



FRA DRIFT I AVDELING TIL UTSKILLING I SELSKAP

En veileder for gjennomføring av prosessen

FORORD

Dette heftet er utarbeidet av advokatfirmaet Haavind Vislie AS med advokat og partner Kristin Bjella som ansvarlig. Gode bidragsyttere har vært advokatene Erik Davidsen, Sten Foyn, Elin Sæthre Løfsgaard, Nils Flesland Bull, Anne Lise Gryte og Gaute Sletten.

Advokatfirmaet Haavind Vislie AS har bred erfaring i juridisk bistand til kommunesektoren, innen alle forvaltnings- og forretningsjuridiske områder.

Denne veilederen er overlevert KS – Kommunesektorens Interesse- og arbeidsgiverorganisasjon i november 2007, og basert på gjeldende lovverk på det tidspunkt. Siden rettsregler endres ofte, må det understrekes at brukerne av veilederen selv må kontrollere gjeldende lovverk på det tidspunkt veilederen skal brukes.

Innholdsfortegnelse

| | |
|--|----|
| FORORD | 1 |
| Formål med veilederen – å lette kommunens rolle som bestiller..... | 4 |
| 1. FRA IDÉ TIL GJENNOMFØRING | 5 |
| 2. OM VALG AV SELSKAPSFORM | 6 |
| 2.1 Kommunens valgfrihet | 6 |
| 2.2 Aksjeselskap | 6 |
| 2.3 Interkommunalt selskap | 7 |
| 2.3.1 Lov om interkommunale selskap | 7 |
| 2.3.2 Interkommunalt samarbeide/selskap etter kommuneloven § 27 | 8 |
| 2.4 Kommunalt foretak..... | 9 |
| 2.5 Særlig om samvirkeforetak og stiftelse | 10 |
| 2.6 Konsern/selskap i "familie" | 11 |
| 3. OM REGELVERKET OM OFFENTLIGE INNKJØP | 11 |
| 4. OM SKATT | 12 |
| 4.1 Skatteplikt for kommuner, fylkeskommuner og (fylkes-) kommunale foretak og kommunale samarbeid etter kommuneloven § 27. | 12 |
| 4.2 Skatteplikt for kommunale foretak, interkommunale samarbeider etter kommuneloven § 27 og andre offentlige innretninger | 13 |
| 4.3 Skatteplikt for aksjeselskaper og interkommunale selskaper | 13 |
| 5. OM MERVERDIAVGIFT | 14 |
| 6. OVERDRAGELSEN FRA KOMMUNEN OG ÅPNINGSBALANSEN I SELSKAPET | 14 |
| 6.1 Innskudd, fordeling av eierandeler | 14 |
| 6.2 Åpningsbalanse og verdsetting | 15 |
| 6.3 Utskillelse av virksomhet og offentlig støtte | 16 |
| 6.3.1 Hvorfor er reglene om offentlig støtte relevant her?..... | 16 |
| 6.3.2 Oversikt over regelverket | 16 |
| 6.3.3 Støtte i forbindelse med utskillelse av virksomheten | 17 |
| 6.3.4 Tiltak som ikke er støtte, eller som er unntatt | 18 |
| 7. REGNSKAP OG REVISJON | 20 |
| 8. SKATTE- OG AVGIFTSRETTSLIG HUSKELISTE VED UTSKILLELSE | 20 |
| 8.1 Inntekts- og formuesskatt..... | 20 |
| 8.2 Eiendomsskatt | 21 |
| 8.3 Merverdiavgift - huskeliste ved utskilling..... | 22 |
| 8.3.1 Innledning | 22 |
| 8.3.2 Utgående merverdiavgift på omsetning | 22 |
| 8.3.3 Fradrag for inngående mva på anskaffelser | 23 |
| 8.3.4 Lov om kompensasjon av mva for kommuner mv..... | 23 |
| 8.3.5 Registrering i mva-mantallet | 24 |
| 8.4 Dokumentavgift | 24 |
| 9. ARBEIDSTAKERS STILLING VED UTSKILLELSE | 25 |
| 9.1 Hva er virksomhetsoverdragelse ved utskillelse av kommunal virksomhet? | 25 |
| 9.2 Hvilke rettigheter og plikter har arbeidstakere ved utskillelse av virksomhet? | 26 |
| 9.2.1 Overføring av arbeidsforholdet..... | 26 |
| 9.2.2 Overføring av rettigheter i arbeidsforholdet..... | 27 |
| 9.2.3 Særlig om oppsigelsesadgangen ved virksomhetsoverdragelser | 28 |
| 9.3 Prosessen ved virksomhetsoverdragelser | 28 |
| 9.3.1 Informasjons- og konsultasjonsplikter | 28 |
| 9.3.2 Reservasjons- og valgrett | 29 |
| 9.4 Særlig om interkommunalt samarbeid etter kommuneloven § 27 og kommunalt foretak | 29 |
| 10. REGISTRERING I FORETAKSREGISTERET OG MERVERDIAVGIFTSMANTALLET | 30 |
| 10.1 Registreringsplikt og betydningen av registrering | 30 |

| | | |
|--------|---|----|
| 10.1.1 | Registreringsplikt..... | 30 |
| 10.1.2 | Hva er Foretaksregisteret?..... | 30 |
| 10.1.3 | Betydningen av registrering | 31 |
| 10.2 | Stiftelse | 32 |
| 10.3 | Endringer | 33 |
| 10.4 | Huskeliste | 34 |
| 11. | OPPNEVNING AV REPRESENTANTER TIL SELSKAPETS ORGANER | 35 |
| 11.1 | Eierne må forholde seg til selskapets hierarki | 35 |
| 11.2 | Eierorganet | 35 |
| 11.2.1 | Oppnevning av representant til eierorganet | 35 |
| 11.2.2 | Instruks og rapportering | 36 |
| 11.3 | Styret..... | 37 |
| 11.4 | Eierstyring og forvaltning – aksjeselskap og interkommunalt selskap | 38 |
| 11.5 | Strategiske planer | 39 |
| 11.6 | Styreinstruks | 40 |
| 12. | JURIDISKE KRAV TIL REPRESENTANTER I STYRET | 40 |
| 12.1 | Habilitet | 40 |
| 12.2 | Ansvar for styremedlemmer | 41 |
| 13. | REFERANSELISTE | 43 |

Formål med veilederen – å lette kommunens rolle som bestiller

Kommuner er etter lovverket pålagt å ha ansvar for og utføre en rekke oppgaver knyttet til forvaltningen av offentlige tjenester, og ivaretagelsen av allmennhetens behov. Men kommuner kan også være eiere i næringsdrivende foretak, og også drive slik virksomhet selv, innenfor kommunens rammer, så lenge kommunelovens og andre lovverks rettslige rammer overholdes.

Så lenge ikke noe særskilt følger av lov, kan kommunene organisere virksomheten slik de finner det mest formålstjenlig. Ofte kan det finnes ønskelig å legge en virksomhet eller drift av en tjeneste til et annet organ enn kommunen selv, eller mao å skille ut drift eller virksomhet fra kommunen.

Kort innføring

For å lette gjennomføringen av slike prosesser, har KS ment at det kan være nyttig med et hefte som gir administrasjonen et bilde av veien fram til etablering. Formålet med dette heftet er følgelig å gi en slik kort innføring i de ulike rettslige og praktiske problemstillinger som kommunen må ta hensyn til og håndtere i forbindelse med slike prosesser. Heftet skal ikke gi noen uttømmende framstilling av alle problemstillinger. Men håpet er at det vil gi en god nok innføring til å lette kommunens rolle som bestiller av tjenester og bedre kompetansen i kommunen knyttet til dette.

Lette kommunens rolle som bestiller

Vi har forsøkt å få med de viktigste problemstillingene, og omtale dem så grundig at det er mulig å gi en pekepinn på hvordan man må gå fram, eller hva man må passe på.

Jus er ferskvare

Jus er i stor grad ferskvare, og en regel som er fersk i dag, kan fort være gått ut på dato i morgen. Særlig skatte- og avgiftsmessige rettslige rammer endres stadig. Vi kan innestå for at teksten er rettslig korrekt når dette føres i pennen. Men siden denne veilederen kan leve lenge, er det svært viktig at den enkelte kommune er oppmerksom på og undersøker om det er kommet endringer i lovverket i forhold til det enkelte spørsmål som omtales.

DEL 1

VIKTIGE VALG FØR VEDTAK OM UTSKILLELSE

1. FRA IDÉ TIL GJENNOMFØRING

Det politiske valget

Det politiske valget innebærer at kommunen ønsker at en virksomhet som ligger i en etat skal stilles friere fra kommunen selv. Hvilken virksomhet som kan skilles ut til selskap, vil bero på om det er tale om forvaltningsmyndighet som kan delegeres eller ikke. Vi legger til grunn at disse valgene er tatt.

Andre problemstillinger

Men selv om dette er det viktigste politiske valget, kan andre problemstillinger være avgjørende for hva som blir endelig, så som:

- Hvilke konsekvenser har utskillelsen for de ansatte?
- Hvilke konsekvenser har valg av modell for merverdiavgift?
- Ønsker kommunen å kjøpe tjenestene fra bedriften framover, og er dette mulig innen rammen av reglene om offentlige innkjøp?
- Bør risikoen begrenses?
- Vil virksomheten bli skattepliktig?

Det er i denne prosessen de viktige vurderinger av rettslig art må tas, og sikre at det politiske valget tas på riktig grunnlag.

Vedtaket må omfatte

Men kommunestyret skal ikke fatte bare beslutning om utskillelse. Vedtaket må omfatte

- selve utskillelsen,
- de grunnleggende dokumenter for selskapet, hva enten det er vedtekter for KF, selskapsavtale for IKS, eller stiftelsesdokument og vedtekter for AS, og evt aksjonæravtale for et AS med andre eiere,
- overføring av evt formuesmasse ved nøyaktig angivelser av evt eiendommer el annet
- eventuelle retningslinjer for instruks for representant i eierorganet

De grunnleggende beslutningene

De grunnleggende beslutningene knyttet til gjennomføringen bør som hovedregel fattes samlet, i forbindelse med vedtak om utskillelsen og dermed opprettelsen av det nye selskapet eller foretaket.

2. OM VALG AV SELSKAPSFORM

2.1 Kommunens valgfrihet

Aksjeselskap

Interkommunale selskap

Ikke ansvarlig selskap

Samvirkeforetak
Stiftelse
Kommunale foretak

Den videre framstillingen

I valget av organisatorisk modell kan ulike selskaps- og organisasjonsformer være aktuelle. Aksjeselskapsformen kan benyttes både av en kommune som vil starte virksomhet alene, og sammen med private eller andre offentlige organer. Det interkommunale selskapet kan bare ha kommunale eller fylkeskommunale eiere, og har som forutsetning av flere deltakere er sammen om selskapet. Denne formen kan ikke benyttes av en kommune alene. Kommuner kan ikke etablere eller være deleiere i ansvarlige selskap eller kommandittselskap etter Selskapsloven. Dersom det skal samarbeides i selskap sammen med private, må derfor aksjeselskapsformen benyttes. For øvrig kan kommuner være deltakere i samvirkeforetak eller være stifter av en stiftelse. Dersom en kommune ønsker en friere organisering av egen virksomhet enn i de ordinære etater, kan det kommunale foretaket benyttes.

I den videre framstillingen i veilederen har vi konsentrert oss om de mest praktiske og benyttede formene for kommuner. Dette innebærer at vi omtaler aksjeselskapet, det interkommunale selskapet og det kommunale foretaket. Samvirkeforetak og stiftelse omtales bare kort.

2.2 Aksjeselskap

AS
ASA / detaljert regulering

ASA-formen

AS-formen

Aksjekapital

Egenkapital som er forsvarlig

Eiernes økonomiske ansvar er begrenset

Konkurs

Vedtekter

Aksjeselskaper er regulert i aksjeloven av 13. juni 1997 nr 44 (AS) og allmennaksjeloven av 13. juni 1997 nr 45 (ASA). Lovene har detaljert regulering av alle sentrale forhold, med særlige klausuler for å sikre at den begrensede kapitalen vernes.

ASA-formen er beregnet på selskaper der det er stor aksjespredning, og der selskapet ønsker å kunne hente inn kapital gjennom emisjoner rettet mot allmennheten. AS-formen er beregnet på selskaper med en begrenset krets eiere, og er følgelig den formen som i hovedsak er aktuell for kommuner å benytte. Det kan stilles krav i vedtektene til aksjeeiers egenskaper, f eks at selskapet bare kan ha kommunale eiere. Aksjelovgivningen er ikke til hinder for at stat, kommune og private kan eie et aksjeselskap i fellesskap.

Et aksjeselskap skal ha en aksjekapital på minst 100.000 kroner, fordelt på en eller flere aksjer som rettighetene som aksjonær knytter seg til.

Selskapet plikter til enhver tid å ha en egenkapital som er forsvarlig ut fra risikoen ved og omfanget av virksomheten i selskapet. Det grunnleggende element ved aksjeselskapsformen er at eiernes økonomiske ansvar er begrenset til den aksjekapitalen de har skutt inn. Et aksjeselskap kan gå konkurs.

Det må utarbeides vedtekter for selskapet i forbindelse med stiftelsen av

Ikke
økonomisk utbytte

dette. Vedtektene skal minst angi selskapets foretaksnavn, den kommune i riket hvor selskapet skal ha sitt forretningskontor, selskapets virksomhet (formål), aksjekapitalens størrelse, aksjenes pålydende (nominelle beløp), antallet eller laveste og høyeste antall styremedlemmer, om selskapet skal ha flere daglige ledere (eller om styret eller bedriftsforsamlingen skal kunne bestemme at selskapet skal ha flere daglige ledere, samt i så fall om flere daglige ledere skal fungere som kollektivt organ), hvilke saker som skal behandles på den ordinære generalforsamlingen, samt om selskapets aksjer skal registreres i et verdipapirregister.

Generalforsamling
Styre

Dersom selskapet ved sin virksomhet ikke skal ha til formål å skaffe aksjeeierne økonomisk utbytte, skal vedtektene inneholde bestemmelser om anvendelse av overskudd og av formuen ved oppløsning, noe som kan være praktisk for kommunalt eide selskaper.

Saksbehandling

Generalforsamlingen er selskapets øverste organ og eiernes innflytelse utøves her. Selskapet skal videre ha et styre med minst tre medlemmer, som velges av generalforsamlingen. I et selskap som har bedriftsforsamling, skal styret ha minst fem medlemmer. I selskap med mer enn 30 ansatte, har de rett til representasjon i styret. Aksjeloven regulerer generalforsamlingens saksbehandling.

Daglig leder

Selskapet skal ha en daglig leder.

Registrert

Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper skal være registrert i fortaksregisteret.

2.3 Interkommunalt selskap

Interkommunale
selskap

2.3.1 Lov om interkommunale selskap

Interkommunale selskap er regulert av lov om interkommunale selskap av 29. januar 1999 nr 6. Men også kommuneloven § 27 har regler om interkommunalt samarbeide, som også kan omfatte interkommunalt selskap, se under.

Deltaker

Ubegrenset
Ansvar

Prosentdel av
selskapets totale
forpliktelser

Både kommuner og fylkeskommuner, og andre interkommunale selskaper kan være deltaker i et interkommunalt selskap. Et viktig kjennetegn for interkommunale selskaper er at deltakerne til sammen har et ubegrenset ansvar for selskapets forpliktelser, men slik at den enkelte deltakers ansvar er begrenset til en prosentdel av selskapets totale forpliktelser.

Et interkommunalt selskaps øverste organ er representantskapet. Hver deltaker har rett til å være representert her, og medlemmer utpekes av kommunestyre eller fylkestinget. I representantskapet for selskapet vil hver deltaker ha en stemme med mindre annet er fastsatt i selskapsavtalen.

Styre

Dersom ikke annet bestemmes i selskapsavtalen, fattes vedtak med alminnelig flertall i representantskapet.

Daglig leder

Selskapet skal ha et styre på minst 3 medlemmer. Representantskapet velger styret. Styret i et interkommunalt selskap har i hovedsak den samme oppgave som et styre i et aksjeselskap; å forestå den daglige forvaltning av selskapet.

Selskapsavtale

Selskapet skal ha daglig leder, med mindre det fastsettes i selskapsavtalen at dette ikke er nødvendig.

Selskapet opprettes ved at det inngås en selskapsavtale mellom deltakerne, der blant annet selskapets deltakere, formål, deltakernes innskuddsplikt, antall styremedlemmer, eierandel, antall medlemmer i representantskapet skal være avtalt.

Lov om interkommunale selskap regulerer for øvrig krav til budsjett, regnskap og økonomiforvaltning, som er ment å være tilpasset særlig at selskapets deltakere består av kommuner. Videre reguleres eierskifte, oppløsning av avvikling.

Kommuners næringsvirksomhet

Loven er i stor grad bygget på de samme forvaltningsmessige prinsipper som aksjeloven, og er ment benyttet i hovedsak som et alternativ til aksjeselskap/ansvarlig selskap for kommuners næringsvirksomhet. Loven er både med hensyn til forvaltningsstruktur og økonomiforvaltning særlig tilpasset kommunale eiere, og av samme grunn harmonisert med kommunelovens bestemmelser.

2.3.2 Interkommunalt samarbeide/selskap etter kommuneloven § 27

Forvaltningspregede oppgaver i selskapsform

Ved vedtakelsen av den nye loven om interkommunale selskap var det bestemt at kommuneloven § 27 skulle endres slik at den bare skulle omfatte løsere former for samarbeid, og ikke selskap. Lov om interkommunale selskap ble utformet etter aksjeselskapslovens lest, og tiltenkt særlig kommuners næringsvirksomhet. Siden man etter hvert kom til at det kunne være et behov for å organisere også mer forvaltningspregede oppgaver i en selskapsform som kunne være nærmere den kommunale forvaltning enn man mente den nye loven la opp til, ble kommuneloven endret, slik at det likevel ikke skulle være pålagt å omorganisere alt interkommunalt samarbeide til interkommunale selskap etter den nye loven.

Løsere former for samarbeid

Dette innebærer at det i dag kan etableres interkommunalt samarbeid etter kommuneloven § 27 av forskjellig art. Det kan være tale om løsere former for samarbeid der kommunene ikke har overdratt beslutnings- eller representasjonskompetanse, eller det kan etableres egne styrer med

kompetanse til å binde deltakerkommunene, som opptrer utad som selskap, og som dermed anses som en egen juridisk person i forhold til deltakerkommunene.

Et felles styre

Et samarbeide etter kommuneloven § 27 er lite regulert i loven, og det er i stor grad opp til kommunene hvordan de vil organisere det.

Hovedkjennetegnet på en slikt interkommunalt samarbeid, er at det opprettes et felles styre for å forvalte felles oppgaver. Et slikt styre trenger ikke være et eget rettssubjekt, men bare et samarbeidsorgan mellom kommunene med formål å løse felles oppgaver.

Vedtekter

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

Et eget rettssubjekt

En sammenslutning organisert etter kommuneloven § 27 kan også organiseres som et eget rettssubjekt. Dersom vedtektene bestemmer at styret skal representere deltakerne utad og kunne binde disse med sine disposisjoner, dersom styret kan ta opp lån på vegne av deltakerne osv, vil styret framstå som et selvstendig organ som bedømmes som et eget rettssubjekt.

Sammenholdes med lov om interkommunale selskap

Etableringen av et interkommunalt styre etter kommuneloven § 27 innebærer en atskillig løsere form for organisering enn det interkommunale selskapet. Dersom det må fastslås at det er tale om et eget rettssubjekt, vil det likevel ofte være nærliggende å mene at de alminnelige regler i lov om interkommunale selskap vil kunne gjelde tilsvarende for slike selskap. I alle fall vil dette gjelde for styremedlemmers ansvar.

2.4 Kommunalt foretak

Utskilt del av kommunens øvrige forvaltning

Det kommunale foretaket er utformet for å være tilbud for en kommunes organisering av mer forretningspreget virksomhet. Reglene følger av kommunelovens kapittel 11. Et kommunalt foretak er en utskilt del av kommunens øvrige forvaltning, og følgelig nokså fristilt fra forvaltningen for øvrig. Men foretaket er økonomisk og rettslig en del av kommunen, og kommunen kan holdes ansvarlig direkte for all virksomhet i foretaket.

Kommunestyret vedtar opprettelse og vedtekter

Et kommunalt foretak opprettes ved at kommunestyret fatter vedtak om det og bestemmer vedtekter for foretaket. I vedtektene skal det fastsettes bestemmelser om foretakets formål, forretningskontor, og antall styremedlemmer. Lovens krav er et minimum, det er ikke noe i veien for at det fastsettes mer detaljerte vedtekter. Dersom det er ønskelig at

kommunestyret skal fatte vedtak i bestemte saker som gjelder foretakets drift, bør dette bestemmes i vedtektene.

Styre

Foretaket skal ha et styre på minst tre medlemmer, valgt for to år. Styret kan sammensettes uavhengig av kommunens politiske sammensetning for øvrig, og det vil normalt være hensiktsmessig å sammensette styret etter den kompetanse som trengs for foretakets virksomhet. Loven har bestemmelse om ansattes rett til deltakelse i styret, og også om styrets møter, innkalling osv.

Direkte underlagt kommunestyret

Styret er direkte underlagt kommunestyret, og ikke den alminnelige administrative ledelse i kommunen. Men administrasjonssjefen har møterett i alle styremøter, og kan forlange at kommunestyret skal behandle bestemte saker.

Ansvar for forvaltningen

Styret har ansvar for forvaltningen av foretaket, og har kompetanse til å binde kommunen utad med de beslutninger som fattes og de avtaler som inngås med tredjepersoner, alt så langt handlingene ligger innenfor formålsangivelsen i vedtektene og det som ellers måtte følge av vedtektene.

Daglig leder

Foretaket skal ha en daglig leder, som ikke kan være medlem av styret. Daglig leder er ansvarlig for den daglige driften, og skal rette seg etter styrets retningslinjer og vedtak. Daglig leder er følgelig ikke underlagt kommunens øvrige administrasjon. Styret har instruksjonsretten overfor daglig leder.

Registreres i Foretaksregisteret

Foretaket skal registreres i Foretaksregisteret med vedtekter og forretningsadresse. Vedtektene vil informere omverdenen om hvilke fullmakter styret har til å binde kommunen, og utformingen av vedtektene er derfor viktig for kommunen.

Solidarisk for foretakets virksomhet

Foretaket og kommunen har samme økonomi i den forstand at kommunen er fullt ansvarlig og solidarisk for foretakets virksomhet. Dersom det er tale om virksomhet som kan være eksponert for risiko, bør derfor ikke denne organisasjonsformen benyttes.

2.5 Særlig om samvirkeforetak og stiftelse

Lov om samvirkeforetak

Et samvirkelag har tradisjonelt vært kjennetegnet av å ha til formål å fremme medlemmenes forbruksmessige eller yrkesmessige interesser, og å ha vekslende medlemskap. Ved lov 29.06.2007 nr 81 er det vedtatt egen lov om samvirkeforetak, som dermed gir en ny lovfestet ramme for denne organisasjonsformen. Formålet med et samvirkeforetak er ikke å oppnå størst mulig avkastning på investert kapital, men å vareta medlemmene sine interesser som etterspørrere eller tilbydere av varer eller tjenester. Samvirkeformålet blir realisert ved omsetning mellom foretaket og

Aktiv brukerdeltakelse

Demokratiske organisasjoner

medlemmene. Samvirkeformen er dermed basert på aktiv brukerdeltakelse, ikke på passiv kapitalplassering. I tråd med dette skal utdeling av overskudd fordeles på medlemmene etter hvor mye hvert medlem har omsatt med foretaket, og ikke på grunnlag av kapitalandel. Videre er samvirkeforetak demokratiske organisasjoner som bygger på et prinsipp om åpent og frivillig medlemskap. Medlemskap er i utgangspunktet åpent for alle, og hovedregelen er at hvert medlem har en stemme på årsmøtet. Loven er pt ikke trådt i kraft.

Stiftelse / Selveiende juridisk person

Ikke eierskap

KS har under produksjon en rapport om samvirke og velferdsproduksjon, og vil her få en vurdering av om den nye organisasjonsformen kan være et tjenlig virkemiddel for kommuner.

En stiftelse er en selveiende juridisk person, som etableres ved at en eller flere stiftere stiller en formuesmasse til disposisjon for et bestemt formål. Stifterne har ikke eierskap til innskudd eller annet, og bare stiftelsens styre har innflytelse på virksomheten framover. Stifterne kan sikre seg en viss faktisk innflytelse ved å sørge for at vedtektene har bestemmelser om hvordan styret utpekes. For kommuner er denne formen derfor bare egnet for virksomhet som kommunen ikke har behov for å ha videre innflytelse over, men tvert om ønsker at skal være helt fristilt fra kommunen for øvrig framover.

2.6 Konsern/selskap i "familie"

Vi skal kort nevne at også kommuner kan finne det formålstjenlig å organisere naturlig atskilte deler av virksomheten i forskjellige selskaper, men under samme eierparaply. For eksempel kan det være naturlig å skille drift og eierskap til eiendom i ulike selskaper.

Både aksjeselskaper, interkommunale selskap og kommunale foretak kan eie andre aksjeselskaper helt eller delvis. Men et aksjeselskap kan ikke være eier i interkommunalt selskap. Et kommunalt eid aksjeselskap kan dermed ikke være deltaker i et interkommunalt selskap.

Omfattet av regelverket om offentlige innkjøp

3. OM REGELVERKET OM OFFENTLIGE INNKJØP

Selskapet omfattet av regelverket

Enerett Egenregi

Kommuner er som offentlige organer omfattet av regelverket om offentlige innkjøp. Dersom en virksomhet skal skilles ut til et selskap, som kommunen deretter ønsker å kjøpe tjenester eller varer fra, må det sikres at regelverket om offentlige innkjøp er varetatt. Ofte vil dette innebære at kommunen må legge den tjenesten de ønsker å kjøpe ut på anbud, slik at også kommunens eget selskap må konkurrere for å få avtalen om leveransen. Så lenge kommunen eier selskapet alene eller i hovedsak sammen med andre offentlige eiere, vil også selskapet være omfattet av regelverket og må følge bestemte prosedyrer ved egne innkjøp. Regelverket gir likevel en snever

Må vurderes!

adgang til å unngå dette dersom selskapet kan anses å ha fått en enerett, eller det er tale om såkalt handel i egenregi, dvs at selskapets omsetning er så nært knyttet til kommunen at den anses som om kommunen handler med en egen etat.

Det ligger utenfor formålet med heftet her å gi en redegjørelse for disse problemstillingene knyttet til regelverket om offentlige innkjøp sett i forhold til utskillelse av virksomhet. Denne problemstillingen er det likevel særs viktig at kommunen tar med i betraktning når det skal vurderes om det er ønskelig og hensiktsmessig å skille ut en kommunal virksomhet i et eget selskap.

4. OM SKATT

Hovedregel

4.1 Skatteplikt for kommuner, fylkeskommuner og (fylkes-) kommunale foretak og kommunale samarbeid etter kommuneloven § 27.

Kommunal skatteplikt

Kommuner og fylkeskommuner er som hovedregel ikke skattepliktige for inntekt og formue i sin virksomhet.

Inntekt i følgende *kommunale* virksomheter (og foretak/ §27 samarbeid) er likevel skattepliktige:

- Produksjon, overføring eller distribusjon og omsetning av vannkraft
- Eiendom eller innretning utenfor kommunens område.

Dette gjelder likevel *ikke* drift av

- Kirkegårder
- Krematorium
- Urnelund
- Urnehall
- Sykehus
- Feriekoloni

Fylkeskommunal skatteplikt

Inntekt i følgende *fylkeskommunale* virksomheter (og foretak / § 27 samarbeid) er videre skattepliktige:

- Produksjon, overføring eller distribusjon og omsetning av vannkraft
- Rederivirksomhet som *ikke* gjelder "lettelse av trafikken til eller fra eget fylke eller innenfor fylket der fylkeskommunen ikke oppbærer direkte utbytte av virksomheten".
- Eiendom eller innretning utenfor fylkeskommunens område.

For virksomhet som faller utenfor de særskilte bestemmelsene om (fylkes-) kommunal skatteplikt, er det med andre ord slik at (fylkes-) kommunen vil være skattefri for eventuelt overskudd av virksomhet som utøves innenfor (fylkes-) kommunens eget geografiske område. Dette gjelder selv om virksomheten skulle utøves i konkurranse med ordinært næringsliv, og selv om virksomheten skulle ha erverv til formål.

4.2 Skatteplikt for kommunale foretak, interkommunale samarbeider etter kommuneloven § 27 og andre offentlige innretninger

Enheter under selvstendig bestyrelse er egne skattesubjekter

(Fylkes-) kommunale foretak og andre offentlige innretninger vil være egne skattesubjekter i den utstrekning de organisert slik at de utgjør *innretninger som står under selvstendig bestyrelse*. Det avgjørende er i denne sammenheng at det foreligger en formue som forvaltes atskilt fra (fylkes-) kommunen selv og fra andre offentlige innretningers formue. Dette avgjøres på grunnlag av den organisering som er lagt til grunn for den aktuelle enheten i det offentlige vedtak som ligger til grunn for opprettelsen av foretaket/innretningen.

Interkommunalt samarbeid etter kommuneloven § 27

Denne generelle skatteplikten for (fylkes-) kommunale foretak, interkommunale samarbeider etter kommuneloven § 27, og andre offentlige innretninger *som ikke er egne skattesubjekter* vil være regulert som for (fylkes-) kommunen selv, se over. Dersom det foreligger et eget rettssubjekt, vil den generelle skatteplikten være regulert som for aksjeselskaper og interkommunale selskaper.

Et interkommunalt samarbeid etter kommuneloven § 27 er ikke et *eget* skattesubjekt (selv om det skulle være et eget rettssubjekt) når det forutsettes at deltagerkommunene har et *ubegrenset ansvar for samarbeidets forpliktelser*. Derimot vil den enkelte deltagerkommune måtte vurderes som selv å utøve en andel av den virksomhet som er lagt til det aktuelle samarbeidet. Da vil de generelle bestemmelsene om skatteplikt for kommuner legges til grunn, jf over. Et interkommunalt samarbeid vil vanligvis vil innebære at en (fylkes-) kommune har (andel i) eiendom eller innretning i en annen (fylkes-) kommune. Dermed vil det i utgangspunktet foreligge i alle fall delvis skatteplikt for eiendom eller innretning i en annen (fylkes-) kommune.

Hovedregel

En viktig praktisk avgrensning av skatteplikten er imidlertid skattefriheten for selskaper og innretninger som ikke har erverv til formål. Det må vurderes konkret om vilkårene for slik avgrensning foreligger, se også under.

4.3 Skatteplikt for aksjeselskaper og interkommunale selskaper

Unntak for selskaper og andre innretninger som ikke har erverv til formål

Aksjeselskaper og Interkommunale selskaper er egne skattesubjekter, og er dermed som utgangspunkt skattepliktige. For at en virksomhet som drives i regi av et aksjeselskap, en stiftelse eller annen selvstendig innretning skal være skattefri, må den falle inn under et relevant unntak fra skatteplikt.

Helhetsvurdering

Unntak for selskaper og andre innretninger *som ikke har erverv til formål*
Et særlig aktuelt unntak for skatteplikt for offentlig eide selskaper og innretninger er skattefritaket for institusjoner *som ikke har erverv til formål*.

Om et selskap eller innretning har "ervert" til formål eller ikke avgjøres etter en helhetsvurdering, der flere momenter vil ha betydning. Det grunnleggende spørsmålet som avgjøres ved vurdering av de momentene som inngår i helhetsvurderingen er hvorvidt den aktiviteten som selskapet eller innretningen driver har en *ikke-økonomisk karakter*.

Avgift på forbruk

Momskompensasjonsloven

Vurdere avgiftsmessige konsekvenser

5. OM MERVERDIAVGIFT

Merverdiavgift er en avgift på forbruk og skal i utgangspunktet oppkreves uavhengig av hva slags rettssubjekt som leverer de aktuelle varer og/eller tjenester. Men kommunenes rett til kompensasjon av betalt merverdiavgift (momskompensasjonsloven) medfører at merverdiavgift i større grad blir et tema ved utskillelse av ikke-avgiftspliktig kommunal virksomhet. Siden avgiften kan ha mye å si for virksomhetens økonomi, er det svært viktig å vurdere avgiftsmessige konsekvenser av en utskillelse før vedtaket fattes. Se nærmere om dette i pkt 8 under.

DEL 2

VIKTIG Å VITE FOR GJENNOMFØRINGEN

Overdras formuesmasse

6. OVERDRAGELSEN FRA KOMMUNEN OG ÅPNINGSBALANSEN I SELSKAPET

Eiendeler

Eiendom

6.1 Innskudd, fordeling av eierandeler

Nå virksomhet skal utskilles fra kommunen og legges til et eget selskap eller til foretak, overdras normalt en formuesmasse fra kommunen til et annet rettssubjekt. Dersom det er tale om et kommunalt foretak, overdras det ikke til et annet rettssubjekt, men også her skal en formuesmasse stilles til disposisjon for en bestemt del av kommunens virksomhet.

Innskuddet

Dette innebærer at kommunen må gå nøye gjennom hvilke eiendeler som skal overdras, og bestemme grensene mot den eiendom og virksomhet som skal være igjen i kommunen. Dersom eiendom skal overdras, må det f eks foretas nødvendig avgrensning av den eiendom det er tale om, ved etablering av leie eller festekontrakter for det aktuelle området, eller ved utskillelse og overdragelse.

Aksjepost

Rettigheter

Et aksjeselskap kan ikke stiftes med en kapital som er mindre enn NOK 100 000,-. Kommunen må følgelig sørge for at det blir skutt inn midler i selskapet som minst svarer til denne verdien, i form av kontanter eller andre midler. Består innskuddet i andre midler, skal det gis en egen redegjørelse

for innskuddet, som skal bekreftes av en revisor.

Interkommunalt selskap

Dersom det skal stiftes aksjeselskap sammen med andre, vil hver deltakers innskudd i selskapet bestemme vedkommende aksjepost i selskapet. Aksjeloven er ikke til hinder for at noen deltakere skyter inn større midler enn det de mottar aksjer for, men det er viktig å være klar over at slike innskudd ikke gir rettigheter i selskapet verken i form av eierandeler eller stemmerett. Slike innskudd bygger likevel opp kapitalen i selskapet, og kommer slik like mye til gode for alle aksjonærene.

Deltakerne i interkommunale selskap har ansvar for selskapets økonomi i samsvar med den prosentvise andel de eier av selskapet. Også ved stiftelsen av et interkommunalt selskap vil det dermed som hovedregel være samsvar mellom verdien av de midler som er skutt i selskapet fra den enkelte, og vedkommendes eierandel.

Tilskudd til finansiering

Siden slik virksomhet ofte har som oppgave å betjene deltakernes innbyggere med tjenester av ulike slag som hver kommune selv vil yte uten selskapet, ser vi av og til at kommuner velger å bestemme eierandelen ut fra selskapets inntjeningspotensialet i den enkelte kommune, og ikke ut fra det faktiske innskuddet ved oppstarten av selskapet. Dette vil innebære at eierandelen også kan komme til å variere ettersom befolkningsgrunnlaget i kommunene endrer seg, og dette kan ofte være en noe komplisert modell i praksis. For slike selskaper vil det være nødvendig å sikre at vedtektene har regler om fordeling av verdiene på en rettferdig måte dersom det skulle bli nødvendig å oppløse selskapet tidligere enn forutsatt. Videre vil det ikke være naturlig å benytte slike modeller for alminnelig næringsdrivende virksomhet.

Innskudd vs betaling

Siden kapitalforvaltningen i kommunale selskaper kan atskille seg en del fra alminnelig næringsvirksomhet, og selskapet kan være avhengig av tilskudd for finansiering av virksomheten, vil det ofte være nødvendig å regulere i nærmere retningslinjer for selskapet hvordan kapitalforvaltningen skal forestås.

Aksjeselskap

Innskudd i aksjekapital eller til selskapets etablering vil ikke være det samme som deltakernes betaling for tjenester fra selskapet, men i praksis kan det av og til være vanskelig å skille mellom pliktige innskudd og betaling for tjenester. Det er derfor ofte hensiktsmessig å beskrive dette nærmere i vedtektene.

Bekreftet åpningsbalanse

6.2 Åpningsbalanse og verdsetting

For aksjeselskap følger det av loven at stifterne skal utarbeide en åpningsbalanse som skal vedlegges stiftelsesdokumentet.

Åpningsbalansen skal settes opp i samsvar med regnskapslovens

Kommunalt foretak og interkommunalt selskap

bestemmelser, og vedlegges en revisorbekreftet erklæring.

Åpningsbalansen med revisors erklæring skal tidligst være datert fire uker før stiftelsen. Merk at ved utskillelse til aksjeselskap og andre selskap som følger regnskapsloven, må man være oppmerksom på forskjellige regnskapsprinsipper for fastsettelse av åpningsbalansen i forhold til de verdier som kan være lagt til grunn i det kommunale regnskapet.

Verdsettes

For kommunale foretak og interkommunale selskap følger det ikke direkte av de relevante lovene at det skal utarbeides en åpningsbalanse, men vil følge indirekte av regnskapsplikten at det må bestemmes hvilke verdier selskapet eller foretaket skal etableres med.

Forsvarlig regnskapsførsel

Dette innebærer at de verdier som skal skytes inn i selskapet/foretaket må verdsettes på en måte som tilfredsstiller kravene til forsvarlig regnskapsførsel. Dersom det er tale om selskap med flere eiere, der flere gjør innskudd i andre verdier enn kontanter, må tilsvarende verdsettelse foretas for hvert innskudd.

Vann- og avløpssekskap

For vann- og avløpssekskap, og andre som skal fakturere tjenestene etter et selvkostprinsipp, er det i denne sammenheng viktig å være oppmerksom på særlige bestemmelser for hvordan en åpningsbalanse kan fastsettes, se for eksempel forskrifter til lov om vann- og avløpsavgifter.

Oppfører kommunen seg som privat investor ?

6.3 Utskillelse av virksomhet og offentlig støtte

6.3.1 Hvorfor er reglene om offentlig støtte relevant her?

Utskillelse av kommunal virksomhet til eget selskap er i seg selv ikke en handling som innebærer offentlig støtte. Men dersom ikke kommunen oppfører seg som en privat investor ville gjort, vil det kunne bedømmes som støtte. Slik kan regelverket få direkte betydning for kapitalisering av selskapet og krav til avkastning.

Her skal bare noen hovedtrekk nevnes.

Rettslig grunnlag

For en nærmere utdypning av regelverket, se Kommuneforlaget, EØS-regelverket om offentlig støtte, en veileder for kommunesektoren, 2006.

6.3.2 Oversikt over regelverket

Den viktigste bestemmelsen om offentlig støtte finnes i EØS-avtalens artikkel 61, som svarer til artikkel 87 i EF-traktaten. I norsk rett er det også vedtatt en egen lov om offentlig støtte, lov av 17. januar 2003 nr. 1. Sammen danner de det viktigste rettslige grunnlaget for kontroll med offentlig støtte i Norge. Men det finnes også utfyllende regler i EØS-avtalen selv, i avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et

Overvåkningsorgan og en Domstol (den såkalte ODA-avtalen), protokoller til avtalene, forordninger og direktiver, ESAs retningslinjer og norske forskrifter.

Betingelser

Her skal vi konsentrere oss om hvilke tiltak som utgjør offentlig støtte.

Visse betingelser må være oppfylt for at det skal foreligge støtte:

Støttebegrepet

| |
|--|
| Tiltaket må innebære en økonomisk fordel for mottakeren (støtte) |
| Støtten må være gitt av staten eller offentlige midler |
| Mottakeren må drive en økonomisk aktivitet (foretak) |
| Støtten må begunstige enkelte foretak eller produksjonen av enkelte varer (selektivitet) |
| Støtten må vri eller true med å vri konkurransen |
| Støtten må påvirke samhandelen mellom EØS-landene |

Støttebegrepet forstås svært vidt. De rene pengeoverføringer i form av subsidier omfattes. Men i tillegg omfattes en lang rekke andre tiltak som kan innebære økonomiske fordeler for mottaker.

| |
|---|
| Det følgende er en kort, ikke-uttømmende liste med eksempler: |
| Skattefordeler |
| Lån på gunstige vilkår (under markedsrente, lavere krav til sikkerhet, osv) |
| Gunstige garantier (ingen eller lav garantipremie, det private marked ville ikke stilt garanti) |
| Kjøp til overpris (når kommunen kjøper fast eiendom, aksjer eller annet) |
| Salg til underpris (når kommunen selger fast eiendom, aksjer eller annet) |
| Deltakelse i næringsvirksomhet på vilkår som ikke ville være akseptable for en privat investor |
| Manglende eller lavt utbytte eller avkastning fra næringsvirksomhet på vilkår som ikke ville være akseptable for en privat investor |
| Infrastrukturinvesteringer som kun kommer én eller en begrenset gruppe foretak til gode |

Kommuner har fri adgang til å drive næringsvirksomhet

Markedsøkonomiske investorprinsipp

6.3.3 Støtte i forbindelse med utskillelse av virksomheten

Å skille ut virksomhet til eget selskap, innebærer ikke i seg selv at det ytes offentlig støtte. En kommune kan eie næringsvirksomhet i ulike former, og EØS-avtalen setter ingen begrensninger for dette. Overføring av virksomhet fra kommunen som rettssubjekt til eget selskap har i utgangspunktet ingen betydning i forhold til regelverket om offentlig støtte.

Men når en kommune opptre som eier av næringsvirksomhet, må den følge det såkalte markedsøkonomiske investorprinsipp. Selv om EØS-avtalen er nøytral til om næringsvirksomhet eies av offentlige eller private aktører,

Akseptable for en privat investor

stilles det krav til hvordan en offentlig aktør utøver sitt eierskap. En kommune står altså ikke fritt til å utøve sitt eierskap slik den vil.

Det markedsøkonomiske investorprinsippet betyr at en transaksjon innebærer offentlig støtte dersom den skjer på betingelser som ikke ville vært akseptable for en privat investor som opererer under normale markedsøkonomiske vilkår. Dersom en kommune tilbyr gunstigere økonomiske vilkår sett fra mottakerens side enn det en privat investor ville gjort, kan differensen innebære offentlig støtte. Det markedsøkonomiske investorprinsipp gjelder for alle typer transaksjoner mellom det offentlige og et foretak, herunder egenkapitaltransaksjoner (innskudd, nedskrivninger, konvertering av lån til egenkapital), lån og garantier.

Avkastning
Stor kapitalbase

Ved utskillelse av virksomhet er det særlig én bestemt type egenkapitaltransaksjoner som kommer på spissen, nemlig tilskudd av kapital. Prinsippet er at det foreligger offentlig støtte der kapital tilføres et foretak uten at det kan forventes normal avkastning på kapitalen. Det innebærer at det kan foreligge støtte der foretaket tilføres en for stor kapitalbase, eller der avkastningskravet settes for lavt.

Andre former for støtte

For å kunne avgjøre om avkastningen ville ha vært akseptabel for en privat investor må man sammenligne med kapitalkostnaden til virksomheten. Kapitalkostnaden vil variere etter risikoen kapitalmarkedet forbinder med virksomheten. Der risikoen er høy, vil kapitalmarkedet kreve en høyere avkastning.

Støtte kan også foreligge der det ytes gunstige lån eller det stilles gunstige garantier. Dette kan skje i forbindelse med utskillelsen. Denne type transaksjoner er imidlertid ikke etter sin art knyttet til utskillelsen. Gunstige lån og garantier kan foreligge også før utskillelsen. Dette vil bli gjennomgått straks nedenfor sammen med andre former for offentlig støtte som kan ytes både før og etter utskillelsen.

Krav til økonomisk aktivitet

6.3.4 Tiltak som ikke er støtte, eller som er unntatt

Både offentlige og private er å anse som foretak dersom de driver virksomhet på et marked i konkurranse med andre aktører. Hvilken form virksomheten drives i er ikke avgjørende. Det kan foreligge offentlig støtte også der virksomheten er en del av kommunen. Det er altså ikke avgjørende om virksomheten er skilt ut i eget selskap.

Unntak fra regelverket

Men det foreligger bare offentlig støtte der den virksomheten som drives er å anse som et foretak, altså at det driver en økonomisk aktivitet. Dersom den virksomheten som drives ikke skjer i konkurranse på et marked, foreligger ikke offentlig støtte. Det gjelder selv om virksomheten skilles ut i eget selskap.

Tjenester av allmenn

økonomisk betydning

Der et foretak yter tjenester av såkalt allmenn økonomisk betydning, kan det på grunnlag av EØS-avtalen artikkel 59(2) oppnå unntak fra regelverket om offentlig støtte. Et foretak kan i en viss utstrekning få kompensasjon for å yte slike tjenester fra det offentlige, herunder en kommune. Det sentrale spørsmålet er hvilken kompensasjon som er nødvendig for å utføre tjenestene.

Eksempel

En EØS-stat har i stor utstrekning frihet til selv å bestemme hvilke tjenester som er av allmenn økonomisk betydning. Man tenker helst på tjenester som markedet ikke vil tilby på egenhånd, eller tilby i for dårlig kvalitet, for lite omfang eller til for høy pris.

Samhandelskriteriet

Et eksempel er kollektive transporttjenester. Dersom det offentlige ikke ga noen form for tilskudd til slike tjenester, ville disse i stor utstrekning være av for dårlig kvalitet, for lite omfang eller for dyre i forhold til politiske målsetninger. Dette gjelder også for sentrale strøk. Virksomheter som utfører slike tjenester kan gis tilskudd, men det stilles krav til omfanget av tilskuddet og hvordan det tildeles. EFTAs Overvåkningsorgan (ESA) har eksempelvis benyttet EØS-avtalen artikkel 59(2) til å tillate støtte til hurtigruteselskapene.¹

Lokal produksjon

Samhandelskriteriet innebærer at støtten må være egnet til å påvirke samhandelen mellom EØS-landene for å falle inn under artikkel 61(1). Det skal lite til før dette kriteriet er oppfylt.

Selv om produksjonen foregår lokalt kan samhandelskriteriet være oppfylt. Kriteriet er normalt oppfylt dersom det er aktuelt for foretak i andre EØS-land å tilby slike tjenester. Eksempelvis kan renholdstjenester som tilbys lokalt like fullt tilbys av utenlandske foretak, og samhandelen kan dermed påvirkes.

Gruppefritakene

Men det finnes noen eksempler på at samhandelskriteriet ikke er oppfylt. Eksempelvis har ESA godkjent subsidiert festeavgift for private barnehager i Oslo, ettersom det ikke var noen forhold som tydet på at foretak fra andre EØS-land ville tilby de samme tjenestene.

For å forenkle administrasjonen av regelverket om offentlige anskaffelser, er det vedtatt en del gruppefritaksforordninger. Med et gruppefritak menes at en gruppe av tiltak som ellers utgjør offentlig støtte fritas for notifikasjonsplikten til ESA. De kan dermed iverksettes uten forhåndsgodkjennelse. Det gjelder krav til bl.a. støttens form, hvem som er støttemottaker, maksimalt støttebeløp og hvilke kostnader som kan kreves dekket. Gruppefritakene dekker bl.a. opplæringsstøtte, bagatellmessig

Bagatellmessig

¹ Beslutning no. 417/01/COL.

(deminimis) støtte

støtte og støtte til små- og mellomstore bedrifter.² Gruppefritakene kan også benyttes til å gi støtte til kommunal virksomhet, dersom man oppfyller vilkårene i forordningene.

Bagatellmessig (de minimis) støtte er støtte som ikke overstiger 200.000 Euro over en treårs-periode. Men det gjelder noen unntak fra dette. Som eksempel kan transportsektoren bare motta 100.000 Euro over en treårs-periode. Hvis støtte ytes i form av noe annet enn en pengeoverføring skal tilskuddet regnes om i en såkalt tilskuddsekvivalent. Gunstige rentebetingelser skal dermed neddiskonteres for å finne kontanttilskuddet. Støtten kan ikke deles opp.

Regionalstøtte

Støtte til små- og mellomstore bedrifter (SMB) kan gis i forbindelse med investeringer. Det kan gis støtte inntil en viss andel av investeringsbeløpet, 15% for små virksomheter og 7,5% for mellomstore virksomheter.

Regionalstøtte kan gis i form av en viss andel av investeringer som foretas i et område som kvalifiserer for støtte. Regionalstøtte kan benyttes som grunnlag for å gi støtte til en kommunal virksomhet.

7. REGNSKAP OG REVISJON

| Form | Regnskapsplikt | Revisjon |
|------------------------------------|---|--------------------------|
| Aksjeselskap | Etter regnskapsl | Revisorl gjelder |
| Interkommunalt selskap | Etter regnskapsl, kan avtales etter komm. regnskapsprins. | Revisorl gjelder ikke |
| Kommunalt foretak | Etter komml. Kan pålegges å følge regnskapslov | Etter komml. |
| Interkommunalt styre etter kl § 27 | Etter komml. | Etter komml. |

Overføring av skattepliktig virksomhet til nytt skattesubjekt

8. SKATTE- OG AVGIFTSRETTSLIG HUSKELISTE VED UTSKILLELSE

8.1 Inntekts- og formuesskatt

Skatteplikt ved selve utskillelsen av en virksomhet fra en kommune er kun aktuelt dersom virksomheten som skilles ut i utgangspunktet er skattepliktig, jf pkt 4 over.

I så fall vil eventuell overføring fra (fylkes-) kommune *til et annet skattesubjekt* kunne utløse skatteplikt, dersom det som nevnt er tale om et annet skattesubjekt.

² Se forskrift av 5. desember 2003 nr. 1429.

Overføring til interkommunalt samarbeid etter kommuneloven § 27

Overføring av eiendeler, rettigheter og forpliktelser som har vært knyttet til en skattepliktig virksomhet fra en kommune til et aksjeselskap (AS) eller til et interkommunalt selskap (IKS) eller et annet selvstendig skattesubjekt vil i utgangspunktet være en skattepliktig transaksjon, hvor det kan oppstå skattepliktig gevinst, eller eventuelt fradragsrett for tap.

Selv om interkommunale samarbeider etter kommuneloven § 27 ikke er egne skattesubjekter, er en overføring fra en kommune til et slikt samarbeid å anse som en overføring til et annet skattesubjekt, ettersom et slikt samarbeid vil være eid av flere (fylkes-) kommuner enn den (fylkes-) kommunen som virksomheten overføres fra. Virksomheten anses dermed overført til de øvrige deltakerkommunene, helt eller delvis.

Skattemessig kontinuitet ved overføring av kraftvirksomhet til AS

Ved overføring til et nettolignet samarbeid regnes hele virksomheten som overført. Ved overføring til bruttolignet samarbeid er kun en forholdsmessig andel av virksomheten overført, det siste bare aktuelt for samarbeid om kraftproduksjon på nærmere vilkår.

Skattemessig kontinuitet ved overføring av annen skattepliktig virksomhet

I Omdanningsforskriften, fastsatt etter skatteloven, er det gitt regler om at skatt på eventuell gevinst ved overføring av (fylkes-) kommunale kraftforetak og interkommunale samarbeider som driver kraftvirksomhet *til aksjeselskap* på visse forutsetninger kan unngås dersom aksjeselskapet overtar kommunens, eventuelt samarbeidets, skattemessige posisjoner knyttet til det som overdras; (skattemessig kontinuitet).

Kommunal skatt

Dette gjelder ikke for andre overføringer, men det kan i visse tilfelle søkes Finansdepartementet om skattelempe med tilnærmet samme virkning.

8.2 Eiendomsskatt

Fast eiendom som er overført til et aksjeselskap

Eiendomsskatt er en kommunal skatt som kan utskrives av den enkelte kommune på fast eiendom som befinner seg innenfor den aktuelle kommune.

Eiendom som eies av kommunen selv er unntatt fra skatteplikt. Dette unntaket omfatter bare den aktuelle kommunen, og ikke andre kommuner.

Individuelt unntak

Unntaket omfatter ikke fast eiendom som er overført til et aksjeselskap, selv om kommunen eier alle aksjene i selskapet. Selskapet kan mao bli forpliktet til å betale eiendomsskatt som følge av utskillelse. Tilsvarende vil unntaket ikke omfatte fast eiendom som eies av andre selvstendige rettssubjekter, uavhengig av hvorvidt den aktuelle kommunen har eierinteresser, eller andre interesser knyttet til det aktuelle rettssubjektet.

Kommunen vil til en viss grad kunne fatte vedtak om individuelt unntak fra

eiendomsskatteplikt. En forutsetning vil være at virksomheten tar sikte på å gagne en kommune, et fylke eller staten.

Generelt om utskilling av virksomhet til kommunale foretak

8.3 Merverdiavgift - huskeliste ved utskilling

8.3.1 Innledning

Overføring av virksomhet fra kommunen som sådan til et kommunalt foretak (KF) vil ikke finne sted mellom to ulike rettssubjekter og vil derfor heller ikke under noen omstendighet kunne anses som en omsetning i avgiftslovens forstand. Dette vil gjelde selv om KF gis et eget organisasjons-/MVA-nummer. Ved utskilling av kommunal virksomhet til eget kommunalt foretak (KF) gjelder derfor ikke de forholdsregler som nedenfor.

Kort om uttak

Etter mva-lovens § 11 første og annet ledd er det angitt to alternative grunnlag for avgiftsregistrering av kommunal virksomhet som drives i regi av kommunen eller flere kommuner i fellesskap. Skillelinjen mellom de to grunnlag går ved om virksomheten er rettet mot utenforstående eller hovedsakelig skal dekke kommunen (eller de deltakende kommunale enheters) egne behov. Det føres egne avgiftsmanntall for kommunale virksomheter registrert på de respektive to grunnlag. Reglene i mval. § 11 behandles ikke nærmere her.

Begreper

I det følgende benyttes følgende begreper:

Utgående merverdiavgift = den merverdiavgift kommunen skal innkreve overfor sine "kunder" for tjenester som er omfattet av avgiftsplikt.

Hovedregel: virksomhetsoverføring til nytt rettssubjekt utløser ikke plikt til å beregne utgående merverdiavgift

Inngående merverdiavgift = den merverdiavgift kommunen betaler til ulike leverandører ved anskaffelse av varer og tjenester

8.3.2 Utgående merverdiavgift på omsetning

Hovedregel: Virksomhetsoverføring til nytt rettssubjekt utløser ikke plikt til å beregne utgående merverdiavgift.

Overføring av en kommunal virksomhet fra kommunen til et annet rettssubjekt vil i utgangspunktet være å anse som en "omsetning" av de varer, driftsmidler og tjenester som tilhører virksomheten. Fra dette utgangspunkt gjør merverdiavgiftsloven (mval) et vidtgående unntak ved "overdragelse av virksomhet eller del av denne til ny innehaver".

Rapporteres til fylkesskattekontoret

Unntaket vil medføre at overføringen av virksomheten avgiftsmessig av kommunen kan behandles som avgiftsfritt salg i den utstrekning varer, driftsmidler og tjenester overtas av ny eier. Overføring av en avgiftspliktig kommunal virksomhet til et annet rettssubjekt skal rapporteres til

fylkesskattekontoret (fra 1. jan. 2008 "Skattekontoret") via Samordnet registermelding del 2 – Tillegg for Merverdiavgiftsmanntallet".

Nye regler

8.3.3 Fradrag for inngående mva på anskaffelser

En overføring av virksomhet fra kommunen til et annet rettssubjekt vil i avgiftsmessig sammenheng anses som en endring av bruken av de driftsmidler som tilhører virksomheten. Fra 1. januar 2008 blir/er det innført nye regler om "justering" av tidligere fradragført inngående merverdiavgift ved endringer i bruk, herunder salg, av kapitalvarer og fast eiendom.

Reglene om justering vil kunne påvirke avgiftsbehandlingen i inntil 10 år fra anskaffelse av den enkelte kapitalgjenstand. Reglene er detaljerte og for kompliserte til å gå nærmere inn på her. Det sentrale er at justering kan unnlates i det omfang den som overtar kapitalvaren også overtar justeringsforpliktelsen. Vi vil anta at erklæringen kan avgis i stiftelsesdokumentene og at det bør være tilstrekkelig å sende kopi av dokumentet til (fylkes-)skattekontoret.

Momskompensasjon til kommuner, fylkeskommuner, KF og IKS

8.3.4 Lov om kompensasjon av mva for kommuner mv.

Kommuner og fylkeskommuner, herunder kommunale-/fylkeskommunale KF vil etter momskompensasjonsloven ha krav på kompensasjon av betalt inngående merverdiavgift så langt anskaffelsen ikke er foretatt i kommunens avgiftspliktige virksomhet.

(Momskompensasjon gis likevel ikke for kommunens oppføring av bygg og anlegg for salg eller utleie, samt for kostnader som er av en art hvor fradragsrett heller ikke innrømmes avgiftspliktige næringsdrivende.)

Momskompensasjon er videre gitt anvendelse på kommunale og fylkeskommunale sammenslutninger organisert etter kommuneloven eller annen kommunal særlovgivning. Dette medfører også at interkommunale samarbeid og interkommunale selskaper (IKS) omfattes av kompensasjonsloven.

OBS! Ikke kompensasjonsrett for kommunale AS

Kommunalt eide aksjeselskaper (hel- og deleide AS) faller derimot utenfor kompensasjonslovens virkeområde. Ikke-avgiftspliktig kommunal virksomhet mister dermed adgangen til å få restituert inngående merverdiavgift og det skal av denne grunn andre gode grunner til for å gjennomføre en utskilling til AS av slik virksomhet.

Avgiftsfelle?

Avgiftsfelle ved overføring av driftsmidler mellom kompensasjonsberettigede enheter?

En utskilling av en kommunal virksomhet som for eksempel avfallshåndteringen fra en kommune til et interkommunalt samarbeid, vil kunne medføre en bruksendring for eksempel ved at et forbrenningsanlegg

Melding skal inngis både av kommunen og den overtakende enhet

overføres fra kommune til IKS. Etter momskompensasjonsloven synes kommunen pliktig til å "justere" tidligere kompensert merverdiavgift ved en slik overføring og kompensasjonslovens justeringsregler gir ingen hjemmel for å unnlate justering ved overtakelse av justeringsforpliktelsen. Etter vårt syn vil en justering i dette tilfelle være klart i strid med formålet med justeringsreglene. Vi anbefaler derfor at det tas kontakt med fylkesskattekontoret med sikte på en avklaring av dette forhold før en utskilling som nevnt foretas.

8.3.5 Registrering i mva-mantallet

Melding skal inngis både av kommunen og den overtakende enhet

Som nevnt over skal overføring av en avgiftspliktig kommunal virksomhet meldes til fylkesskattekontoret. Melding gis på skjemaet "Samordnet registermelding del 2 – Tillegg for Merverdiavgiftsmanntallet" som blant annet er tilgjengelig på www.brreg.no.

Kommunens utfylling

Det må fylles ut separat skjema både av tidligere eier (kommunen) og den nye enhet som skal drive virksomheten videre. Skjemaets felt 7 eller 8 må fylles ut med informasjon om hhv. fremtidig og tidligere eier. Herunder må det oppgis om overføringen har skjedd uten beregning av utgående avgift. I den grad det ikke er avtalt noen kjøpesum bør bakgrunnen for dette forklares i meldingens punkt 12.

Tilleggsopplysninger fra den overtakende enhet

For kommunen som overdragende enhet vil det ellers være tilstrekkelig å fylle ut meldingens felt 1 med opplysninger om navn, adresse og organisasjonsnummer, samt felt 2 med opplysning om dato for overføringen. I tillegg må den virksomhet som overføres kort beskrives i felt 5. Utover dette er det tilstrekkelig med signatur av meldingen i felt 13. Det er tilstrekkelig at meldingen signeres av en som har fullmakt til dette enten gjennom sin stilling eller ved uttrykkelig skriftlig fullmakt fra kompetent organ i kommunen.

2,5% av omsetningsverdien

Andre former for disposisjonsrett

For den enhet som skal overta virksomheten vil det i tillegg til ovennevnte utfylling måtte gis opplysninger i felt 3 og 11. Videre anbefales det å oppgi kontonummer i felt 6 for eventuell tilbakebetaling av overskytende avgift i en termin. Endelig kan det være praktisk å søke om forhåndsregistrering i felt 4 slik at den nye enhet kan påføre korrekt organisasjonsnummer etterfulgt av bokstavene "MVA" fra utstedelse av første faktura.

8.4 Dokumentavgift

Dersom en utskillelse av virksomhet innebærer at det skal overdras hjemmel til fast eiendom, vil erververen måtte betale dokumentavgift med 2,5% av omsetningsverdien for eiendommen som overdras. Dette

innebærer at det kan være hensiktsmessig å vurdere andre former for disposisjonsrett til eiendommen, så som leierett, framfor overdragelse av hjemmelen.

9. ARBEIDSTAKERS STILLING VED UTSKILLELSE

9.1 Hva er virksomhetsoverdragelse ved utskillelse av kommunal virksomhet?

Det overføres
selvstendig enhet

Identitet består etter
overføringen

Helhetsvurdering

Der en del av kommunens virksomhet skilles ut og overføres til et annet rettssubjekt (selskap), kan det foreligge en virksomhetsoverdragelse. Dette gjelder enten overføringen skjer til et interkommunalt selskap eller til et aksjeselskap. En betingelse for en slik overdragelse er at det som overføres er en selvstendig enhet. Kravene til hva som utgjør en slik enhet, er likevel små. Overføring av en administrativ enhet (eller underenhet) med bestemte oppgaver vil vanligvis kunne anses som en virksomhetsoverdragelse, dersom vilkårene nedenfor er oppfylte.

Det kreves videre at *identiteten* til den aktuelle del av virksomheten består etter overføringen.

Om dette er tilfellet, beror på en helhetsvurdering, der sentrale momenter er:

- er aktivitetene som utføres i det vesentlige de samme før og etter overdragelsen?
- overføres eiendomsrett eller disposisjonsrett til fast eiendom (lokaler)?
- i hvilken grad overføres eiendomsrett eller disposisjonsrett til utstyr (løsøre)?
- i hvilken grad overføres arbeidstakere?
- i hvilken grad overføres avtaler, immaterielle goder m.v.?
- i hvilken grad er "kundekretsen", mao. adressatene for virksomhetens oppgaver, de samme?
- er det noe opphold i driften (fra kommunen driver virksomheten til Selskapet driver virksomheten)?

Vektlegging av
momentene

Karakteriserer

Vesentlige forskjeller
mellom drift hos
kommunen og

I tillegg kan en merke seg at *vektleggingen* av de ulike momentene kan avhenge av hva slags type virksomhet det er tale om. I avveiningen er et spørsmål derfor hva som *karakteriserer* den aktuelle virksomhet. Betydningen av for eksempel overføring av disposisjonsretten til fast eiendom kan derfor avhenge av hvor sentral eiendommen er for virksomheten.

selskapet

Moment

For øvrig kan identitetsspørsmålet sammenfattes slik at dersom det er *vesentlige* forskjeller mellom driften hos kommunen og selskapet, kan det anses for ikke å ha skjedd en overføring av virksomhet.

Arbeidsmiljøloven

Det forhold at virksomhet overføres fra én kommune, til en ny enhet som "betjener" flere kommuner, kan i denne forbindelse være et *moment* i vurderingen – spesielt hvis det ikke etableres underavdelinger i selskapet for den enkelte kommune. Det avgjørende er imidlertid en totalvurdering av virksomheten før og etter overføringen.

Reglene om virksomhetsoverdragelse i arbeidsmiljøloven kommer for øvrig også til anvendelse ved administrativ omorganisering av en offentlig myndighet, eksempelvis ved utskilling av kommunal virksomhet.

9.2 Hvilke rettigheter og plikter har arbeidstakere ved utskillelse av virksomhet?

Hovedregel

9.2.1 Overføring av arbeidsforholdet

Arbeidsforhold
overføres automatisk

Ved en virksomhetsoverdragelse er hovedregelen at *arbeidsforholdet* for de berørte ansatte i kommunen overføres til selskapet. Dette skjer *automatisk* – i kraft av selve overdragelsen. Arbeidsforholdet i kommunen opphører på overdragelsestidspunktet, uten oppsigelse. Fra samme tidspunkt anses arbeidstakeren for å være ansatt i Selskapet.

Reservasjonsrett

Den ansatte har rett til å *motsette seg* å bli med over til Selskapet (*reservasjonsrett*). I så fall må arbeidsgiver (kommunen) underrettes innen en frist som kommunen selv fastsetter. Fristen kan imidlertid ikke være kortere enn 14 dager.

Konsekvensen

Konsekvensen av å utøve reservasjonsrett vil være at arbeidsforholdet med kommunen *opphører på overdragelsestidspunktet*, uten at det etableres noe arbeidsforhold med selskapet. En forutsetning for at opphør skal skje på overdragelsestidspunktet er imidlertid at varsel er gitt så tidlig at 14-dagers fristen som er omtalt i forrige avsnitt er utløpt på tidspunktet for virksomhetsoverdragelsen.

Spesielle tilfeller

Valgrett

I spesielle tilfeller – og etter en konkret vurdering – kan en arbeidstaker ha rett til å motsette seg overføring, samtidig som arbeidsforholdet i kommunen fastholdes. I slike tilfeller sier man at det foreligger en *valgrett*. Vilkåret for at en slik rett skal foreligge er at virksomhetsoverdragelsen samlet sett må anses for å ha ikke uvesentlige, negative følger for den ansatte.

Momenter

Momenter i denne vurderingen er:

- i hvilken grad påvirkes den ansattes rettigheter av overføringen (spesielt i forhold til tariffavtaler og pensjoner (jf punkt 9.2.2 nedenfor)?
- i hvilken grad påvirkes jobbsikkerheten av overdragelsen?
- i hvilken grad påvirkes arbeidsmiljø/jobbfelleskap o.l. av overdragelsen?
- I hvilken grad påfører overdragelsen arbeidstakeren andre ulemper?

Valgretten utøves

Overtallighetssituasjon

Hvis det foreligger valgrett, er det mest praktisk for kommunen å sette samme frist for utøvelse av valgrett som for reservasjonsrett, jf. ovenfor. Hvis valgretten utøves, er konsekvensen at arbeidsforholdet i kommunen fortsetter – også etter overdragelsestidspunktet. Dette kan skape en overtallighetssituasjon. Hvis det er aktuelt med oppsigelser som følge av dette, må disse vurderes i lys av det alminnelige kravet til saklig grunn. Dette innebærer blant annet at det ikke er noen automatikk i at en arbeidstaker som mister sine arbeidsoppgaver skal sies opp. Det må også foretas en saklig utvelgelse (og vurderes om det foreligger annet ledig arbeid i kommunen). Ved utvelgelsen kan det tas hensyn til at vedkommende hadde mulighet til å fortsette sitt arbeidsforhold hos Selskapet.

Beholder individuelle lønn- og arbeidsvilkår

9.2.2 Overføring av rettigheter i arbeidsforholdet

Den ansatte beholder sine *individuelle lønn- og arbeidsvilkår* etter overdragelsen. Selskapet kan ikke redusere lønn eller gi dårligere vilkår, dersom dette ville være i strid med (den tidligere) arbeidsavtalen med kommunen.

Opptjente krav

I tillegg blir Selskapet ansvarlig for krav den enkelte har *opptjent* i kommunen, men som ikke er utbetalt (for eksempel lønn). For slike krav kan arbeidstakeren likevel velge om krav skal settes frem mot kommunen eller Selskapet.

Tariffavtaler

Individuelle arbeidsvilkår

Ferierettigheter

For *tariffavtaler* er hovedregelen at disse går over fra kommunen til Selskapet. Selskapet kan imidlertid hindre dette ved å avgi en skriftlig erklæring til fagforeningen innen 3 uker om at man ikke ønsker å være bundet. Likevel vil arbeidstakerne beholde retten til *individuelle arbeidsvilkår* som følger av kommunens tariffavtale inntil avtalen utløper, eller det inngås ny tariffavtale som er bindende for Selskapet og de overførte arbeidstakerne. Dette har blant annet betydning for særskilte *ferierettigheter* som måtte følge av tariffavtalen, men ikke av den enkeltes arbeidsavtale).

Pensjonsordninger

Arbeidstakernes rett til videre opptjening av alders-, uføre- og etterlattepensjon i henhold til kollektiv tjenstepensjon blir overført til Selskapet. Om Selskapet er etablert fra før av, og har eksisterende

pensjonsordninger for sine ansatte, kan imidlertid disse videreføres, også i forhold til de overtatte arbeidstakere. Om unntaket ikke kommer til anvendelse, men pensjonsordningen ikke kan overføres, gjelder særregler. Det er imidlertid antatt at disse normalt bare kommer til anvendelse ved overføringer mellom offentlig og privat sektor, hvor det kan være umulig å videreføre en gjeldende ordning. Uansett gjelder tjenstepensjonslovens krav til pensjonsordninger for samtlige arbeidstakere.

Overdragelsen i seg selv ikke gir saklig grunn til oppsigelse
Oppsigelsesgrunn etter arbeidsmiljøloven

9.2.3 Særlig om oppsigelsesadgangen ved virksomhetsoverdragelser

Et grunnleggende prinsipp ved virksomhetsoverdragelser er at overdragelsen i seg selv ikke gir saklig grunn til oppsigelse. Om en utskilling av kommunal virksomhet fører til overtallighet, må det derfor foretas en helt ordinær vurdering av om det foreligger oppsigelsesgrunn etter arbeidsmiljøloven. I denne forbindelse vil Selskapets behov for arbeidskraft i fremtiden stå sentralt. Av denne grunn – og for å sikre at en beslutning om oppsigelse er tilstrekkelig fundert og vurdert – bør den praktiske hovedregel være at det er Selskapet som eventuelt forestår eventuelle oppsigelser i perioden rundt virksomhetsoverdragelsen.

Proessen / godt planlagt og korrekt

9.3 Prosessen ved virksomhetsoverdragelser

Informasjon og drøftelse

9.3.1 Informasjons- og konsultasjonsplikter

Informasjon / "så tidlig som mulig"
Påvirke prosessen

Ved virksomhetsoverdragelser er det viktig at prosessen er godt planlagt og korrekt.

Det gjelder for det første å overholde strenge krav til informasjon og drøftelse.

Særskilt informasjon

Informasjon om overdragelsen skal gis "så tidlig som mulig". Tanken er at arbeidstakerne gjennom sine tillitsvalgte skal ha mulighet til å påvirke prosessen.

Det skal gis særskilt informasjon om:

- grunnen til overdragelsen
- fastsatt eller foreslått overdragsesdato
- de rettslige, økonomiske og sosiale følgene av overdragelsen (de rettslige og økonomiske ved overføring av arbeidsforholdene med tilhørende rettigheter, jf. punkt 9.2 ovenfor; de sosiale vil særlig avhenge av om overføringen fører til overtallighet eller andre vesentlig endringer)
- endringer i tariffavtaleforhold
- planlagte tiltak overfor arbeidstakerne

- reservasjons- og fortrinnsrett, og fristen for å utøve slike rettigheter.

Informasjon som beskrevet ovenfor skal gis til:

Informasjonsplikt

- a) de berørte arbeidstakerne, og
- b) arbeidstakernes tillitsvalgte

Plikt til å drøfte

Informasjonen vil typisk bli gitt i *møte og/eller skriftlig*. Merk at informasjonsplikten både påhviler kommunen og Selskapet. Det mest praktiske vil ofte være at disse oppfyller informasjonsplikten i fellesskap. Hvis ulike deler av informasjonen ovenfor er tilgjengelig på forskjellige tidspunkter, kan man måtte gi informasjon i flere omganger.

"tiltak overfor arbeidstakerne"

Mer inngående forhandlingsplikt

I tillegg til informasjonsplikten, gjelder det også en plikt til å *drøfte* overdragelsen med de tillitsvalgte. Også denne plikten påhviler både kommunen og Selskaper. Drøftinger skal skje "så snart som mulig", typisk kort tid etter at informasjon som nevnt ovenfor er gitt til de tillitsvalgte. Formålet med drøftingene er at arbeidstakerrepresentantene skal ha mulighet til å påvirke prosessen. Om partene ikke blir enige er det imidlertid arbeidsgiver som bestemmer.

Hvis Selskapet eller kommunen planlegger "tiltak overfor arbeidstakerne", typisk oppsigelser, skal disse tiltakene så tidlig som mulig drøftes med arbeidstakerrepresentantene – "med tanke på å oppnå en avtale". Her gjelder det altså en mer inngående forhandlingsplikt, der partene skal forsøke å bli enige. Også her er det imidlertid arbeidsgiver (kommunen eller Selskapet) som har det avgjørende ord, hvis enighet ikke oppnås.

9.3.2 Reservasjons- og valgrett

Underrettes skriftlig

For kommunen og Selskapet vil det være viktig om arbeidstakerne i den utskilte delen vil bli med over til Selskapet, og om de vil hevde seg ansatt i kommunen. I tillegg kan det skape en vanskelig praktisk og juridisk situasjon hvis slike forhold ikke er avklart på overdragelsestidspunktet.

Eget styre til løsning av fellesoppgaver

Hvem er arbeidsgiver

I lys av dette bør arbeidstakerne i god tid før overdragelsen underrettes skriftlig om fristen for å utøve reservasjonsrett. Om valgrett kan være aktuelt, bør det også vurderes å sette samme frist for utøvelse av valgretten. Fristen må være på minst 14 dager.

Virksomhetsoverdragelse

Eget rettssubjekt

9.4 Særlig om interkommunalt samarbeid etter kommuneloven § 27 og kommunalt foretak

To eller flere kommuner kan opprette et eget styre til løsning av fellesoppgaver, jf kommuneloven § 27. Et viktig spørsmål er hvem som er *arbeidsgiver* for de ansatte som skal arbeide for denne sammenslutningen.

Momentene

Om oppgaver som tidligere er utført andre steder i kommunen, nå legges under styret, er det et spørsmål om også utskillelsen innebærer en *virksomhetsoverdragelse*,

Et grunnleggende spørsmål i denne forbindelse er om styret/ virksomheten utgjør et eget *rettssubjekt*.

Blant momentene som kan trekke i retning av at det foreligger et eget rettssubjekt er:

- at styret opptrer utad i eget navn (herunder om det på egen hånd foretar tilsetninger
- at det tar avgjørelser med simpelt flertall
- at det disponerer egne midler og fastsetter eget budsjett
- at samarbeidet omfatter mange kommuner (moment for at eget rettssubjekt).

Kommunalt foretak

Hvis det er etablert et eget rettssubjekt, og virksomhet overføres til dette fra kommunen, må spørsmålet om dette utgjør en overføring en virksomhetsoverdragelse (av en del av kommunens virksomhet) avgjøres etter de kriterier som er beskrevet i punkt 9.1 ovenfor.

Et kommunalt foretak er en del av kommunen selv, og det skiftes dermed ikke arbeidsgiver fordi om en virksomhet legges til et kommunalt foretak.

10. REGISTRERING I FORETAKSREGISTERET OG MERVERDIAVGIFTSANTALLET

Lovpålagt plikt

10.1 Registreringsplikt og betydningen av registrering

Oppstår ved stiftelse

10.1.1 Registreringsplikt

Aksjeselskap, Interkommunale selskap og kommunale foretak har alle en lovpålagt plikt til å registreres i foretaksregisteret. Meldeplikten påligger hvert enkelt styremedlem.

Plikten til registrering oppstår ved stiftelse av et selskap og gjelder løpende helt til selskapet eventuelt avvikles og slettes. I tillegg til førstegangsregistrering av selskapet ved stiftelse, påligger det altså selskapet en løpende plikt til straks å oppdatere foretaksregisteret (jf. nedenfor).

Elektroniske registre for registrering og rapportering til myndighetene

10.1.2 Hva er Foretaksregisteret?

Foretaksregisteret er et av de såkalte Brønnøysundregistrene.

Brønnøysundregistrene består av flere forskjellige statlige elektroniske

Ett sentralt register

Samordnet registermelding

registre for registrering og rapportering til myndighetene. I tillegg til foretaksregisteret, er blant annet Enhetsregisteret, Regnskapsregisteret, Konkursregisteret og Oppgaveregisteret en del av Brønnøysundregistrene.

Den sentrale administrasjonen i Brønnøysundregistrene samordner de registreringer og opplysninger som kommer inn om foretak og koordinerer oppdateringene av alle registrene. Dette gjør at det registreringspliktige foretak kan forholde seg til ett sentralt register i stedet for flere mindre.

Samordnet registermelding er fellesblankett for registrering i Enhetsregisteret, Foretaksregisteret, Merverdiavgiftsmanntallet, NAV Aa-registeret, Statistisk sentralbyrås bedrifts- og foretaksregister, Stiftelsesregisteret og Skattemanntallet for etterskuddspliktige. Samme skjema gjelder altså for melding til ett eller flere av disse registrene.

Rett til å drive næringsvirksomhet

For ytterligere opplysninger om Brønnøysundregistrene, registreringsplikt, kunngjøringer med mer, se www.brreg.no eller ring Brønnøysundregistrenes opplysningstelefon: 75 00 75 00. Brønnøysundregistrene har dessuten utgitt en veiledning til samordnet registermelding. Denne kan lastes ned gratis på www.brreg.no.

Organisasjonsnummer

10.1.3 Betydningen av registrering

Den kanskje viktigste betydning av registrering i foretaksregisteret er at det gir selskapet rett til å drive næringsvirksomhet.

Firmaattest

Når foretaket er registrert i Foretaksregisteret får det tildelt et organisasjonsnummer. Organisasjonsnummeret benyttes for det første som identifikasjon overfor myndighetene. Men det er også viktig for samordning av offentlige og private næringslivsregistre, i tillegg til at det i stor grad benyttes mellom offentlige og private aktører i næringslivet.

Klarhet i ansvarsforholdet

Foretaket får også en firmaattest ved registrering. Firmaattesten benyttes som legitimasjon overfor potensielle långivere og kredittinstitusjoner, tingslysningmyndigheter, toll- og avgiftsmyndigheter og i forbindelse med hvitvaskingsrutiner i verdipapirforetak og lignende.

Hvem representerer foretaket utad

Firmaattesten bidrar altså til å ivareta et av de viktigste formålene med Foretaksregisteret som er å sikre klarhet i ansvarsforholdene. Dette gjelder både klarhet i forhold til foretaket selv, men også i forhold til hvem som har rett til å representere foretaket utad.

Riktigheten av ansvaret i forhold til foretaket bekreftes ved at medlemmer av

styret, daglig leder og revisor selv må skrive under på at de har påtatt seg ansvar for selskapet.

Oppdaterte
opplysninger

Klarhet i forhold til hvem som har rett til å representere foretaket utad ivaretas ved de opplysninger som registreres i foretaksregisteret, i tillegg til at dette kommer frem av firmaattesten.

Rettsvern og
økonomisk oversikt

På grunn av den løpende plikten til registrering av endringer i foretaket vil Foretaksregisteret alltid kunne gi oppdaterte opplysninger om hvem som innehar ulike roller i et foretak, endringer i aksjekapital, om et foretak er sendt skifteretten for tvangsoppløsning eller er under konkursbehandling, og flere andre forhold.

Opplysninger til
registeret

I tillegg til de punkter som er listet opp ovenfor, sikrer registrering i foretaksregisteret rettsvern og økonomisk oversikt, samtidig som det er en sikker kilde for riktige opplysninger for alle, både det offentlige og private, aktører i næringslivet. Registrering gir også et rettsbeskyttet navn.

10.2 Stiftelse

Samordnet
registermelding /
opplysninger

Opplysninger til registeret

Melding om nyregistrering av et selskap skjer ved utfylling av samordnet registermelding, jf ovenfor.

Både for aksjeselskap, interkommunale selskap og kommunale foretak skal den samordnet registermelding inneholde opplysninger om følgende:

- selskapets navn, adresse, forretningskommune og vedtekter/selskapsavtale.
- dato for stiftelse/etablering av selskapet og selskapsform (aksjeselskap, interkommunalt selskap eller kommunalt foretak).
- Selskapets signaturbestemmelse, altså hvem som representerer selskapet utad og tegner dets firma skal også fylles ut.
- opplysninger om styrets medlemmer, herunder den enkeltes personalia og hvilken rolle den enkelte styremedlem skal ha i styret, for eksempel styreleder, nestleder eller alminnelig styremedlem. Det skal også opplyses om styret har varamedlemmer og/eller observatører. Det enkelte medlem av styret må bekrefte at de har påtatt seg vervet som styremedlem ved å avgi villighetserklæring. Foretaksregisteret aksepterer to former for villighetserklæring, det ene er vedkommendes originale signatur på siste side av samordnet registermelding eller en separat villighetserklæring, også denne med original signatur.
- daglig leder og/eller kontaktperson og dennes personalia.

Kommunale foretak

Aksjeselskap

- Selskapets revisor. Revisor må avgi villighetserklæring til foretaksregisteret på samme måte som styremedlemmene, mens dette ikke er nødvendig for daglig leder.

Vedlegg
Førstegangsregistrering

Kommunale foretak skal i tillegg opplyse om hvilken kommune foretak er en del av.

Aksjeselskap skal gi opplysninger om størrelsen på aksjekapitalen i blanketten.

Vedlegg til meldingen

Ved førstegangsregistrering i foretaksregisteret skal følgende dokumenter vedlegges samordnet registermelding:

- Stiftelsesdokument
- Vedtekter/selskapsavtale
- Eventuelt protokoll fra generalforsamling/selskapsmøte dersom dette foreligger
- Eventuelle villighetserklæringer fra styret/revisor, jf. ovenfor
- Eventuelt bekreftelse fra revisor på innbetalt kapital

Tidsfrist for registrering

Før næringsvirksomheten begynner

Vær oppmerksom på at stiftelsesdokument og vedtekter kan sendes inn som bekreftet kopi, mens villighetserklæringer og revisors bekreftelser må sendes til foretaksregisteret i original.

Aksjeselskap / senest 3 måneder etter at stiftelsesdokumentet er undertegnet

Tidsfrist for registrering

For aksjeselskap, interkommunalt selskap eller et kommunalt foretak sier loven at foretaket må meldes til foretaksregisteret før næringsvirksomheten begynner.

Interkommunale selskap / kommunale foretak

Et aksjeselskap skal meldes til Foretaksregisteret senest innen 3 måneder etter at stiftelsesdokumentet er undertegnet. Dersom selskapet ikke meldes innen 3 måneder etter stiftelse vil registrering nektes. I tillegg vil de forpliktelser som følger av stiftelsesdokumentet, som for eksempel innbetaling av aksjeinnskudd, tegning av aksjer, m.m., falle bort. Selskapet må i så fall stiftes på nytt for at registrering skal kunne skje.

Registreringsplikt er løpende forpliktelse

For interkommunale selskap og kommunale foretak er det ingen tidsfrister i loven bortsett fra at registrering må skje før næringsvirksomheten begynner, jf innledningsvis i dette avsnittet.

Endringsmelding

10.3 Endringer

Samordnet registermelding

Som nevnt ovenfor, er registreringsplikten en løpende forpliktelse. Dersom det skjer endringer i forhold til det som er registrert eller dersom det inntreffer nye forhold som skal registreres i Foretaksregisteret, skal det sendes

endring melding til foretaksregisteret.

Vanligste endringene

Endring melding innsendes ved utfylling og innsendelse av samordnet registermelding. Ved endringer er det kun de opplysningene som skal endres som skal fylles ut, ikke de andre registrerte opplysningene som gjelder for selskapet og som allerede er registrert.

Vedlegg / beror på endring

De vanligste endringene som skal registreres er følgende:

- endring i styret eller daglig leder
- endring i kapital
- endring i signaturbestemmelser

Vanligste vedlegg

Hvilke vedlegg som er nødvendig ved melding om endringer, beror på hva slags endring om meldes. Opplysninger om nødvendige vedlegg kan fås på www.brreg.no eller opplysningstelefonen for Brønnøysundregistrene: 75 00 75 00.

De vanligste vedleggene:

- protokoll fra generalforsamling/selskapsmøte, for eksempel ved endringer i styret eller vedtektsendringer.
- Vedtekter. Dersom vedtektene er endret skal disse alltid legges ved meldingen om endring av vedtektene.
- Revisors bekreftelser ved endringer i foretakets kapital

Ved registrering av endringer, utsteder foretaksregisteret en oppdatert firmaattest.

10.4 Huskeliste

I forbindelse med melding til foretaksregisteret, er det viktig å huske følgende punkter:

Alle relevante felter i blanketten må fylles ut

Meldingen må være underskrevet i original av de signaturberettigede.

Riktige vedlegg må sendes med, enten i original eller bekreftet kopi.

Sjekk www.brreg.no eller ring 75 00 75 00 dersom du er i tvil.

DEL 3

RETNINGSLINJER FOR FORVALTNING AV SELSKAPET

| | |
|---------------------------------------|--|
| Driften overlates til den nye enheten | 11. OPPNEVNING AV REPRESENTANTER TIL SELSKAPETS ORGANER |
| Kontroll | 11.1 Eierne må forholde seg til selskapets hierarki Når virksomhet skal skilles ut fra kommunen i eget selskap enten det er helt eller delvis eid av kommunen, overlates samtidig driften av virksomheten til den nye enheten, og kommunen må akseptere at den har gitt fra seg myndigheten til den løpende forvaltningen til en annen. Dette kan synes opplagt, men det viser seg i praksis at de kommunale eierne etter utskillelsen ofte synes de får for lite kontakt eller kontroll med den virksomheten som er utskilt. Dersom det er etablert virksomhet sammen med andre, må de være enige om vetoregler dersom ikke kommunene skal finne seg i å måtte rette seg etter vedtakene i selskapet. |
| Styring og innflytelse | Eiere av et selskap har styring og innflytelse i selskapet. Men når selskapet er stiftet, må de forholde seg til den hierarkiske oppbygningen i selskapet for å utøve sin innflytelse. Dette innebærer at med mindre det er etablert egne fora for det, kan verken politikere eller administrasjonen i kommunen ha <u>direkte</u> innflytelse overfor selskapsorganer utenom eierorganet. Eiernes innflytelse må utøves gjennom alminnelig deltakelse i eierorganet, hva enten dette er representantskapet i det interkommunale selskapet, generalforsamlingen i aksjeselskapet, eller kommunestyret overfor styret i det kommunale foretaket. |
| Hvem som skal representere | 11.2 Eierorganet |
| Kommunen som <u>en</u> person | 11.2.1 Oppnevning av representant til eierorganet |
| Representant | Kommunene står fritt til å bestemme hvem som skal representere kommunen i selskapets eierorgan. Selv om kommunens politiske organer har flere partier, og selv om en kommune har flere aksjer i et aksjeselskap, er det kommunen som <u>en</u> person som er representert så lenge ikke annet er bestemt. |
| Normalt ordføreren | |

| | |
|--|--|
| Mandatet og fullmakt | Men det kan bestemmes i vedtektene at eierne kan la seg representere i generalforsamling med flere enn en representant, og at stemmeretten for aksjene kan være delt etter den politiske sammensetningen i kommunen. Dersom dette ikke er tatt inn i vedtektene, eller kommunestyret bestemmer annet, er det normalt ordføreren, som kommunens rettslige representant, som representerer kommunen i generalforsamling i aksjeselskap, og i representantskap i interkommunale selskap. |
| Politisk innflytelse | Ordføreren opptrer i slike fora med det mandatet og fullmakt han/hun har fra kommunestyre eller formannskap, hva enten det er tale om instruks i konkrete saker, eller et generelt mandat. |
| Sammenblanding mellom eierrolle og den administrative funksjonen | I den grad det er ønskelig med politisk innflytelse i virksomheten, bør denne utøves i eierorganet, og ikke i selskapets styre. Dette innebærer at styret ikke bør sammensettes ut fra kommunenes politiske sammensetning, men etter det behov for kompetanse det er i forhold til den konkrete virksomheten det er tale om. Dersom kommunen har politikere som representanter også i det operative organet i selskapet, dvs styret, kan det lett bli en sammenblanding mellom eierrolle og den administrative funksjonen styret skal ha. I selskap med flere eiere, vil slik sammensetning også kunne utvanne selskapets hierarkiske oppbygning og beslutningssystem, ved at eierorganets myndighet i praksis svekkes eller gjøres utydelig i forhold til styret. |
| Høringsnotat | Kommunal- og regionaldepartementet har i høringsnotat 3.10.07 fremmet forslag til endring av kommuneloven og forvaltningsloven om rolleklarhet i kommunesektoren. Et tema i notatet er om folkevalgte helt bør utelukkes fra valg til styret i selskaper som kommunen er eier av, for å unngå slik rolleblanding som omtalt foran. |
| Nødvendig informasjon / instruksjon fra de kommunale organer | 11.2.2 Instruks og rapportering |
| Sikre gode rutiner | Eiernes innflytelse skal utøves gjennom eierorganet, og det er derfor viktig at den som representerer kommunen har sikret den nødvendig informasjon til og instruksjon fra de kommunale organer når vedtaket skal fattes i generalforsamlingen eller representantskapet. Dersom representanten for kommunen ikke opptrer i samsvar med eierens ønske, og stemmer på annen måte enn kommunen ville ha ønsket, vil selskapets vedtak i eierorganet likevel være gyldig, i alle fall så langt ikke de andre deltakerne var klar over forholdet. Derfor er det viktig å sikre gode rutiner for informasjon og instruks mellom eieren og dennes representant i eierorganet. |
| Eierrepresentantenes ansvar | Verken kommuneloven eller de aktuelle selskapslover sier noe om hvordan det kan sikres god informasjon og retningslinjer for saksbehandlingen mellom selskapet og eierne. Ofte synes kommunene å bebreide selskapene for ikke å sørge for nok informasjon til eierne. Men dersom ikke selskapet er |
| Etablere rutiner og retningslinjer | |

Særlig instruks

pålagt særlige rutiner mht informasjon, er det eierrepresentantenes ansvar å sørge for at kommunene blir godt nok informert til å ta stilling til og kunne instruere i viktige saker.

Aksjeselskap
Interkommunale
selskap

Erfaringen viser at det ofte vil være nyttig å etablere rutiner og retningslinjer mellom kommunen og den kommunale representanten for hvilken informasjon vedkommende skal gi til eierkommunen, hvilke saker som skal behandles i kommunestyre eller andre kommunale organer før eierorganets møter osv. Videre vil det ofte være formålstjenlig å vedta en særlig instruks mellom kommunen og den kommunale representanten i eierorganet om hvilken informasjonsplikt vedkommende har, og hvilket mandat vedkommende dermed også må arbeide etter i eierorganet. Slik sikres eierkommunen en tettere kontakt med og innflytelse på virksomheten.

11.3 Styret

Forsvarlig forvaltning
av selskapets økonomi

Styret i aksjeselskap skal etter aksjeloven velges av generalforsamlingen. I interkommunale selskap velges styret av representantskapet. Siden de kommunale eierne gjerne ønsker å ha en viss innflytelse på hvordan styret sammensettes, er det viktig at eiernes representanter i eierorganet sørger for å innhente signaler fra de relevante kommunale organene før styret velges.

Skille mellom rollene

Som nevnt foran, bør ikke styremedlemmer i eksterne selskaper velges alene etter politisk bakgrunn. Styret i selskaper har et ansvar for en forsvarlig forvaltning av selskapets økonomi og virksomhet som ikke er av politisk art, og som krever annen kompetanse enn den rent politiske, se også under om styremedlemmers ansvar. Politikere vil avhengig av den konkrete yrkesbakgrunn ofte også ha relevant kompetanse til ulike styreverv, og er slik selvsagt også i utgangspunktet faglig kompetente til slike verv. Men siden det kan være viktig å skille mellom rollene som eier, eierorgan og utøvende styre, vil det likevel ofte være hensiktsmessig å ikke velge den aktive politiker inn i styret. Som nevnt over, er det fremlagt et høringsnotat fra KRD som foreslår begrensninger i politisk valgtes adgang til å ta slike verv, for å sikre mot slik uheldig rolleblanding.

Ordføreren

Kontrollerende og
overordnet funksjon

Ordføreren har som rolle å representere eieren i eierorganet, som skal være overordnet styret, og hans rolle bør være avgrenset til dette.

Direkte innflytelse på
valg av styre / avtale

Politikerne i eierkommunene utgjør eierorganet, og har slik en kontrollerende og overordnet funksjon overfor selskapene de er eiere i. Denne rollen er svært viktig i selskaper som eies av offentlige organer og ikke private investorer. De siste vil ha en egeninteresse i å vokte over forvaltningen av selskapets kapital. I offentlig eide selskaper må denne interessen sikres ved at den kontrollerende rollen sikres og styrkes utenfor selskapet selv, framfor å utvannes ved for tett forhold til de kommunale

politikere.

Kommunale foretak

Dersom eierne av et aksjeselskap eller interkommunalt selskap ønsker direkte innflytelse på valg av styret, eller at de skal kunne utnevne et bestemt antall styremedlemmer hver, må det inngås egen avtale om dette. Siden både aksjeloven og lov om interkommunale selskap bestemmer at det er eierorganet selv som velger styrets medlemmer, må dette reguleres slik at kommunene på forhånd har forpliktet seg til å stemme for en bestemt sammensetning av styret. For aksjeselskap bør slike retningslinjer heller vedtas i en aksjonæravtale mellom aksjonærene, og for interkommunale selskap i en egen eieravtale. Styrets medlemmer må likevel til enhver tid stemme for selskapets beste, og skal ikke være underlagt annen instruksjon enn fra eierorganet direkte, dvs generalforsamlingen i aksjeselskapet og representantskapet i det interkommunale selskapet.

Selskapets formål /
Ramme for styrets
handlefrihet

Også i kommunale foretak kan det velges styremedlemmer utenom de politiske organer, og ut fra den særlige kompetanse som måtte være ønskelig for den aktuelle virksomheten. Men siden det kommunale foretaket er en del av kommunen selv, og ofte driver virksomhet nærmere den kommunale forvaltning, kan det her være mer naturlig at også politisk valgte representanter er med i styret.

11.4 Eierstyring og forvaltning – aksjeselskap og interkommunalt selskap

Referater

Eierne kan bare styre selskapet gjennom generalforsamlingen/representantskapet. Dette organet kan fastsette retningslinjer for selskapets drift i vedtektene. Vedtektenes angivelse av selskapets formål vil være en absolutt ramme for styrets handlefrihet. Eierorganet kan gjennom vedtektene innsnevre styrets handlefrihet ytterligere, for eksempel ved å fastsette at nærmere angitte saker skal forelegges generalforsamlingen for avgjørelse.

Ekstraordinære
eierorgansmøter

Fremlagt informasjon

Styret i et aksjeselskap eller interkommunalt selskap har etter loven ikke noen plikt til å sende referater fra styremøtene til eierne. Det er imidlertid ikke noe i veien for at det kan inntas bestemmelser om dette i vedtektene.

Etter lovenes minimumskrav har ikke eierorganene særlig ansvar for eller oppaver knyttet til forvaltningen av selskapet. Men det kan bestemmes i vedtektene at andre saker også skal behandles i her. Styret står ellers fritt til å innkalle til ekstraordinære eierorgansmøter dersom det mener det foreligger saker som skal eller bør forelegges eierne.

Særlige regler

Daglig leders rapport til styret formidles til eierne

Veileder eller instruks

Retningslinjer for direkte kontakt og informasjon

Kontaktmøter
Kontaktpersoner

Planer for selskapets strategi

Forankre hos eierne

Instruks eller

I prinsippet kan ikke en eier kreve fremlagt informasjon om selskapet på annen måte enn gjennom generalforsamlingen eller representantskapet. Enhver aksjeeier kan kreve at styret og daglig leder på generalforsamlingen gir tilgjengelige opplysninger om forhold som kan innvirke på opplysninger som kan innvirke på bedømmelsen av saker som er forelagt generalforsamlingen til avgjørelse. Dersom relevante opplysninger ikke kan gis på generalforsamlingen fordi det må innhentes opplysninger, skal det utarbeides et skriftlig svar som innen to uker skal sendes til alle aksjeeierne. Det er likevel ikke noe i veien for at det er fastsatt særlige regler for virksomheten som pålegger styret å informere eierne jevnlig om bestemte tema, eller generelt om selskapets status. For eksempel kan det for enkelte selskap være formålstjenlig at daglig leders rapport til styret hver tredje måned om selskapets virksomhet, stilling og resultatutvikling etter aksjeloven § 6-15, også formidles til eierne, eventuelt sammen med protokollen fra styremøtet som behandlet redegjørelsen. Tilsvarende rutiner kan innarbeides for interkommunale selskap, og om ønskelig også for kommunale foretak.

For å sikre tilstrekkelig informasjon mellom selskapet og eieren/eierne, kan det være hensiktsmessig å utarbeide en egen veileder eller instruks for dette, til bruk for eierorganet, representanten i eierorganet, og også den kommunale eieren selv. Videre kan en slik veileder også gi retningslinjer for hvilken direkte kontakt og informasjon det bør være mellom selskapets administrasjon og de kommunale eiernes administrasjon, noe som kan være hensiktsmessig særlig dersom det er tale om virksomhet som må drives i nær tilknytning til ordinære kommunale etater. Jevnlige kontaktmøter, etablerte kontaktpersoner osv kan være hensiktsmessige forhold å ha bestemt i en slik veileder for virksomheten. Det kan også være naturlig å innta noe om hvilke forhold det er naturlig å drøfte mellom administrasjonene på denne måten. Slike rutiner kan sikre et tettere og bedre forhold til den enkelte eierkommunes egen forvaltning, og også være tjenlig for nødvendig innsyn for eierne i driften av selskapet.

En slik veileder vil det være mest hensiktsmessig å utarbeide i forbindelse med etableringen av selskapet, for å sikre gode rutiner for kontakten med eierne fra første dag virksomheten er i gang.

11.5 Strategiske planer

Virksomheter av en viss størrelse har som rutine å vedta planer for selskapets strategi og målsetting for en bestemt framtidig periode. Dersom slike planer er konkrete nok, vil de være gode verktøy for selskapene administrasjon, og også for styrets oppfølging av administrasjonens utvikling av virksomheten.

Det er også viktig å forankre slike planer hos eierne. Dette tilsier at

retningslinjer

hovedlinjene i selskapets strategi og mål de nærmeste årene bør behandles og drøftes i eierorganet, med eventuelle vedtak om nødvendige fullmakter for å kunne følge opp planen.

11.6 Styreinstruks

I aksjeselskaper er det vanlig at styret vedtar en instruks eller retningslinjer for sitt eget arbeid. Dette kan være et tjenlig verktøy også for kommunalt eide selskaper, ikke minst for å sikre tilstrekkelig informasjon og oppfølging i forhold til eierorganene og eventuelt også direkte til eierne.

I instruksen kan det bakes inn plikter for styret til å sørge for rutinemessig informasjon til eierorganet utover det som vil følge av de selskapsrettslige eller andre retningslinjer. Dette dokumentet kan det være tjenlig at kommunen utarbeidet selv i forbindelse med etablering av selskapet.

Kommuneloven

12. JURIDISKE KRAV TIL REPRESENTANTER I STYRET

12.1 Habilitet

Inhabil
Er part eller
nærstående

Kommunelovens bestemmelser om habilitet gjelder for ansatte og medlemmer av styrende organer i interkommunale selskap og kommunale foretak. Aksjeselskapsloven har egne bestemmelser om habilitet i selskapets ulike organer.

Selskap som er part
Helt ut eid av stat eller
kommune

Kommunelovens regler om habilitet viser til forvaltningslovens regler om samme, men har noen særlige bestemmelser for kommuner (§ 40 (3)). Reglene er de samme om det er tale om behandling i selskapets eller foretakets organer, eller i kommunale ordinære organer.

Vise varsomhet

Reglene innebærer i korte trekk at representant i eierorganet, medlem av styret eller ansatt i selskapet/foretaket er inhabil til å delta i behandlingen av den enkelte sak dersom vedkommende selv er part i saken, er nærstående til noen som er part i saken, eller er leder av eller har styreverv i selskap som er part i saken. Det siste gjelder ikke dersom det aktuelle selskapet som er part i saken er helt ut eid av stat eller kommune, en forening, sparebank eller stiftelse.

Svekke tilliten

Dette innebærer at en styreleder for et interkommunalt selskap eller kommunalt foretak i dag ikke er inhabil til å behandle en avtale mellom det interkommunale selskapet og et selskap han er daglig leder i, så lenge det siste selskapet også er offentlig eid. Det er likevel grunn til å vise varsomhet i forhold til slike situasjoner. Det følger av forvaltningslovens regler at det ikke bare skal legges vekt om det faktisk er tale om tilknytningsforhold som nevnt, og som dermed ikke i seg selv fører til inhabilitet. Det skal også

legges til grunn at en person er inhabil dersom det foreligger særegne forhold som er egnet til å svekke tilliten til vedkommendes upartiskhet.

Eksempel:

Styret i det interkommunale selskapet Heia Renovasjon iks har utlyst konkurranse om et oppdrag på kjøring av returavfall for tre år framover. I konkurransen om oppdraget deltar også et selskap som er heleid av en av kommunene som er deltaker i Heia, og der styrelederen i Heia er daglig leder. Selv om ikke styrelederen vil være inhabil etter hovedregelen i forvaltningsloven, bør hensynet til tilliten til en upartisk beslutning tilsi at ikke styrelederen deltar i styrets behandling av tilbudene, og heller ikke ved inngåelsen av den etterfølgende kontrakten med den som velges. Dette eksempelet viser viktigheten av å drøfte rolleblanding som problemstilling når styret utnevnes.

Aksjeloven /
styremedlem

Kommunal –og regionaldepartementet har pt på høring et notat om endringer i kommuneloven og forvaltningsloven om "rolleklarhet mv" i kommunesektoren, se høringsbrev av 3. oktober 2007. I høringsbrevet foreslås endring i reglene om habilitet som innebærer at daglig leder og styreleder blir inhabile når saker som gjelder selskapet skal behandles i folkevalgte organer, selv om selskapet eies fullt ut av kommunen.

Generalforsamlingen

Det følger av aksjeloven at et styremedlem i et aksjeselskap ikke må delta i behandlingen eller avgjørelsen av spørsmål i aksjeselskapet som har slik særlig betydning for egen del eller for noen nærstående at medlemmet må anses for å ha fremtredende personlig eller økonomisk særinteresse i saken. Det samme gjelder for daglig leder. Tilsvarende bestemmelse finnes ikke for generalforsamlingen, fordi den vanlige aksjonær jo nettopp har en personlig interesse i de fleste saker. Videre skal aksjelovens alminnelige bestemmelser om mindretallsvern og misbruk av posisjon i selskapet hindre at en aksjonærs særinteresse fører til skade for de andre aksjonærene eller selskapet.

Økonomisk ansvar

Dette blir neppe annerledes fordi om kommuner er eiere, og den møtende i generalforsamlingen er ordføreren eller en annen særlig utpekt representant. Denne representanten kan uansett ikke opptre ut over eller stemme i strid med den instruksjon vedkommende har fått fra den eieren han representerer.

Styremedlemmers
erstatningsansvar

12.2 Ansvar for styremedlemmer

Rett og plikt til å handle

Ordet ansvar rommer flere betydninger; arbeidsoppgaver, betalingsforpliktelser, skyld mm. I vår sammenheng er det tale om

situasjoner som fører til at man kan pådra seg et økonomisk ansvar i tilknytning til vervet som styremedlem i et aksjeselskap eller interkommunalt selskap. Både lov om aksjeselskaper og lov om interkommunale selskap har bestemmelser om styremedlemmers erstatningsansvar for skade som de forsettlig eller uaktsomt påfører selskapet, den enkelte eier eller deltaker, eller andre.

Uaktsom opptreden

Brudd på en handlingsnorm

Styret har ikke et personlig ansvar for de forpliktelser selskapet måtte påta seg. Styret er først og fremst underlagt en rett og plikt til å handle på bestemte måter; dvs. at de i utgangspunktet har ansvar i betydningen arbeidsoppgaver. Men styret kan pådra seg økonomisk ansvar i form av erstatningsansvar overfor den eller de som lider tap ved at styret ikke utfører disse oppgavene på en tilfredsstillende måte.

Tiltak for å bedre egenkapitalsituasjonen

For at det skal oppstå en økonomisk forpliktelse for styremedlemmet må styremedlemmet for det første ha opptrådt uaktsomt, dvs at det må foreligge et brudd på en handlingsnorm knyttet til utøvelsen av rollen som styremedlem. Videre må det foreligge et erstatningsmessig tap og dessuten årsakssammenheng mellom tapet og den uaktsomheten som er utvist.

Iverksette undersøkelser

Styrets forpliktelser mht selskapets økonomi er kommet til uttrykk i aksjeloven ved at det settes krav til at selskapet til enhver tid har en forsvarlig egenkapital ut fra risikoen ved og omfanget av selskapets virksomhet. Dersom selskapets egenkapital er lavere, eller mer enn 50% av aksjekapitalen er tapt, er styret pålagt straks å behandle saken og innen rimelig tid innkalle generalforsamlingen for å drøfte tiltak for å bedre egenkapitalsituasjonen, eller alternativt oppløsning av selskapet.

Feilvurderinger

I denne sammenheng er styrets øvrige handleplikter etter aksjeloven viktige. Styret skal sørge for forsvarlig organisering av virksomheten, fastsette planer, budsjetter og andre retningslinjer for virksomheten i nødvendig utstrekning og påse at virksomheten, regnskapet og formuesforvaltningen er under betryggende kontroll. Det er også fastsatt eksplisitt at styret skal iverksettes de undersøkelser som er nødvendige for å kunne utføre disse oppgavene. Ved å utføre disse oppgavene, vil styret ha innhentet det faktiske grunnlaget som er nødvendig for å ta stilling til hva som er en forsvarlig egenkapital for den aktuelle virksomheten og om selskapet er forsvarlig finansiert.

Det enkelte styremedlem holdes ansvarlig

Det vil i utgangspunktet ikke medføre økonomisk ansvar for styremedlemmene at det gjøres en feilvurdering av disse spørsmålene, og det viser seg at utviklingen blir en annen enn styret hadde grunn til å forvente. Derimot kan det medføre ansvar dersom spørsmålet ikke vurderes.

Det er det enkelte styremedlem som eventuelt kan holdes ansvarlig, og ikke

styret som organ. Spørsmål om det foreligger uaktsomhet må derfor vurderes individuelt for hvert styremedlem. Dermed er det en forutsetning for ansvar at det enkelte styremedlem har deltatt i de aktuelle beslutninger. Dette betyr blant annet at det enkelte styremedlem kan fri seg fra ansvar dersom det protokollføres at vedkommende var uenig i den beslutning flertallet fattet som ledet til det aktuelle tapet.

Styrets medlemmer kan til en viss grad forsikres mot det økonomiske ansvaret ved at det tas ut styreforsikring. Slike poliser vil normalt dekke uaktsomme forhold, men ikke grovt uaktsomme eller forsettlig forhold.

13. REFERANSELISTE

Lover

Lov om aksjeselskap nr 44/1997
Lov om interkommunale selskap nr 6/1999
Kommuneloven, lov nr 107/1992
Lov om offentlige anskaffelser nr 69/1999
Lov om merverdiavgift nr 66/1969
Skatteloven, lov nr 14/1999
Lov om foretaksregister nr 78/1985

Utredninger/rapporter

Høringsbrev 3. oktober 2007 om endring i kommuneloven og forvaltningsloven om rolleklarhet mv i kommunesektoren

Styring og kontroll av kommunale selskaper og foretak, Nordlandsforskning 2006

Samfunnsansvarlig kommunal forretningsdrift – tjeneste og fortjeneste, Econ 2004

Interkommunalt samarbeid i Norge – omfang og politisk styring, Econ 2006

Markedeksponering av kommunale tjenester – muligheter og begrensninger, Kommuneforlaget 2005

EØS-avtalen og norsk kommunalt handlingsrom, Statskonsult 2006

Internettadresser

www.styrevervregisteret.no

