godt egnet på grunn av ansvarsbegrensningen
Innflytelse og styring: Stor frihet til å bestemme i vedtektene hvilken innflytelse den enkelte deltager skal ha.	Innflytelse og styring: Utgangspunktet et at deltagerne har en stemme hver uavhengig av kapitalinnskudd. Er anledning til å avtale noe annet i vedtektene.	Innflytelse og styring: Basert på innskutt kapital. Dess flere aksjer, jo flere stemmer	Innflytelse og styring: Basert på én stemme pr medlem. Kan ha avvikende regler i vedtektene

forener seg om et bestemt formål. Medlemmene deltar i beslutninger som treffes, men er ikke eiere av formuen i foreningen. Er ikke underlagt et spesielt regelverk.

	Eksempelvis kan det avtales at stemmer skal vektes etter eierandel.		
Kan gis myndighet til å treffe avgjørelser som angår virksomhetens drift og organisering. Begrenset adgang til delegasjon. Kan tillegges lovpålagte oppgaver /myndighetsutøvelse etter en konkret tolking av den lov/forskrift oppgavene hører inn under. ⁷⁷ Eksempelvis kan myndighet etter havne- og farvannslov tildeles.	Kan tillegges lovpålagte oppgaver /myndighetsutøvelse etter en konkret tolking av den lov/forskrift oppgavene hører inn under. ⁷⁸ Eksempelvis kan myndighet etter havne- og farvannslov tildeles.)	Kan tillegges lovpålagte oppgaver /myndighetsutøvelse etter en konkret tolking av den lov/forskrift oppgavene hører inn under. ⁷⁹ Eksempelvis kan myndighet etter havne- og farvannslov <u>ikke</u> tildeles.	Kan tillegges lovpålagte oppgaver /myndighetsutøvelse etter en konkret tolking av den lov/forskrift oppgavene hører inn under. ⁸⁰ Eksempelvis er det oppgaver/myndighet etter brann og eksplosjonsloven som <u>ikke</u> kan tildeles
Kan i prinsippet ta ut utbytte etter innskutt kapital. Mindre egnet for kapitalplassering på grunn av ubegrenset økonomisk ansvar	Kan i prinsippet ta ut utbytte etter innskutt kapital. Mindre egnet for kapitalplassering på grunn av ubegrenset økonomisk ansvar	Godt egnet for kapitalplassering på grunn av begrenset økonomisk ansvar	Organisasjonsform som ikke bygger på kapitalplassering og avkastningskrav. Fordeling av overskudd etter omsetning gjennom foretaket
Uttreden reguleres i vedtektene. Ikke omsettelige andeler.	Ved uttreden, kjøpes ut av de andre deltagerne. Ikke omsettelige andeler og selskapet kan derfor ikke kjøpes opp.	Aksjer kan overføres til andre. Foretaket kan kjøpes opp av andre	Medlemskap/andeler kan i utgangspunktet ikke overdras til andre. Foretaket kan ikke kjøpes opp
Kan oppløses. Storfrihet til å regulere bestemmelser om	Kan oppløses etter enighet mellom deltagerne. Verdiane	Ved oppløsning fordeles gjenværende verdier i forhold til	Ved oppløsning kan gjenværende midler fordeles på

⁷⁷ L.c.

⁷⁸ Se NOU 1995 nr. 17 Organisering av kommunal virksomhet, kap.7

⁷⁹ L.c.

⁸⁰ L.c.

oppløsning i vedtektene. Verdier fordeles slik det er fastsatt i vedtektene.	fordeles etter selskapsandeler.	innskutt kapital	medlemmene etter deres omsetning med foretaket
--	---------------------------------	------------------	--

6.2 Nærmere om hva det legges vekt på ved valg av organisasjonsform

Ved valg av organisasjonsform er det viktig å avklare hvilken form som anses best egnet ut fra en rekke kriterier. Det vil måtte legges vekt på hvilken type virksomhet/oppgaver det dreier seg om. Dreier det seg om virksomhet som vil inneholde behov for myndighetsutøvelse, eller består av lovpålagte kommunale oppgaver, vil det måtte foretas en konkret tolkning av det aktuelle lovverket som regulerer hvorvidt oppgavene faktisk kan tillegges den organisasjonsmodellen en ønsker seg. Som det fremgår av punkt 6.2.2.1 er vanligvis ikke selve organisasjonsformen som er avgjørende. Behovet for styring og kontroll i forhold til enkelte beslutninger kan ofte løses gjennom vedtektene. Det gjelder vanligvis uavhengig av organisasjonsform. Er det eksempelvis ønskelig å velge samvirkeforetak, må det vurderes om vedtektene kan tilpasses behovet for styring og kontroll innenfor samvirkeoven. Se nærmere om dette i punkt 2.4 og 2.5.

Antall eiere vil ha betydning. Skal kommunen eie virksomheten alene, er aksjeselskap eneste alternativet. Skal kommunen samarbeide med flere, er det flere valgmuligheter. Begrensninger vil ligge i forhold til hvem det er aktuelt å samarbeide med. Det er derfor viktig å avklare hvem det er aktuelt å samarbeide med. Dersom det bare skal være kommuner og fylkeskommuner på eiersiden, kan samtlige organisasjonsformer være aktuelle i utgangspunktet. For valg av samvirke her, må vedtektene utformes slik at det ikke er åpent for privat medlemskap, se nærmere punkt. 2.4. Skal det være åpent for private eller statlig medeierskap, står valget mellom aksjeselskap og samvirke. Her er § 27 selskap og IKS utelukket.

Hvorvidt det er stor eller liten risiko forbundet med virksomheten vil ha betydning. Jo mer risikoutsatt virksomheten er, jo større behov er det for å begrense kommunens økonomiske ansvar. Ved behovet for å begrense ansvar, vil valget stå mellom aksjeselskap og samvirke.

Er kapitalplassering et vesentlig formål med behov for å sikre best mulig utbytte, er det aksjeselskap som må velges. Dersom avkastning eller fordeling av overskudd har mindre betydning og fokus på oppgaveløsninger er det sentrale, kan samtlige av organisasjonsformene i utgangspunktet være aktuelle. I en slik situasjon må dette vurderes opp mot andre behov for å avgjøre hvilken organisasjonsform som anses best egnet.

6.3 Organisering av havnevirksomhet som samvirkeforetak

6.3.1 Innledning

Drift og forvaltning av havnevirksomhet er regulert i Lov om havner og farvann av 17. april 2006 nr. 19 (Havne- og farvannsloven). Når det i dette kapitlet bare er vist til en lovbestemmelse uten at loven er nærmere angitt, er det havne- og farvannsloven det vises til.

Havner kan eies både av kommuner og private, men offentlig myndighetsutøvelse over havner og farvann er etter havne- og farvannsloven § 9, 1 ledd lagt til kommunen innenfor det området kommunen har planmyndighet etter plan og bygningsloven, med mindre annet følger av havne- og farvannsloven.

Loven har bestemmelser om organisering av havner. Det fremgår av loven § 45 at: «*Kommunen kan velge organisasjonsform for egne havner, herunder etablere foretak til å forestå virksomheten i havnen, med mindre noe annet følger av § 46.*

Kommuner og private kan delta i foretak hvis formål er investeringer, utvikling og drift av havnen.»

Loven åpner altså for at drift og forvaltning av havner som eies av en kommune, kan organiseres utenfor kommunen i eget rettssubjekt. Dreier det seg om investeringer, utvikling og drift av havn, åpner loven også for at kommuner kan gå sammen med private.

I tillegg har loven en bestemmelse om at departementet kan stille krav om organisering av havner som er særlig viktige for å utvikle effektiv og sikker sjøtransport av personer og gods.⁸¹

Tradisjonelt sett har havner vært organisert som en del av kommunen, enten som en enhet eller som et kommunalt foretak (KF) etter bestemmelsene i kommuneloven kapittel 11. Noen havner er også organisert som interkommunale samarbeid etter kl. 27 eller som IKS etter lov om interkommunale selskaper.

6.3.2 Særskilt om havnevirksomhet

For havner som eies helt eller delvis av en kommune⁸² er havnekapitalen underlagt særskilte bestemmelser. Havner er særpreget øvrig kommunal virksomhet ved at havnekapitalen skal forvaltes i en egen havnekasse. Dette er en videreføring av tidligere havne- og farvannslovens regler. Havnekapitalen skal regnskapsmessig holdes adskilt fra kommunens øvrige regnskaper, jf. § 47, annet ledd, første setning. Dette skulle tilsi at det kan være et større behov for å organisere havner utenfor kommunen som rettssubjekt, enn annen type kommunal virksomhet, men noe lovmessig krav til å organisere havner utenfor kommunen er det ikke pr i dag.

Det er også begrenset hva havnekapitalen kan brukes til⁸³, og havneloven har egne regler om økonomiforvaltningen og utbytte fra havnevirksomhet organisert i egne rettssubjekter, eksempelvis interkommunale selskaper enten det er IKS eller aksjeselskap.⁸⁴

Havner er også underlagt statlig tilsyn etter egne regler i havne- og farvannsloven kapitel 8.

⁸¹ Se havne- og farvannsloven § 46

⁸² Se havne- og farvannsloven §§ 44 og 47

⁸³ Se havne- og farvannsloven § 48

⁸⁴ Se havne- og farvannsloven § 49

6.3.3 Organisering som samvirkeforetak

a) Er vilkårene for samvirkeforetak oppfylt?

Spørsmålet er om samvirkeforetak er egnet organisasjonsform for interkommunal havnevirksomhet. Som nevnt i kapittel 2 er det oppstilt 5 kriterier for at det foreligger et samvirkeforetak. Det første vilkåret er at det skal være en sammenslutning. Dette vilkåret vil være oppfylt når to eller flere kommuner går sammen om å drive havnevirksomhet.

Videre må virksomheten ha økonomisk hovedformål. Havnevirksomhet er i seg selv en økonomisk virksomhet. Det følger direkte av havne- og farvannsloven regler, særlig om forvaltningen av havnekassens midler § 48. Også dette formålet vil være oppfylt.

Det må foregå omsetning mellom foretaket og kommunene for at det skal være et samvirke. Dersom kommunene eksempelvis leier plass i havnen til lagring av eksempelvis brannvernutstyr, oljevernberedskap, eller leier til annet formål, vil omsetningskravet være oppfylt. Normalt vil omsetningskravet være oppfylt, også gjennom det forhold at kommunene gjennom felles havnedrift får utført felles oppgaver som for eksempel en felles oljevernberedskap i havnen. Det er uansett kommunenes ansvar å sørge for at det skjer en form for samhandling mellom kommunene om havnevirksomhet for å sikre at omsetningskriteriet er oppfylt

Avkastningen skal også fordeles etter omsetning mellom kommunene og foretaket. Det er anledning til å bestemme at det ikke skal foretas utdeling fra et samvirke. Havnevirksomhet hvor kommunene velger ikke å ta ut noen form for avkastning vil således oppfylle samvirkelovens krav. Dersom det skal tas ut utbytte, må avkastningen følge reglene i havne- og farvannsloven § 49. Denne bestemmelsen er ikke til hinder for at avkastningen skjer etter omsetning. Den sier bare hva som skal til før avkastning kan finne sted. Vi kan derfor ikke se at havne- og farvannsloven er til hinder for at avkastningskravet kan oppfylles.

Det siste kravet er at deltakeransvaret må være begrenset. Havne- og farvannsloven åpner for at havnedrift kan organiseres i et aksjeselskap⁸⁵. I et aksjeselskap har kommunene begrenset ansvar. Dette tilsier at begrensning av ansvaret i et samvirkeforetak ikke er til hinder for å organisere havnevirksomhet i et samvirkeforetak.

b) Forhold som tilsier at havnevirksomhet ikke kan organiseres som samvirkeforetak?

Det fremgår av forarbeidene⁸⁶ til loven § 45 at kommunens havnevirksomhet kan organiseres utenfor kommunen som rettssubjekt (AS osv.) eller i interkommunale selskap eller samarbeid hvor det etableres en organisatorisk overbygning mellom flere kommuner. Dette tilsier at havne- og farvannsloven ikke er til hinder for at drift av en havn kan legges til et samvirkeforetak.

⁸⁵ Se havne- og farvannsloven § 45

⁸⁶ Se Ot.prp. nr. 75 (2007-2008) merknader til § 45 i kapittel 22

Av forarbeidene til loven fremgår det videre at § 45 annet ledd slår fast at kommuner og private kan delta i foretak, herunder danne selskap for investeringer, utvikling og drift av havnen. Denne adgangen har vært uklar under gjeldende rett, og departementet har funnet grunn til å la dette komme til uttrykk i lovteksten. Bestemmelsen er også en naturlig presisering av annet ledd om at kommunene fritt kan velge organisasjonsform for sine havner. En rekke ulike utleie-, samarbeids- og sameiekonstellasjoner kan tenkes mellom en eller flere kommuner og andre aktører. En praktisk variant er at kommunen leier ut offentlige arealer i havnen til operatørselskaper og andre tjenesteytere. Der private aktører og kommunen inngår eierskapssamarbeid hvor hele eller deler av havnekapitalen brukes som innskudd, må reglene i lovens kapittel 7 om havnekapitalen respekteres fullt ut. Dette er både med hensyn til hva slike midler kan brukes til, og for tilbakeføring av inntekter og annen avkastning til havnekapitalen, se §§ 47-49. Det gjelder ingen geografiske begrensninger for etableringen av slike selskaper. Når det i forarbeidene her nevnes «foretak» i tillegg til selskap, mener vi det må bety at samvirkeforetak kan benyttes.

Det fremgår av lovens § 10 at en kommune kan delegere den myndighet som tilligger kommunen etter havne- og farvannsloven til interkommunalt selskap.⁸⁷ I denne bestemmelsen er det nærmere angitt at dette gjelder til interkommunalt samarbeid opprettet etter Lov av 25. september 1992 nr. 107 (kommuneloven) og til selskap opprettet i henhold til Lov av 29. januar 1009 nr. 6 om interkommunale selskaper.

Av forarbeidene fremgår det videre av havne- og farvannsloven⁸⁸ at det er de samarbeidsformene som følger av kommuneloven kapittel 5 som kan tildeles myndighet etter havne- og farvannsloven. Det betyr at det er interkommunalt samarbeid etter kl. § 27, vertskommune etter kapittel 5A og samkommune etter kapittel 5B. I tillegg angir loven at myndighet kan delegeres til et IKS.

Hva som menes med myndighet i loven § 10 er i forarbeidene definert slik:

«Med «myndighet» menes både myndighet til å treffe enkeltvedtak, fastsette forskrifter og annen offentlig myndighetsutøvelse. Deltakerkommunene kan imidlertid ha bestemt noe annet om myndighetsfordelingen i samarbeids- eller selskapsavtalen, for eksempel at myndighet til å treffe vedtak i visse typer saker skal forbeholdes kommunestyrene.»

I annet ledd er det åpnet for at departementet ved forskrift eller enkeltvedtak kan fastsette at kommunens myndighet kan delegeres til private rettssubjekt på et bestemt område. Departementets forslag er omtalt nærmere under punkt 9.2.4.

Spørsmålet er om dette likevel utelukker at to eller flere kommuner kan gå sammen om å utøve havnevirkosomhet i et samvirke. Når det er bestemt at en kommune bare kan delegere myndighet til interkommunale samarbeid opprettet i medhold av kommunelov kapittel 5 eller IKS, oppfatter vi dette slik at to eller flere kommuner ikke kan delegere sin myndighet verken til et aksjeselskap eller til et samvirke uten departements samtykke, jf. at «*departementet ved forskrift eller enkeltvedtak, fastsette at en nærmere bestemt del av kommunens myndighet etter denne loven kan delegeres til private.*» Dette er videre begrenset slik at dersom en kommune vil overlate myndighet til et privat

⁸⁷ Se havne- og farvannsloven § 10

⁸⁸ S Ot. prp. Nr. 75 (2007-2008) s kapittel 22 merknader til lovforslagets § 10

rettssubjekt, eksempelvis samvirke, må det skje enten ved forskrift eller enkeltvedtak, og det er begrenset til myndighet innenfor et bestemt område. Sistnevnte betyr at ikke all myndighet innen havne- og farvannsloven kan overlates til et privat rettssubjekt.

Dette mener vi betyr at offentlig myndighetsutøvelse av havnedrift ikke kan delegeres til verken et samvirkeforetak eller aksjeselskap. Kommuner kan altså drive havnevirksomhet organisert som et samvirkeforetak, men da uten at samvirkeforetaket tillegges offentlig myndighetsutøvelse. Det samme mener vi gjelder aksjeselskaper i og med at heller ikke aksjeselskaper er nevnt blant de organisasjonsformene som kan tildeles offentlig myndighetsutøvelse. Det er bare innen et begrenset område at et samvirke eller et aksjeselskap kan gis myndighet til å utøve offentlig myndighetsutøvelse.

Dette betyr at kommuner ikke kan overlate all myndighet til drift av havner- farvann til et samvirke eller selskap som ikke er et IKS. Dette innebærer altså en begrensning sammenlignet med IKS-formen.

c) Særlig om skatt og avgift

Havnevirksomhet har erverv til formål, og er skatteplikt dersom det legges utenfor kommunen som eget rettssubjekt. Havnevirksomhet drevet som samvirkeforetak, vil således være skattepliktig. Her vises for øvrig til omtale i kapittel 7.

d) Behovet for styring av virksomheten og andre forhold

Spørsmålet er om behovet for styring av havnevirksomheten er av en slik karakter at dette likevel utelukker samvirkeforetak som organisasjonsform.

Etter havne- og farvannsloven er havnevirksomheten underlagt statlig tilsyn, jf. lovens kapittel 8. Vi kan ikke se at slikt tilsyn hindres om virksomheten er lagt til et samvirkeforetak.

Ettersom kommunens myndighetsutøvelse etter havne- og farvannsloven § 10 ikke kan delegeres til et samvirkeforetak, vil kommunene ved å beholde denne myndigheten selv, fortsatt ha kontroll med utøvelsen av denne siden av havnevirksomheten. Vi kan derfor ikke se at styring og kontroll utelukker samvirkeforetak. Det er likevel et minus at ikke all kommunal myndighet etter havne- og farvannsloven kan delegeres til et samvirkeforetak. Her vil valg av IKS-formen ha et fortrinn fremfor samvirkeforetak slik vi ser det. Det vi ser er imidlertid at havne- og farvannsloven verken i loven eller i forarbeidene omtaler samvirke som en organisasjonsform for havnevirksomhet. Vi kan likevel ikke se at dette er til hinder fra at samvirkeformen brukes all den tid både loven og forarbeidene bruker betegnelsen foretak som likestilt med aksjeselskap.

e) Oppsummering

Havnevirksomhet oppfyller vilkårene for et samvirkeforetak og kan med hjemmel i havneloven § 45 organiseres som et samvirkeforetak. Det er imidlertid begrenset hvilke oppgaver en kommune kan legge til en havnevirksomhet som er organisert som et samvirkeforetak i motsetning til når denne type virksomhet eksempelvis er organisert som et IKS. Havne- og farvannsloven § 10 inneholder bestemmelse om delegasjon av offentlig myndighetsutøvelse. Det følger av denne bestemmelsen med presisering i forarbeidene at slik myndighet bare kan tildeles et IKS og virksomheter opprettet

med hjemmel i kommuneloven kapittel 5. Havne- og farvannsloven § 10. annet ledd åpner imidlertid for en begrenset adgang til å overlate myndighet til et privat rettssubjekt, eksempelvis samvirke eller aksjeselskap. Ønsker en kommune å overlate myndighet til et samvirke eller et aksjeselskap må det skje enten ved forskrift eller enkeltvedtak, og det er begrenset til myndighet innenfor et bestemt område. Det betyr at ikke all myndighet innen havne- og farvannsloven kan overlates til et samvirke. Dersom kommunene i et samarbeid ønsker å overlate all myndighetsutøvelse etter havne- og farvannsloven til et eget rettssubjekt, er både samvirkeforetak og aksjeselskap utelukket.

6.4 Organisering av kommunal revisjon som samvirkeforetak

6.4.1 Innledning

Etter kommuneloven § 76 skal kommunestyret påse at de kommunale regnskaper revideres på betryggende måte. Av § 78 fremgår at kommunen har flere valgmuligheter med hensyn til hvordan revisjonsordningen kan innrettes. Kommunestyret avgjør selv om kommunen skal ansette egne revisorer, delta i et interkommunalt samarbeid om revisjon, eller inngå avtale med privat revisor.

Bestemmelsen kom inn i loven i forbindelse med at det ble åpnet for å konkurranseutsette kommunal revisjon. Tidligere skulle revisjon av kommuner skje ved egne kommunerevisorer, enten ansatt i den enkelte kommune, eller i et interkommunalt samarbeid i en såkalt distriktsrevisjon. Det var begrenset mulighet til å overlate til private revisjonsfirma å utføre de oppgavene loven påla kommunerevisjonen. I forarbeidene⁸⁹ til bestemmelsen er kommunens valgmuligheter beskrevet slik:

«Det ligger således til kommunestyret/fylkestinget å avgjøre om konkurranseutsetting skal gjennomføres eller ikke. (...) Det er også anledning for en kommune til å ha et interkommunalt samarbeid om revisjon i form av at en revisor er deltidsansatt i flere kommuner. Det er også anledning til å kjøpe revisjonstjenester av en annen kommunes egen kommunerevisjon. Men i et slikt tilfelle vil denne revisor måtte regnes som «annen revisor» etter bestemmelsen i nr. 3. Denne revisor opptre i en slik situasjon som en markedsaktør, og må forholde seg til de regler som gjelder for omsetning av tjenester mellom kommuner i et marked.»

Av § 78 nr. 3 annet punktum framgår at kommunestyrets vedtak om revisjonsordning skal gjøres på bakgrunn av en innstilling fra kommunens kontrollutvalg.

Loven stiller ikke nærmere krav til hvordan en interkommunal revisjonsenhet skal organiseres.⁹⁰ Det betyr at i utgangspunktet kan en slik virksomhet organiseres i form av alle de sammenslutningsformer som er tilgjengelig for interkommunal virksomhet. I praksis er interkommunale revisjonsenheter stort sett organisert som IKS, men noen er organisert med basis i bestemmelsen om interkommunale styrever i kommuneloven § 27.⁹¹

⁸⁹ Ot. prp. Nr. 70 (2002-2003) s. 107.

⁹⁰ Revisorloven og dens krav om organisering i § 3-5 gjelder ikke kommunal revisjon.

⁹¹ Rapport IRIS – 2013/008 «Interkommunalt samarbeid - konsekvenser, muligheter og utfordringer», s. 43/44.

Vi er ikke kjent med at noen interkommunal revisjonsenhet i dag er organisert som samvirkeforetak. I mandatet for utredningen er revisjon nevnt som et av de virksomhetsområder hvor det er ønskelig å få en vurdering av om samvirkeforetak kan være en egnet modell. Dette spørsmålet er drøftet nedenfor under pkt. 6.4.2 flg.

6.4.2 Interkommunal revisjonsenhet som samvirkeforetak - samvirkekriteriene

En vurdering av om samvirkeforetak er en egnet organisasjonsform må ta utgangspunkt i om de elementer som inngår i definisjonen av samvirkeforetak i lovens § 1 er oppfylt. Som det fremgår av kap. 2 har definisjonen fem hovedelementer:

- Det må foreligge en sammenslutning (sammenslutningskriteriet).
- Virksomheten må ha et økonomisk hovedformål (formålskriteriet).
- Det må foregå en omsetning mellom foretak og medlem (omsetningskriteriet).
- Avkastningen må fordeles etter omsetning (fordelingskriteriet).
- Deltakeransvaret må være begrenset (ansvarsbegrensningen).

Alle vilkårene må være oppfylt for at det skal være tale om et samvirkeforetak i lovens forstand.

Det må understrekes at spørsmålet ikke er om en interkommunal revisjonsvirksomhet i dag oppfylder vilkårene. Men om interkommunal revisjon er en virksomhet som etter sin art kan oppfylle disse vilkårene. Det har slik ingen betydning at interkommunal revisjonsvirksomhet i dag er organisert i former som innebærer ubegrenset økonomisk ansvar for deltakerkommunene, såfremt lovgivningen ikke er til hinder for at virksomheten organiseres med begrenset ansvar, (jf. ansvarsbegrensningen som ligger i samvirkeforetaksmodellen).

Det kan uten videre slås fast at *sammenslutningskriteriet* er oppfylt. Det følger av forarbeidene til samvirkeoven at det sentrale er at flere personer (juridiske eller fysiske personer) utøver en aktivitet rettet mot et felles mål, og at aktiviteten har et visst omfang og varighet.⁹² Dette vilkåret vil være oppfylt allerede i dag, for revisjonsvirksomhet organisert som IKS eller etter § 27 i kommuneloven.

Kravet om *økonomisk hovedformål* vil også være oppfylt. Et samvirkeforetak har som formål å ivareta medlemmenes interesser som tilbydere eller etterspørrere av varer eller tjenester. Foretaket har ikke som formål å oppnå avkastning på innskutt kapital gjennom salg i markedet, men har sine medlemmer som viktigste og kanskje eneste kundegruppe. Medlemmene i et samvirkeforetak må motta en ytelse som har en økonomisk verdi. Dette følger av formålskriteriet sett i sammenheng med omsetningskriteriet. Interkommunalt samarbeid er ikke først og fremst motivert av økonomiske interesser. Det er imidlertid ikke tvil om at deltakerne i et interkommunalt revisjonssamarbeid mottar en ytelse som har økonomisk verdi.

En interkommunal revisjonsordning er etablert for å dekke deltakerkommunenes behov for revisjonstjenester. Videre vil virksomheten, for ikke å miste muligheten til å drive i egenregi, bare kunne yte tjenester til andre enn deltakerkommunene i svært begrenset grad.⁹³ I dette ligger at virksomheten fullt ut eller i all hovedsak vil være rettet til deltakerne. Det kan dermed slås fast at *omsetningskriteriet* er oppfylt. Deltakere i et interkommunalt samarbeid mottar revisjonstjenester

⁹² NOU: 6 s. 240 og 331, og Ot. Prp. Nr. 21 (2006-2007) s. 239.

⁹³ Hvorvidt vilkårene for egenregi er oppfylt vil bero på en konkret vurdering i hvert tilfelle, jf. kap. 3.2.

fra sammenslutningen, og vil ved organisering som samvirkeforetak få sine interesser ivaretatt som «avtakarar».

Fordelingskriteriet innebærer at virksomhetens overskudd bare kan fordeles på medlemmene på grunnlag av deres omsetning med foretaket. Det er imidlertid ikke noe krav om at det skal foretas utdeling til medlemmene. Eventuell avkastning kan bli stående i virksomheten. Godskriving av den alminnelige egenkapitalen krever ikke hjemmel i vedtektene. Det er ikke noe ved interkommunalt samarbeid om revisjon som er til hinder for at eventuelt overskudd fordeles etter omsetning.

Ansvarsbegrensningskriteriet innebærer at ingen av medlemmene i et samvirkeforetak hefter overfor foretakets kreditorer med mer enn sine andelsinnskudd. I et IKS og et interkommunalt samarbeid med eget styre etter kommuneloven § 27 hefter deltakerne for de samlede forpliktelser, og har slik ubegrenset ansvar. En endring av organisasjonsform til samvirkeforetak vil slik innebære endring i ansvarsform. Det er imidlertid ikke noe ved virksomheten interkommunal revisjon som krever at deltakerne har ubegrenset ansvar for virksomhetens økonomiske forpliktelser. Uavhengig av virksomhetens organisering vil kommunene måtte oppfylle sin plikt til å sørge for revisjon, enten dette settes ut til private eller kommunene løser sitt behov for revisjon gjennom å inngå et interkommunalt samarbeid om dette, virksomhetens ansvarsform vil ikke ha betydning for dette.

6.4.3 Særlig om skatt og avgift

For en nærmere redegjørelse for skatte- og avgiftsrettslige forhold, se kap. 7.

6.4.4 Særlig om behovet for styring av virksomheten

Vi kan ikke se at revisjonsvirksomhet i kommuner innebærer et større behov for styring fra deltakerkommunenens side enn det som er mulig å få til innenfor rammen av samvirkeforetaksloven. Det gjelder strenge krav til den kommunale revisors uavhengighet, jf. blant annet kommuneloven § 79. I dette ligger også at kommunene som eiere av en interkommunal revisjonsvirksomhet ikke kan instruere og overprøve revisors faglig vurderinger. Det behov for styring med administrative og økonomiske forhold som ligger til det å være eiere av en virksomhet, overstiger ikke det som er mulig å få til i en samvirkeforetaksmodell.

6.4.5 Oppsummering

En vurdering av om samvirkeforetak er en egnet organisasjonsform for revisjon må ta utgangspunkt i om de elementer som inngår i definisjonen av samvirkeforetak i lovens § 1 er oppfylt. Det må understrekes at spørsmålet ikke er om en interkommunal revisjonsvirksomhet i dag oppfyller vilkårene, men om interkommunal revisjon er en virksomhet som etter sin art kan oppfylle disse vilkårene. Vi kan ikke se at det er særtrekk ved revisjonsvirksomheten i kommuner som gjør at de elementer som inngår i samvirkeforetakslovens definisjon ikke kan oppfylles, og dette vil derfor være en mulig organisasjonsform for kommunal revisjon.

6.5 Organisering av interkommunalt arkiv som samvirkeforetak

6.5.1 Innledning

Lov av 4.12.1992 nr. 126 om arkiv (arkivloven) har forskjellige bestemmelser for offentlige og private arkiver. Offentlige forvaltningsorganer har «offentlige arkiv», mens andre rettssubjekter blir definert som «private arkiv». Arkivloven kap. II har bestemmelser om offentlige arkiv. Alle offentlige organer plikter å ha et arkiv, jf. arkivlova § 6.

Arkivforskriften legger arkivansvaret til kommunens administrasjonssjef, jf. § 1-1 som lyder:

«Det overordna ansvaret for arkivarbeidet i eit offentleg organ tilligg den øvste leiinga i organet. I kommunar og fylkeskommunar er arkivansvaret ein del av det overordna administrative ansvaret som er tillagt administrasjonssjefen, jf. kommunelova § 23.»

Loven har ikke bestemmelser om hvordan kommunale arkiv kan organiseres. Arkivforskriften har heller ikke nærmere bestemmelser om dette, bortsett fra § 2-1 om organisering av arkivarbeidet, som lyder:

«Arkivarbeidet i eit offentleg organ skal som hovudregel utførast av ei eiga eining, ei arkivteneste, under dagleg leiing av ein arkivansvarleg. Arkivtenesta skal vere felles for organet. Dersom ikkje særlege omsyn tilseier noko anna, skal ho vere underlagd den administrasjonseininga som har ansvaret for organets fellessaker.»

I praksis er det etablert en rekke interkommunale arkiv. Disse er overveiende organisert som IKS, men noen er også organisert med basis i kommuneloven § 27 om interkommunale styrever.⁹⁴ Det synes ikke å være problematisert hvorvidt kommunale arkiv kan organiseres som interkommunale selskaper. Det statlige Arkivverket fremhever de positive effektene av etablering av interkommunalt arkiv.⁹⁵ Vi har på denne bakgrunn ikke gjort en inngående analyse av hvorvidt et kommunalt arkiv kan legges til et eget selskap.

6.5.2 Nærmere om interkommunale arkivers virksomhet

Et interkommunalt arkiv har gjerne to hovedoppgaver. For det første drives rådgivning innen arkivdannelse for eierne. Dette innebærer arkivplanlegging og innkjøp og konfigurering av sak/arkivsystem. Planleggingen omfatter blant annet utarbeiding av lokale retningslinjer, rutiner for registrering av arkivinnhold og oppbygging og dokumentering av elektroniske arkivsystemer. Den andre hovedoppgaven er depotfunksjonen. Denne innebærer blant annet mottak, kontroll og oppbevaring av eldre/avsluttede arkiv og tilgjengeliggjøring og formidling fra arkivene. De fleste interkommunale arkiv tilbyr depottjenester både for arkiv i papirformat og arkiv i elektronisk form.

Det statlige arkivverket fremhever at interkommunalt samarbeid om arkiv kan være fordelaktig for å dekke et behov for større spesialkompetanse som følge av innføring av fullelektroniske arkiv. Det

⁹⁴ Rapport IRIS – 2013/008 «Interkommunalt samarbeid – Konsekvenser, muligheter og utfordringer» s. 43-45. Se også omtale av interkommunale arkiv på arkivverkets nettsider

<http://www.arkivverket.no/arkivverket/Offentleg-forvalting/Avlevering/For-kommunar/IKA>

⁹⁵ L.c.

heter blant annet følgende på arkivverkets nettsider: «Et IKA (interkommunalt arkiv, vår presisering) kan hjelpe til med innkjøp og bruk av system, og ta ansvar for å ta vare på og tilgjengeleggjere arkivet i ei digital form. Slike kunnskaper kan ikke byggjast opp i alle små kommunar i landet, men eit interkommunalt arkiv kan ha tilgang til spisskompetanse på alle felt. Det er heller ikkje alle kommunar som kan ha gode arkivlokale for papirarkivet sitt, og det vil då lønne seg å bruke eit IKA som fjernarkiv.»

6.5.3 Organisering som samvirkeforetak - samvirkekriteriene

a) Innledning

En vurdering av om samvirkeforetak er en egnet organisasjonsform må ta utgangspunkt i om de elementer som inngår i definisjonen av samvirkeforetak i lovens § 1 er oppfylt. Som det fremgår av kap. 2 har definisjonen fem hovedelementer:

- Det må foreligge en sammenslutning (sammenslutningskriteriet).
- Virksomheten må ha et økonomisk hovedformål (formålskriteriet).
- Det må foregå en omsetning mellom foretak og medlem (omsetningskriteriet).
- Avkastningen må fordeles etter omsetning (fordelingskriteriet).
- Deltakeransvaret må være begrenset (ansvarsbegrensningen).

Alle vilkårene må være oppfylt for at det skal være tale om et samvirkeforetak i lovens forstand.

b) Er vilkårene oppfylt for interkommunale arkiv?

Det må understrekes at spørsmålet ikke er om et interkommunalt arkiv i dag oppfyller vilkårene, men om interkommunale arkiv er en virksomhet som etter sin art kan oppfylle disse vilkårene. Det har slik ingen betydning at interkommunale arkiver i dag er organisert i former som innebærer ubegrenset økonomisk ansvar for deltakerkommunene (IKS og kommuneloven § 27), såfremt lovgivningen ikke er til hinder for at virksomheten organiseres med begrenset ansvar, (jf. ansvarsbegrensningen som ligger i samvirkeforetaksmodellen).

Det kan uten videre slås fast at *sammenslutningskriteriet* er oppfylt. Det følger av forarbeidene til samvirkeoven at det sentrale er at flere personer (juridiske eller fysiske personer) utøver en aktivitet rettet mot et felles mål, og at aktiviteten har et visst omfang og varighet. Dette vilkåret vil være oppfylt allerede i dag, for virksomhet organisert som IKS eller etter § 27 i kommuneloven.

Kravet om *økonomisk hovedformål* tolkes vidt. Poenget med begrepet er først og fremst å avgrense mot ikke-økonomiske foreninger. I dette ligger at samvirkeforetaket selv må drive en økonomisk virksomhet. Det er imidlertid ikke noe vilkår at virksomheten objektivt sett er egnet til å gi overskudd. Et samvirkeforetak har tradisjonelt ikke som mål å oppnå overskudd. Et samvirkeforetak har som formål å ivareta medlemmenes interesser som tilbydere eller etterspørere av varer eller tjenester.

Et interkommunalt arkiv er etablert for å dekke deltakerkommunenes behov for arkivtjenester, og oppfylle det ansvaret kommunen etter loven har for å etablere arkiv. Dette krever en viss kapitalinnsats fra deltakerne, og det er ingen tvil om at deltakerne i et interkommunalt arkiv mottar en tjeneste som har en økonomisk verdi.

Det kan uten videre slås fast at *omsetningskriteriet* er oppfylt. Deltakere i et interkommunalt samarbeid mottar arkivtjenester fra sammenslutningen, og vil ved organisering som samvirkeforetak få sine interesser ivaretatt som «avtakarar», jf. samvirkelova § 1 annet ledd.

Arkivlovens krav til «offentlige arkiv» innebærer trolig at det i vedtektene bør tas inn bestemmelser som reserverer adgangen til å bli medlem i foretaket for kommuner.

Fordelingskriteriet innebærer at virksomhetens overskudd bare kan fordeles på medlemmene på grunnlag av deres omsetning med foretaket. Det er imidlertid ikke noe krav om at det skal foretas utdeling til medlemmene. Eventuell avkastning kan bli stående i virksomheten. Godskrivning av den alminnelige egenkapitalen krever heller ikke hjemmel i vedtektene. Økonomien i et interkommunalt arkiv vil typisk i hovedsak være bygget på årlige bidrag fra samtlige eiere, ofte beregnet ut fra innbyggertall i kommunene. Overskudd vil ikke være målet. I praksis vil det sjelden oppstå spørsmål om å fordele overskudd. Eventuell fordeling av et mulig overskudd på deltakerne i forhold til deres bruk av arkivet vil videre være helt i tråd med idéen bak et slikt samarbeid, og dette vilkåret representerer derfor ikke noen hindring for bruk av samvirkemodellen.

Ansvarsbegrensningskriteriet innebærer at ingen av medlemmene i et samvirkeforetak hefter overfor foretakets kreditorer med mer enn sine andelsinnskudd. I et IKS og et interkommunalt samarbeid med eget styre etter kommuneloven § 27 hefter deltakerne for de samlede forpliktelser, og har slik ubegrenset ansvar. En endring av organisasjonsform til samvirkeforetak vil slik innebære endring i ansvarsform. Det er imidlertid ikke noe ved virksomheten i et interkommunalt arkiv som krever at deltakerne har ubegrenset ansvar for virksomhetens økonomiske forpliktelser. Uavhengig av virksomhetens organisering vil kommunene måtte oppfylle sin plikt etter arkivloven til å ha et offentlig arkiv, og virksomhetens ansvarsform vil ikke ha betydning for denne plikten.

6.5.4 Særlig om skatt og avgift

For en nærmere redegjørelse om skatte- og avgiftsrettslige forhold, se kap. 7.

6.5.5 Særlig om styring av virksomheten

Vi kan ikke se at kommunenes behov for styring av et interkommunalt arkiv vil overstige det som er mulig å få til innenfor rammen av samvirkeloven.

6.5.6 Oppsummering

På samme måte som for revisjon må en vurdering av om samvirkeforetak er en egnet organisasjonsform for arkiv må ta utgangspunkt i om de elementer som inngår i definisjonen av samvirkeforetak i lovens § 1 er oppfylt. Det må understrekes at spørsmålet ikke er om et interkommunalt arkiv i dag oppfyller vilkårene, men om interkommunalt arkiv er en virksomhet som

etter sin art kan oppfylle disse vilkårene. Vi kan ikke se at det er særtrekk ved interkommunale arkiv som gjør at de elementer som inngår i samvirkedefinisjonen ikke kan oppfylles, og dette vil derfor være en mulig organisasjonsform for kommunalt arkiv.

6.6 Organisering av brannvesenet

6.6.1 Innledning

Brannvesenet er regulert av Lov av 14.06. 2002 nr. 20 (Brann og eksplosjonsvernloven). Når det i dette kapitlet bare er nevnt loven eller vist til en paragraf uten nærmere lovangivelse, er det brann og eksplosjonsvernloven det vises til.

I loven § 9 er det gitt bestemmelser om etablering og drift av brannvesen. Det fremgår av loven § 9, fjerde ledd at to eller flere kommuner kan gå sammen om å etablere et felles brannvesen. Bestemmelsen lyder slik:

«To eller flere kommuner kan avtale å ha felles brannvesen eller felles ledelse av brannvesenet. Kommunen kan gjennom avtale overlate brannvesenets oppgaver og ledelse helt eller delvis til en annen kommune, virksomhet e.l. Kommunen må i slike tilfeller etablere ordninger som sikrer at all myndighetsutøvelse etter loven skjer under kommunens formelle ansvar.

Departementet kan gi forskrifter om etablering og drift av brannvesenet, og om krav til personellens kvalifikasjoner».

Det er utdypet gjennom en egen forskrift om organisering og dimensjonering av brannvesen med hjemmel i blant annet § 9: *Forskrift om organisering og dimensjonering av brannvesen av 26.06. 2002. nr. 729.* Lovgiver har lagt vekt på at kommunene skal søke å samarbeide om oppgaver, jf. både §§ 3-1 og 4-1 i forskriften.

I praksis er det etablert flere interkommunale brannvesen. Hvordan disse er organisert, varierer. Noen er organisert som vertskommunesamarbeid etter kommuneloven kapittel 5A, mens andre igjen er organisert som interkommunalt selskap (IKS). Eksempler på hver av disse er Østre Agder Brannvesen som er et vertskommunesamarbeid med Arendal kommune som vertskommune og Brannvesenet Sør IKS som er et samarbeid mellom flere kommuner i Vest-Agder. Vi kjenner ikke til at noen kommuner har etablert et brannvesen som et samvirke. Hvorvidt dette er tillatt etter loven gjennomgås nedenfor under punkt 6 b) 2.

6.6.2 Organisering som samvirkeforetak

a) innledning

For å avgjøre om et brannvesen kan organiseres som et samvirke etter samvirke-loven, må det avklares av om det etter brann og eksplosjonsvernloven § 9, fjerde ledd med forskrift vil være tillatt å overlate kommunens oppgaver innen brannvern til et samvirkeforetak

Det er ingen tvil om at to eller flere kommuner «gjennom avtale» kan etablere et felles brannvesen organisert som vertskommune etter kommuneloven kapittel 5A eller overlate oppgavene til en virksomhet. Dette følger direkte av loven. Spørsmålet er om begrepet virksomhet også innbefatter et samvirke.

I brann og eksplosjonsloven er det ikke definert nærmere hva som ligger i begrepet «virksomhet» i lovens § 9, fjerde ledd. Ordlyden er generell og sier ikke annet enn at en kommune kan overlate brannvesenets oppgaver «helt eller delvis» til en vertskommune eller «en virksomhet e.l.». Når ikke annet er sagt, er en naturlig lovforståelse å legge til grunn en alminnelig forståelse av ordet. Det vil si at det menes en juridisk person enten det omtales som et foretak, virksomhet eller selskap. Ordet «virksomhet» inneholder ingen begrensning i forhold til organisasjonsform. Det må bety at det er tilstrekkelig at det dreier seg om et eget rettssubjekt som registreres i foretaksregisteret. Utover dette fremgår det ingen begrensning i lovens ordlyd om hvilken organisasjonsform virksomheten må ha. I utgangspunktet tilsier dette at to eller flere kommuner kan avtale å overlate drift av et brannvesen både til et IKS, et aksjeselskap og samvirkeforetak også uavhengig av om det er private på eiersiden.

Til brannvesenets oppgaver hører det også å utøve offentlig myndighetsutøvelse. Med det sikets det her til vedtak som regulerer rettigheter og plikter for privatpersoner og juridiske personer (enkeltvedtak og forskrifter).

Spørsmålet er om en kommune også kan delegere myndighetsutøvelse til en virksomhet, eller om det innebærer noen begrensning med hensyn til organisasjonsform. Ordlyden er vid og generell⁹⁶, jf. ordlyden hvor det står at en kommune kan overlate brannvesenets oppgaver helt eller delvis til en virksomhet. Når det står at oppgavene kan overlates helt, tilsier dette at loven ikke har noen begrensninger i forhold til å overlate myndighetsutøvelse til et samvirke eller et IKS. Ordlyden tilsier at samvirkeformene er likestilt.

Av forarbeidene til loven Ot. prp. nr. 28 (2001-2002) under merknader til lovens § 9, fjerde ledd⁹⁷ er det imidlertid lagt inn noen forutsetninger som må være oppfylt dersom en kommune gjennom avtale overlater oppgavene innen brann og eksplosjonsloven til andre rettssubjekter. Her fremgår følgende sitat:

«Etter fjerde ledd kan kommunene inngå avtale om ulike former for samarbeid om drift og etablering av brannvesenet. De kan både drive brannvesenet gjennom interkommunalt samarbeid eller overlate oppgavene helt eller delvis til en annen kommune.

Forutsetningen for inngåelse av avtaler etter fjerde ledd er at alle krav fastsatt i lov eller i forskrifter skal være oppfylt. Kommunene kan også overlate oppgaver til andre virksomheter. Dette er mest aktuelt i det forebyggende arbeidet, hvor kommunene må kjøpe inn konsulenttjenester dersom kommunens brannvesen midlertidig mangler kompetanse eller kapasitet. Når det gjelder

⁹⁶ Se brann og eksplosjonsvernloven § 9, fjerde ledd.

⁹⁷ Se Ot. prp. nr. 28 (2001-2002) 16.3 Kap. 3 Kommuners plikter og fullmakter

beredskapssiden vil det være aktuelt at kommunene får bistand fra forsvaret, flyplasser eller større industrianlegg.

Dersom en kommune overlater forebyggende eller beredskapsmessige oppgaver til andre virksomheter, jf. forrige avsnitt, er det nødvendig å sikre at den offentlige myndighetsutøvelsen skjer av et kommunalt organ som har de nødvendige fullmakter til dette. Det må i slike tilfeller etableres administrative ordninger i kommunen som sikrer dette. Saksforberedelse, herunder kontroll etter fullmakt fra kommunen, kan foretas av virksomheten; men pålegg vedrørende forebyggende tiltak må fattes av kommunen selv i samsvar med bl.a kravene i forvaltningsloven.»

Forarbeidene synes altså å legge til grunn et skille mellom interkommunalt selskap og andre virksomheter og videre et skille mellom virksomheter der kommunen har eierskap, og der oppgavene er tildelt etter kontrakt.

Forarbeidene synes altså å innskrenke mulighetene for å delegere myndighetsutøvelse til andre virksomheter enn interkommunale selskaper. Hva som menes med interkommunale selskaper i forarbeidene er ikke nærmere redegjort for. Er muligheten til å delegere myndighetsutøvelse begrenset til IKS eller gjelder det også interkommunalt aksjeselskap og er samvirke utelukket selv om samvirke etter vedtektene bare kan bestå av kommuner? Dette gir verken forarbeidene eller loven svar på.

Om delegering av myndighet til interkommunale selskap på brannvernberedskapsområdet omtaler Direktoratet for samfunnssikkerhet interkommunale selskap som et IKS. Aksjeselskap er ikke nevnt. Her legger Direktoratet for samfunnssikkerhet og beredskap til grunn et skille mellom IKS hvor kommunen er medeier og IKS der kommunen ikke er medeier. Fra nettsiden til Direktoratet til samfunnssikkerhet og beredskap siteres:

«Så lenge kommunen selv er medeier i det interkommunale selskapet vil delegasjon av myndighet kunne skje på samme måte som når det delegeres til administrasjonen. Kommunen beholder da sitt formelle forvaltningsansvar og instruksjonsmyndighet gjennom å delta i representantskapet, eventuelt i styret. I de tilfeller hvor kommunen ikke er medeier i selskapet, men kun ønsker å leie inn beredskapstjenester oppgaver etter loven, må det etableres ordninger som ivaretar at all myndighetsutøvelse skjer under kommunens formelle ansvar. Det vil i den forbindelse kun være selve vedtakskompetansen som finnes i kommunen. Gjennomføring av kontroll, tilsynsrapporter og forberedelse av eventuelle enkeltvedtak kan utføres av det interkommunale selskapet.

Det vil uansett ikke være anledning til å delegere myndighet til å vedta lokale forskrifter, som f.eks. når man skal regulere tilsyn i byggverk som ikke er særskilte brannobjekter. Ordlyden i Brann- og eksplosjonsvernloven § 13 fjerde ledd må tolkes slik at det er en delegasjonssperre, jf. uttrykket: "kommunestyret selv". Dette innebærer at det kun er kommunestyret som kan vedta lokale forskrifter.»

Den begrensingen som direktoratet legger til grunn ved å skille mellom eierskap eller ikke eierskap, og eventuelt skille mellom et IKS og andre organisasjonsformer, kan vi ikke se at det er holdepunkter for i loven. Visse holdepunkter kan man finne i forarbeidene når det gjelder kontrollmulighetene,

men noe sikkert er det ikke. Vi mener det ikke er holdepunkter for å konkludere med at det er et skille mellom valg av organisasjonsform, men vi ser at det med bakgrunn i forarbeidene kan oppstilles et kontrollkrav med hensyn til om myndighetsutøvelse kan delegeres. Legger vi dette til grunn kan vi ikke se at det er noe forskjell på om kommunen er medeier i et IKS eller et aksjeselskap eller medlem i et samvirke. I et samvirke vil kommunen gjennom sitt medlem utøve kontroll gjennom årsmøte tilsvarende som gjennom representantskapet i et IKS eller generalforsamlingen i et aksjeselskap. I et samvirke kan sågar en kommune faktisk ha større innflytelse på årsmøte ved at den gjennom vedtektene kan ha flere stemmer basert på omsetning med samvirket enn det kommunen kan ha i et IKS hvor det i vedtektene er bestemt at alle deltagerne har en stemme hver. Det er derfor ikke samvirkemodellen som avgjør hvorvidt kommunen kan delegere myndighetsutøvelse til et samvirke. En forutsetning må antagelig være at det ikke er åpent for privat medlemskap i samvirket. Det vil si at medlemskap må i vedtektene for samvirket være begrenset til kommuner. Vi kan ikke si dette med sikkerhet, men antagelig må brann og eksplosjonsvernloven § 9, fjerde ledd forstås slik at hvorvidt kommunen kan delegere myndighetsutøvelse til et brannvesen, ikke avhenger av organisasjonsform, men beror på oppgavens art og karakter, og at kommunen har innflytelse i form av eierskap eller medlemskap hvor kommunen kan utøve myndighet i virksomhetens øverste organ.

I de tilfeller der kommunen har tilknytning til virksomheten gjennom kontrakt, eksempelvis der oppgavene er tildelt etter konkurranse, må virksomheten anses å falle utenfor den type virksomhet som etter loven kan delegeres myndighetsutøvelse. Tildeling av myndighetsutøvelse til slike virksomheter, mener vi krever særskilt lov eller hjemmel i forskrift.

Vi mener det også må forutsettes at det ikke er private på eiersiden i virksomheten, eller som kan være medlemmer hvis virksomheten er organisert som et samvirke. Dette betyr at det må gjøres en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle av hvorvidt virksomheten kan delegeres offentlig myndighetsutøvelse innen brannvesenets oppgaver.

Spørsmålet er så om et brannvesen vil oppfylle kriteriene for å være et samvirke.

b) Er vilkårene oppfylt?

For at det i det hele tatt skal være mulig å organisere et brannvesen som et samvirke, må vilkårene i samvirkeloven § 1 være oppfylt. Som det fremkommer av kap. 2.2 må følgende vilkår være oppfylt:

- Et krav om at det må foreligge en sammenslutning (sammenslutningskriteriet)
- Et krav om økonomisk formål (formålskriteriet)
- Et krav om omsetning mellom foretak og medlem (omsetningskriteriet)
- Et krav om at avkastningen skal fordeles etter omsetning (fordelingskriteriet)
- Et krav om begrenset deltakeransvar (ansvarsbegrensningen)

Når to eller flere kommuner går sammen om oppgaver etter lov om brann og eksplosjonsvern, vil det utvilsomt foreligge en sammenslutning. Spørsmålet er om det vil foreligge et økonomisk formål. Oppgavene er lovpålagte og vil derfor normalt ikke ha krav om avkastning. Virksomheten vil likevel ha karakter av å ha et økonomisk formål, blant annet gjennom ønske om å minimere kommunes utgifter gjennom de stordriftsfordeler det gir å ha et felles brannvesen. Det vil ha en økonomisk verdi

for kommunen at det gjennom et felles brannvesen, kan kommunene eksempelvis oppnå å ha bedre utstyr flere mannskaper til disposisjon etc. Det kan ikke være tvil om at formålskriteriet vil være oppfylt.

Videre må det skje en omsetning mellom kommunen og foretaket. Kommunen vil være forpliktet til å tildele midler til foretaket ettersom det er en lovpålagt oppgave. Dette vil igjen være å anse som betaling for de brann- og redningstjenester som både kommunen får tilbake til seg selv (egne bygninger ivaretas) og til innbyggerne. Omsetningskriteriet vil uten tvil være oppfylt.

Avkastning skal fordeles etter omsetning mellom foretaket og medlemmene. Det kan også vedtektsfestes at eventuelt overskudd skal forbli i virksomheten. Oppgaver etter brann og eksplosjonsvernloven er oppgaver som ikke normalt er egnet til å gi overskudd, og dette er heller ikke formålet med virksomheten. Det vil derfor gjerne være avtalt i vedtektene at eventuelt overskudd skal forbli i virksomheten. I så fall er avkastningskravet oppfylt. Det kan bare ikke avtales at avsetningen skal knyttes til det kapitalinnskudd fra kommunen. Det vil med andre ord være enkelt å tilpasse brannvesenet slik at avkastningskravet er oppfylt.

Kravet om begrenset deltakeransvar kan være en utfordring for et brannvesen. Dette er lovbestemte oppgaver som kommunene er pålagt å finansiere. I et samvirke har kommunene begrenset ansvar⁹⁸. Det er likevel åpent for at et medlem kan forplikte seg til å betale innskudd, jf. samvirkeoven § 3 (2). Det vil derfor kunne avtales at en kommune betaler inn en andel hvert år. Dette må anses som betaling for tjenestene kommunene mottar fra foretaket. Det kan bare ikke avtales i vedtektene at en kommune skal ha personlig ansvar for foretakets forpliktelser. Vi mener således at vilkåret kan oppfylles.

Oppsummert mener vi at oppgaver innen brann -og eksplosjonslovgivningen kan organiseres som samvirkeforetak etter samvirkeoven.

6.6.3 Særlig om skatt og avgift

Se her kapittel 7.

6.6.4 Behovet for styring av virksomheten

Vi kan ikke se at behovet for styring utover det som gjelder myndighetsutøvelse omtalt i punkt 6.2.2.2 tilsier at samvirkeforetaksformen utelukkes som organisasjonsform for oppgaver innen brann – og eksplosjonsvernlovgivningen. Samvirke kan benyttes, men det forutsettes at det gjøres tilpasninger i vedtektene. Usikkerhet er det likevel med hensyn til hvorvidt myndighetsutøvelse kan delegeres til samvirket.

⁹⁸ Se samvirkeoven § 3

6.6.5 Oppsummering

Det må legges til grunn at oppgaver innen brann – og eksplosjonsvernloven med forskrifter kan organiseres som et samvirke etter samvirkeforetaksloven. Det har imidlertid noen utfordringer.

En forutsetning for å delegere myndighet til et brannvesen organisert som et samvirke, må være at det ikke er åpent for privat medlemskap i samvirket. Det vil si at medlemskap i vedtektene for samvirket må være begrenset til kommuner.

Antagelig må brann og eksplosjonsvernloven § 9, fjerde ledd forstås slik at hvorvidt kommunen kan delegere myndighetsutøvelse til et brannvesen, ikke avhenger av organisasjonsform, men beror på oppgavenes art og karakter, og at kommunen har innflytelse i form av medlemskap eller eierskap hvor kommunen kan utøve myndighet i virksomhetens øverste organ. Dersom oppgavene er tildelt samvirke etter kontrakt, vil det ikke kunne tildeles myndighetsutøvelse til samvirke. Er kommunene medlem i samvirke, stiller det seg annerledes. Kommunen har da innflytelse i samvirke og kan tildele samvirke myndighetsutøvelse.

Opgaver etter brann – og eksplosjonslovgivningen er lovpålagte oppgaver. Dette betyr at kommunene plikter å finansiere oppgavene og kan ikke begrense sitt ansvar. I et samvirke er det begrenset deltageransvar. Dette kan løses gjennom bestemmelser i vedtektene om innskudd fra medlemmene, jf. samvirke-loven § 3, 2.

6.7 Organisering av opplæringskontor som samvirkeforetak

6.7.1 Innledning

For å ivareta og legge til rette for opplæring av lærlinger og lærekandidater i tråd med opplæringsloven, har flere kommuner sammen med fylkeskommuner flere steder i landet opprettet et samarbeidsorgan, et såkalt opplæringskontor. Enkelte kommuner og fylkeskommuner har også etablert dette i samarbeid med private. Disse opplæringskontorene er organisert på forskjellig måte. Noen er organisert som § 27 samarbeid uten å være egne rettssubjekter og som egne rettssubjekter, mens andre har etablert opplæringskontoret basert på medlemskap og med vedtekter. Dette er en type virksomhet som ikke har erverv til formål, men som går ut på å løse et felles behov.

I tillegg til å tilrettelegge for lærlingeplasser og opplæring, har et opplæringskontor som regel også et ansvar for å sørge for å koordinere og støtte medlemmene sin fagopplæring og medvirke til at opplæringen holder faglig god kvalitet, gi råd om opplæringstilbud, analysere opplæringsbehov og utvikle planer. Spørsmålet er om slike opplæringskontorer kan organiseres som samvirkeforetak.

Opplæringskontorene er ikke underlagt et eget regelverk som angir hvordan et opplæringskontor skal være organisert. En kommune, herunder fylkeskommunen står i prinsippet fritt til å organisere slike samarbeidskontorer slik de finner det mest hensiktsmessig. Dersom private også er med i samarbeidet om et opplæringskontor, må man bruke aksjeselskapsformen eller danne en forening

basert på medlemskap, eventuelt kan samvirkeformen brukes forutsatt at et opplæringskontor oppfyller samvirkeprinsippene.

6.7.2 Er vilkårene for å være et samvirke oppfylt?

Vilkårene for å være et samvirke fremgår av samvirkeoven § 1. Til sammen er det fem vilkår som alle må være oppfylt, se nærmere omtale i punkt 2. For at et opplæringskontor skal kunne organiseres som et samvirke, må det foreligge:

- En sammenslutning
- Et krav om økonomisk hovedformål
- Et krav om omsetning mellom foretaket og medlemmene
- Krav om at avkastningen skal fordels etter omsetning.
- Et krav om begrenset ansvar

Med en sammenslutning menes at flere personer (også juridiske personer) utøver en felles aktivitet mot et felles mål. Aktiviteten må også ha et visst omfang og varighet. Når en eller flere kommuner går sammen men en fylkeskommune, eventuelt også med private, har virksomheten flere medlemmer. Når formålet med virksomheten er nedfelt i vedtekter som angir et felles mål for opplæringskontoret, er virksomheten uten tvil å anse som varig og har et visst omfang. Slik sett vil et opplæringskontor uten tvil være å anse som en sammenslutning.

Spørsmålet er om et opplæringskontor oppfyller kravet om økonomisk hovedformål.

Med økonomisk hovedformål er det ikke krav om at virksomheten er egnet til å gi overskudd. Virksomheten kan gjerne ha et ideelt formål slik et opplæringskontor vanligvis vil ha. Foretaket har som formål å arbeide for lærlingeplasser, følge opp lærlingene og være et bindeledd mellom utdanningsetaten (vanligvis fylkeskommunen som har hovedansvaret for videregående opplæring). Spørsmålet er en kan si at medlemmene mottar en ytelse fra foretaket som har en økonomisk verdi.

Medlemmene får som regel tilskudd til læreplasser i virksomheten, og lærlingene blir fulgt opp. Dette er ofte nedfelt også i vedtektene til et opplæringskontor. For en virksomhet som får tilskudd til lærlingeplass, vil dette ha en økonomisk verdi for virksomheten. Dette blant annet fordi virksomheten vil ha nytte av at lærlingen stiller sin arbeidskraft til disposisjon for virksomheten. Det er uten betydning at dette skjer i opplæringsøyemed. Det har også en økonomisk verdi at opplæringskontoret følger opp lærlingen. Vi mener å finne støtte for en slik tankegang i juridisk teori.

I boken « Samvirkeforetak – reglene om økonomiforhold, skatt og avgift» av Tore Fjørtoft og Ole Gjems-Onstad s. 38-39 under punkt 2.3.3. Her fremgår følgende:

«Kravet om økonomisk hovedformål kan være oppfylt selv om etableringen og driften av samvirkeforetaket ikke primært er økonomisk motivert. I en del tilfeller kan ønsket om å dekke et felles behov av ikke-økonomisk art være mer fremtredende enn ønsket om å maksimere økonomiske interesser. Lovforarbeidene gir klart støtte til at samvirkeforetaksformen også kan benyttes.

At et opplæringskontor har et ideelt formål, utelukker derfor etter vår mening ikke et opplæringskontor som samvirkeforetak. Det fremgår også av den samme boken at et samvirkeforetak også kan fremme endre enn medlemmenes interesser, men det primære er at det er medlemmenes interesser som fremmes. For et opplæringskontor er det først og fremst medlemmenes (kommunen, fylkeskommunen, private selskaper) interesser som ivaretas ved at disse har et ansvar for å sikre lærlingeplasser, men samtidig er også ikke-medlemmers interesser som fremmes ved ivaretagelse av lærlingene. Det primære er at aktiviteten til ikke-medlemmene ikke overskygges av medlemmenes interesser, og det kan vi ikke se normalt vil være tilfelle for et opplæringskontor. De vil likevel alltid måtte foretas en konkret vurdering utfra virksomhetens formål.

Et samvirke er også basert på et likhetsprinsipp⁹⁹. Målet med et samvirke er normalt primært å tilby alle medlemmene gunstige samhandlingspriser eller andre gunstige vilkår. For et opplæringskontor vil tilskudd til lærlingeplasser og bistand med oppfølging av lærlingene måtte kunne sies å utgjøre gunstige samhandlingsvilkår for medlemmene som tar i mot lærlinger. Så lenge ikke noen medlemmer har noen fortrinnsrett fremfor andre medlemmer til å oppnå slike gunstige vilkår, er likhetsprinsippet oppfylt. Vi vil likevel nevne at fortrinnsrett knyttet til omsetning med samvirke kan være lov dersom det er saklig begrunnet¹⁰⁰. Dette er også nærmere omtalt i kapittel 2.

Krav om økonomisk hovedformål utelukker heller ikke skattefritak etter skatteloven § 2-32. Et opplæringskontor har gjerne skattefritak på grunn av sitt formål. Forarbeidene til samvirkeoven omtaler ikke dette, men i juridisk litteratur¹⁰¹. Her legges til grunn at skattefritak ikke er utelukket, og at dette må anses som gjeldende rett. Flere samvirkeforetak er i dag unntatt for skatteplikt. Forutsetningen er at det i vedtektene ikke er adgang til utbytteutdeling. Det vil si at et eventuelt overskudd skal forbli i virksomheten.

Slik vi ser det vil et opplæringskontor normal oppfylle vilkåret om «økonomisk hovedformål», men skattefritak forutsetter forbud mot utdeling i vedtektene.

Spørsmål er videre om et opplæringskontor vil oppfylle kravet om omsetning mellom foretaket og medlemmene. Det vil si om kommunene, fylkeskommunene og eventuelle private medlemmer får fremmet sine interesser «gjennom deira deltaking i verksemda som avtaker, leverandører eller på liknande måte.»¹⁰²

Med «liknande» var det i forarbeidene ment å fange opp typiske medlemmer av eksempelvis et samfunnshus, barnehage eller treningssenter for å sikre at også ikke-økonomiske virksomheter er egnet som samvirkeforetak. Tanken var at samvirkeformen skulle ha en bred anvendelig form, og være ment på nye områder utover de tradisjonelle samvirkeforetakene.

⁹⁹ Se samvirkeoven § 17.

¹⁰⁰ Se samvirkeoven § 17, andre setning.

¹⁰¹ Se boken « Samvirkeforetak – reglene om økonomiforhold, skatt og avgift» av Tore Fjørtoft og Ole Gjems-Onstad s. 43-45.

¹⁰² Se samvirkeoven § 1.

Det er et krav at en rimelig andel av foretakets omsetning er med dets medlemmer. Det vil si at omsetningen for å fremme medlemmenes interesser ikke skjer gjennom omsetning til fremmede. Formålet med et opplæringskontor er normalt blant annet å opprette læreplasser i offentlig virksomhet, men kan også være i privat virksomhet. Det er med andre ord å skaffe, og følge opp læreplasser i medlemsvirksomhetene. På denne måte skjer det en omsetning mellom foretaket og medlemmene. Omsetningskriteriet vil derfor vanligvis være oppfylt.

Avkastningen skal også fordeles etter omsetning. Det betyr at eventuell avkastning skal fordeles ikke etter kapitalinnskudd, men etter hvor aktivt medlemmene er med hensyn til å bruke foretaket. Samtidig åpner samvirkeoven for at det ikke skal være anledning til å ta ut utbytte. Dersom dette er bestemt i vedtektene til et opplæringskontor, utelukker dette altså ikke opplæringskontoret fra å være et samvirkeforetak. Omsetningskriteriet vil være oppfylt. Dersom et opplæringskontor eksempelvis i vedtektene hadde bestemt at årsmøte skulle fordele overskuddet etter antall lærlingeplasser medlemmene har, ville dette være i tråd med at overskudd fordeles etter omsetning med foretaket.

Spørsmålet er så om et opplæringskontor oppfyller kravet om begrenset ansvar. Dette vilkåret vil være oppfylt dersom det i vedtektene bestemmes at medlemmene i opplæringskontoret skal ha begrenset ansvar. Det ikke tas inn i vedtektene at noen av medlemmene skal ha personlig ansvar. Det vil være i strid med samvirkeoven.¹⁰³

Oppsummert vil et opplæringskontor kunne oppfylle vilkårene for et samvirkeforetak.

6.7.3 Skatt og avgifter

Se her nærmere omtale under punkt 6.5.2 og kapittel 7.

6.7.4 Behovet for styring av virksomheten

For et opplæringskontor er det ikke behov for direkte politisk styring. Dette har også vist seg gjennom praksis der et opplæringskontor ofte har vært organisert basert på medlemskap og vedtekter som har likehetstrekk med samvirkeformen uten at det har vært omtalt som et samvirke.

Slik sett vil et tradisjonelt opplæringskontor egnet seg som et samvirke. Medlemmene vil få fremmet sine interesser gjennom opplæringskontoret som et samvirkeforetak. At opplæringskontoret har et ideelt formål utelukker ikke dette som et samvirke. Opplæringskontoret kan også fortsatt være et skattefritt foretak, bare det fastsettes utbytteforbud i vedtektene.

Alle kan bli medlemmer i et opplæringskontor, men dette kan begrenses bare det er saklig begrunnet.

Et samvirkeforetak skal som prinsipp være selvfinansierende. Det vil si at finansieringen skriver seg fra medlemmenes omsetning med foretaket. Det kan skje enten i form av tilskudd, lån eller

¹⁰³ Se samvirkeoven § 1(2) nr.2

tilbakeholdelse av overskudd. Hvis et opplæringskontor mottar tilskudd fra medlemmene, skulle dette ikke være i strid med samvirkeloven. Mottar opplæringskontoret eksempelvis tilskudd fra staten som ikke er medlem, og dette ytes uten krav om tilbakebetaling, vil dette neppe være i strid med samvirkeloven. Det samvirkeloven har forbud mot, er innhentning av ekstern risikokapital.

6.7.5 Oppsummering

Opplæringskontorene er ikke underlagt et eget regelverk som angir hvordan et opplæringskontor skal være organisert. Disse kan også organiseres sammen med private.

For et tradisjonelt opplæringskontor vil samvirkeformen kunne være en egnet organisasjonsform, men det vil være behov for å begrense medlemskapet i vedtektene.

Medlemmene vil få fremmet sine interesser gjennom samvirkeformen. At opplæringskontoret har et ideelt formål utelukker ikke dette som et samvirke. Opplæringskontoret kan også fortsatt være et skattefritt foretak, bare det fastsettes utbytteforbud i vedtektene.

7. Særlig om skatt og avgift

7.1 Innledning

Under dette kapittelet vil vi kort si noe om forholdet mellom egne rettssubjekter og en kommune når det gjelder skatteplikt. Det vil også bli redegjort kort for unntak fra skatteplikt for egne rettssubjekter som eksempelvis et samvirkeforetak. Når det gjelder merverdiavgift, vil det vi tar for oss her knytte seg til om merverdiavgift har betydning for hvilken organisasjonsform en kommune velger. Det samme gjelder arbeidsgiveravgift som det også kort vil bli redegjort for.

7.2 Skatt

Løpende inntekter i næringsvirksomhet beskattes med 28 prosent. Eksempelvis belastes overskuddet i et aksjeselskap med 28 %. Et samvirkeforetak er selv formuesskattepliktig i motsetning til et aksjeselskap men uten at vi velger å gå dypere inn i de ulike skattereglene for samvirkeforetak og aksjeselskap. Det vi anser som vår oppgave her, er å peke på forhold knyttet til skatt mellom kommuner og egne rettssubjekter.

I motsetning til et samvirke, aksjeselskap, eller et IKS, så er kommuner og fylkeskommuner i utgangspunktet ikke skattepliktige, jf. skatteloven § 2-30 første ledd bokstav c. Det betyr at når en kommune velger å legge ut deler av virksomheten i egne rettssubjekter, enten det er samvirkeforetak IKS eller aksjeselskap, vil det som hovedregel oppstå skatteplikt knyttet til rettssubjektet uavhengig av organisasjonsform. Spørsmålet om skatteplikt for virksomheten vil således ikke først og fremst knytte seg til valg av organisasjonsform, men om virksomheten skal forbli i kommunen eller legges ut i eget rettssubjekt. Så lenge virksomheten ligger innenfor kommunen som rettssubjekt oppstår det ikke skatteplikt for virksomheten. Hovedregelen er at all virksomhet som kommunen velger å legge ut i eget rettssubjekt, uavhengig av organisasjonsform vil bli skattepliktig.

Spørsmålet om skatteplikt vil også knytte seg til hvilket formål virksomheten har. Skatteloven har regler som fritar visse virksomheter fra skatteplikt. Det følger av skatteloven § 2-32 nr. 1 at det er en begrenset skatteplikt for virksomhet som ikke har erverv til formål. Av bestemmelsen følger det at:

«Mild stiftelse, kirkesamfunn, menighet, selskap eller innretning som ikke har erverv til formål, er fritatt for formues- og inntektsskatt».

Det er ikke organisasjonsformen som avgjør om virksomheten kan få fritak for skatt. Et samvirkeforetak, IKS eller et aksjeselskap er alle å regne som selskap eller innretning og kan få skattefritak dersom virksomheten ikke har erverv til formål. Hva som skal til for at virksomheten «ikke har erverv til formål» går vi ikke nærmere inn på her, da det anses å ligge utenfor vårt oppdrag.

Det følger imidlertid av skatteloven § 2-32 nr. 2 at dersom virksomhet som er fritatt for skatteplikt etter skattelovens § 2-32 nr. 1 likevel driver økonomisk virksomhet, eks. utleie av eiendom, vil virksomheten bli skatteplikt for den økonomiske virksomheten med mindre omsetningen ligger innenfor de krav skatteloven oppstiller. Det er tale om omsetning i beskjeden grad for at virksomheten skal fritas for den økonomiske virksomheten.

Eksempelvis vil et interkommunalt kulturhus organisert som samvirkeforetak, men som i vedtektene ikke har erverv til formål kunne være fritatt for skatteplikt etter skattelovens § 2-32 nr. 1. Dersom dette samvirkeforetaket eier kulturhuset og bruker kulturhuset delvis til eget formål, men også driver utleie av deler av kulturhuset for å skaffe inntekter til egen drift, vil samvirkeforetaket måtte skatte for inntekter knyttet til utleievirksomheten. Skattefritaket beholdes kun dersom omsetningen av utleievirksomheten er så beskjeden at den ligger under det omsetningskravet som skatteloven oppstiller.

For å unngå at hele samvirkeforetaket blir skattepliktig, anbefales derfor at et rettssubjekt, eksempelvis et samvirkeforetak, som er fritatt for skatteplikt etter skatteloven § 2-32 nr. 1, organiserer egen utleievirksomhet i et eget datterselskap dersom omsetningen er høyere enn det skatteloven tillater for virksomhet som er fritatt for skatteplikt etter skatteloven § 2-32 nr. 1.

7.3 Merverdiavgift – uavhengig av organisasjonsform

Merverdiavgift er ikke knyttet opp mot organisasjonsform, men hvilken type varer og tjenester som omsettes. Eksempelvis er omsetning av varer og tjenester i forbindelse med overdragelse av en virksomhet eller del av denne til en ny innehaver fritatt fra merverdiavgift, jf. merverdiavgiftsloven § 6-14. Dette betyr at et samvirke ikke kommer i noen særstilling i forhold et IKS eller et AS når det gjelder merverdiavgift.

7.4 Arbeidsgiveravgift – uten betydning for valg av organisasjonsform

Etter folketrygdloven av 28. februar 1997 nr. 19 § 23-2 plikter en hver arbeidsgiver å betale arbeidsgiveravgift av lønn og annen godtgjørelse for arbeid og oppdrag i og utenfor tjenesteforhold som de er pliktige til å innberette. Plikten til å betale arbeidsgiveravgift er ikke knyttet opp mot hvilken organisasjonsform som er valgt for virksomheten, men om det er ansatte i virksomheten og hvor virksomheten drives.

Arbeidsgiveravgift har derfor ingen betydning når en kommune skal ta valget mellom organisasjonsform. Samvirkeforetak må derfor betale arbeidsgiveravgift på lik linje med et IKS.

Arbeidsgiveravgiften er differensiert. Størrelsen på avgiften varierer. Det som betyr noe for arbeidsgiveravgiftens størrelse, er hvor virksomheten drives forutsatt at det er ansatte i virksomheten. Det følger av Stortingets folketrygdavgiftsvedtak for 209 av 27. november 2008 nr. 1291 at satsene er forskjellig avhengig av hvor i landet virksomheten er plassert.

7.5 Oppsummering

Et samvirkeforetak er som hovedregel skattepliktig. Spørsmålet om skatteplikt for virksomheten knytter seg ikke først og fremst til valg av organisasjonsform, men om virksomheten skal forbli i kommunen eller legges ut i eget rettssubjekt. En kommune er som utgangspunkt ikke skattepliktig. Så lenge virksomheten ligger innenfor kommunen som rettssubjekt oppstår det ikke skatteplikt for virksomheten. Hovedregelen er at all virksomhet som kommunen velger å legge ut i eget rettssubjekt, uavhengig av organisasjonsform vil bli skattepliktig.

Spørsmålet om skatteplikt knytter seg til hvilket formål virksomheten har. Skatteloven har regler som fritar visse virksomheter fra skatteplikt. Det følger av skatteloven § 2-32 nr. 1 at det er en begrenset skatteplikt for virksomhet som ikke har erverv til formål. Reglene gjelder uavhengig av organisasjonsform. Et samvirkeforetak som ikke har erverv til formål, er derfor fritatt for skatteplikt på lik linje med eksempelvis et AS eller IKS som ikke har erverv til formål.

Et samvirke kommer ikke i noen særstilling i forhold et IKS eller et AS når det gjelder merverdiavgift. Det samme gjelder i forhold til arbeidsgiveravgift.
