

Nytt IKT-samarbeid

- Juridiske sider ved valg av samarbeidsmodell og arbeidsrettslige sider ved sammenslåingsprosess

1. Bakgrunn

Styringsgruppen for prosjektet for utredning av eventuell sammenslåing av IKT Agder og Den digitale østregionen (DDØ) hadde et oppstartsmøte 15. mars 2017 med konsulent Fredrik Grindland fra Bouvet AS. Sekretariatsleder Ole Jørgen Etholm i Østre Agder og Grindland har bedt jurist i Arendal kommune, Sindre Kvammen, lage et notat som omhandler juridiske sider ved valg av samarbeidsmodell og arbeidsrettslige sider ved sammenslåingsprosess.

I referat fra oppstartsmøtet er det bl.a. gitt en premiss om at videre utredning skal ta utgangspunkt i PA-rapportens anbefaling om selskapsform: interkommunalt samarbeid med eget styre etter kommuneloven § 27.

Bakgrunnsmateriale brukt som underlag for dette notatet er bl.a.:

PA-Consulting sin rapport av 20. september 2016 – utredning om eventuell sammenslåing av DDØ og IKT-Agder (heretter «PA-rapporten»).

KS-advokatene har som en del av et FoU-prosjekt utarbeidet en rapport om interkommunalt samarbeid om IKT. Rapporten er fra 6. november 2015 og gir en oversikt over sentrale juridiske rammebetingelser for kommuners mulighet til å etablere interkommunalt samarbeid på IKT-området. (heretter «KS-rapporten»).

Kommunalrett, Engelsrud, Jahren og Sletnes, Oslo, 2014.

Dette notatet avgrensner mot regelverk for offentlige anskaffelser. **KS-rapporten har et eget kapittel 4 om disse problemstillingene.**

2. Kort om Den digitale østregionen (DDØ)

PA-rapporten beskriver DDØ-samarbeidet slik:

«Den digitale østregionen ble etablert i 2009. IKT-samarbeidet er organisert som er vertskommunesamarbeid etter § 28-1 b jf. kommuneloven. Vegårshei er vertskommune og det er inngått samarbeidsavtale med kommunene Gjerstad, Risør, Tvedestrand og Åmli.»

...

«Ved utgangen av 2015 var det tilsatt 16,5 årsverk uten lærlinger i DDØ. Organisasjonen er delt inn i to avdelinger, drift og utvikling, med åtte årsverk hver. I tillegg kommer det til ett årsverk for daglig leder.»

...

«I mellom samarbeidskommunene bruker omkring 4095 brukere systemer driftet av DDØ. Det er 19.298 innbyggere i kommunen.»

...

«IKT-samarbeidet er organisert etter § 28-1 b i kommuneloven. Samarbeidskommunene har således delegert myndighet over tjenesten fra hver enkelt kommune til vertskommunen, Vegårshei kommune. Det er satt opp et samarbeidsorgan for IKT-tjenesten, et rådmannsutvalg som møtes etter behov.»

3. Kort om IKT-Agder IKS

I PA-rapporten beskrives IKT Agder slik:

«IKT Agder ble etablert som et interkommunalt selskap i 2003. Det interkommunale selskapet er eid av Aust-Agder fylkeskommune og kommunene Arendal, Froland og Grimstad. Selskapet er lokalisert i Arendal kommune ved Fylkeshuset i Aust-Agder.

IKT Agder tilbyr følgende til eierkommuner og andre eksterne kunder: service og supporttjenester, drift og forvaltning av IKT-systemer, avtaleforvaltning innenfor IKT-området, videreutvikling av IKT-tjenester i nært samarbeid med kundene.»

...

«Ved utgangen av 2015 hadde IKT Agder tilsatt 45,81 årsverk uten lærlinger. Etter en nedbemanning i 2016 har de per 31. august 2016 tilsatt 41,4 årsverk uten lærlinger. Selskapet er delt opp i tre avdelinger: Avdeling Service, Avdeling Drift og Avdeling Prosjekt.»

...

«IKT Agder er organisert som et interkommunalt selskap (IKS). Den formelle styringsmodellen består av kommunestyre, representantskap og styret. Representantskapet består av rådmennene i de samarbeidene kommunene og styret er satt sammen av en ekstern styreleder, kommuneansatte og ansattrepresentanter.»

DEL I – JURIDISKE SIDER VED VALG AV SAMARBEIDSMODELL

4. Sammendrag av juridiske sider ved valg av samarbeidsmodell

Innledning

PA-rapporten anbefaler at det etableres et interkommunalt IKT-samarbeid gjennom et styre etter kommuneloven § 27, med en styringsmodell der rådmennene i ni eierkommuner utgjør representantskap, og at det etableres et styre som utpekes av representantskapet (to-nivå-modell).

Etablering og regulering

Et interkommunalt samarbeid etter kommuneloven § 27 er et samarbeid som kan etableres til løsning av «felles oppgaver» mellom kommuner og/ eller fylkeskommuner. Samarbeidsformen har lange tradisjoner, men er i ganske liten utstrekning lovregulert. Bare de mest nødvendige regler er gitt i kommuneloven § 27.

For å etablere et § 27-samarbeid må deltakerne «opprette et eget styre til løsning av felles oppgaver, jf. kommuneloven § 27 nr. 1. Kommunestyret/bystyret/fylkestinget må «selv» treffe beslutning om deltakelse i et § 27-samarbeid, denne myndigheten kan ikke delegeres.

Oppgaver og kompetanse

Formålet med å opprette et § 27-samarbeid er å løse bestemte oppgaver, og vedtektene for samarbeidet må angi «området for styrets virksomhet», altså hva samarbeidet skal omfatte, jf. § 27 nr. 2 b. Oppgaver som kommunene påtar seg på frivillig grunnlag, vil fritt kunne legges til et § 27-samarbeid. Det kan for eksempel være interne administrative støttetjenester som lønn, IKT og innkjøp.

Bestemmelsen i kommuneloven § 27 har vært forstått slik at det må foretas en tildeling av avgjørelsesmyndighet til styret i § 27-samarbeidet for at det kan sies å være etablert et § 27-samarbeid.

Med IKT-drift som eksempel vil kommunene i vedtektene fritt kunne bestemme hvilke avgjørelser som skal ligge til kommunene selv, hvilke som skal ligge til et eierorgan/representantskap, og hvilke som skal ligge til styret.

En del av kommunen eller eget rettssubjekt?

Et § 27-samarbeid kan enten være en del av kommunen (de enkelte deltakerkommunene) eller et eget rettssubjekt. Hvorvidt samarbeidet er et eget rettssubjekt eller ikke, må vurderes konkret for det enkelte samarbeidet. Sentrale momenter i denne sammenheng vil være hvilken grad av selvstendighet styret i samarbeidet har i forhold til deltakerkommunene, herunder det økonomiske fundamentet for samarbeidet.

Det er fullt mulig å gi en slik virksomhet en grad av selvstendighet som gjør at den vil bli et eget rettssubjekt. Et eget rettssubjekt har partsevne og selvstendige rettigheter og plikter. Dette bør avklares i vedtektene.

Styringsstruktur

Et interkommunalt samarbeid skal ha et eget styre, jf. § 27 nr. 1. Styret er det øverste organet i samarbeidet, og alle deltakerne må være representert i styret. Det er altså ikke adgang til å legge styrefunksjonen til en mindre gruppe eller til en kommune på vegne av de øvrige. Ut over dette stiller ikke loven krav til sammensetningen av styret, men det skal fremgå av vedtektene hvordan styret skal sammensettes og utpekes. Loven åpner for ansattrepresentasjon i et slikt styre.

Kommuneloven er ikke til hinder for å opprette en to-nivå-modell for styret. Det kan altså etableres et eget «representantskap» i tillegg til et mer operativt styre oppnevnt av og underlagt dette. Det øverste organet vil da være «styret» i lovens forstand, og det underordnede organs myndighet vil avhenge av delegasjon fra det overordnede organ. Fordelingen av ansvar og myndighet mellom disse to organene vil bero på den avtale – de «vedtekter» deltakerkommunene fastsetter. I det underordnede styret trenger ikke alle deltakerne i samarbeidet å være representert.

Det antas å være få begrensninger i hvordan kommunene gjennom avtalen/vedtektene kan regulere myndighetsforholdet mellom styret og et «representantskap» i et § 27-samarbeid. Sammenholdt med at kommunene står fritt til å avgjøre hvilken beslutningsmyndighet man i det hele tatt vil delegeres til virksomheten, vil dette samlet sett gi betydelige muligheter for å etablere en tett eierstyring med virksomheten. Denne eierstyringen vil neppe være begrenset av den rolledeling mellom eier og driftsledelse som selskapslovgivningen bygger på.

Vedtektene skal inneholde bestemmelser om hvordan styret skal sammensettes og utpekes. Det interkommunale styret har som det fremgår ingen myndighet direkte i loven. Det er kommunene som bestemmer hvilken myndighet som skal legges til styret. Når kommunene er blitt enige om hvilken myndighet som skal delegeres, kan den enkelte kommune i utgangspunktet ikke trekke tilbake den delegerte myndighet uten å gå veien om uttreden av samarbeidet. Vedtektene blir spesielt viktige ved en organisasjonsform som § 27-samarbeid der lovgiver har valgt å gi få lovregler.

Vedtekter

Fordi det er lite lovregulering vil rammene for samarbeidet vil i stor grad være avhengig av avtalen som inngås mellom deltakerne. Samarbeidet skal ha vedtekter, jf. § 27 nr. 2 og loven setter minstekrav til vedtektene. Vedtektene vil være en del av eller utgjøre hele avtalen for § 27-samarbeidet. Det å fastsette vedtekter er en del av opprettelsen, og de må vedtas av hver enkelt deltakers kommunestyre og/eller fylkesting. Vedtektene må ha bestemmelser om:

- Styrets sammensetning
- Hvordan styret utpekes
- Området for styrets virksomhet
- Hvorvidt styret har myndighet til å ta opp lån eller på annen måte pådra deltakerne økonomiske forpliktelser
- Bestemmelser om uttreden og oppløsning av samarbeidet
- Om det skal opprettes styringsorganer under det øverste organet

Denne avtalen vil deltakerkommunene være bundet av, og den kan ikke endres med mindre kommunene er enige.

Dersom myndighetsfordelingen mellom styret og eierorganet er bestemt i vedtektene/avtalen for samarbeidet, kan det ligge begrensninger i hvor fritt det øverste organet kan gi instruks/omgjøre/ta tilbake myndighet, men i mangel av slike bestemmelser om myndighetsfordeling, kan det øverste organet ikke anses for å ha mer begrenset myndighet enn generalforsamlingen i et AS eller representantskapet i et IKS.

Det vil ikke være anledning til å delegeres til et interkommunalt styre en myndighet som innebærer å ta beslutninger som har vesentlig betydning for kommunen, for eksempel viktige strategiske valg, og prinsipielle spørsmål om kommunens tjenesteutvikling. Hvor grensen går vil måtte bero på en konkret vurdering. Dette vil likevel ikke være til hinder for et samarbeid på IKT-området, dersom det i avtaler mv. er lagt inn mekanismer som sikrer at beslutninger som har slik stor betydning blir tatt av kommunen selv.

Vedtektene må tilfredsstillende de minstekrav til innhold som loven oppstiller, men det er intet til hinder for å ta inn i vedtektene også bestemmelser om andre forhold.

Valg av styre

Kommunelovens regler om valg til folkevalgte organer gjelder for valg av styremedlemmer til et interkommunalt styre. Kommuneloven § 14 bestemmer hvem som er valgbare. Interkommunale styre er ikke tatt med i oppregningen i § 14 nr. 1 av de organer som de strengeste valgbarhetsreglene gjelder for. Det er derfor de mer lempelige reglene i § 14 nr. 2 som gjelder. Dette innebærer blant annet at rådmannen i kommunen vil kunne velges som medlem i et interkommunalt styre. Dette gir også mulighet til å velge personer som ikke er bosatt i kommunen. Det er dermed forholdsvis store valgmuligheter for kommunen når det gjelder spørsmålet om hvem som skal representere kommunen i et interkommunalt styre.

Det er forutsett i forarbeidene til gjeldende kommunelov at det er anledning til å gi de ansatte rett til å velge styremedlemmer.

Styrets kompetanse

Hvilken myndighet styret for samarbeidet skal få, må bestemmes av kommunestyret «selv», jf. nr. 1.

Deltakerne i det interkommunale samarbeidet bestemmer hva det skal samarbeides om, og i hvilken utstrekning styret skal tildeles myndighet. Det enkelte kommunestyre kan imidlertid ikke instruere et interkommunalt styre, noe det normalt kan gjøre som øverste organ for alminnelig kommunal virksomhet. Det enkelte kommunestyre kan bare instruere «sin(e)» representanter i styret, jf. Engelsrud mfl. s. 262.

Styret i en slik sammenslutning har altså ingen myndighet etter loven, og det er kommunene som bestemmer hvilken myndighet som skal legges til styret. Dette må bestemmes av hvert kommunestyre «selv», og kan ikke delegeres. Kommunestyret kan delegere myndighet til å treffe «avgjørelser som angår virksomhetens drift og organisering» til et slikt styre.

Når kommunene er blitt enige om hvilken myndighet som skal delegeres, kan den enkelte kommune i utgangspunktet ikke trekke tilbake den delegerte myndighet uten å gå veien om uttreden av samarbeidet.

I utgangspunktet gjelder de alminnelige regler i kommuneloven med forskrifter for årsbudsjettet i § 27-samarbeid, men slik at det i forskrift (§1) er åpnet for at et § 27-samarbeid som deltakerne har vurdert å være et eget rettssubjekt, kan fastsette særbudsjett og et særregnskap.

Styret i § 27-samarbeidet vedtar selv den nærmere fordelingen av den økonomiske rammen på grunnlag av en innstilling fra samarbeidets administrasjon. De deltakende kommunene eller fylkeskommunene kan bestemme at fordelingen ikke er endelig før den er godkjent av de respektive kommunestyre og/eller fylkesting.

Når det gjelder myndighet på personalområdet følger det av kommuneloven § 24 nr. 1 at styret kan få myndighet til å opprette og nedlegge stillinger, samt å treffe avgjørelser i personalsaker. Hvor langt styrets myndighet rekker her vil avhenge av en fortolkning av vedtektene.

Administrasjon, ledelse

Kommuneloven § 27 har ikke nærmere regler om virksomhetens administrasjon. Dersom virksomheten er av et visst omfang vil den normalt ha tilsatt en daglig leder. Styret for virksomheten kan ansette daglig leder, hvis styret har fått myndighet til det. Daglig leder vil være direkte underlagt styret i og med at virksomheten er et fellestiltak mellom flere kommuner. Daglig leder vil ha den myndighet han eller hun har fått delegert fra styret eller som er bestemt i vedtektene. Hvilken myndighet styret har anledning til å delegere til daglig leder vil måtte avgjøres ut fra en fortolkning av vedtektene.

Innskudd, låneopptak, deltakeransvar og konkurs

Deltakerne i et § 27-samarbeid gjør innskudd i virksomheten slik dette er bestemt i vedtektenes bestemmelser om innskuddsplikt. De andre deltakerne kan ikke pålegge en deltaker en innskuddsplikt, for eksempel gjennom et styrevedtak i samarbeidet.

Deltakernes ansvar overfor kreditorer er ikke direkte regulert i kommuneloven. Er samarbeidet et eget rettssubjekt, vil hver deltaker hefte for sin andel av forpliktelsene. Vedtektene skal inneholde bestemmelser om hvorvidt styret har myndighet til å ta opp lån eller på annen måte pådra deltakerne økonomiske forpliktelser.

Dersom samarbeidet har kompetanse til å pådra deltakerne økonomiske forpliktelser, vil deltakerne i utgangspunktet ha et solidarisk ansvar overfor kreditorene. Det vil si at de hefter alle for en for samarbeidets samlede forpliktelser, og ikke bare for sin andel av gjelden.

En kommune som trer ut av et § 27-samarbeid, fortsetter å hefte for den gjelden samarbeidet måtte ha på det tidspunkt uttreden finner sted, såfremt kreditorene ikke aksepterer noe annet.

Et § 27-samarbeid kan ikke gå konkurs.

Uttreden og oppløsning

Vedtektene skal angi hvordan en deltaker kan komme seg ut av et samarbeid og hvordan samarbeidet kan oppløses.

Kommuneloven § 27 nr. 3 gir en kommune som ønsker å tre ut av samarbeidet noen minimumsrettigheter ved uttreden. Kommunen kan med 1 års skriftlig varsel si opp sitt deltakerforhold og kreve seg utløst. Det er ikke noe i veien for at vedtektene har kortere oppsigelsesfrist.

Utløsningssummen skal fastsettes til andelens nettoverdi ved oppsigelsesfristens utløp, men ikke til mer enn verdien av de midler vedkommende kommune har skutt inn.

5. PA-rapportens anbefaling av selskapsform og styringsmodell

I PA-rapportens kapittel 2.4 er det gitt anbefaling av selskapsform og styringsmodell ved en eventuell sammenslåing. Nedenfor gjengis anbefalingene fra PA-rapporten.

PA-rapporten anbefaler følgende:

«PA anbefaler derfor at vertskommunesamarbeid med eget styre etter kommunelovens §27 velges som selskapsform ved en eventuell sammenslåing. Selskapsformen understøtter kravene beskrevet i kapittel 2.3, og gir en tettere kobling til øvrige kommunale virksomheter enn det et Interkommunalt Selskap (IKS) gir.»

PA-rapporten bruker terminologien «vertskommunesamarbeid» om et styre etter kommuneloven § 27. Bruken av ordet vertskommunesamarbeid i kombinasjon med kommuneloven § 27 er etter mitt syn ikke helt presis.

Så vidt jeg forstår rapporten har PA ikke ment å anbefale et vertskommunesamarbeid etter kommuneloven kap. 5 A, men et samarbeid etter kommuneloven § 27. Innenfor kommuneloven § 27 kan en ha et samarbeid som er:

- a) En del av kommunen (deltakerkommunene)
- b) Eget rettssubjekt

Dette vil blant annet ha betydning for hvem som skal anses som formell arbeidsgiver, om dette ansvaret skal ligge i en eller flere kommuner, eller om arbeidsgiveransvaret skal ligge i samarbeidets styre. PA-rapporten kan jeg ikke se omtaler spørsmålet om eget rettssubjekt.

For ordens skyld påpekes at kommuner ikke kan inngå vertskommunesamarbeid etter kommuneloven kap. 5 A med fylkeskommuner (jf. koml. § 28-1 b og 28-1 c begge nr. 1 sammenholdt med nr. 2). Begrunnelsen for dette er at kommuner og fylkeskommuner har forskjellige oppgaver i henhold til lovgivningen, som begrenser den praktiske muligheten til å samarbeide om lovpålagte forvaltningsoppgaver, jf. Engelsrud s. 237. I vertskommunesamarbeid etableres ikke noe nytt rettssubjekt.

5.1 PA-rapportens anbefaling – vertskommunemodell med eget styre etter kommuneloven § 27

I PA-rapporten fremgår:

«I et interkommunalt styre må alle deltakende kommuner og fylkeskommuner være representert i det øverste styrende organet. Uten en slik representasjon vil man i realiteten ha overdratt beslutnings- og styringsmyndigheten til de øvrige deltakerne. I et samarbeid med mange deltakere vil styret kunne bli uhensiktsmessig stort. For å unngå det, kan en mulig løsning være at det øverste organet har et mindre organunderlagt seg. Et slikt organ, et underutvalg, styre eller lignende, vil ha generell kompetanse og velges av det øverste organet.

Interkommunalt samarbeid etter kommunelovens (KL) §27 og Interkommunalt selskap (IKS) er de to organisasjonsformene som gjør det mulig for kommunene å opprette ett representantskap bestående av rådmenn fra alle eierkommuner, og ha et underliggende styre. Ved valg av samarbeid etter KL §27, vil det øverste organet være det juridiske styret, men gjerne bli kalt representantskap eller tilsvarende.

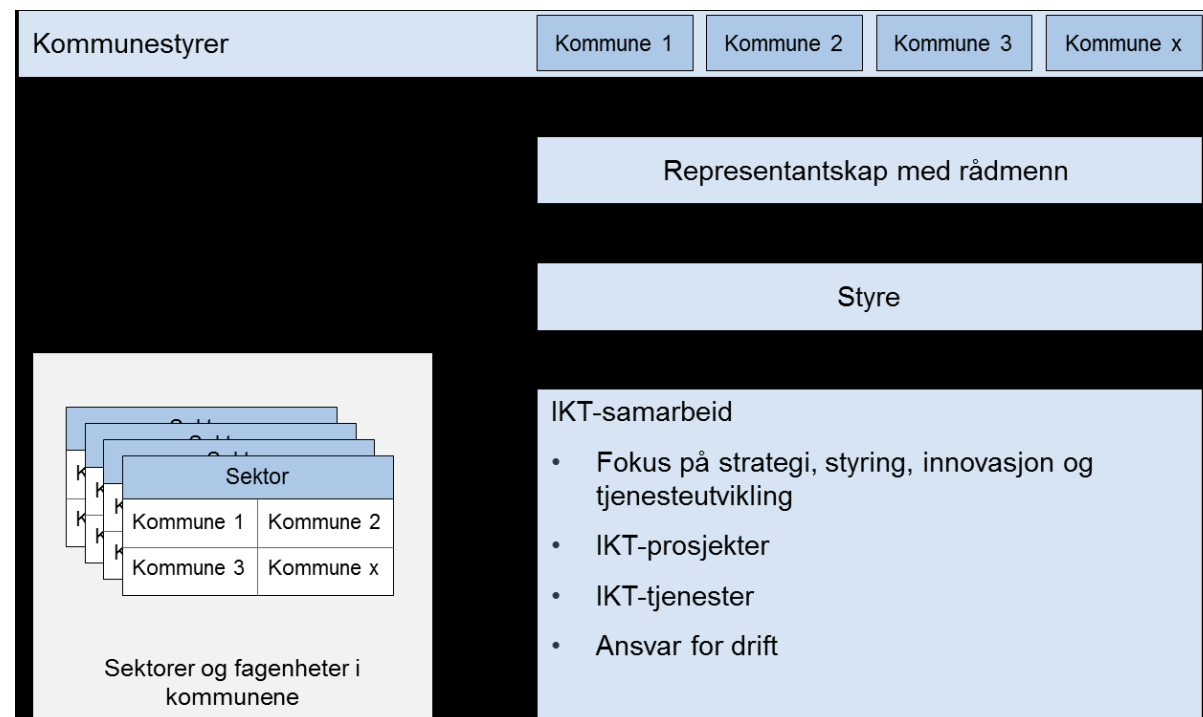
PA anbefaler derfor at vertskommunesamarbeid med eget styre etter kommunelovens §27 velges som selskapsform ved en eventuell sammenslåing. Selskapsformen understøtter kravene beskrevet i kapittel 2.3, og gir en tettere kobling til øvrige kommunale virksomheter enn det et Interkommunalt Selskap (IKS) gir.»

5.2 Anbefalt styringsmodell

I PA-rapporten står:

«PA anbefaler en styringsmodell der rådmennene i ni eierkommuner utgjør representantskap i IKT-samarbeidet, og at det etableres et styre som utpekes av representantskapet. Rådmennene har det overordnede ansvaret for digitalisering og informasjonssikkerhet i egen kommune.

Figuren under viser en skisse av anbefalt styringsmodell:



Figur 5: Anbefalt styringsmodell

Representantskap

Rådmenn fra alle eierkommuner bør inngå i representantskapet. Representantskapet er eiernes organ, er selskapets øverste myndighet, og har ansvar for fastsetting av budsjett, økonomiplan, regnskap, vedtak om salg av fast eiendom eller andre større kapitalinvesteringer, eller vedtak om investeringer av vesentlig betydning.

Styre

Styret forvalter selskapet på vegne av deltakerkommunene, og bør ha fem styremedlemmer og ansattrepresentanter. Denne forvaltningsmyndigheten må utøves innenfor rammen av selskapets formål, selskapsavtalen og selskapets årsbudsjett som vedtas av representantskapet, samt vedtak og retningslinjer fastsatt av representantskapet.

Sektorforum

Sektorforum har ansvar for styring digitaliseringsarbeid og informasjonssikkerhet innen egen sektor. Hvert sektorforum har ansvar for utarbeidelse av overordnet digitaliseringsstrategi for kommunene, vedtatte handlingsplaner samt overordnede føringer innen digitalisering.

Sektorforum skal søke godkjenning av strategier, planer og budsjetttrammer fra Representantskapet og eventuelle endringer innenfor rammer av styret.

Forum for systemansvarlige

Forum for systemansvarlige opprettes for hvert fagsystem. Forumet har ansvar for at fagsystem og digitale tjenester dekker kommunenes behov og at de er i samsvar med gjeldende rammebetingelser, og at fagsystemene brukes på en optimal måte slik at gevinster kan realiseres.

IKT-samarbeidet

IKT-samarbeidet har ansvar for direkte utøvelse av noen oppgaver, samt ansvar for koordinering av andre.»

6. KS-rapporten om interkommunalt samarbeid om IKT

6.1 Kort om rapporten

KS-advokatene har som en del av et FoU-prosjekt utarbeidet en rapport om interkommunalt samarbeid om IKT. Rapporten er fra 6. november 2015 og gir en oversikt over sentrale juridiske rammebetingelser for kommuners mulighet til å etablere interkommunalt samarbeid på IKT-området.

Prosjektet må ses i sammenheng med rapporten «IKT-samarbeid i kommunal sektor – Modeller for organisering, styring og finansiering», utarbeidet av PwC (oktober 2015). I det prosjektet er styringsmodeller for interkommunale IKT-samarbeid kartlagt og vurdert.

Nedenfor gjengis hovedpunkter fra rapporten som anses særlig relevante for det videre utredningsarbeid.

6.2 Kommunenes valgfrihet ved valg av organisasjonsform for IKT-samarbeid

I KS-rapporten står:

«IKT – informasjons- og kommunikasjonsteknologi – defineres gjerne som teknologi for innsamling, lagring, behandling, overføring og presentasjon av informasjon. Ut fra dette innebærer ikke dette i seg selv offentlig myndighetsutøvelse, og det er ikke som sådan en lovpålagt oppgave for kommunene. Det er mer naturlig å betegne IKT som en del av den administrative virksomhet som understøtter kommunens saksbehandling og tjenesteyting. Tradisjonelt betegnes gjerne IKT derfor som en administrativ støttetjeneste.

Utviklingen på dette området går imidlertid raskt, og IKT-systemer kan i noen tilfeller være en integrert del av virksomhetens infrastruktur i en grad som influerer på utformingen av tjenesten, og dermed har betydning for valgmulighetene for hvordan tjenesten kan utformes.

Både utvikling, implementering og drift av IKT-systemer kan kjøpes i markedet. Framstillingen i det følgende er basert på at to eller flere kommuner ønsker å samarbeide om dette, og ikke henvende seg til markedet.

Når det gjelder organisering og drift av administrative støttetjenester har kommunene i utgangspunktet samme frihet til å organisere driften av virksomheten som private rettssubjekter har. I utgangspunktet kan derfor kommunen benytte de organisasjonsmodeller som er tilgjengelige for private rettssubjekter i tillegg til de som er spesielt utformet for kommuner. Dersom kommuner ønsker å utvikle, implementere og drifte IKT-systemer i et samarbeid med andre kommuner, vil de i utgangspunktet ha samme valgfrihet når det gjelder organisasjonsmodell som de private næringsaktører eller andre private rettssubjekter har.

Dette er imidlertid bare et utgangspunkt. Fordi kommunen ikke er et privat rettssubjekt, men et offentlig organ, gjelder det nemlig særlige regler som begrenser denne handlefriheten. Særlig representerer *regelverket for offentlige anskaffelser* en slik begrensning.» Dette notat avgrensner mot disse problemstillingene, og henviser til KS-rapportens kapittel 4.

6.3 Oversikt over ulike organisasjonsmodeller

I KS-rapporten står:

«Som det fremgår av beskrivelsen av organisasjonsmodeller videre i dette kapitlet står kommunene overfor flere alternative organisasjonsmodeller når interkommunalt samarbeid om IKT skal etableres.

I denne utredningen har vi valgt å konsentrere oss om de fem organisasjonsmodellene som vi antar i praksis vil være de mest aktuelle. Dette er:

- Vertskommunesamarbeid etter kommuneloven kap. 5 A.
- Felles interkommunalt styre etter kommuneloven § 27.
- Interkommunalt selskap (lov om interkommunale selskaper av 29. januar 1999 nr. 6.)
- Aksjeselskap (aksjeloven av 19. juni 2009 nr. 77).
- Samvirkeforetak (lov om samvirkeforetak av 29. juni 2007 nr. 81.)

Når det gjelder organisatorisk oppbygning og styringsmuligheter skiller disse alternativene seg en god del fra hverandre. *Vertskommunesamarbeid* etter kommuneloven skiller seg ganske vesentlig fra de andre organisasjonsmodellene. Det samme gjelder for øvrig også «vertskommunesamarbeid» utenfor kommuneloven. Vertskommunenmodellen går ut på at flere andre kommuner overlater til en bestemt kommune – vertskommunen – å utføre oppgaver for de andre kommunene. Den innebærer ikke at det opprettes noen ny sammenslutning i form av et eget (nytt) rettssubjekt.

...

Det kan bare etableres vertskommunesamarbeid mellom kommuner eller mellom fylkeskommuner.

Det er ikke anledning til å etablere et vertskommunesamarbeid mellom kommuner og fylkeskommuner.

...

De andre organisasjonsmodellene – felles styre etter kommuneloven § 27, IKS, AS og samvirkeforetak – er alle *sammenslutninger*. Begrepet sammenslutning har ingen legaldefinisjon, men betegner i alminnelighet en virksomhet som flere fysiske eller juridiske personer etablerer for å drive en virksomhet i felleskap.

Man sier gjerne at det er tre hovedgrupper sammenslutninger: Selskaper, foreninger og samvirkeforetak. Grensen mellom dem trekkes gjerne på grunnlag av hvor omfattende økonomiske rettigheter deltakerne har.

To av de organisasjonsformene som er gjennomgått i denne utredningen er selskaper. Det er *det interkommunale selskapet (IKS) og aksjeselskapet (AS)*. *Et felles styre etter kommuneloven § 27 har også flere likhetstrekk med selskaper, i de tilfeller der virksomheten har en slik selvstendighet at den er et eget rettssubjekt.* I et slikt tilfelle vil et felles styre og dets virksomhet i realiteten ha sterke likhetstrekk med et selskap hvor deltakerkommunene eier virksomheten og har ansvar for virksomhetens gjeld, men uten at virksomheten faller inn under IKS-loven eller annen selskapslovgivning.

Samvirkeforetak derimot, regnes som en egen organisasjonsform, som hverken er et selskap eller en forening. Organisasjonsformen har trekk fra begge typer organisasjoner. Noen kan ha mer preg av selskaper og noen mer preg av foreninger. I lovens forarbeider er det presisert at samvirke er «en selvstendig organisasjonsform, og ikke en variant av selskap eller forening».

For interkommunalt samarbeid om IKT-tjenester vil spørsmålet om deltakernes innflytelse over driften være sentralt. Dette har betydning på flere måter. Særlig er dette spørsmålet viktig i forbindelse med regelverket om offentlige anskaffelser. *Dersom kommunene har ønske om å kunne legge driften av IKT-systemene til en interkommunal enhet uten at regelverket om offentlige anskaffelser kommer til anvendelse og det må utlyses en konkurranse, er det nemlig en forutsetning at deltakerne har sterk kontroll med virksomheten.* Dette er nærmere omhandlet i kapittel 4 om anskaffelsesregelverket.

Men spørsmålet om hvilken mulighet den enkelte kommune har til å øve innflytelse på driften av et interkommunalt samarbeid har også generell betydning utover dette. Videre i dette delkapitlet ... er det derfor gått noe nærmere inn på hvilke roller kommunen kan ha som deltaker i en interkommunal sammenslutning. Det er særlig fokusert på hva som ligger i eierrollen. Deretter er det gitt en oversikt over styringsmulighetene kommunen har som deltaker, for hver av de fem ulike sammenslutninger som er nevnt. Gjennomgangen av styringsmulighetene for de fem modellene er i noen grad overlappende med beskrivelsen av modellene som sådan i pkt. 3.3 – 3.8. Vi har likevel funnet det hensiktsmessig å gi en samlet oversikt over deltakernes styringsmuligheter her i dette kapitlet.»

6.4 Interkommunale styrever etter kommuneloven § 27 – styringsmuligheter for deltakerne

Av KS-rapporten fremgår:

«Under pkt. ... ovenfor er det gitt en oversikt over eierens styringsmuligheter i et selskap. Fremstillingen gjelder både aksjeselskap og interkommunalt selskap (IKS). Et felles interkommunalt styre etter kommuneloven § 27 er i utgangspunktet ikke et eget selskap. Det behøver ikke engang være et eget rettssubjekt. Som det fremgår av beskrivelsen av denne organisasjonsmodellen i pkt. ..., vil det imidlertid være mulig å gi en slik virksomhet en grad av selvstendighet som gjør at den vil bli et eget rettssubjekt, en egen juridisk person. Virksomheten vil da ha rettigheter og plikter som sådan.

Der virksomheten er et eget rettssubjekt vil virksomheten i realiteten skille seg lite fra et ansvarlig selskap. Kommunelovens bestemmelse om denne organisasjonsformen er imidlertid meget knapp, og sier lite om dens organisatoriske oppbygning, eiermyndighet og ledelse.

I utgangspunktet har virksomheten bare ett organ – et styre. Det er imidlertid lagt til grunn at det kan etableres et eget «eierorgan» i tillegg til et mer operativt styre oppnevnt av og underlagt dette. Det øverste organet vil da være «styre» i lovens forstand, og det underordnede organs myndighet vil avhenge av delegasjon fra det overordnede organ. Fordelingen av ansvar og myndighet mellom disse to organene vil bero på den avtale – de «vedtekter» deltakerkommunene fastsetter. Det er nærliggende å tenke i retning av selskapslovgivningens rolledeling mellom eier og driftsledelse når en slik «to-nivå ledelse» er etablert. Men kommunene står nok enda friere til å regulere myndighetsforholdet mellom disse to organene enn det man vil gjøre i et selskap.

Der det ikke er opprettet en slik to-nivå ledelse med et eierorgan og et styre, vil virksomheten bare ha ett styringsorgan. I en slik modell vil det ikke gi mening å snakke om en rolledeling mellom eier og driftsledelse. Styringsorganet vil da i realiteten være både eierorgan og driftsstyre. De samme personer vil da være eierens representanter, og ansvarlige for ledelsen av virksomheten.

Hvorvidt det er hensiktsmessig å etablere en modell som gjenspeiler styringsstrukturen i et selskap, eller samle eier- og ledelsesfunksjon i ett organ, vil deltakerkommunene kunne bestemme i den avtale for samarbeidet som inngås. I begge tilfeller vil deltakerkommunenes eierstyring være basert på instruksjoner fra den enkelte kommune til den aktuelle kommunens representant i det øverste styringsorganet for virksomheten.

Også overfor et felles styre etter § 27, der virksomheten er et eget rettssubjekt, vil den enkelte kommune i tillegg til å være eier kunne opptre som kontraktspart og som offentlig myndighet, jf. ovenfor i pkt.

Det interkommunale styret har som det fremgår ingen myndighet direkte i loven. Det er kommunene som bestemmer hvilken myndighet som skal legges til styret. Når kommunene er blitt enige om hvilken myndighet som skal delegeres, kan den enkelte kommune i utgangspunktet ikke trekke tilbake den delegerte myndighet uten å gå veien om uttreden av samarbeidet.

Dersom man har valgt en «to-nivå» modell, med et representantskap og et styre under dette, vil det være det øverste organet som er «styre» i lovens forstand. Det organ som er underordnet dette, utøver sin myndighet på grunnlag av delegert myndighet fra dette, og det øverste organ kan gi instruks om utøvelsen av den delegerte myndighet og kan når som helst trekke den delegerte myndighet tilbake. Dersom myndighetsfordelingen mellom styret og eierorganet er bestemt i vedtektene/avtalen for samarbeidet, kan det ligge begrensninger i hvor fritt det øverste organet kan gi instruks/omgjøre/ta tilbake myndighet, men i mangel av slike bestemmelser om myndighetsfordeling, kan det øverste organet ikke anses for å ha mer begrenset myndighet enn generalforsamlingen i et AS eller representantskapet i et IKS.

I et IKS er det anledning til å avtale at avgjørelser i visse saker skal godkjennes av representantskapet, men disse sakene må positivt angis – og det må foreligge et forutgående styrevedtak i saken, som det øverste organet kan godkjenne eller forkaste. Det er ikke anledning til å overføre styrets myndighet til representantskapet slik at representantskapet kan treffe vedtak på egen hånd, uten at det foreligger et forutgående styrevedtak. Det er imidlertid ikke anledning til å avtale at styrets vedtak i det som etter loven hører under styrets myndighet til å forvalte selskapet i sin alminnelighet skal godkjennes av representantskapet. Dette ville være i strid med den rolledeling mellom eier og driftsledelse som loven bygger på, og i strid med bestemmelsen om styrets legalkompetanse til å forvalte selskapet.

Slike begrensninger har ikke kommuneloven § 27. Lovens utgangspunkt er at virksomheten har ett styringsorgan - «styre». Dette organet vil slik i praksis utgjøre både «eierorgan» og «styre», sammenlignet med en tradisjonell selskapsmodell. Det er imidlertid antatt at det er anledning til å avtale å ha en to-nivå ledelse, med et eierorgan og et styre underlagt dette. Gitt at det er lovens utgangspunkt at eierrollen og driftsledelsesrollen er samlet i ett organ, vil det dersom man velger en to-nivå ledelse, etter vår oppfatning ligge få begrensninger på friheten til å avtale hvordan

myndighetsfordelingen mellom disse to organene skal være. Herunder må man antakelig kunne gi det øverste organet generell myndighet til å godkjenne avgjørelser som er tatt i det underordnede organet.

Det må således antas å være få begrensninger i hvordan kommunene gjennom avtalen/vedtektene kan regulere myndighetsforholdet mellom styret og et «representantskap» i et § 27-samarbeid. Av § 27 nr. 2 bokstav e. Sammenholdt med at kommunene står fritt til å avgjøre hvilken beslutningsmyndighet man i det hele tatt vil delegerer til virksomheten, vil dette samlet sett gi betydelige muligheter for å etablere en tett eierstyring med virksomheten. Denne eierstyringen vil neppe være begrenset av den rolledeling mellom eier og driftsledelse som selskapslovgivningen bygger på.

Med IKT-drift som eksempel vil kommunene i avtalen/vedtektene fritt kunne bestemme hvilke avgjørelser som skal ligge til kommunene selv, hvilke som skal ligge til et eierorgan/representantskap, og hvilke som skal ligge til styret.»

6.5 Oversikt over rettslige rammer for hvordan et interkommunalt samarbeid med felles interkommunalt styre etter kommunelovens § 27 kan etableres og organiseres

6.5.1 Innledning

Notatet gjengir her KS-rapportens vurderinger:

«I det følgende gis det en oversikt over de rettslige rammene for hvordan et interkommunalt samarbeid etter kommuneloven § 27 kan etableres og organiseres.

Etter kommuneloven § 27 kan to eller flere kommuner opprette et «eget styre til løsning av felles oppgaver (...)». Det er bare kommuner og fylkeskommuner som kan være deltakere i et interkommunalt styre organisert etter kommuneloven. Staten eller private rettssubjekter kan ikke delta. Det er imidlertid lagt til grunn at en interkommunal sammenslutning etter § 27 kan være deltaker i en annen interkommunal sammenslutning organisert etter samme bestemmelse.

Vedtak om å delta i et interkommunalt samarbeid etter kommuneloven § 27 må treffes av kommunestyret/fylkestinget selv. Myndigheten til å beslutte slik deltakelse kan altså ikke delegeres.

Loven regulerer ikke spørsmålet om det interkommunale styret kan ha rettigheter og plikter som sådant – det vil si om det er et eget rettssubjekt eller ikke. Dette vil bero på en konkret vurdering av virksomhetens selvstendighet, hvor en rekke momenter er relevante. Dette innebærer at noen sammenslutninger etablert etter kommuneloven § 27 er egne rettssubjekter, mens andre ikke er det.

Der virksomheten ikke har en slik selvstendighet at den er et eget rettssubjekt, betyr det at den ikke kan ha rettigheter og plikter som sådan. Det er i så fall ikke etablert en sammenslutning som selv er en juridisk person. Avhengig av kontraktens innhold vil det da være en eller flere av deltakerkommunene som for eksempel er juridisk forpliktet av kontrakter som styret har inngått. Der det er avtalt at bare en av deltakerne skal være forpliktet, vil samarbeid med eget styre etter § 27 kunne ha likhetstrekk med et vertskommunesamarbeid.

Kommunelovens regler om valg til folkevalgte organer gjelder for valg av styremedlemmer til et interkommunalt styre. Kommuneloven § 14 bestemmer hvem som er valgbare. Interkommunale styrever er ikke tatt med i oppregningen i § 14 nr. 1 av de organer som de strengeste valgbarhetsreglene gjelder for. Det er derfor de mer lempelige reglene i § 14 nr. 2 som gjelder. Dette innebærer blant annet at administrasjonssjefen i kommunen vil kunne velges som medlem i et interkommunalt styre. Dette gir også mulighet til å velge personer som ikke er bosatt i kommunen.

Det er dermed forholdsvis store valgmuligheter for kommunen når det gjelder spørsmålet om hvem som skal representere kommunen i et interkommunalt styre. Videre innebærer det at man ikke er pliktig til å ta imot valg. Er man først valgt, har man i utgangspunktet samme plikt til å fungere i vervet som andre folkevalgte, og kan bare fjernes eller får fritak dersom loven gir hjemmel for det. Det er imidlertid noe usikkert om retten til å sitte i vervet er like sterk som retten til å sitte i for eksempel et fast utvalg i kommunen.

Kommunelovens regler i kap. 7 om folkevalgtes rettigheter og plikter gjelder i det vesentlige også for styremedlemmene.»

6.5.2 Vedtektene for samarbeidet – minimumskrav til vedtektenes innhold

I KS-rapporten fremgår:

«Etter kommuneloven § 27 skal det opprettes vedtekter for samarbeidet. I realiteten er disse vedtektene en avtale som kommunene må bli enige om. Det er altså ikke tale om vedtekter i den forstand aksjeloven bruker uttrykket. I aksjeselskaper vedtas vedtektene av generalforsamlingen, og vedtektene kan endres av generalforsamlingen med kvalifisert flertall. Vedtektene i et aksjeselskap binder selskapet. For et samarbeid etter kommuneloven § 27 er det nødvendig at kommunene fastsetter de grunnleggende reglene for samarbeidet i en avtale som kommune selv blir enige om. Denne avtalen vil deltakerkommunene være bundet av, og den kan ikke endres med mindre kommunene er enige. Denne avtalen er i kommuneloven § 27 betegnet med uttrykket «vedtekter».

Vedtektene må tilfredsstillende de minstekrav til innhold som loven oppstiller, men det er intet til hinder for å ta inn i vedtektene også bestemmelser om andre forhold.

Kravene til vedtektenes innhold framgår av § 27 nr. 2:

- «Vedtektene for det interkommunale styre skal inneholde bestemmelser om:
- styrets sammensetning og hvordan det utpekes,
 - området for styrets virksomhet,
 - hvorvidt deltakerkommunene skal gjøre innskudd til virksomheten,
 - hvorvidt styret har myndighet til å ta opp lån eller på annen måte pådra deltakerne økonomiske forpliktelser,
 - uttreden fra eller oppløsning av samarbeidet.»

6.5.3 Ansvar og eierandel

Om dette sier KS-rapporten:

«Kommuneloven § 27 sier ikke noe om deltakernes eierandel. Det kan tas inn bestemmelser i vedtektene om dette. I mangel av egne vedtektsbestemmelser om dette vil trolig forholdet mellom deltakernes innskuddsplikt kunne gi holdepunkter for å fastslå eierandelen.

Vedtektene skal ha bestemmelser om hvorvidt deltakerne er pliktige til å gjøre økonomiske innskudd til virksomheten. Som regel vil dette være en forutsetning for å starte og drive virksomheten. Forpliktelser til å gjøre tilskudd til virksomheten utover det som følger av vedtektene vil kreve særskilt avtale.

Det vil også være mulig å gi virksomheten mulighet til å ta opp lån. For at det skal være mulig må det fastsettes i vedtektene. Av § 27 nr. 2 bokstav d fremgår at vedtektene skal ha bestemmelser om hvorvidt styret har myndighet til å

«ta opp lån eller på annen måte pådra deltakerne økonomiske forpliktelser».

Det er lagt til grunn at lovgiver har ment at kommunelovens bestemmelser om kommunens økonomiforvaltning skal gjelde tilsvarende for interkommunale virksomheter etter § 27. Dette innebærer blant annet at virksomheten bare kan ta opp lån til de formål kommunens selv vil kunne ta opp lån til.

Bestemmelsene i § 27 sier ikke noe om deltakernes økonomiske ansvar overfor tredjemenn. Det er i forarbeidene lagt til grunn at deltakerne i utgangspunktet vil hefte solidarisk overfor virksomhetens kreditorer for de samlede forpliktelsene. Det vil si at virksomheten har samme ansvarsform som et ANS etter selskapsloven. En avvikende ansvarsform – i form av et delt ansvar (pro rata) – vil kreve notoritet for at det skal kunne gjøres gjeldende overfor kreditorerne. Registrering av slik ansvarsform i foretaksregisteret kan gi slik notoritet.

En kreditor som ikke får dekket sin fordring mot virksomheten av styret, kan gjøre sin fordring gjeldende overfor deltakerne direkte. Spørsmålet om en interkommunal virksomhet som er et eget rettssubjekt kan tas under konkursbehandling, er uklart. Ettersom kreditorer vil kunne få sine krav dekket av deltakerne er det lite trolig av spørsmålet vil komme på spissen. En kommune kan ikke tas under konkursbehandling, jf. kommuneloven § 55. Det kan heller ikke tas utlegg eller arrest i en kommunes eiendeler. Om det tilsvarende gjelder for en interkommunal virksomhet etter § 27 er noe usikkert.»

6.5.4 Organisasjon, eierfunksjon og ledelse

I KS-rapporten står:

«Vedtektene skal inneholde bestemmelser om hvordan styret skal sammensettes og utpekes. Loven omtaler bare ett organ; styret. Det er imidlertid lagt til grunn at loven ikke er til hinder for at det kan etableres en styringsstruktur med to organer; et «eierorgan» - representantskap e.l. – hvor alle deltakerne er representert, og et mindre organ – styret – som er valgt av representantskapet.

Det er ikke mulig å utlede noe bestemt fra loven om hvordan myndighetsfordelingen mellom styringsorganene vil være dersom man har valgt å etablere to styringsorganer – i form av et «eierorgan» og et styre underlagt dette. Det må her legges til grunn at deltakerne har forholdsvis stor frihet til å regulere dette nærmere i vedtektene.

Det er de mer liberale valgbarhetsreglene i kommuneloven § 14 nr. 2 som gjelder for interkommunale styre, ikke de strengere reglene i § 14 nr. 1. Det innebærer blant annet at rådmannen kan velges til kommunens representant, eventuelt også personer som ikke er bosatt i kommunen, og som derfor ikke ville være valgbar til for eksempel faste politiske utvalg. Det betyr også at det ikke er noen plikt til å motta valg. Kommunene vil derfor ha stor frihet til å bestemme sammensetningen av styret i vedtektene.

Vedtektene skal også angi «området for styrets virksomhet». I dette ligger at det skal tas inn en saklig avgrensning av styrets virksomhet, og angis hvilken kompetanse styret skal ha. Dette vil utgjøre rammen for styrets handlefrihet. Den myndighet styret kan få er begrenset til det som gjelder virksomhetens «drift og organisering», jf. § 27 nr. 1 tredje punktum. Utenfor begrepet «drift og organisering» ligger offentlig myndighetsutøvelse, slik dette er definert i forvaltningsloven § 2. Unntak kan gjelde der det har direkte sammenheng med virksomhetens drift og organisasjon, f.eks. å ta avgjørelser i personalsaker.

Begrepet har ingen paralleller i annen lovgivning. Det foreligger ikke noen særlig praksis når det gjelder fortolkning av uttrykket. I forarbeidene er det i kommentarene til det tilsvarende begrep for den daværende organisasjonsformen «kommunal bedrift» lag til grunn at:

«avgjørelsesmyndighet i mer prinsipielle og potensielt politisk kontroversielle spørsmål angående forholdet til brukere, større investeringer eller omlegging av virksomheten kan ikke delegeres til styret».

For et interkommunalt styre er det lagt til grunn at begrepet er noe videre. Men den nærmere grensdragning er uklar.

For et interkommunalt samarbeid på IKT-området som i hovedsak dreier seg om drift og administrative støttetjenester vil det neppe oppstå spørsmål om lovens grense for myndighet til et interkommunalt styre er overskredet. Dersom samarbeidet på IKT-området dreier seg om strategiske spørsmål, og viktige sider ved kommunens tjenesteutvikling som også reiser politiske spørsmål, kan det imidlertid oppstå spørsmål om hvor grenser går for den myndighet som kan overlates til et interkommunalt styre. Det lar seg vanskelig gjøre å trekke opp en grense på generelt grunnlag her.

Men det vil ikke være anledning til å delegere til et interkommunalt styre en myndighet som innebærer å ta beslutninger som har vesentlig betydning for kommunen, for eksempel viktige strategiske valg, og prinsipielle spørsmål om kommunens tjenesteutvikling. Hvor grensen går vil måtte bero på en konkret vurdering. Dette vil likevel ikke være til hinder for et samarbeid på IKT-området, dersom det i avtaler mv. er lagt inn mekanismer som sikrer at beslutninger som har slik stor betydning blir tatt av kommunen selv.

I Ot.prp. nr. 53 (1997-98) s. 23-24 er spørsmålet om styrets myndighet i samarbeid etter § 27 drøftet mer konkret om bestemte typer kompetanse. Et interkommunalt styre kan gis budsjetmyndighet innenfor rammen av de kommunale budsjettforskriftene § 13. Bestemmelsen lyder:

«§ 13. Budsjett for interkommunalt samarbeid

For budsjett for interkommunalt eller interfylkeskommunalt samarbeid etter kommuneloven § 27 gjelder følgende særregler:

- 1. Den økonomiske rammen for samarbeidets virksomhet i året skal inngå i årsbudsjettet til den kommune eller fylkeskommune hvor samarbeidet har sitt hovedkontor.*
- 2. Styret vedtar selv den nærmere fordeling av den økonomiske rammen som nevnt i nr. 1, på grunnlag av innstilling fra samarbeidets administrasjon. Dersom samarbeidet ikke har egen administrasjon fremmer administrasjonssjefen i den kommune eller fylkeskommune hvor samarbeidet har sitt hovedkontor, forslag om fordeling. De deltakende kommunene eller fylkeskommunene kan bestemme at fordelingen ikke er endelig før den er godkjent av de respektive kommunestyrer og/eller fylkesting.*
- 3. Fordelingen skal gi et realistisk, oversiktlig og fullstendig bilde av samarbeidets virksomhet for det kommende år, slik styret eller de deltakende kommunene eller fylkeskommunene forventer at utviklingen blir.*
- 4. Styrets vedtak etter nr. 2 skal også angi overføringer fra de deltakende kommuner eller fylkeskommuner, og samarbeidets egne forventede inntekter i budsjettåret. Alle inntekter og innbetalinger skal være endelig disponert.*
- 5. Fordelingen etter nr. 2 er bindende for styret og samarbeidets eventuelle administrasjon. Styret skal påse at det etableres rutiner for økonomistyring. Styret er i tillegg ansvarlig for at de deltakende kommuner eller fylkeskommuner varsles dersom det er grunn til å anta at det kan skje nevneverdige avvik fra den økonomiske rammen.»*

Som det fremgår ovenfor er det videre forutsatt at styret kan gis myndighet til å ta opp lån. Lån kan

bare tas opp til formål som er nevnt i kommuneloven. Videre er det antatt at styret kan gis fullmakt til å pantsette virksomhetens aktiva, og til å stille garanti selv om dette ellers ville ligge utenfor begrepet «drift og organisering».

Når det gjelder myndighet på personalområdet følger det av kommuneloven § 24 nr. 1 at styret kan få myndighet til å opprette og nedlegge stillinger, samt å treffe avgjørelser i personalsaker. Hvor langt styrets myndighet rekker her vil avhenge av en fortolkning av vedtektene.

Interkommunale virksomheter kan som hovedregel ikke gis myndighet til å utøve offentlig myndighet ved å treffe enkeltvedtak eller gjøre vedtak om forskrifter. Unntak kan gjelde der vedtaket har direkte sammenheng med virksomhetens drift og organisasjon, for eksempel å treffe vedtak om tilsetting av arbeidstakere eller treffe andre vedtak i personalsaker.

Bestemmelsen i kommuneloven har ikke nærmere bestemmelser om hvem som har representasjonsrett – det vil si hvem som kan binde virksomheten utad ved sin underskrift. Hvem som har slik kompetanse vil derfor i utgangspunktet bero på hva vedtektene sier om dette. Slik representasjonskompetanse kan trolig legges både til styret og til daglig leder direkte. I mangel av særskilt regulering i vedtektene vil trolig styret selv kunne avgjøre hvem som skal ha slik kompetanse, eventuelt herunder bestemme at slik myndighet skal ligge til enkelte styremedlemmer eller daglig leder. Bestemmelsen i § 27 har heller ikke bestemmelser om virkningen av at noen har gått ut over sine fullmakter. Konsekvensene av en fullmaktsoverskridelse vil bero på en konkret vurdering.

Kommuneloven § 27 har ikke nærmere regler om virksomhetens administrasjon. Dersom virksomheten er av et visst omfang vil den normalt ha tilsatt en daglig leder. Styret for virksomheten kan ansette daglig leder, hvis styret har fått myndighet til det. Daglig leder vil være direkte underlagt styret i og med at virksomheten er et fellestiltak mellom flere kommuner. Daglig leder vil ha den myndighet han eller hun har fått delegert fra styret eller som er bestemt i vedtektene. Hvilken myndighet styret har anledning til å delegere til daglig leder vil måtte avgjøres ut fra en fortolkning av vedtektene.

Det er forutsett i forarbeidene til gjeldende kommunelov at det er anledning til å gi de ansatte rett til å velge styremedlemmer. Et flertall av styremedlemmene må velges av deltakerne selv. De ansattes styrerepresentanter vil i utgangspunktet ha samme rettigheter og ansvar for styremedlemmer valgt av deltakerne. I saker som direkte gjelder de ansatte må eventuelle interessekonflikter løses ut fra de alminnelige inhabilitetsreglene.

Et interkommunalt styre etter kommuneloven § 27 vil være et «organ for stat eller kommune» etter forvaltningsloven § 1, slik at lovens saksbehandlingsregler gjelder. Kommunelovens saksbehandlingsregler gjelder også, med mindre kommunestyret eller fylkestinget har bestemt noe annet, jf. kommuneloven § 29 nr. 3. I praksis innebærer dette at deltakerkommunene må ha blitt enige om hvilke saksbehandlingsregler i kommuneloven som eventuelt ikke skal gjelde. Dersom det ikke er bestemt slik avvik, vil kommunelovens saksbehandlingsregler gjelde på vanlig måte.

Når det gjelder offentleglova er spørsmålet om hvorvidt egne rettssubjekter er omfattet av lovens virkeområde regulert i § 2. Det fremgår av § 2 første ledd bokstav d) at loven også gjelder for

«sjølvstendig rettssubjekt der stat, fylkeskommune eller kommunedirekte eller indirekte har rett til å velje meir enn halvparten av medlemmene med røysterett i det øvste organet i rettssubjektet».

Det er likevel gjort unntak for «rettssubjekt som hovudsakleg driv næring i direkte konkurranse med og på same vilkår som private». Ettersom det bare er kommuner/fylkeskommuner og andre interkommunale styre etter § 27 som kan være deltakere, vil et slikt styre som utgangspunkt være omfattet av loven. Det er videre lite trolig at en virksomhet etter kommuneloven § 27 vil kunne bli ansett for å drive virksomhet i direkte konkurranse med, og på samme vilkår som private.

Saksdokumenter i den interkommunale virksomheten vil derfor være offentlige med mindre det finnes unntak i offentleglova.

Regnskapsplikten til interkommunale virksomheter er regulert i Forskrift om årsregnskap og årsberetning (for kommuner og fylkeskommuner) (15.12.2000 nr. 1424), som lyder:

«§ 12. Regnskap og beretning for interkommunalt og interfylkeskommunalt samarbeid

For regnskapet og beretningen for interkommunalt eller interfylkeskommunalt samarbeid etter kommuneloven § 27 gjelder følgende særregler:

1. Regnskapet for samarbeidet skal inngå i årsregnskapet til den kommunen eller fylkeskommunen hvor samarbeidet har sitt hovedkontor.

2. Styret vedtar selv samarbeidets regnskap og beretning på grunnlag av innstilling fra samarbeidets administrasjon. Dersom samarbeidet ikke har egen administrasjon, fremmer administrasjonssjefen i den kommunen eller fylkeskommunen hvor samarbeidet har sitt hovedkontor forslag som nevnt. De deltakende kommunene og fylkeskommunene kan bestemme at regnskapet og beretningen ikke er endelig før det er godkjent av de respektive kommunestyre og/eller fylkesting.

3. I note til årsregnskapet til den kommunen eller fylkeskommunen hvor samarbeidet har sitt hovedkontor, skal angis overføringer til/fra samarbeidet og de deltakende kommunene og fylkeskommunene, samarbeidets egne inntekter i regnskapsåret samt disponeringen av overføringer og inntekter som nevnt.

4. I årsberetningen til den kommunen eller fylkeskommunen hvor samarbeidet har sitt hovedkontor skal det gis opplysninger om forhold som er viktige for å bedømme samarbeidets stilling og resultatet av virksomheten, og som ikke fremgår av årsregnskapet, samt om andre forhold som er av vesentlig betydning for samarbeidet.»

Vedtektene skal inneholde bestemmelser om uttreden eller oppløsning av samarbeidet. I utgangspunktet kan altså deltakerne selv fastsette nærmere regler om uttreden og oppløsning i vedtektene. Det er imidlertid lagt til grunn at bestemmelsen i § 27 nr. 3 vil gå foran vedtektene ved motstrid. Dette vil i så fall innebære at den enkelte deltaker med ett års skriftlig varsel kan si opp sitt deltakerforhold. Utløsningssummen skal da fastsettes til andelens nettoverdi ved oppsigelsesfristens utløp, men ikke til mer enn verdien av de midler vedkommende kommune har skutt inn.

Når det gjelder tilsyn og kontroll med interkommunale virksomheter er kontrollutvalgets myndighet overfor et interkommunalt styre dens samme som i selskaper, jf. § 80.

Når det gjelder statlig kontroll fastslår kommuneloven § 27 siste ledd at oppsigelse av slikt samarbeid kan bringes inn for departementet. Vi er ikke kjent med om bestemmelsen noen gang har vært brukt. I nr. 1 i.f. er det også hjemmel for departementet til å gi statlig pålegg om oppretting av felles interkommunalt styre.

For interkommunalt samarbeid om IKT-drift må de begrensninger som gjelder antas å ikke innebære større innskrenkninger i delegasjonsmulighetene enn at felles styre etter § 27 kan være en aktuell samarbeidsform på dette området. Når det gjelder den generelle begrensningen om at

«avgjørelsesmyndighet i mer prinsipielle og potensielt politisk kontroversielle spørsmål angående forholdet til brukere, større investeringer eller omlegging av virksomheten kan ikke delegeres til styret»,

må det dessuten antas at deltakerkommunene selv vil ha et visst rom for selv å bestemme hvilke saker på IKT-området som har slik karakter.

DEL II - Arbeidsrettslige sider ved sammenslåingsprosess

7. Innledning

I denne del av notatet vurderes arbeidsrettslige sider ved en sammenslåingsprosess.

Notatet baserer seg på faktaopplysninger som er mottatt i forkant av utarbeidelse av notatet. Det mangler en del faktaopplysninger for å få gjort vurderingene. Det må dermed tas forbehold om at manglende faktaopplysninger vil måtte påvirke vurderingene.

7.1 Nærmere om organisering og ansettelsesforhold i IKT-samarbeidet i Østregionen.

IKT-samarbeidet i Østregionen er et vertskommunesamarbeid etter kommuneloven § 28-1b. Det fremgår av Vegårshei kommunes hjemmeside at alle IKT-medarbeiderne er ansatt og lokalisert i Vegårshei kommune. Vertskommuneavtale for IKT er inngått august 2009. Flere kommuner sluttet seg til etter hvert. Det følger av vertskommuneavtalen at:

«Vertskommunen overtar arbeidsgiveransvaret fra 1.9.2009 for følgende 11 årsverk:

- Gjerstad: 1 årsverk
- Risør: 2 årsverk
- Tvedestrand: 3 årsverk
- Vegårshei: 2 årsverk
- Vegårshei (DDØ): 2 årsverk
- Åmli: 1 årsverk»

Ved utgangen av 2015 var det tilsatt 16,5 årsverk uten lærlinger i DDØ. Organisasjonen er delt inn i to avdelinger, drift og utvikling, med åtte årsverk hver. I tillegg kommer det til ett årsverk for daglig leder.

Det følger videre av vertskommuneavtalen at:

«Ved oppsigelse av denne avtale tilbakeføres arbeidsgiveransvaret for de ansatte som overføres til vertskommunen pr 1.09.2009, til de respektive kommuner, etter kostnadsfordeling på tidspunktet for uttredelse. Dette gjelder både dersom en eller flere kommuner trekker seg ut, og ved oppløsning av avtalen.

Dersom hele samarbeidet oppløses, fordeles felles eiendeler etter kostnadsnøkkelen, så langt dette er praktisk mulig.»

Det er mottatt en brevmal fra Vegårshei kommune som antas ble brukt i 2009 ved overføring av ansettelsesforhold da vertskommunesamarbeidet ble opprettet. Der står bl.a.:

«Ved en eventuell oppløsning av felles IKT-tjeneste, vises det til eget punkt vedrørende dette i samarbeidsavtalen.»

...

«Det er KLP som leverer tjenstepensjon i Vegårshei, og derfor vil alle bli innmeldt i KLP ved overføring.»

I notat fra Vegårshei kommune av 14. juli 2009 fremgår at:

«Vegårshei kommune ønsker å tilby/plassere de ansatte i IKT-enheten i kapittel 5 i forhold til HTA.

«Dette har vært kommunens klare intensjon helt siden Vegårshei kommune ble valgt som vertskommune. Flere av de ansatte er allerede plassert i kapittel 5, og innplasseringen har på et tidlig tidspunkt vært avtalt/avklart med fagforeningen Delta som organiserer samtlige aktuelle arbeidstakere.

«Dette innebærer at samtlige ansatte får stillingskode 8530. De beholder imidlertid sin nåværende tittel.»

Det er mottatt en særavtale (lokal tariffavtale) om vaktordning inngått mellom Vegårshei kommune og Delta, Fagforbundet og Nito av 22. desember 2016.

Det er mottatt et reglement for bruk av fleksitid.

Det er mottatt et permisjonsreglement for alle ansatte i Vegårshei kommune.

Hovedavtale og hovedtariffavtale gjelder for alle ansatte i Vegårshei kommune.

7.2 Nærmere om organisering og ansettelsesforhold i IKT Agder

IKT Agder er organisert som et interkommunalt selskap (IKS). Den formelle styringsmodellen består av kommunestyre, representantskap og styret. Representantskapet består av rådmennene i de samarbeidene kommunene og styret er satt sammen av en ekstern styreleder, kommuneansatte og ansattrepresentanter.

Iflg. Årsmelding fra 2015 forholder selskapet til KS tariffområde (KS bedrift) i forhold til lønnsgodtgjørelse og rammebetingelser for lønn. Selskapet benytter også KLP som pensjonsleverandør.

Selskapet hadde per 2016 i tillegg til fast ansatte, fem lærlinger, hvorav tre som hadde sitt ansettelsesforhold hos Aust-Agder fylkeskommune.

7.3 Etablering av et nytt § 27-samarbeid – overføring av ansatte

7.3.1 Etablering av eget rettssubjekt

I del I angis at et § 27-samarbeid om IKT kan etableres som et eget rettssubjekt. Det vil være naturlig at samarbeidet på grunn av omfanget vil bli et eget rettssubjekt.

Arbeidsgiverfunksjonene vil da ligge i det nye rettssubjektet med styre og administrasjon. En naturlig konsekvens blir da at de ansatte i vertskommunen og i IKT Agder overføres til det nye rettssubjektet gjennom en virksomhetsoverdragelse etter arbeidsmiljøloven kapittel 16. Det er også nærliggende at den nye virksomheten melder seg inn i en arbeidsgiverorganisasjon i KS-systemet.

7.3.2 Kort reglene for virksomhetsoverdragelse

Hvilke regler gjelder?

Arbeidsmiljøloven kapittel 16 regulerer arbeidstakernes stilling ved overføring av hel eller deler av en virksomhet. Reglene kommer ikke til anvendelse ved rene aksjesalg.

Reglene gjelder både i privat og offentlig sektor. Bestemmelsene har til formål å sikre at endringer på arbeidsgiversiden ikke medfører dårligere rettigheter for arbeidstakeren enn det som gjelder i arbeidsforholdet med den opprinnelige arbeidsgiver.

Videre er det et krav at arbeidsgiverskiftet må medføre at virksomheten eller del av virksomheten bevarer sin identitet etter overføringen ("going concern").

Rettigheter som overføres til ny arbeidsgiver

Rettigheter etter arbeidsavtalen

Arbeidstakers rettigheter og plikter som følger av arbeidsavtalen eller arbeidsforholdet hos tidligere arbeidsgiver overføres til den nye arbeidsgiveren i henhold til arbeidsmiljøloven § 16-2 nummer 1. Avtalte ansettelsesvilkår som f.eks lønn, telefongodtgjørelse, reise og diett, mv fortsetter uendret hos ny arbeidsgiver. Muntlig avtalte vilkår overføres også til ny arbeidsgiver. Dette kan f.eks være avtale om hjemmekontor eller en spesielt tilpasset arbeidstid.

Den nye arbeidsgiveren kan således ikke ensidig endre innholdet av arbeidsforholdet.

Rettigheter etter tariffavtaler

Med tariffavtaler menes alle kollektive avtaler, herunder sentrale og lokale særavtaler.

Ny arbeidsgiver blir iht. arbeidsmiljøloven § 16-2 bundet av tariffavtale dersom det ikke innen tre uker etter overdragelsen gis melding til den annen part i avtalen om at ny arbeidsgiver ikke ønsker å være part i avtalen.

Melder det nye samarbeidet seg inn i KS-systemet antas det ikke å bli særlige endringer når det gjelder sentrale tariffavtaler. Angående lokale avtaler så vil det bli behov for å harmonisere.

Pensjonsrettigheter

Arbeidstakerens rett til videre opptjening av alders-, etterlatte- og uførepensjon i henhold til kollektiv pensjonsordning overføres til ny arbeidsgiver i henhold til arbeidsmiljøloven § 16-2 nr.3.

Ny arbeidsgiver kan imidlertid velge å gjøre allerede eksisterende pensjonsordninger gjeldende for de overførte arbeidstakerne. Dette innebærer i praksis at arbeidstakerne får ny pensjonsordning hos ny arbeidsgiver.

Både IKT Agder og DDØ har etter det opplyste KLP som pensjonsleverandør. Pensjonsordningen for alle ansattegrupper antas dermed å kunne videreføres uten endringer den nye virksomheten også velger KLP som pensjonsleverandør.

Andre rettigheter?

Individuelle rettigheter som er inntatt i personhåndbok eller reglement (og som ikke er regulert i den individuelle arbeidsavtalen eller i tariffavtalen/særavtalen) overføres ikke. De tillitsvalgte bør drøfte muligheten for å få slike rettigheter hos den nye innehaveren.

Ansiennitet

Rettigheter som følger av ansiennitet vil som hovedregel overføres til det nye arbeidsforholdet.

Kan arbeidstaker sies opp?

En overføring av virksomhet i seg selv er ikke grunnlag for oppsigelse eller avskjed av arbeidstakere. Det følger av arbeidsmiljøloven § 16-4. Arbeidstaker er imidlertid ikke beskyttet mot oppsigelser begrunnet i økonomiske forhold, rasjonalisering eller i arbeidstakers eget forhold. Erfaringsmessig fører ofte en virksomhetsoverdragelse til overtallighet og omorganisering. Ved nedbemanning skal de ansatte i begge virksomhetene vurderes på lik linje.

Plikt til å bli med over til ny arbeidsgiver?

En ansatt som er omfattet av virksomhetsoverdragelsen blir automatisk overført til ny virksomhet. Enhver arbeidstaker vil stå fritt til å si opp sin stilling og en ansatt kan derfor ikke tvinges over til en ny arbeidsgiver.

En problemstilling som reiser seg er hvilken adgang arbeidstaker har til å reservere seg mot overføring til ny arbeidsgiver for å bli igjen hos nåværende arbeidsgiver.

Ved overføring av hele virksomheten vil det ikke være noe virksomhet å bli igjen hos, men dersom deler av virksomheten overdras kan en berørt arbeidstaker ha et ønske om å få fortsette i den resterende virksomheten.

Merk at det i vertskommuneavtalen for DDØ er gitt rettigheter om tilbakeføring av arbeidsgiveransvaret til tidligere arbeidsgivere dersom «en eller flere kommuner trekker seg ut, og ved oppløsning av avtalen».

Etter arbeidsmiljøloven § 16-3 kan en arbeidstaker motsette seg at arbeidsforholdet overføres til ny arbeidsgiver. Arbeidstakeren må skriftlig underrette tidligere arbeidsgiver om dette innen den frist denne har fastsatt. Fristen kan ikke være kortere enn 14 dager etter at informasjon om overføringen er gitt.

Arbeidsmiljøloven regulerer ikke hva som blir konsekvensene av at en arbeidstaker motsetter seg overføring av arbeidsforholdet til ny eier. Høyesterett har behandlet dette spørsmålet i flere dommer. Hovedregelen er at ansettelsesforholdet hos tidligere arbeidsgiver opphører på overdragelsestidspunktet hvis arbeidstaker reserverer seg mot å jobbe for ny arbeidsgiver. I følge rettspraksis eksisterer det helt unntaksvis en valgrett for arbeidstakeren dersom overføringen av arbeidstakeren til ny arbeidsgiver fører til ikke uvesentlige negative endringer i arbeidstakerens situasjon.

Arbeidstaker som har reservert seg har fortrinnsrett til ny ansettelse hos tidligere arbeidsgiver i henhold til arbeidsmiljøloven § 16-3 (3). Fortrinnsretten kan gjøres gjeldende dersom arbeidstaker har vært ansatt til sammen minst 12 måneder de siste 2 årene før overdragelsestidspunktet. Fortrinnsretten bortfaller dersom arbeidstaker ikke har akseptert et tilbud om ansettelse i en passende stilling senest 14 dager etter at tilbudet ble mottatt. Tariffavtalene kan gi utvidede rettigheter.

Krav om informasjon og drøftelser

Tidligere og ny arbeidsgiver har i medhold av arbeidsmiljøloven § 16-5 en plikt til så tidlig som mulig å informere og drøfte med de tillitsvalgte om virksomhetsoverdragelsen. I arbeidsmiljøloven § 16-5 er det fastsatt hva arbeidsgiver er pliktig til å gi informasjon om. Dersom tidligere eller ny arbeidsgiver planlegger tiltak overfor arbeidstakerne, skal dette så tidlig som mulig drøftes med tillitsvalgte med sikte på å oppnå avtale. Drøftingsplikt vil også følge av hovedavtalen i KS.