



Kommunal- og moderniseringsdepartementet (KMD)  
Postboks 8112 Dep  
0032 OSLO

Vår referanse: 14/01812-5  
Arkivkode: U00 &00  
Saksbehandler: Jostein Selle  
Deres referanse: 14/1709  
Dato: 04.02.2015

## Høringsvar - forslag til endringer i lov om interkommunale selskaper

### 1. Innledning

Det vises til departementets høringsbrev av 5. november 2011.

KS er enig i det er behov for å endre IKS-loven for å gjøre tilpasninger til regelverket om offentlig støtte. Både ESAs någjeldende retningslinjer om statsstøtte, ESAs avgjørelse om statsforetaksloven (236/02/COL) og EU-domstolens dom 3. april 2014 (C-559/12 «La Poste») taler for dette. Det bør dessuten generelt være et mål å sikre mest mulig like konkurransevilkår mellom offentlige og private aktører som opptrer i markedet. Vi har også merket oss at den daværende regjering allerede i 2006 (Ot. prp. nr. 95 (2005-2006)) varslet Stortinget om at det ville bli gjennomført en nærmere lovutredning av IKS-loven med bakgrunn i statsstøtterettslig problemstillinger.

Vi er imidlertid ikke enig i at departementets primære forslag om å innføre begrenset økonomisk ansvar i IKS er den mest hensiktsmessige løsningen. KS ber departementet vurdere nærmere om ikke det er en bedre løsning å reservere IKS-formen for virksomheter som er av ikke-økonomisk karakter. Det bør også vurderes om det innenfor en samlet IKS-lov kan innføres et skille, med ulike ansvarsbegrensninger, for henholdsvis virksomheter som er av ikke-økonomisk karakter og andre IKS-er.

De forskjellige selskapene driver virksomhet av ulik art. De ulike løsningene som er foreslått slår derfor ulikt ut for ulike selskaper. KS har lagt vekt på å vurdere de forskjellige alternative løsningsforslagene ut fra hva som samlet sett fremstår som den beste løsningen.

### 2. Vurdering av de ulike løsningsalternativene

#### a) Begrenset deltakeransvar

Det statsstøtterettslige problemet ligger i at kommunene som deltakere har ubegrenset ansvar for virksomhetens forpliktelser, samtidig som selskapet ikke kan gå konkurs. For selskaper som driver «økonomisk virksomhet» i statsstøtteregelverkets forstand, vil dette innebære en konkurransefordel.

Det fremgår av høringsnotatet at departementets foretrukne løsning er å åpne for at et IKS kan gå konkurs, kombinert med at det innføres begrenset deltakeransvar, samt stilles krav om at selskapet til enhver tid skal ha en forsvarlig egenkapital ut fra risikoen ved og omfanget av virksomheten i selskapet.

Ved en slik løsning vil selskapets konkurransefordel knyttet til det ubegrensede deltakeransvaret falle bort.

Denne løsningen vil typisk innebære at selskapene vil få høyere lånekostnader, og for en del selskaper vil det også bety at de må styrke sin egenkapital. Det er vanskelig å vurdere hvor store effekter dette vil ha for de enkelte selskaper. For noen selskaper vil det være snakk om betydelige beløp – særlig de som er kapitalintensive og har store lån – for andre vil det ha mer beskjeden virkning. Det vil måtte bero på en konkret vurdering.

Fordelen ved dette alternativet er at det fjerner det støtterettslige problemet for alle selskapene, uten at det er nødvendig for noen av selskapene å endre selskapsform til aksjeselskap eller annen lovlig organisasjonsform. Etter KS oppfatning er dette isolert sett en fordel. Omdanning til for eksempel aksjeselskap vil for eksempel innebære at IKS-selskapet må legges ned, og et nytt aksjeselskap opprettes.

Når vi likevel mener at det bør vurderes nærmere om et av de andre alternativene heller bør velges, er det fordi mange av IKS-selskapene driver virksomhet som trolig ikke er «økonomisk virksomhet» i støtteregelverkets forstand. Som det fremgår av høringsnotatet gjelder forbudet om offentlig støtte bare for virksomheter som driver «økonomisk aktivitet» - typisk ved at de tilbyr varer eller tjenester i et marked. Slike virksomheter vil utgjøre et «foretak» i støtteregelverkets forstand. For IKS-selskaper som ikke driver slik økonomisk aktivitet kommer ikke regelverket om offentlig støtte til anvendelse.

Siden departementets primære forslag vil gjelde alle selskapene, vil det også få virkning for selskaper hvor det ikke er nødvendig ut fra en støtterettslig vurdering. Fordelene ved dette alternativet må derfor veies mot ulempene ved at denne løsningen også vil gjelde for selskaper hvor det ikke er påkrevet.

Høringsnotatet inneholder imidlertid i liten grad en nærmere beskrivelse av dette, og det gjør det vanskelig å gjøre en nærmere vurdering av hvilken effekt dette løsningsalternativet har samlet sett. Vi har forståelse for at det ikke er mulig å gjøre en konkret vurdering av hvert enkelt selskap, men savner likevel en noe nærmere vurdering av dette. For eksempel i form av en gjennomgang av noen «typetilfeller», hvor effektene for noen bestemte kategorier IKS blir beskrevet. KS anbefaler at det i det i departementets videre arbeid med saken blir gått nærmere inn på dette spørsmålet. Dersom et betydelig antall selskaper får høyere lånekostnader uten at det er nødvendig for å løse problemet med statsstøtte, samtidig som det bare er et lite antall selskaper som må skifte selskapsform, kan dette tale for at en annen løsning velges.

I samme retning trekker det faktum at «ikke- økonomisk virksomhet» kan drives av kommunen selv – med en lånefinansiering på mer gunstige vilkår enn det et IKS med begrenset ansvar, eller et AS, normalt vil oppnå. Dette er ikke problematisk etter statsstøtteregelverket. Dersom slik virksomhet får høyere finansieringskostnader dersom det drives i et interkommunalt selskap, vil dette kunne innebære en ulempe for interkommunalt samarbeid på det aktuelle området. En løsning hvor det innføres begrenset økonomisk ansvar i IKS vil derfor kunne virke som et incitament som motvirker interkommunale ordninger på områder hvor det ellers vil være hensiktsmessig.

#### *b) Reservere IKS-formen for selskaper som ikke driver økonomisk virksomhet*

Det kan synes som en mer hensiktsmessig løsning å innføre en bestemmelse i loven som reserverer IKS-formen for virksomheter som ikke er «økonomisk aktivitet». Dette vil føre til at en del selskaper vil måtte endre selskapsform for hele eller deler av virksomheten. Dette gjelder de selskapene som driver «økonomisk aktivitet» i støtteregelverkets forstand. De selskapene som ikke driver slik virksomhet, vil kunne fortsette som før.

Som departementet peker på vil dette blant annet føre til risiko for valg av feil selskapsform. Samtidig vil det kreve en kontinuerlig vurdering av om virksomheten etter som tiden går fortsatt er av ikke-økonomisk

karakter, eller om den har endret seg slik at virksomheten blir et «foretak» i støtteregulverkets forstand. Som departementet peker på er begrepet «foretak» et dynamisk begrep, hvor samfunnsutviklingen kan føre til at noe som ikke er en økonomisk aktivitet etter hvert blir det, og vice versa.

Denne risikoen er reell. Siden begrepet «økonomisk aktivitet» er i stadig bevegelse, er den også krevende å forholde seg til. Den risiko som foreligger, og de vurderinger som må gjøres på bakgrunn av den, må imidlertid kommunene i stadig økende grad forholde seg til også i andre sammenhenger. Også ved valg av organisasjonsform for virksomhet som drives av kommunen selv som juridisk person, og for annen interkommunal virksomhet enn IKS, vil kommunene måtte forholde seg til spørsmålet om hvorvidt virksomhetens karakter av «økonomisk aktivitet» krever en bestemt organisasjonsform av hensyn til støtteregulverket. De statsstøtterettslige utfordringene på dette punkt knytter seg altså ikke bare til IKS-loven. Dette vil slik ikke være ukjente vurderinger for kommunene, og heller ikke vurderinger som helt kan unngås i andre sammenhenger. Heller ikke i dag er kommunene og IKS-selskapene ukjent med vurderinger av om virksomheten i et IKS er av kommersiell art og derfor mest hensiktsmessig kan organiseres i form av et AS. Vi har inntrykk av at ulempene med dette alternativet er noe overvurdert i høringsnotatet.

Det kan også være grunn til å peke på at de samme vurderinger vil måtte gjøres dersom kommunene skal stille garantier for konkrete forpliktelser etter kommuneloven § 51. I høringsnotatet pkt. 8 er det blant annet pekt på muligheten for å stille slike enkeltgarantier for å redusere lånekostnader for selskaper som driver «ikke-økonomisk» aktivitet. For IKS-selskaper som er avhengig av lån – og som ikke driver økonomisk virksomhet, vil det trolig være dette som blir effekten av forslaget om begrenset ansvar. For så vidt kan man si at problemet med garantier «flyttes» fra IKS-loven og over til en vurdering i den enkelte kommune og staten som godkjenninginstans for garantier.

Departementet gir uttrykk for at det å reservere IKS-loven for ikke-økonomisk aktivitet ville innebære å bryte med hovedbegrunnelsen for IKS-loven, som var å tilby kommunene en alternativ selskapsmodell for interkommunal virksomhet av større eller mindre forretningsmessig art. KS vil hevde at organisasjonsformen IKS likevel vil ha en sentral betydning for en rekke interkommunale samarbeidstiltak, selv om den reserveres for virksomheter av ikke-økonomisk art. Særlig gjelder dette for interkommunal virksomhet av denne type hvor det er et stort investeringsbehov. Det vises her til vurderingen avslutningsvis under pkt. 2 a) ovenfor.

Dersom det derimot innføres begrenset ansvar for IKS, vil forskjellen mellom et AS og et IKS bli mindre, og behovet for IKS-modellen ved siden av AS bli redusert. Riktignok er det bygget inn i IKS-loven noen begrensninger i driftsledelsens autonomi som ikke følger av aksjeloven. De mekanismer som er bygget inn i IKS-loven av hensyn til kommunal styring og kontroll vil imidlertid også langt på vei kunne oppnås i aksjeselskaper, gjennom aktiv bruk av blant annet vedtekter og aksjonæravtaler. Forskjellen mellom IKS og AS er på dette punkt altså ikke dramatisk stor. Forskjellen består i at de særlige styringsmekanismene i IKS-loven ligger i en form for «pakkeløsning» dersom man velger IKS-formen, mens man i et AS må gjøre aktivt bruk av en del muligheter som i utgangspunktet ikke ligger i loven selv. Samtidig har de særregler i IKS-loven som er lagt inn av hensyn til behovet for kommunal styring og kontroll sin særlige begrunnelse der eierne har ubegrenset ansvar. KS er imidlertid enig i at det fortsatt er behov for IKS-loven, enten den endres til ubegrenset ansvar eller reserveres for virksomhet av ikke-økonomisk karakter. De særlige regler som gjelder for IKS-selskaper gjør imidlertid at selskapsformen ikke vil være et reelt alternativ til AS for rent kommersiell virksomhet.

Vi har også merket oss at det løsningsalternativet som går ut på å reservere loven for ikke-økonomisk aktivitet etter departementets oppfatning innebærer et større og mer drastisk grep enn det som er nødvendig utfra en ren støtterettslig vurdering. Bakgrunnen for det er at selv om en virksomhet driver «økonomisk aktivitet», er ikke det alene tilstrekkelig til å konstatere at tiltaket rammes av forbudet mot offentlig støtte. Flere andre kriterier må også være oppfylt for at det skal være tale om ulovlig støtte.

Blant annet må tiltaket true med å vri konkurransen i markedet og være egnet til å påvirke samhandelen mellom EØS-statene. Vi vil imidlertid bemerke at dersom en økonomisk virksomhet får en økonomisk fordel som er selektiv, skal det svært lite til før også de andre vilkårene er oppfylt. Selv om vi er enig i at det å reservere selskapsformen for ikke-økonomisk virksomhet i prinsippet er et mer vidtrekkende tiltak enn strengt tatt nødvendig ut fra en støtterettslig vurdering, fremstår dette likevel som et argument med større teoretisk enn praktisk betydning.

En ulempe ved dette løsningsalternativet er at de selskaper som i dag driver økonomisk aktivitet i støtteregelverkets forstand må endre selskapsform til aksjeselskap eller annen lovlig organisasjonsform. I tillegg vil noen av de samme overgangsutfordringene i relasjon til selskapets kreditorer oppstå på samme måte som ved innføring av begrenset ansvar i IKS-loven. Dette anses likevel å være en overkommelig utfordring. KS vil her peke på at det bør vurderes å ta inn i loven overgangsregler som blant annet kan legge til rette for en smidig overgang til aksjeselskap.

*c) Innføre et skille i IKS-loven*

KS er kjent med at noen høringsinstanser har fremmet forslag om å etablere et skille i IKS-loven mellom selskaper med ubegrenset og selskaper med begrenset eieransvar. Dette vil i praksis bety at to selskapsformer reguleres i samme lov. Valg av den ene selskapsformen ville da bety at deltakerne påtok seg en ubegrenset garanti, og valg av den andre at deltakerne har begrenset ansvar. Videre at den ene selskapsformen kan gå konkurs, og den andre ikke.

For eksisterende selskaper ville en slik løsning bety at de selskapene som driver ikke-økonomisk aktivitet i støtteregelverkets forstand kan organiseres etter den selskapsformen som har ubegrenset ansvar, og fortsette sin virksomhet om lag etter de samme regler som i dag. Selskaper som driver økonomisk aktivitet vil imidlertid måtte skifte selskapsform til den varianten som har begrenset ansvar, selv om selskapet vil være regulert av samme lov.

For nyetablering av selskaper i framtiden vil denne løsningen i praksis bety at det finnes både en selskapsform med ubegrenset ansvar og en selskapsform med begrenset ansvar, som begge er tilpasset kommuner som deltakere.

KS er ikke avvisende til en slik løsning, dersom den kan fjerne det statsstøtterettslige problemet med dagens IKS-lov.

*d) Reservere IKS-formen for «tjenester av allmenn økonomisk betydning»*

Tjenester av allmenn økonomisk interesse er tjenester som er samfunnsmessig ønskelig at blir tilbudt, men hvor det foreligger en form for markedssvikt som gjør at tjenestene ikke ytes i ønsket geografisk utstrekning, eller i ønsket omfang, kvalitet eller pris. I høringsnotatet er nevnt som eksempel enkelte tjenester knyttet til for eksempel vann- og avløp eller brann- og feietjenester.

Foretak som er pålagt å drive tjenester av allmenn økonomisk betydning kan på visse vilkår kompenseres for ulempene ved å måtte tilby slike tjenester, uten at det regnes som ulovlig offentlig støtte. Flere IKS driver slik virksomhet. En løsning på det statsstøtterettslige problemet som ligger i det ubegrensede deltakeransvaret i IKS-formen kunne på denne bakgrunn være å reservere selskapsformen nettopp for «tjenester av allmenn økonomisk interesse».

De vilkårene som er knyttet til slik kompensasjon gjør imidlertid denne muligheten lite aktuell. Som departementet peker på gjelder det krav for forhåndsregning av kompensasjonens størrelse. En slik beregning er svært vanskelig å foreta for den type garanti som ligger i IKS-lovens ansvarsform. Allerede

dette kravet gjør denne løsningen svært lite aktuell. I tillegg kommer at de krav til kontroll med at det ikke skjer overkompensasjon, som også gjelder på dette området, ville innebære en administrativ belastning.

Selv om dette løsningsalternativet skulle bli valgt vil man ikke komme utenom at de selskapene som driver ren økonomisk aktivitet ville måtte endre selskapsform til aksjeselskap. Sammenlignet med alternativet nevnt under pkt. c – reservere selskapsformen for ikke-økonomisk aktivitet – fremstår det som et mer komplisert alternativ, og vi er enig med departementet i at det ikke kan anbefales. Vi har ved denne vurderingen også lagt vekt på at det uansett hvilken ansvarsform som skal gjelde for IKS i fremtiden vil være anledning til å gi støtte til «tjenester av allmenn økonomisk betydning» etter de særlige regler som gjelder for dette.

#### *e) Krav om garantiprovisjon – markedspris*

Dersom det innføres et krav om at det skal betales en markedsmessig garantipremie for den fordel som ligger i det ubegrensede deltakeransvaret vil dette fjerne den statsstøtterettslige fordel som ligger i dette.

Det ville imidlertid kreve at hvert enkelt selskap løpende måtte gjøre kompliserte og kostbare vurderinger av hva det ubegrensede deltakeransvaret er verdt i markedet til enhver tid. Det er i dette tilfelle ikke tale om ordinære enkeltgarantier i vanlig forstand, men om en garanti som hverken er omfangsbegrenset eller tidsbegrenset. Vi er slik enig med departementet i at dette løsningsalternativet er både komplisert, kostbart og usikkert. Risikoen for feilvurderinger vil være stor, og en feil vurdering vil som også departementet peker på fort kunne innebære at det foreligger ulovlig offentlig støtte. KS er slik enig i at dette alternativet ikke er hensiktsmessig.

#### *f) Samlet vurdering*

Departementets primærforslag om å innføre begrenset økonomisk ansvar framstår som lite ønskelig og hensiktsmessig. Alternativet om å reservere selskapsformen IKS for virksomhet som ikke driver «økonomisk aktivitet» i støtteregelvekrets forstand framstår samlet sett som mest hensiktsmessig. KS ber derfor om at departementet vurderer dette alternativet nærmere, eventuelt også vurderer et skille i IKS-loven mellom selskaper som driver ikke-økonomisk aktivitet og andre.

### **3. Særlig om overgangsordningen knyttet til alternativet om begrenset økonomisk ansvar**

I tilknytning til departementets primære forslag om begrenset økonomisk ansvar, er det foreslått en overgangsordning som innebærer at eierkommunene vil fortsette å hefte ubegrenset (pro rata) for konkrete låneforpliktelser i ett år etter ikrafttredelse av endringene.

Etter det vi kan se vil det også være behov for overgangsordninger dersom man velger det løsningsalternativet som går ut på å reservere loven for virksomhet av «ikke-økonomisk karakter» - da for de selskapene som driver «økonomisk virksomhet» og derfor må omorganiseres til annen selskapsform (i praksis AS).

Den overgangsordning som er foreslått kan synes å være strengere enn det som er nødvendig etter praksis i EU på området. KS ber departementet vurdere om det kan innføres en lempeligere overgangsordning, for eksempel ved at garanti for de aktuelle lån opprettholdes til lånet er utløpt, eventuelt kombinert med at det betales en markedsmessig garantipremie i denne perioden dersom det er påkrevet.

I forbindelse med vurderingene av slike overgangsordninger ber vi også om at departementet vurderer nærmere hvordan ansvaret for pensjonsforpliktelsene i IKS skal håndteres.

**Gunn Marit Helgesen**  
styreleder

**Lasse Hansen**  
Administrerende direktør