

## NOTAT

Til: Romsdalsøya Interkommunale Renovasjonsseselskap v/  
Jan Egil Korseberg

Fra: Advokat Hanne S. Torkelsen

Dato: 29 april 2020

Ansvarlig advokat: Hanne S. Torkelsen

### **SAK: Selskapsorganisering og sammenslåing av avfallsselskaper**

#### **1. Oppdraget**

I e-post av 2.3.2020 er Lin Advokater gitt i oppdrag å skissere alternative selskapsmodeller og selskapsform for å ivareta eierskap og effektiv drift i et eventuelt nytt felles selskap eid av kommuner og interkommunale selskaper på Nord-Vestlandet. Det nye selskapet skal drive avfallsvirksomhet innen kommunal renovasjon, i tillegg til å tilby avfallstjenester til næringskunder.

Som en del av dette må eierskap til eksisterende avfallsanlegg og organisering vurderes. Det skal også vurderes om en felles organisering bør skje i en konsernmodell med døtre eller i felles selskap.

Forholdet til anskaffelsesregelverket skal vurderes i forhold til spørsmålet om selskapet skal drives i "utvidet egenregi" eller tildeles enerett, noe som har stor betydning for økonomien i de store investeringer dagens eiere står overfor.

Forholdet til konkurranseloven og støtterregelverket må vurderes i forhold til organisering av næringsvirksomheten eierkommunene har ansvaret for i dag. Her er



eierskap til opptjente verdier sentral, og tilsier at det blir nødvendig å vurdere fremtidig eiersammensetning av næringsvirksomheten uavhengig av eiersammensetning for husholdningene. Målet er at den enkelte kommune kan beholde eierskap til opptente verdier samtidig som det ikke skal gis store kontantinnskudd for å etablere nye selskap.

Det skal gjøres en avgrensing av forholdet mellom de oppgavene som blir utført av kommunene (det er ulikt grensesnitt i de ulike delene i regionene) og i hvilken grad disse bør samles eller overføres til ett selskap.

Skatte- og avgiftsmessige konsekvenser ved de ulike modellene er ikke vurdert. Det er heller ikke vurdert om overdragelse av virksomhet krever ny driftstillatelse fra offentlige myndigheter<sup>1</sup>.

Fremstillingen videre er delt opp i følgende kapitler:

2. Beskrivelse av dagens eier- og selskapsstruktur
3. Valg av selskapsform
  - 3.1 Aksjeselskap kontra interkommunalt selskap
  - 3.2 Hovedtrekkene i IKS
  - 3.3 Hovedtrekkene i AS
- 4 Forholdet til anskaffelsesregelverket
  - 4.1 Utvidet egenregi
  - 4.2 Enerett – tildeling
  - 4.3 «Remondis» unntaket
- 5 Konkurransereglene og statsstøtte
  - 5.1 Konkurranseloven
  - 5.2 Statsstøttereglene
    - 5.2.1 Krav til kostnadsfordeling ved delt virksomhet
    - 5.2.2 Markedsinvestortesten ved utøvelse av næringsvirksomhet
- 6 Ulike modeller – fordeler og ulemper
  - 6.1 Vertikal integrasjon – kun regnskapsmessig skille
  - 6.2 Selskapsmessig utskilling med (helt eller delvis) funksjonelt skille
  - 6.3 Selskapsmessig men ikke funksjonelt skille
  - 6.4 Konsermodellen (BIR -modellen)
- 7 Anbefalt modell – ”ReMidt – modellen”

---

<sup>1</sup> Tillatelser til deponidrift er eksempel på virksomhet som kan kreve ny tillatelse dersom virksomheten overdras til ny eier.



## 2 Beskrivelse av dagens eier- og selskapsstruktur

Romsdalshalvøya Interkommunale Renovasjonsselskap IKS (RIR IKS) er organisert i konsern, med RIR IKS som morselskap, og RIR Næring AS (RIRN), RIR Transport AS (RIRT) som heleide datterselskap. RIR er eid av kommunene Aukra, Hustadvika, Gjemnes, Molde og Rauma (totalt 58000 innbyggere). RIR har eget deponi og avfallsmottak i Molde. RIR Transport leverer tjenester til RIR IKS og RIRN. RIRN leverer avfallstjenester til næringslivet.

Volda og Ørsta Reinhaldsverk IKS (VØR) er et interkommunalt selskap eid av Volda og Ørsta kommuner. VØR har ansvar for innsamling og behandling av husholdningsavfall og kloakkslam fra private og næringslivet i kommunene. VØR har et heleid datterselskap, Retura Søre Sunnmøre (Retura) som leverer avfallstjenester til næringslivet. Retura driver bl.a. med innsamling og transport av avfall, samt containerutleie.

Ålesundregionens Interkommunale Miljøsekskap IKS (ÅRIM) er et interkommunalt selskap med ansvar for avfallshåndtering og slam i 12 kommuner på Sunnmøre og i Romsdal. (Sandøy, Haram, Giske, Ålesund, Sykkylven, Norddal, Stordal, Ørskog, Skodje og Vestnes kommuner). ÅRIM driver med innsamling av avfall og slam, drifter miljøstasjoner og omlasting av avfall. ÅRIM eier ikke egne næringssekskap, men samarbeider med sekskaper i Bingsa konsernet.

Bingsa konsernet er eid 100% av Ålesund kommune, og består av Bingsa Gjenvinning AS, (BG), Bingsa Gjenvinning Kommunalteknisk AS (BGK), som driver med avfallsbehandling og er underlagt selvkostregelverket. Bingsa Gjenvinning Næring AS (BGN) er kommersielt sekskap som driver med deponidrift, askesortering, avfallsbehandling, produksjon og lagring av brensel til Tafjord Kraftvarme AS. Deponiet eies av Ålesund kommune. BGN er næringskunde til Årim Miljøstasjon.

## 3 Valg av sekskapsform

### 3.1 Aksjeselskap kontra interkommunalt sekskap

Valg av sekskapsform kan ha betydning i flere henseender.



I forhold til *statsstøttereglene* har det betydning i forhold til å unngå beskyldninger om ulovlig offentlig støtte i form av kommunal garanti, siden eierkommunene har et lovfestet ubegrenset prorata ansvar for interkommunale selskapers gjeld etter IKS-loven. Det er derfor foreslått en endring i IKS-loven, men det er usikkert om dette vil bli innført.<sup>2</sup>

I forhold til finansieringsmuligheter er det vesentlige forskjeller mellom de to selskapsformene.

I IKS-loven er det ikke krav til egenkapital, og eventuelle krav om innskudd fra eierkommunene må være nedfelt i selskapsavtalen. I aksjeselskap er det krav om forsvarlig egenkapital. Det er ulike begrensninger i forhold til å kunne gi garantier og ta opp lån.

Reglene om konserninterne overføringer av eiendeler, som utgangspunkt bare gjelde dersom overføringene skjer mellom aksjeselskap. Overføringer som skjer mellom IKS og aksjeselskap vil ikke omfattes av reglene om konserninterne overføringer. Skjer en overføring av en eiendel mellom datterselskap som er aksjeselskap, vil dette likevel kunne omfattes av reglene, selv om mor er IKS.<sup>3</sup>

I forhold til reglene om konsernbidrag har Finansdepartementet uttalt at morselskapet i et konsern også kan være et andelslag (skattemessig konsern).<sup>4</sup> Det er ikke gitt tilsvarende uttalelse for det tilfelle et IKS er morselskap.

IKS er godt egnet til interkommunalt samarbeid, særlig der det er behov for å sikre demokratisk innsyn og kontroll, uten at det utøves virksomhet med økonomisk risiko. Samme hensyn kan også ivaretas i et aksjeselskap, men da gjennom utforming av vedtektene og aksjonæravtaler.

Ved begge selskapsformer vil en sentral faktor for god eierstyring være at styrene utpekes på bakgrunn av kompetanse og egnethet.

### 3.2 Hovedtrekkene i IKS

Interkommunalt selskap (IKS) reguleres av lov om interkommunale selskaper av 29.1.1999 nr. 6 og er et eget rettssubjekt. Det må være minimum to deltakere for å opprette et IKS, og private kan ikke være deltakere. Kun kommuner, fylkeskommuner og andre IKS kan være deltakere i IKS.

---

<sup>2</sup> Kommunal- og moderniseringsdepartementet fremmet et høringsforslag i 2014 om å endre IKS-lovens ansvarsform fra et ubegrenset ansvar til et begrenset deltakeransvar etter mønster fra aksjeloven.

<sup>3</sup> Forskrift til utfylling og gjennomføring mv. av skatteloven (FSFIN) § 11-21-1 første ledd

<sup>4</sup> Utv 1993 s 497



Deltakerne har et samlet ubegrenset prorata ansvar for selskapets forpliktelser, noe som gjør at selskapsformen ikke er egnet til virksomhet med økonomisk risiko. IKS kan ikke gå konkurs.

IKS skal ha en selskapsavtale hvor deltakere, formålet og eventuell innskuddsplikt er angitt. Senere endringer i selskapsavtalen, som gjelder endring av navn, formål, opptak av nye deltakere og innskuddsplikten skal vedtas av hver enkelt kommunestyre, som vil ha vetorett. Antall styremedlemmer i et IKS skal angis i selskapsavtalen med et bestemt antall. Dette kan kun endres gjennom endring av selskapsavtalen, og alle kommunene må vedta endringen.

Lovens hovedregel er at deltakernes ansvarsdel svarer til eierandelen, men det er adgang til å bestemme i selskapsavtalen at ansvaret skal være større eller mindre enn vedkommendes eierandel

Selskapets organer består av representantskap, styre og daglig leder. Eierne utøver sine eierinteresser gjennom representantskaper. Det fastsettes i selskapsavtalen hvor mange representanter den enkelte kommune skal ha, og antall stemmer. Det er representantskapet som velger styrets medlemmer. Det skal være et styre og daglig leder i et IKS. Styrets ansvar for forvaltningen av selskapet er i IKS-loven tilsvarende styrets ansvar i aksjeselskap. Valgkomité er et frivillig organ.

Representantskapet kan vedta utbytte etter forslag fra styret, men kan ikke vedta høyere utbytte enn styret har foreslått. Daglig leder tilsettes av styret, med mindre annet er bestemt i selskapsavtalen.

Forholdet mellom deltakerkommunene kan reguleres av en eieravtale.

Et IKS kan være deltaker i andre IKS, eller eie aksjer. IKS'er har kun adgang til å ta opp lån dersom dette er fastsatt i selskapsavtalen, jf. IKS-loven §22. Selskapsavtalen må angi et tak, og skal det skje endringer i selskapsavtalen vedrørende dette må saken behandles i hvert enkelt kommunestyre, jf. IKS-loven §4 andre og tredje ledd, punkt 9.

Det er også begrensninger i loven hva selskapet kan ta opp lån til. Det kan tas opp lån til å finansiere investeringer, i bygninger, anlegg og varige driftsmidler til eget bruk, og for å konvertere eldre lånegjeld. Videre kan selskapet ta opp likviditetslån eller inngå avtale om likviditetstrekkrettighet. IKSer kan ikke garantere for andres gjeld, jf. IKS-loven § 22 6. ledd. «Andre» vil i denne sammenheng også være heleide datterselskaper som driver næringsvirksomhet. Det er også begrensninger i å ta opp lån til den del av anskaffelseskost som tilsvare rett til merverdiavgiftskompensasjon. Dette må sees på bakgrunn av kommunelovens begrensninger for en kommune til å ta opp lån og gi garantier. Selskapet skal ikke større adgang til å ta opp lån eller påta seg finansiell risiko enn deltakerne selv.



Dersom eierkommunene skal gi garantier knyttet til selvkostvirksomheten oppstår det en problemstilling knyttet til kommuneloven §14-17 om lån og §14-19 om garantier. Bestemmelsen forbyr garantier knyttet til næringsvirksomhet som kan drives av andre enn kommunen selv og som innebærer en vesentlig risiko. En slik garanti skal godkjennes av departementet. Praksis har vært at man aksepterer at virksomhet uten gevinstsiktemål også driver næringsvirksomhet med inntil 1/3 av den samlede virksomheten,<sup>5</sup> noe som også må gjelde for IKS.

### 3.3 Hovedtrekkene i et AS

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

Eierne kan være både juridiske personer og enkeltpersoner, og kan eies av både private og offentlige. Vedtektene fastslår selskapets formål, aksjekapital og hvorvidt det skal ha til formål å skaffe aksjeeierne økonomisk utbytte. Minimum kapitalinnskudd er NOK 30000 og aksjekapitalen fordeles på flere aksjer. Aksjekapitalen kan finansieres som kapitalinnskudd eller tingsinnskudd.

Aksjonærene har begrenset ansvar for selskapets forpliktelser og selskapet kan gå konkurs. En aksjonær kan fritt overdra sin aksje til andre, med mindre annet fremgår av vedtektene. Forholdet mellom aksjonærene kan reguleres i en aksjonæravtale. Stemmeretten er knyttet til aksjeandeler, og hovedregelen er at hver aksje gir like rettigheter.

Selskapets organer består av generalforsamling (eierorgan), styret og daglig leder. Det er mulig å ikke ha en daglig leder i aksjeselskap. Generalforsamlingen kan vedta utbytte etter forslag fra styret. Daglig leder ansettes av styret, med mindre annet fremgår av vedtektene. Et aksjeselskap kan stille garantier for andre selskaper (for eksempel morselskapsgarantier).

Aksjeloven har regler for selskapsrettslig fusjon som kan gjøres med selskapsrettslig kontinuitet, men det gjelder kun ved fusjon mellom aksjeselskaper. Eierne kan ikke beholde kontinuitet dersom selskapet skal oppløses og virksomheten overdras til en annen selskapsform.

Aksjeloven har ikke tilsvarende begrensninger som IKS-loven i adgang til å ta opp lån og garantere for andres virksomhet, men etter aksjeloven må egenkapitalen til enhver tid være forsvarlig i forhold til selskapets virksomhet og omfanget av risikoen, jf. § 3-4.

## 4 Forholdet til anskaffelsesregelverket

---

<sup>5</sup> Se Ot.prpr.45L(2017-2018) til den nye kommuneloven §14-19



Anskaffelsesregelverket som gjelder for offentlige innkjøp er basert på EU direktiver og regelverket er i stadig endring. Hva som er tillatt i forhold til eierkommunenes adgang til å inngå direkte kontrakt med eget rettssubjekt baseres i stor grad på en rettslig utvikling som drives av EU-domstolen.

Det er per i dag tre muligheter som utpeker seg vedrørende organisering av den del av virksomheten som ikke skal konkurransesettes:

- Utvidet egenregi
- Enerett
- "Remondis unntaket"

Enerett har vært juridisk mer kontroversielt enn egenregi, men gir økt handlingsrom i forhold til å agere i et marked, idet det ikke gjelder noen prosentvis begrensning. Det samme gjelder "Remondis unntaket" som er en nyvinning som er basert på en EU-domstolsavgjørelse fra 2016<sup>6</sup>.

De utskilte selskapet som driver selvkostvirksomheten vil anses som offentligrettslige organ<sup>7</sup>, uavhengig av hvilken løsning som velges, og selskapet må selv følge anbudsregelverket. En konsekvens av dette er at anbudsreglene gjelder fullt ut også for næringsvirksomheten som selskapet driver.

I det følgende redegjøres for vilkår som må være oppfylt for henholdsvis egenregi og enerett, samt "Remondis unntaket".

#### 4.1 Utvidet egenregi

Anskaffelsesforskriften<sup>8</sup> har med utgangspunkt i anskaffelsesdirektivet i klassisk sektor<sup>9</sup> kodifisert *Teckal* kriteriene, som gjelder kravene til *utvidet egenregi*, der aktiviteten skilles ut i eget rettssubjekt.

Følgende vilkår må *alle* være oppfylt for at kommunene som oppdragsgivere kan inngå direkte avtaler med det utskilte rettssubjektet:

---

<sup>6</sup> EU-domstolen avgjørelse av 21. Desember 2016 (C 51/15), Remondis

<sup>7</sup> Definisjon på offentligrettslig organ i anskaffelsesforskriften §1-2(2) er et selvstendig rettssubjekt som er opprettet for å tjene allmennhetens behov og ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter, og er under offentlig kontroll.

<sup>8</sup> Forskrift 12.08.2016 nr. 974

<sup>9</sup> Direktiv 2014/24/EU



- Oppdragsgiveren må kunne utøve en kontroll over oppdragstakeren som tilsvarende kontrollen oppdragsgiver kan utøve over egne tjenestegrener (kontrollkriteriet)
- Mer enn 80% av oppdragstakers aktivitet må være rettet mot den kontrollerende oppdragsgiveren, eller andre enheter kontrollert av oppdragsgiver (omsetningskriteriet eller aktivitetskriteriet)
- Privat eierskap vil som hovedregel hindre at unntak for egenregi kommer til anvendelse

Kravet til kontroll kan utøves felles sammen med andre offentlige myndigheter, jfr. anskaffelsesforskriften §3-2 (2) bokstav a). Interkommunalt samarbeid utelukker derfor ikke egenregi, selv om den enkelte eierandel er så liten at det ikke utøves majoritetskontroll. Kravet er at alle eierkommunene må være representert i «ledende organer», og må ha mulighet til sammen å utøve avgjørende bestemmelser over strategiske og viktige beslutninger i selskapet. Oppdragstaker skal ikke opptre som en selvstendig markedsaktør, uavhengig av oppdragsgiverne.

Kravet til kontroll er formulert som at "de kontrollerende oppdragsgiverne i fellesskap utøver bestemmende innflytelse over både strategiske mål og viktige beslutninger i det kontrollerte rettssubjektet", jfr. §3-2 (2) bokstav b), og at det "kontrollerte rettssubjektet ikke forfølger interesser som er i strid med de kontrollerende oppdragsgivernes interesser", jfr. §3-2 (2) bokstav c).

Anskaffelsesforskriften §3-2(1) bokstav b) klargjør at man også kan oppfylle kontrollkriteriet i en holdingmodell, idet kravet er at rettssubjektet må utføre mer enn 80% av sin aktivitet for "de kontrollerende oppdragsgiverne eller andre rettssubjekter som oppdragsgiverne kontrollerer", for eksempel søsterselskap eller morselskap. Etter ordlyden trenger ikke rettssubjektene som oppdragsgiverne kontrollerer (eksempel et søsterselskap) også oppfylle aktivitetskravet, men det er lagt til grunn i juridisk teori at et slikt krav må innfortolkes. Rent kommersielle søsterselskap kan i såfall ikke inngå direkte kontrakter om levering av tjenester til et annet søsterselskap som er et offentligrettslig organ.

Anskaffelsesforskriften setter ingen begrensninger ved valg av selskapsform<sup>10</sup>. Også ved private selskapsformer som aksjeselskap kan kravene til egenregi være oppfylt, men det må sikres at eierkommunene har tilfredsstillende kontroll gjennom vedtekter og aksjonæravtaler. Selskaper som er organisert etter lov om interkommunale selskaper (IKS-loven) er godt egnet til å oppfylle kravet til kontroll, på grunn av de styringsmekanismer som er nedfelt i IKS-loven.

Den største ulempen ved utvidet egenregi er vilkåret om at minst 80% av aktiviteten må være rettet mot eierkommunene, eller utført som ledd i å oppfylle tjenester pålagt av eierkommunene, eller andre rettssubjekter som oppdragsgiverne kontrollerer. Dette gir

<sup>10</sup> Se bl.a. Sak C-480/06 Stadtreinigung Hamburg





en begrensning i både geografisk utstrekning og i forhold til omsetningen i et marked. Dette kan også virke begrensende på samarbeid med andre kommuner og interkommunale selskaper.

Beregningen av aktiviteten skal ifølge anskaffelsesforskriften §3-4 baseres på gjennomsnittlig prosentvis aktivitet (omsetning eller annen aktivitetsbasert metode) hos oppdragstaker de siste 3 år. Det er en rekke uavklarte spørsmål knyttet til denne bestemmelsen. For eksempel er det rettslig uavklart om hvorvidt samarbeid med andre kommuner/interkommunale selskaper i henhold til anskaffelsesforskriften §3-3 skal regnes inn i 80% aktiviteten, eller i 20% aktiviteten som er aktivitet rettet mot andre enn de kontrollerende oppdragsgiverne. Etter ordlyden skal slik aktivitet regnes inn i 20% aktiviteten, men det er gode argumenter for å holde denne type samarbeid utenfor beregning av 20% andelen, idet dette vil være et samarbeid som ikke foretas i et marked.

Kommunens eget næringsavfall som stammer fra offentlige institusjoner, kantiner mv. kan håndteres av selskapet i utvidet egenregi, dersom selskapsavtalen åpner for dette. Som redegjort for nedenfor har ESA reist tvil om det er mulig å tildele enerett for kommunens eget næringsavfall, og om dette kan falle inn under "Remondis unntaket".

## 4.2 Tildeling av enerett

Anskaffelsesforskriften §2-3 har oppstilt fire vilkår som må være tilfredsstillt for at det skal kunne tildeles enerett uten å følge anskaffelsesforskriftens detaljerte anskaffelsesprosedyrer:

- 1) Organet som tildeles kontrakten må selv være en offentlig oppdragsgiver som definert i anskaffelsesforskriften § 1-2
- 2) Det må være tale om et offentlig tjenestekjøp
- 3) Organet må ha fått tildelt en enerett på vedkommende tjenesteområde i henhold til lov, forskrift eller administrativt vedtak som er kunngjort
- 4) Tildelingen må være forenelig med EØS-avtalen

Tildeling av enerett har vært gjenstand for flere klager til EFTAs overvåkingsorgan, ESA. Det er særlig kravet til at tildeling er forenlig med EØS-avtalen, der sistnevnte innebærer at det må være nødvendig av allmenne hensyn å tildele enerett, som har vært omstridt. På avfallssektoren er det akseptert at miljøhensyn er et allment hensyn som kan forsvare at det tildeles enerett<sup>11</sup>. ESA har i en klagesak fra Norsk Industri akseptert bruk av enerett for tildeling av avfall til kommunalt eide forbrenningselskap og biogasselskap. I den første saken fra 2010<sup>12</sup> fant ESA at tildeling av enerett på

<sup>11</sup> Jfr. Case 209/98 Sydhavnens Sten & Grus som omhandler enerett for byggeavfall

<sup>12</sup> Case no. 68457, Complaint against Norway concerning exclusive rights granted to public undertakings for household management



henholdsvis restavfall fra husholdningene til Returkraft (forbrenningsanlegg) og våtorganisk avfall fra husholdningene til Ecopro (biogassanlegg) ikke var i strid med EØS-avtalen og anskaffelsesdirektivet. ESAs avgjørelse bekrefter at det offentligrettslige organ som er tildelt enerett kan drive næringsvirksomhet uten de begrensninger som gjelder i egenregi.

Klagenemnda for offentlige anskaffelser (Kofa) har i 2013 tatt stilling til enerett i en sak<sup>13</sup> som omhandlet klage over tildeling av enerett til BIR Avfallsenergi AS, fra BIR Privat AS, et selskap i BIR-konsernet, som er et interkommunalt selskap i Bergensregionen. Kofa kom også her etter en konkret vurdering til at vilkårene for enerett var oppfylt. BIR Avfallsenergi eier og drifter forbrenningsanlegg, og denne avgjørelsen omhandler derfor enerett på restavfall til forbrenning.

Disse sakene omhandler tildeling av enerett til biogassanlegg eller forbrenningsanlegg som kjennetegnes av kapitalkrevende investeringer og som er avhengig av langsiktige leveringskontrakter. Kofa sak 2011/126 er også av interesse. I denne saken var Karlsøy kommune innklaget av Perpeetum AS som klaget over en enerettstildeling til Remiks Husholdning AS. Klager hadde tidligere utført tjenestene for Karlsøy kommune etter forutgående anbuds konkurransen. Karlsøy kommune fattet et kommunestyrevedtak om å tildele enerett til Remiks Husholdning AS, som er 100% eid av Remiks Miljøpark AS, som igjen er eid av Tromsø kommune og Karlsøy kommune som har kjøpt 1 aksje i forbindelse med enerettstildelingen. Eneretten omfattet alt husholdningsavfall og farlig avfall som kommunene har ansvar for etter avfallsforskriften. Kofa viste først til at det i stor grad hører inn under det offentliges frie skjønn å vurdere hvorvidt enerett er nødvendig (premiss 40). Deretter viste Kofa til Returkraftavgjørelsen som Kofa tidligere har tatt stilling til i sak 2008/77, (premiss 41).

Om vurderingen av at det er nødvendig å tildele enerett, vurderte Kofa kommunens begrunnelse i premiss 42:

«Innklagede har i vedtak av 24. februar 2011 angitt at enerettstildelingens formål er å "løse et miljøproblem", og etter innklagedes skjønn var tildelingen "nødvendig av tungtveiende allmenne hensyn, herunder blant annet hensynet til å sikre en forutsigbar, miljømessig god og effektiv ordning for å løse de lovpålagte renovasjonsoppgavene". Eneretten er altså blant annet begrunnet med at valgte leverandør har kompetanse og kapasitet til å utføre oppgaven. Det er klart at det ville medført store miljø- og helsemessige konsekvenser dersom behandling av husholdningsavfall opphørte, og at innklagede derfor har behov for kontroll med at dette ikke skjer, jf. også den lovbestemte plikten til å besørge renovasjon. På det aktuelle tjenesteområdet foreligger det imidlertid et velfungerende privatmarked, som både har kompetanse og kapasitet til å utføre den aktuelle tjenesten. Innklagede har vist til at kommunen, ved å la private aktører utføre tjenesten, ikke har tilstrekkelige sanksjoneringsmuligheter ved kontraktsbrudd.

---

<sup>13</sup> Sak 2012/157-165



Imidlertid er det for eksempel mulig å organisere det slik at kommunen har en leverandør i reserve for det tilfellet at primærleverandøren ikke utfører tjenesten i henhold til kontrakt. På den annen side ville det trolig medføre store investeringer å ha et slikt system, og det ville heller ikke nødvendigvis vært så interessant for potensielle leverandører å ha en slik reservefunksjon for uforutsette hendelser. Ved å tildele valgte leverandør den aktuelle oppgaven gjennom enerett, sikres større kontroll med at oppgaven blir utført, stabil drift, samt at valgte leverandørs investeringer/planlagte investeringer sikres.

Selv om det er flere private aktører som kan tilby tjenestene, vil det likevel kunne være lovlig å tildele enerett. Tungtveiende miljømessige vurderinger som hensyn til leveringssikkerhet, også i krisesituasjoner, og hensyn til mulighet for stabil drift og sikre investeringer er relevante i den sammenheng. Det må ikke være rene økonomiske hensyn som begrunner eneretten.

I en nyere klagesak fra Norsk Industri har ESA kommet med flere uttalelser om forenligheten med EØS-avtalen. ESA har i et brev til Klima og miljødepartementet (KLD) datert 20.2.2020<sup>14</sup> uttalt at enerettstildeling for husholdningsavfall som er en lovpålagt oppgave, i stor grad kan aksepteres. I samme brev har ESA varslet mulig traktatsbruddsøksmål mot Norge vedrørende praksis om å tildele enerett på *kommunens eget næringsavfall*. Begrunnelsen er at det ikke er en kommunal oppgave å håndtere næringsavfall i henhold til forurensingsloven §27a, og at ESA mener at det ikke er en "genuin" enerett, idet også private aktører kan samle inn og behandle næringsavfall. Det er en foreløpig uttalelse, og ESA har derfor bedt om innspill på dette synspunktet. Det er inngitt svar til KLD som skal gi innspill til ESA der det anføres at ESAs forståelse av enerettstildeling er for snever. Det er ikke nødvendig å gå nærmere inn på dette rettslig uavklarte spørsmålet her, men er det aktuelt å også tildele enerett på kommunenes eget næringsavfall, bør dette vurderes særskilt.

Enerett skiller seg fra utvidet egenregi ved at det ikke stilles samme strenge krav til kontroll over selskapet, og det er heller ingen begrensninger i adgangen til å ha omsetning i et marked. Det kreves en særlig begrunnelse og vedtaket må kunngjøres. Eneretten må imidlertid tildeles en offentlig oppdragsgiver (offentligrettslig organ), slik at en viss grad av kontroll er nødvendig. Eneretten må også være klart definert. Det er ikke tilstrekkelig at det står i selskapsavtalen at selskapet er tildelt enerett på avfallsområdet, det må være klart definert hvilke oppgaver som skal utføres på basis av en enerett.

### 4.3 Remondis unntaket

---

<sup>14</sup> Case 78085, doc.no 1055823.



Den 21.12.2016 avsa EU-domstolen en dom om hva som skal anses som "offentlig kontrakt" i henhold til anskaffelsesreglene i anskaffelsesdirektivet artikkel 1(6)<sup>15</sup>.

Saken gjaldt et konsortium som var opprettet av byen Hannover og distriktet Hannover, og som fikk overdratt kompetanse og ansvar for "bortskaffelse og behandling av avfall" i disse områdene. I realiteten fikk dermed konsortiet samme kompetanse og myndighet som ellers lå hos lokale myndigheter, samtidig som den var underlagt ordinær eierstyring. Selskapet hadde en betydelig omsetning i 2013 til sammen 189 020 912 EUR, hvorav 11 232 173 EUR utgjorde kommersiell virksomhet. Dette var bakgrunnen for at det private renovasjonsselskapet Remondis, reiste søksmål for tyske domstoler. Remondis hevdet at dette i realiteten var en ulovlig direkte anskaffelse, i strid med reglene om utvidet egenregi (Teckal kriteriene).

EU-domstolen kom med uttalelser om når det må anses å være inngått en offentlig kontrakt som definert i anskaffelsesdirektivet art 1(6), eller om det er en overføring av myndighet som faller utenfor anskaffelsesdirektivet.

Dette sier EU-domstolen at må bero på flere faktorer, bl.a.

- hvordan avtalen om overførsel av myndighet kommer i stand
- I hvilken grad skiller det seg fra ordinære kommersielle kontrakter
- Har selskapet selvstendighet (autonomi), både økonomisk og i forhold til kompetanse til å selvstendig kunne løse oppgaven kommunene har overført
- Er kommunene selv fritatt fra å utføre oppgavene ved å overføre oppgaven til selskapet

ESA har vist til denne dommen i sin foreløpige uttalelse til KLD av 20.02.2020, der eierkommunenenes tildeling av enerett til et interkommunalt avfallsselskap ble akseptert, blant annet under henvisning til denne dommen. ESA peker på at det i selskapsavtalen er overført myndighet til selskapet om å utføre de lovpålagte oppgavene. Hele poenget er at det overdras myndighet i selskapsavtalen, og det inngås ikke en ordinær kontrakt som omfattes av anskaffelsesregelverket. Ordinær eierstyring av selskapet er tillatt, men det fremgår av dommen at det må gis en vidtgående overdragelse av myndighet til selskapet. Det betyr at selskapet må få overdratt oppgaven til å løse de lovpålagte oppgave, og kompetanse og myndighet til selv å avgjøre hvordan oppgaven best skal løses, hvilke investeringer som er nødvendige, etc., uten å søke godkjenning hos eierkommunenene. Det kan for eksempel være innenfor selskapets myndighet om det skal benyttes anbud eller utføres i egenregi. Det er mange avfallsselskaper i Norge som har fått overført betydelig myndighet av sine eierkommuner i dag, og som derfor trolig kommer inn under "Remondis unntaket".

---

<sup>15</sup> Art 1(6) "Agreements, decisions or other legal instruments that organize the transfer of powers and responsibilities for the performance of public tasks between contracting authorities or groupings of contracting authorities and do not provide for remuneration to be given for contractual performance, are considered to be a matter of internal organization of the Member State, and, as such, not affected in any way by this Directive".



Forurensingsloven §83 gir kommunene hjemmel for å overføre myndighet til å fatte enkeltvedtak til et interkommunalt selskap. En slik myndighetsoverdragelse i forbindelse med etablering av selskapsavtalen, sammen med en rett og plikt til å gjennomføre de offentlige oppgavene eierkommunene er pålagt, vil dermed ikke anse som en kontrakt som faller inn under anskaffelsesdirektivet, men overføring av offentlig myndighet. Overføring av myndighet til å fatte enkeltvedtak på avfallsområdet kan også gjennomføres i renovasjonsforskrifter som vedtas av det enkelte kommunestyret. En slik overføring av myndighet til å treffe enkeltvedtak, kan også sikre likebehandling av alle kundene i selskapets område. Kommunene kan ikke delegere retten til å fastsette gebyr, eller å fastsette renovasjonsforskrifter.

Ved en slik myndighetsoverføring vil selskapet ikke måtte forholde seg til aktivitetsbegrensningen i anskaffelsesforskriften §3-2 som gjelder for utvidet egenregi. EU-domstolen har uttalt at det er opp til nasjonale myndigheter å begrense det offentliges adgang til å drive næringsvirksomhet<sup>16</sup>.

Dette unntaket kan benyttes både i AS og IKS, og er ikke avhengig av selskapsform, men i hvilken grad tilstrekkelig myndighet er overført.<sup>17</sup>

ESA har i sin foreløpige uttalelse av 20.02.2020 sagt at ESA anser at Remondis unntaket ikke gjelder for kommunalt næringsavfall, idet dette ikke er å anse som en offentlig oppgave ("public task"). Dette er en del av klagesaken som ikke er avsluttet, og ESA sin forståelse på dette punkt er bestridt av kommunene klagen gjelder.

## 5 Konkurransereglene og statsstøtte

EØS regelverket krever at konkurranseutsatt virksomhet skilles tydelig fra kommunal selvkostvirksomhet. Det er ikke lov å subsidiere konkurranseutsatt virksomhet, for eksempel i form av kommunale garantier. En kostnadsfordeling som innebærer at næringsdelen ikke tar sin forholdsmessige andel av kostnadene kan også være ulovlig kryssubsidiering, eller ulovlig støtte, se nærmere om dette i punkt 5.

Det blir derfor viktig å skille mellom næringsavfall (kommersiell virksomhet) og husholdningsavfall (selvkostvirksomheten), blant annet for å hindre ulovlig kryss-subsidiering mellom selvkostvirksomhet og næring. Dette kan gjøres gjennom regnskapsmessig skille, eller gjennom selskapsrettslig og eventuelt ledelsesmessig/funksjonelt skille. Hvordan skillet skal gjennomføres avhenger av i hvilken grad man mister muligheter til samproduksjon og stordriftsfordeler. Det bør unngås at ressursene ikke blir utnyttet i best mulig grad, for eksempel slik at ledig kapasitet forblir uutnyttet.

<sup>16</sup> Case 51/15 (Remondis), premiss 54

<sup>17</sup> ESA tar konkret stilling til Remondis-unntaket for BIR AS og Follo REN IKS, og finner i begge tilfeller at vilkårene er oppfylt.



Dersom man organiserer innsamling og transport i et eget selskap som skal være konkurransettsatt, bør det innføres et funksjonelt og selskapsmessig skille slik at anbudskonkurranser kan gjennomføres uten at det oppstår problemer knyttet til habilitet. Dersom den konkurransettsatte virksomheten kun gjelder næringsaktivitet i et privat marked, og det ikke er aktuelt å konkurrere om å tilby morselskapet tjenester, er det ikke like viktig med funksjonelt skille. Da blir det sentrale at man har gode rutiner for kostnadsfordeling og regnskapsmessig skille, se bl.a. 5.2.1 nedenfor.

## 5.1 Konkurranseloven

Konkurranseloven gjelder der et foretak driver økonomisk virksomhet i et marked, for eksempel næringsavfall i et privat marked. Konkurranseloven har to sentrale bestemmelser, § 10 som gjelder forbud mot konkurranseskadelig samarbeid og forretningsvilkår, og §11 som gjelder misbruk av markedsrett der en virksomhet har monopol, eller en dominerende stilling i et marked (atferdsreglene).<sup>18</sup>

Konkurranseloven pålegger ikke kommunale avfallsselskaper å skille næringsaktivitet og husholdningsavfall i egne selskaper, men tillater at det utføres virksomhet innen både monopolvirksomhet og konkurransettsatt marked i samme selskap. Dette kan muliggjøre kryssubsidiering mellom skjermet og konkurransettsatt virksomhet. Konkurranseloven forutsetter derfor minimum regnskapsmessig skille mellom næringsaktivitet og selvkostvirksomhet, og dette kravet er også nå nedfelt i avfallsforskriften kap 15.

Konkurransetilsynet har imidlertid i flere saker gitt uttrykk for at det er ønskelig at det foretas et skille i egne juridiske enheter, som er styremessig, ledelsesmessig, personalmessig og funksjonelt atskilt fra den skjermede virksomheten, der dette ikke fører til tap av synergieffekter<sup>19</sup>. Denne modellen ligger til grunn for organisering blant annet BIR, se modell 6.4. Begrunnelsen er å sikre at det ikke er fare for brudd på habilitet/rolleblending i anbudsprosesser, og at det reduserer mistanke om og mulighet for kryssubsidiering.

Generelt er det derfor kun en *anbefaling* fra Konkurransetilsynet at offentlige selskap som driver monopolvirksomhet og næringsvirksomhet foretar både et personellmessig/ledelsesmessig og funksjonelt/selskapsmessig skille mellom de ulike virksomhetsområdene. Ledelsen omfatter også et selskaps styre. Krav til ledelsesmessig skille vil ha betydning for deltakelse i ledelse og styrerepresentasjon i selskapene, og innebærer at ledelsen i morselskapet som har monopol (selvkostvirksomheten) ikke kan ta på seg styreverv i datterselskap som driver konkurransettsatt virksomhet.

---

<sup>18</sup> EØS-avtalens konkurranseregler i art. 53 og art 54 er identisk med konkurranselovens §10 og 11, slik at det nasjonale regelverket og EØS/EU retten på dette området i stor grad er harmonisert

<sup>19</sup> Konkurransetilsynets avgjørelse 2004/980



Konkurransetilsynet har likevel gitt uttrykk for at det i utgangspunktet er positivt at offentlige selskaper konkurrerer med private selskaper<sup>20</sup>. Det vises til at det kan føre til at den offentlige bedriften utnytter sine ressurser bedre, for eksempel ved å utnytte kapasitet som ellers ville stått ledig, noe som kan komme alle dets kunder til gode.

Et avfallsselskap som driver monopolvirksomhet har markedsrett i markedet for husholdningsavfall. Et foretak som har dominerende stilling kan misbruke sin stilling til å påvirke konkurransen i markedet, f.eks. ved å gi sin næringsvirksomhet fordeler som andre private aktører ikke har. En monopolvirksomhet som også driver i konkurranse med andre, enten i vertikal integrasjon eller gjennom egne selskaper, må derfor sørge for å opptre nøytralt når monopolvirksomheten tilbyr ledig kapasitet og tjenester til næringssekskapet. Det innebærer at de priser som tilbys eget næringssekskap om mulig også bør tilbys konkurrerende aktører til samme pris. I motsatt fall vil næringssekskapet kunne få en konkurransefordel som de private aktører ikke har.

## 5.2 Statsstøttereglene

For at det skal foreligge offentlig støtte etter EØS-avtalens Art. 61(1) er det fem vilkår som må være oppfylt:

1. Det må foreligge en støtte (økonomisk fordel) for mottaker
2. Støtten må være gitt av offentlige myndigheter (statsmidler) i en eller annen form
3. Mottakeren av støtte må drive økonomisk aktivitet (foretak)
4. Støtten må begunstige enkelte foretak eller produksjonen av enkelte varer eller tjenester (selektivitetskriteriet)
5. Støtten må vri konkurransen eller true med å vri konkurransen og være egnet til å påvirke samhandelen i EØS (samhandelskriteriet)

I avfallsbransjen foregår det kjøp og salg av avfallsfraksjoner i et grenseoverskridende marked, slik at støtteforbudet kommer til anvendelse. Selvkostvirksomhet regnes som ikke-økonomisk aktivitet og er i utgangspunktet ikke omfattet av statsstøtteregelverket.

Forbudet mot statsstøtte er ikke til hinder for at samme enhet driver både økonomisk og ikke-økonomisk aktivitet, forutsatt at det føres separate regnskaper og foretar en kostnadsfordeling, se punkt 5.2.1. Det er også et krav til å følge den såkalte «markedsinvestortesten» når sekskapet opererer i et marked (gjelder også ved delt virksomhet). Dette er dermed et viktig prinsipp for styring av næringssekskapene, se punkt 5.2.2.

---

<sup>20</sup> Se Konkurransetilsynets høringsuttalelse til rapport fra arbeidsgruppe om like konkurransevilkår for offentlige og private aktører, ref 2018/0056-2 av 2.5.2018



Lov om interkommunale selskaper kan ikke gå konkurs, og eierkommunene har et ubegrenset prorataansvar for selskapets gjeld som svarer til deltakernes eierandel. Dette kan i statsstøtterettslig forstand anses å være en *garantifordel*. Dersom selskapet får lånebetingelser som er bedre enn det følger av markedet, kan en garantifordel utlignes ved at det kostnadsføres et garantipåslag, tilsvarende den fordel de gunstige lånebetingelsene representerer.

Det er foreslått endringer i IKS-loven som følge av statsstøttereglene, og dermed er det en viss usikkerhet knyttet til denne selskapsformen, se punkt 3.2. Statsstøttereglene tilsier at man ikke bør benyttes IKS som selskapsform dersom det drives omfattende næringsvirksomhet i selskapet.

### 5.2.1 Krav til kostnadsfordeling ved delt virksomhet

Dersom man benytter ansatte, administrasjon, biler, maskiner og annen infrastruktur til felles bruk mellom selvkostvirksomhet og næringsaktivitet oppstiller statsstøtteregelverket og avfallsforskriften krav til regnskapsmessig skille og forholdsmessig kostnadsfordeling, dvs. at næringsaktiviteten må belastes sin andel av reelle kostnader.

EU-Kommisjonen har i en meddelelse<sup>21</sup> om statsstøtteregelverket<sup>22</sup> uttalelser om bruk av infrastruktur som i utgangspunktet brukes for ikke-økonomisk aktivitet, som også benyttes til økonomisk aktivitet i et marked. Kommisjonen viser til situasjoner hvor bruk av infrastruktur til blandet virksomhet faller helt utenfor statsstøtteregelverket:

*«If, in cases of mixed use, the infrastructure is used almost exclusively for a non-economic activity, its funding may fall outside the State aid rules in its entirety provided the economic use remains purely ancillary, i.e. an activity which is directly related to and necessary for the operation of the infrastructure, or intrinsically linked to its main non-economic use. In general, such ancillary activities consume the same inputs as the primary non-economic activities; e.g. material, equipment, labour, fixed capital. Ancillary economic activities must remain limited in scope, as regards the capacity of the infrastructure. Examples of such ancillary economic activities may include certain research organisations that occasionally rent out their equipment to industrial partners.»*

Kommisjonen sier i en fotnote til dette at

---

<sup>21</sup> Kommisjonens meddelelse er generell, og er ikke rettslig bindende. Dette er utkast til en meddelelse som indikerer hvordan Kommisjonen (og ESA) tolker regelverket, men EU-domstolen kan komme til et annet resultat.

<sup>22</sup> Se Commission notice on the notion of State Aid pursuant to Article 107(1)TFEU [http://ec.europa.eu/competition/consultations/2014\\_state\\_aid\\_notion/draft\\_guidance\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/consultations/2014_state_aid_notion/draft_guidance_en.pdf)





*“In this respect, the economic use of the infrastructure may be considered ancillary when the capacity allocated each year to such activity does not exceed 20 per cent of the infrastructure’s overall annual capacity.”*

Utifra disse uttalelsene kan det hevdes at dersom selvkostvirksomheten leier ut ledig kapasitet til næringsaktiviteten hvor felles bruk av infrastruktur, utstyr m.v.er under 20 prosent av årlige totale kapasitet vil dette kunne regnes som en «biaktivitet» (ancillary), og ikke omfattes av statsstøttereguleringen i det hele tatt.

## 5.2.2 Markedsinvestortesten ved utøvelse av næringsaktivitet

Markedsinvestortesten gjelder der det offentlige tilbyr sine varer og tjenester i et marked. I dette tilfellet vil et offentligrettslig organ som er kontrollert av kommunene og har fått overført myndighet fra kommunene til å gjennomføre de lovpålagte oppgavene, være likestilt med stat/kommunen når selskapet også opererer i et kommersielt marked.

Dette prinsippet innebærer at det må foretas en vurdering av om en beslutning eller transaksjon er gjort på markedsmessige vilkår eller ikke<sup>23</sup>. Konserninterne transaksjoner må skje på markedsmessige vilkår og armlengdes avstand.

Der selskapet opererer på det kommersielle markedet, vil spørsmålet derfor være om en privat investor ville foreta en investering eller i stedet foreta en avvikling og salg av virksomheten. Synspunktet er her at selskapet opptrer som eier av anlegget og opptrer på det kommersielle markedet, og derved må sammenlignes med en privat investor. Det betyr at selskapet må gjøre sine investeringer utifra «rentabilitetsmessige hensyn», og utifra om det er utsikter til normal (markedsmessig) avkastning på kapitalen. Det samme gjelder kapitaltilførsler. Det offentlige er imidlertid innrømmet et relativt fritt skjønns med hensyn til visse investeringer som skal foretas.

Ved anvendelse av markedsinvestortesten må det skilles mellom rollen som investor og rollen som offentlig myndighet/myndighetsperson eller sektorregulator<sup>24</sup>. I Kommisjonens meddelelse om statsstøtte er dette beskrevet slik: *“If a State intervention is initiated for the public policy reasons (for instance, for reasons of social or regional development) the State’s behaviour may be rational from a public policy perspective, but at the same time not in line with market conditions. Accordingly, the MEO test should be applied leaving aside all sociale, regional policy and sectoral considerations which relate to a Member State’s role as a public authority.”*

Dersom hovedformålet med investeringen er å utføre selvkosttjenester, og der man utnytter restkapasiteten i markedet, kan ikke markedsinvestor testen benyttes fullt ut,

<sup>23</sup> Se Alterskjær, Hjelmeng, Lund og Nordby, Statstøtte, s. 93 flg.

<sup>24</sup> Se Draft Commission Notice on the notion of State aid pursuant to Article 107(1) TFEU, item 4.2.2. para 80.

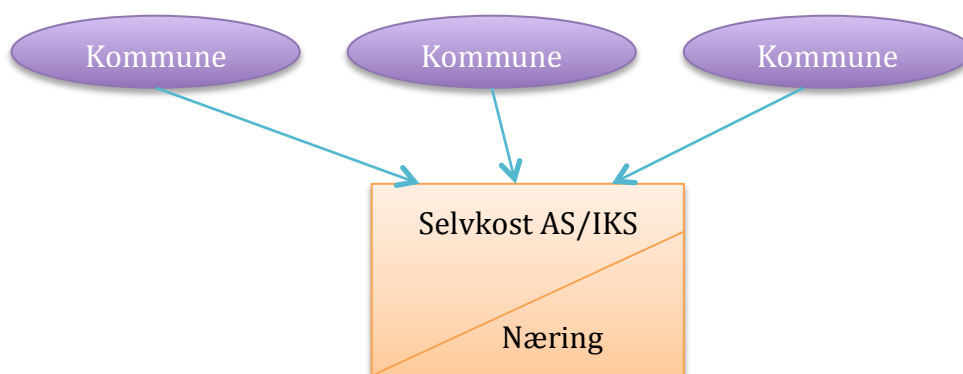


da investeringen har et annet formål enn å operere i et marked med ønske om fortjeneste.

Også krav til utbytte er en del av markedsinvestortesten. Det er ikke et krav om at selskapet skal ta ut utbytte hvert år, på lik linje med en privat investor som vil kunne la være å ta ut utbytte for å bygge opp nødvendig egenkapital. Men et rent utbytteforbud vil lett kunne være å anse som ulovlig offentlig støtte. Utbyttepolitikken må derfor sammenlignes med den politikken en privat investor vil kunne føre.

## 6 Gjennomgang av ulike modeller – fordeler og ulemper

### 6.1 Vertikal integrasjon - kun regnskapsmessig skille



Denne modellen innebærer at selvkostvirksomhet og konkurranseutsatt næringsaktivitet er samlet i ett selskap er ikke ulovlig (vertikal integrasjon), men konkurransemyndighetene er generelt skeptisk til modellen.



Modellen krever gode rutiner for føring av separate regnskaper og kostnadsfordeling, men skaper ikke vesentlig større utfordringer enn ved andre organisasjonsmodeller på dette punktet, dersom man benytter felles ansatte og utstyr, maskiner m.m. til henholdsvis selvkostvirksomhet og næringsaktivitet.

En slik modell kan benyttes også i utvidet egenregi, men markedsaktiviteten må da være begrenset. Ved omfattende kommersiell virksomhet utover 20% grensen må selskapet enten basere seg på enerett, eller skille ut aktiviteten i egne selskaper.

En åpenbar fordel er reduserte kostnader til administrasjon og ledelse. Modellen anbefales der næringsaktiviteten ikke er for omfattende, hvor hovedformålet er å utnytte stordriftsfordeler og ledig kapasitet.

Ved mer omfattende næringsvirksomhet, kan skattereglene gjøre at selvkostvirksomheten, som er unntatt skatteplikt, likevel risikerer å komme i skatteposisjon, dersom næringsaktiviteten overstiger 50% av omsetningen<sup>25</sup>.

Modellen er lite egnet der man ønsker at næringsaktiviteten skal tilby sine tjenester til selvkostvirksomheten i konkurranse med andre, dvs. dersom næringsvirksomheten konkurrerer om anbud fra selvkostvirksomheten. I en sånn modell er det vanskelig å organisere en anbudsprosess som sikrer habilitet og likebehandling.

Dersom selvkostvirksomheten kun tilbyr ledig kapasitet til næringsvirksomheten vil det måtte foretas en internprising basert på en korrekt kostnadsfordeling basert på markedsprising, på samme måte som om man tilbyr tjenesten til et eget datterselskap, slik at dette i utgangspunktet ikke skaper spesielle utfordringer.

Dersom virksomheten skal finansieres ved lån og kommunale garantier, kan statsstøtteregulverket være en utfordring, i den grad lånevilkårene ikke er på markedsmessige vilkår. Dette kan i midlertid løses ved hjelp av et "garantipåslag" for næringsvirksomheten, ved fordeling av lånekostnader.

Selskapsformen IKS eller AS er begge aktuelle i denne organisasjonsformen. Ulempen med IKS er at det kan implisere statsstøtte på grunn av garantistillelsen, se punkt 5.2 ovenfor. Dette kan endres, dersom foreslått endring i IKS-loven blir gjennomført.

Selskapet vil være et offentligrettslig organ underlagt lov og forskrift om offentlige anskaffelser. Konsekvensen av vertikal integrasjon er at all næringsvirksomhet vil være underlagt anbudsregelverket, noe som kan tilsi at det kan være en fordel å skille ut næringsdelen i eget selskap med utelukkende kommersielt formål.

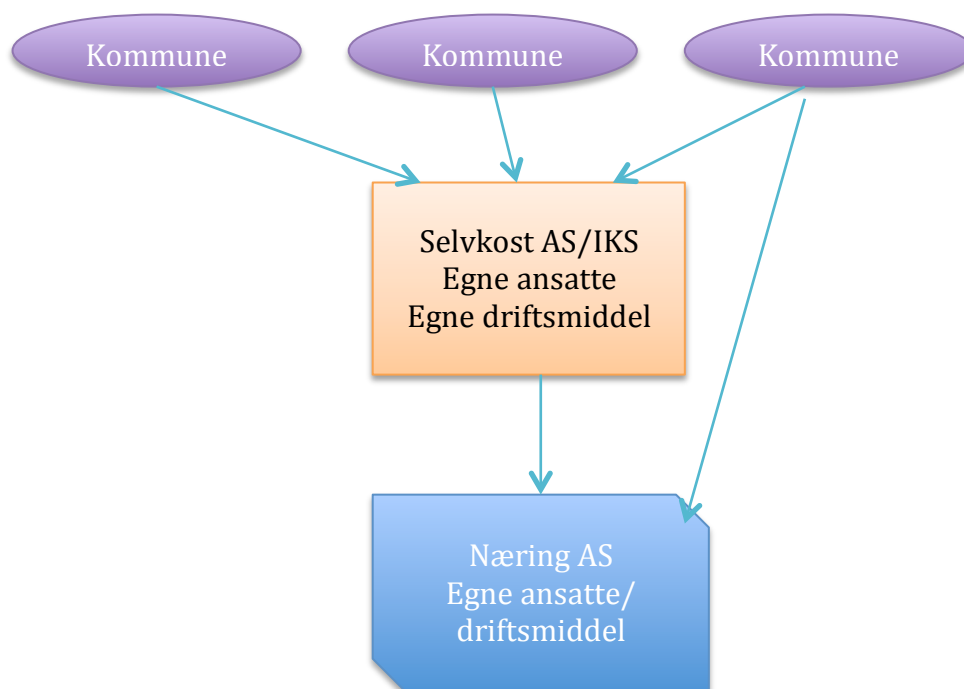
---

<sup>25</sup> Uttalelse av Skattedirektoratet i sak 2011/639724 fra 23.04.2013



Modellen kan også være uegnet dersom eierinteresser knyttet til selvkostvirksomheten baseres på innbyggertall, og eierskap til næringsvirksomheten er basert på opptjente verdier.

## 6.2 Selskapsmessig utskilling med (helt eller delvis) funksjonelt skille



Eksempelet er benyttet i organiseringen av Re-Midt konsernet. Dette alternativet innebærer at selvkostvirksomheten samles og utføres i morselskapet, mens næringsaktivitet utskilles i egne selskaper med helt eller delvis funksjonelt skille, og hvor kapital/utstyr og ansatte fordeles på de ulike rettssubjektene. Morselskapet kan være både IKS og AS, men datterselskap kan kun være AS, idet IKS krever flere enn en eier. Dersom for eksempel Ålesund kommune også har direkte eierskap i næringssselskapet, slik som vist i skissen, kan det også være et IKS, men IKS anbefales ikke pga. den økonomiske risikoen.

Dette kan være en aktuell modell der den konkurranseutsatte virksomheten er så omfattende at det overstiger 20% av totalomsetningen, og det er grunnlag for å ha egne ansatte i datterselskapene. Dersom størstedelen av utstyrets kapasitet benyttes til næringsaktivitet bør dette tilordnes det utskilte datterselskapet. Man kan fortsatt utnytte stordriftsfordeler der det er grunnlag for dette, og morselskapet kan leie ledig



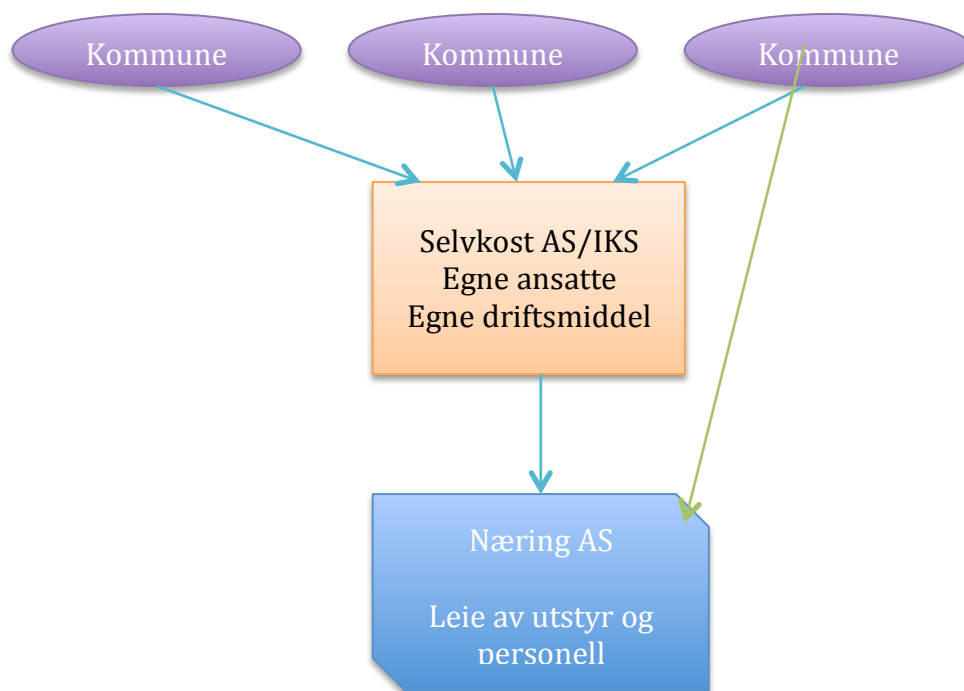
kapasitet i utstyr og ansatte til datterselskap på markedsvilkår, og må i såfall føre separate regnskaper.

Modellen er godt egnet dersom det er behov for at eierkommunene stiller garantier, eller det er behov for låneopptak i selvkostvirksomheten, uten at næringsvirksomheten får en ulovlig fordel iht statsstøttereglene.

I denne modellen kan det innføres fullstendig ledelsesmessig skille ved at styret og daglig leder i morselskapet ikke er representert i datterselskapenes styre. Styret i morselskapet vil være generalforsamling i datterselskapene. Et fullstendig skille gjør at man ikke kan utøve konsernstyring og kan være uheldig i forhold til muligheten for å se virksomheten samlet, og utnytte synergier.

En annen mulighet er at daglig leder i morselskapet også er representert i datterselskapenes styre, noe som gir bedre mulighet for å vurdere avfallsvirksomheten under ett, og utnytte stordriftsfordeler og synergieffekter, enn ved fullstendig ledelsesmessig skille. Gjennomgående styre kan også være aktuelt, så lenge det ikke skaper habilitetsproblemer i anbudskonkurranser.

### 6.3 Selskapsmessig men ikke funksjonelt skille





I denne modellen er alle ansatte og kapital/driftsutstyr lagt til morselskapet. De utskilte selskapene eier ingenting, men leier utstyr og ansatte fra morselskapet, også i de tilfeller der ressursene er benyttet 100% til næringsaktiviteten. Det er samme daglige leder i begge selskapene.

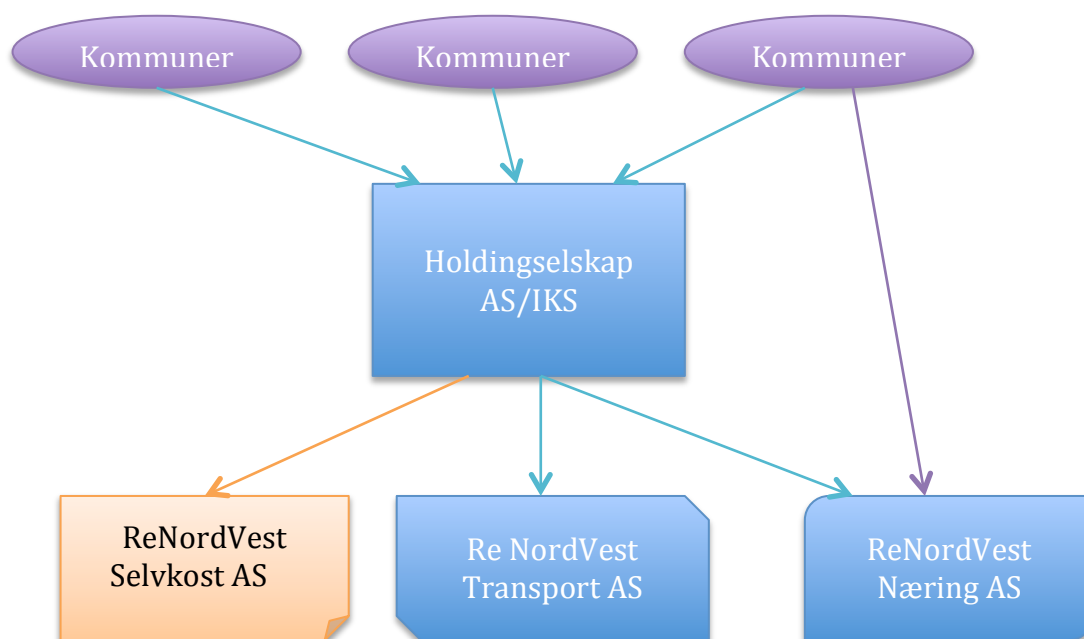
I en slik modell vil krav til kostnadsfordeling og krav til separate regnskaper i morselskapet være den samme som ved rent regnskapsmessig skille som beskrevet i punkt 6.1 om vertikal integrasjon.

Ulempen med denne modellen er at det ikke blir et tydelig skille mellom det som er selvkostvirksomhet og det som kun benyttes i næringsvirksomhet, og skal allokeres fullt ut til denne delen av virksomheten. Dette øker muligheten for og mistanke om kryssubsidiering.

En annen ulempe med denne modellen er også at det kan være større tvil om hvor eiendeler/driftsmidler skal tilordnes, der hovedvirksomheten er næringsaktivitet.

Morselskapet vil også ha en markedsaktivitet i form av utleievirksomhet, og må følge "markedsinvestorprinsippet", noe som kan være vanskelig i en delt virksomhet. Modellen bør kun benyttes dersom det ikke er tilstrekkelig grunnlag for å skille ut egne ansatte og driftsmidler i et eget selskap.

#### 6.4 Konsernmodellen ("BIR modellen")





Modellen innebærer at det etableres et holdingselskap<sup>26</sup>, som utøver eierskap over datterselskaper, som er fullstendig adskilt, både funksjonelt, selskapsmessig og personalmessig/ledelsesmessig. At det er innført ledelsesmessig skille betyr at selvkost virksomheten har eget styre og daglig leder.<sup>27</sup>

Denne modellen er gjerne brukt i sentrale strøk der det er sterk konkurranse i markedet, og hvor næringsaktiviteten er omfattende. Modellen er godt egnet i de tilfeller næringselskapet tilbyr tjenester til selvkostvirksomheten i konkurranse med andre, da en slik modell i betydelig grad reduserer risikoen for rolleblanding og habilitetskonflikter i anbudsprosessen.

Andre fordeler er at det er enklere å styre næringselskapene som en privat markedsinvestor (se punkt 5.2.2) og utøve rendyrket selvkostvirksomhet, uten administrative kostnader til kostnadsfordeling osv. Det kan også være en fordel i forhold til å unngå påstander om krysssubsidiering og risiko for omdømmetap.

Ulempen er at det gis liten mulighet for å utnytte synergier og se virksomheten samlet, noe som kan føre til økte kostnader både for selvkostvirksomheten og næringsvirksomheten. Modellen fører også til økt byråkrati, og økte kostnader for å gjennomføre funksjonelt og ledelsesmessig skille. Modellen er likevel ikke til hinder for at selvkostvirksomheten fortsatt kan utnytte ledig kapasitet, og ha en viss næringsaktivitet.

Modellen kan gjennomføres slik at kravene til direkte kontroll ved utvidet egenregi er oppfylt for virksomheten, ved at generalforsamlingen i holdingselskapet utgjør styret i selskapet som driver til selvkost. Enerettstildeling kan også være en mulighet i denne modellen.

Det er ingenting i veien for at holdingselskapet er organisert som et IKS, men dette setter begrensninger i adgangen til finansiering, og å kunne stille garantier for datterselskapene.

Tromsø har også innført en lignende modell som BIR, men med svakere ledelsesmessig skille. I dette konsernet er administrerende direktør i holdingselskapet, Remiks Miljøpark AS, representert i styret i alle datterselskapene. Remiks Husholdning AS er tildelt enerett, og Karlsøy kommune eier en aksje i Remiks Miljøpark AS. En slik organisering gir fordeler ved at synergier lettere kan ivaretas, enn ved et skille der styret i selvkostvirksomheten har helt eget styre, uten at konserndirektøren er representert i begge styrene (konsernstyring).

---

<sup>26</sup> Modellen benyttes av bl.a. BIR, Avfall Sør konsernet og Trondheim Renholdsverk (TRV gruppen).

<sup>27</sup> I BIR modellen er administrerende direktør i BIRs holdingselskap representert i styret til BIRs næringselskap, men ikke i BIR Privat som er selvkostvirksomheten.



I modellen kan også næringsaktiviteten skilles ut, slik at kommuner som har opptjente verdier kan få direkte eierandeler i næringsvirksomheten.

Dersom eierkommunene skal gi garantier knyttet til låneopptak i selvkostvirksomheten, er dette mulig i en slik modell, da selvkostvirksomheten skilles ut i egen virksomhet, se kommuneloven §14-17 om lån og §14-19 om garantier og punkt 3.2 siste avsnitt.

## 7 Anbefalt modell – ”ReMidt modellen”

ReMidt IKS er eid av 17 kommuner, og organisert som beskrevet i punkt 6.2 med selskapsrettslig og funksjonelt skille. ReMidt IKS eier kun 20% av næringssselskapet, ReMidt Næring AS, mens deltakerkommunene eier 80% gjennom direkte eierskap, noe som skyldes at de ulike eierne går inn med ulike verdier. Modellen gjør at alle eierne kan gå inn i ReMidt IKS uten store kontantinskudd og likeverdig eierskap, basert på innbyggertall.

ReMidt har fått overført forvaltningsmyndighet og skal håndtere næringavfall fra egne kommuner og husholdningsavfall. ReMidt skal gi lik pris basert på like tjenester til sine deltakerkommuner. Det er opprettet egen interkommunale klagenemnd.

ReMidt IKS har også eierandeler i et interkommunalt transportselskap, ReTrans AS, som driver med innsamling og transport av husholdningsavfall og kommunalt næringsavfall i utvidet egenregi. ReMidt IKS har også eierskap i Sesam Ressurs AS, som er ett ettersorteringsanlegg eid av flere interkommunale avfallsselskaper og kommuner. Eierandelen i Ecopro AS er overført til næringssselskapet, men planen er at det skal tilbakeføres til ReMidt IKS på et tidspunkt. Ecopro sitt biogassanlegg er basert på enerett fra andre kommuner/interkommunale selskaper, og det er begrenset mulighet for private eiere eller kommersielt eierskap.

RIR har opplyst at det er planer om å utrede felles transportselskap, og senere kan det også bli aktuelt med biogassanlegg og ettersorteringsanlegg i regionen. Dette kan gjøres gjennom utskilte selskaper som eies av et morselskap (her omtalt som Re-NordVest IKS). Dersom de utskilte selskapene er aksjeselskap vil det være enkelt å få inn andre eiere, som kommuner, IKS eller kommunale avfallsselskaper som er organisert som aksjeselskap. Hvorvidt eierskap skal legges til næringssselskapet, avhenger av om oppgavene i hovedsak skal være konkurranseutsatt. Skal for eksempel transportselskapet drive i markedet og konkurrere med andre vil det være aktuelt. I motsatt fall kan ReMidt-modellen være en god løsning. I såfall kan transportvirksomheten utøves i egenregi, mens biogass og ettersorteringsanlegg, som kan måtte basere seg på å utnytte kapasitet i markedet, kan baseres på enerett.

Modellen som skisseres her er godt egnet og gir god fleksibilitet i forhold til andre samarbeidspartnere. Morselskapet som IKS ivaretar behovet for demokratisk kontroll, samtidig som det er fullt mulig å overdra myndighet til selskapet, slik at det får så mye autonomi som trengs for å løse oppgavene best mulig på vegne av eierne.





Modellen vil kunne se slik ut:

