

STEENSTRUP STORDRANGE

NOTAT

Til: NDLA v/ styret

Bergen, 9. mai 2016

Fra: Advokatfirmaet Steenstrup Stordrange DA

Vår ref.: 3100533.1-136256 MELHAL/MELHAL

Ansvarlig advokat: Halfdan Mellbye

VURDERING AV STYREFORM OG FORSLAG TIL NYE VEDTEKTER

1. Innledning

Vi har fått i oppdrag å vurdere styreformen til NDLA.

Utgangspunktet for denne vurderingen er vedtak fattet i styret i NDLA på bakgrunn av den forvaltningsrevisjon som ble foretatt i 2015.

Styrets vedtak er:

(Vi) skal sikre at NDLA har ei fungerande styreform som sikrar kontroll og oppfølging av at organisasjonen blir drifta i samsvar med vedtekter.

Lukking av avvik:

Styreleder skal i løpet av første halvår 2016 gjennomgå vedtektene med tanke på nødvendige endringer for å få ei fungerende styreform. Overgang til selskapsform skal vurderes.

Vedtektene skal sikre

- At NDLAs organiserte styringsprosess har rett kompetanse, størrelse og tilgjengelighet.*
- At NDLAs og daglig leders mandat konkretiseres.*
- Konkrete retningslinjer for styremedlemmers plikter, samt føringer for deltagelse og engasjement*
- Endringer i vedtektene skal behandles i styret, og i hvert enkelt fylkesting.*

Den innledende setningen i styrets vedtak er referat av pkt. 9 i listen over de tiltak som ble anbefalt i Deloitte's rapport fra forvaltningsrevisjonen i 2015.

I dette notatet vil vi først knytte noen innledende kommentarer til valg av selskapsform.

Vi vil så vurdere de ulike organisasjonsformer og konkludere med hvilken organisering vi anbefaler.

Videre vil vi beskrive noe videre hvilket spillerom som etter dagens regler ligger i den eksisterende organisasjonsform som «§ 27-samarbeid».

Endelig vil vi komme med foreløpig forslag til vedtekter, instruksjoner for styre og daglig leder og mandat for valgkomiteen.

2. Noen innledende kommentarer

2.1 Om NDLAs virksomhet

Etter vår oppfatning er det viktig at valget av organisasjonsform følger som et resultat av det arbeid man faktisk skal samarbeide om, og det organisasjonsbehov dette arbeidet innebærer.

Arbeidet i NDLA er preget av at fylkeskommunene samarbeider om å dekke et felles behov for utvikling av digitale læremidler og en plattform for fri deling av læremidlene.

NDLA fremstår først og fremst som et felles initiativ for å oppfylle opplæringslovens mandat gitt i § 3.2: «Opplæringa i offentlig vidaregåande skole eller i lærebedrift er gratis. Fylkeskommunen har ansvaret for å halde elevane med nødvendige trykte og digitale læremiddel og digitalt utstyr. Elevane kan ikkje påleggjast å dekkje nokon del av utgiftene til dette utover det som følgjer av forskrift»

. NDLA er i dag en ikke-kommersiell, offentlig heleid virksomhet. Det er rett å beskrive det slik at NDLA, på vegne av fylkeskommunene, gjennomfører et arbeid det er hensiktsmessig å gjøre i fellesskap. For å gjennomføre dette arbeidet blir NDLA tilført midler fra fylkeskommunene.

NDLA har i dag fire primæroppgaver: ie produsent av læremidler, et innkjøpsamarbeid på tver av 18 fylkeskommuner, som distributør, og som arena for pedagogisk deltagelse og deling. Midlene som tilføres benytter NDLA i hovedsak på tre måter; til egen drift, til innkjøp av tjenester internt i fylkeskommunene (frikjøp av lærerressurser) og til eksterne innkjøp underlagt lov om offentlige anskaffelser.

I og med at NDLA ikke selger tjenester, verken til fylkeskommunene eller til andre markeder, er realiteten at virksomheten har mer til felles med tradisjonell offentlig tjenesteyting enn med forretningsmessig virksomhet. Det er et viktig utgangspunkt for valg av organisasjonsform.

2.2 Om mottak av statsstøtte og relevansen av tidligere vedtak i ESA

Når NDLAs funksjon i forhold til Fylkeskommunene først og fremst kjennetegnes ved at NDLA er mottaker av midler som brukes til å løse de oppgaver NDLA er tildelt er det klart at spørsmålet om lovlig statsstøtte fortsatt kan være aktuelt. Som kjent har ESA vurdert om overføringen av midler til NDLA er ulovlig statsstøtte. ESA har i sin avsluttende uttalelse av 26. juni 2014 i «Case No: 73132» konkludert med at midlene ikke er ulovlig statsstøtte.

Dette har betydning for organisasjonsformen ved at det ikke bør velges en organisasjonsform som unødig gir grunnlag for å reise spørsmålet om ulovlig statsstøtte på nytt. En hoveddel av argumentasjonen til ESA er uavhengig av organisasjonsform. ESA oppsummerer dette slik i avsnitt 79 i den avsluttende uttalelsen:

"The authority finds that the activities that are being carried out by the NDLA in order for the county authorities to fulfil their educational functions are intertwined with social obligations, which are not comparable to an offer of a commercial character, and that subsidies are only granted in order to fulfil a very special educational function."

Poenget er altså at ESA aksepterer at NDLA sin virksomhet dreier seg om å produsere pedagogiske hjelpemidler for å bidra til å løse fylkeskommunenes samfunnsoppdrag innenfor opplæring. Det dreier seg ikke om å tilby varer i et marked. ESA aksepterer med andre ord at NDLA ikke har som oppgave å tilby læremidler i markedet i konkurranse med forlagsbransjen.

Denne situasjonen vil i utgangspunktet være den samme uansett hvilken organisasjonsform NDLA har. Uansett organisasjonsform vil arbeidsoppgavene være de samme. Utfordringen ligger her i at organisasjonsformen gir et signal utad om virksomhetens fokus. Dersom virksomheten organiseres som et aksjeselskap er det for eksempel en klar indikasjon på at virksomheten driver næringsvirksomhet. Da er det en risiko for at det går an å få forståelse for det syn at NDLA tilbyr læremidler i et marked. I tillegg kommer at en omorganisering av NDLA kan gi formelt grunnlag for å starte en ny ESA-sak – i og med at saken da reises i forhold til en ny organisasjon.

Vi oppfatter at dette er så tungtveiende argumenter at NDLA ikke bør endre organisasjonsform uten at det er klare fordeler som oppnås ved endringen. Dette er en viktig premiss for valget av fremstilling i dette notatet. Vi vil i det følgende først beskrive de muligheter som ligger i dagens organisasjonsform og som altså kan oppnås gjennom endringer av vedtektene i § 27-samarbeidet. Så vil vi beskrive alternative organisasjonsformer med fokus på hvilke fordeler man kan oppnå ved et skifte av organisasjonsform og hvilke utfordringer det vil gi.

2.3 Om betydningen av reglene om offentlige anskaffelser for organiseringen

Det er et spørsmål til som vi kort vil kommentere innledningsvis. Vi var engasjert av NDLA også da dagens organisasjonsform ble valgt, og en viktig premiss for det valget var de dagjeldende regler om kjøp av tjenester fra selskaper i egen regi. Vi vil derfor knytte noen

kommentarer til betydningen av dette i dag. Utgangspunktet er som nevnt at NDLA i liten grad selger tjenester. Vi antar at det kan være aktuelt med salg av tjenester, men da kun til fylkeskommunene som kjøpere.

Vilkårene for egenregi innebærer at selskapet som selger til det offentlige må være under offentlig styring, og at selskapet i all hovedsak må selge tjenester til det offentlige. Disse vilkårene er helt uavhengig av organisasjonsform. Vilkårene kan oppfylles innenfor alle de organisasjonsformer som er nevnt under. Regelverket for egenregi bør derfor være uten betydning for valg av organisasjonsform.

Da NDLA's organisasjonsform ble valgt var det en uavklart problemstilling om vilkåret om offentlig kontroll over egenregi-selskapet kunne oppfylles dersom det var flere offentlige organer som sammen kontrollerte selskapet. Dette hadde betydning når NDLA formelt ble lagt under Hordaland fylkeskommune. Det er i mellomtiden avklart at den offentlige kontrollen kan utøves av flere ulike eiere sammen, og dette der derfor heller ikke et hensyn som bør tillegges betydning ved valg av organisasjonsform.

3. Vurdering av ulike alternative organisasjonsformer

3.1 Innledning

Vi vil i det følgende kommentere de aktuelle alternative organisasjonsformer for NDLA. Beskrivelsene av alternativene vil ikke være fullstendig, men gi en kort vurdering av organisasjonsformen med utgangspunkt i NDLA's virksomhet og det behov for organisering denne virksomheten har.

Vi har funnet det hensiktsmessig først å presentere de muligheter og begrensninger som ligger i dagens organisasjonsform; § 27-samarbeid. Vi presenterer og kommenterer så de alternativene vi oppfatter at det kan være aktuelt for NDLA's styre å vurdere; interkommunalt selskap, aksjeselskap, forening, stiftelse og en enklere samarbeidsavtale.

3.2 § 27-samarbeid

NDLA er i dag organisert som et «§ 27-samarbeid». Det vil si et samarbeid mellom de aktuelle fylkeskommunene inngått etter reglene i kommunelovens § 27.

Et § 27-samarbeid innebærer at fylkeskommunene inngår et forpliktende samarbeid om en felles virksomhet. Virksomhet vil være en del av den offentlige virksomhet i økonomisk forstand.

Samarbeidspartene vil være ansvarlig for de forpliktelser som inngås som en del av samarbeidet. I vedtektenes pkt. 3 heter det at ansvaret er delt. Det betyr at den enkelte Fylkeskommune svarer for sin del av NDLA's forpliktelser. Det er en ansvarsform som er

logisk for denne virksomheten som jo er basert på økonomiske tilskudd fra alle de deltakende fylkeskommunene. Ansvarsformen får betydning i et tilfelle der NDLA pådrar seg økonomiske forpliktelser som ikke dekkes av tilskuddene, for eksempel et større erstatningskrav. En slik forpliktelse vil dekkes av hver fylkeskommune med sin del.

Bestemmelsen om delt ansvar regulerer ikke fordelingsnøkkelen. Den løser altså ikke spørsmålet om ansvaret i en slik situasjon skal fordeles likt mellom fylkeskommunene eller ulikt for eksempel basert på den enkelte fylkeskommunes andel av det totale tilskuddet til NDLA. Når bestemmelsen ikke regulerer dette er vår oppfatning at det sannsynligvis vil tolkes som en regel om lik fordeling. Ønskes en annen fordeling bør det presiseres i vedtektene.

For helhetens skyld bør det også presiseres at dersom en fylkeskommune unnlater å betale sin andel av et krav mot NDLA (som NDLA selv ikke kan dekke) kan den som har kravet antakelig kreve dekning av de andre fylkeskommunene.

Rammene om et § 27-samarbeid bestemmes gjennom vedtektene, og rammene for vedtektenes innhold er fastlagt i kommunelovens § 27. Vi skal i denne gjennomgangen av de ulike organiseringsalternativene begrense oss til å påpeke enkelte forhold som synes å være særlig vesentlige for valget av organisasjonsform i NDLA.

Kommunelovens § 27 bruker begrepet «styre» om det øverste organet i samarbeidet. Det er et krav at alle de fylkeskommuner som deltar i samarbeidet er representert i dette øverste organet. Det er en nødvendig konsekvens av at det dreier seg om en avtale om saklig samarbeid, og ikke en avtale der enkelte fylkeskommuner overdrar myndighet til andre. Det er imidlertid ikke noe krav om at det øverste organet i samarbeidet må ha betegnelsen «styre». Det kan for eksempel ha tittelen «representantskap», og representantskapet kan ha som en av sine oppgaver å velge styret i NDLA som da har færre medlemmer og som har ansvaret for ledelsen av samarbeidet mellom representantskapets møter. (Velger man en slik begrepsbruk må det i vedtektene presiseres at «representantskapet er samarbeidets styre etter kommunelovens § 27».) Det er en slik modell som foreslås i det vedlagte utkast til vedtekter.

Den saklige rammen for samarbeidet bestemmes av området for styrets virksomhet. Det er ikke adgang til å overføre myndighet fra fylkeskommunene til samarbeidet ut over det som er nødvendig ut fra området for styrets virksomhet. Innenfor dette området er det imidlertid stor frihet.

Med utgangspunkt i dagens vedtekter for NDLA er det viktig å understreke at det er forenlig med kommunelovens § 27 å fastslå i vedtektene at NDLA er et eget rettssubjekt som registreres i enhetsregisteret. NDLA kan videre stå som arbeidsgiver med rett til å opprette og nedlegge stillinger og foreta tilsetninger m.v.

Etter vår oppfatning innebærer dette at kommunelovens § 27 gir en frihet til organisering som innebærer at det er mulig å utarbeide vedtekter som gir NDLA en hensiktsmessig struktur.

I den videre fremstillingen vil vi sammenlikne alternative organisasjonsmodeller med det alternativet å utarbeide nye og mer egnede vedtekter innenfor de rammene som kommunelovens § 27 setter.

3.3 Aksjeselskap

Omdannelse til aksjeselskap innebærer at de involverte fylkeskommunene engasjerer seg som aksjonærer i NDLA AS. Juridisk vil en slik omdannelse innebære at NDLA blir en helt selvstendig juridisk enhet, og at den enkelte fylkeskommunes økonomiske ansvar begrenses til den aksjekapital fylkeskommunen skyter inn.

Aksjeselskapet er en fleksibel organisasjonsmodell i den forstand at fylkeskommunene kan gjennomføre den styring av selskapet som de i fellesskap mener er hensiktsmessig gjennom vedtekter, aksjonæravtaler og eierstyring.

Den viktigste ulempen ved å benytte et aksjeselskap er at NDLA da lettere vil oppfattes som en markedsaktør i og med at aksjeselskap er en organisasjonsform som brukes for virksomhet som har til formål å skape et økonomisk overskudd. Dette kan skape grunnlag for å reise nye spørsmål ved om NDLA mottar ulovlig statsstøtte, og det kan også skape spørsmål om å konkurransetsette virksomheten til NDLAs egen administrasjon.

På den annen side ser vi ingen klare fordeler ved omdannelse til et AS. Det kan være en fordel at man da får en organisasjonsmodell som er mer kjent blant private samarbeidspartnere m.m., men på den annen side vil altså organiseringen som aksjeselskap kunne gi et feilaktig inntrykk av NDLA som markedsaktør.

Vi mener denne korte vurderingen er tilstrekkelig til å kunne konkludere med at det ikke er å anbefale å omdanne NDLA til et aksjeselskap.

3.4 Interkommunalt selskap

Et interkommunalt selskap må organiseres etter lov om interkommunale selskaper. Dette er den organisasjonsformen som vil ha mest til felles med dagens organisering etter kommunelovens § 27.

I et interkommunalt selskap kan kun kommuner, fylkeskommuner eller interkommunale selskaper være deltakere. Selskapet vil være et helt selvstendig rettssubjekt. Hver deltaker hefter ubegrenset for en brøkdel av selskapets forpliktelser. (Forskjellen til aksjeselskap ligger her i at ansvaret i et AS er begrenset til aksjeinnskuddet.)

Også i et interkommunalt selskap vil det utarbeides vedtekter som gir fleksibilitet til å utforme de rammer om samarbeidet som fylkeskommunene i fellesskap ønsker.

En grunn for å omdanne NDLA til et interkommunalt selskap kunne være at den ansvarsbegrensningen som ligger i at den enkelte fylkeskommune kun har ansvar for en brøkdel av selskapets forpliktelser anses hensiktsmessig. Vi oppfatter imidlertid ikke at virksomheten i NDLA innebærer en økonomisk risiko som gjør en slik ansvarsbegrensning hensiktsmessig. NDLAs virksomhet dreier seg først og fremst om å produsere læremidler og NDLA driver ikke med utadrettet økonomisk virksomhet som har kommersiell risiko.

Samtidig vil også omdannelse til interkommunalt selskap innebære en viss risiko for at det igjen kan reises spørsmål om NDLA mottar ulovlig statsstøtte. Som interkommunalt selskap vil NDLA ha en ny organisering som innebærer at man ikke enkelt kan hevde at spørsmålet allerede er avgjort av ESA. Videre vil også organisering som et interkommunalt selskap gi inntrykk av at NDLA opererer i et kommersielt marked, selv om dette inntrykket vil være svakere enn ved organisering som aksjeselskap.

Vi kan ikke se at NDLA vil oppnå fordeler ved organisering som interkommunalt selskap som oppveier for risikoen for at spørsmålet om ulovlig statsstøtte igjen kan aktualiseres. Vi anbefaler derfor ikke omdannelse til interkommunalt selskap.

3.5 Forening

Det vil antakelig være adgang til å organisere NDLA som en forening der Fylkeskommunene er medlemmer. Forening er en organisasjonsform der medlemmene ikke har ansvar for økonomien ut over at deres medlemsavgift kan gå tapt. Det er videre en organisasjonsform der friheten til å inngå avtaler mellom medlemmene om organisasjonens rammer er stor. Man kan derfor utforme hensiktsmessige rammer for foreningen NDLA ved avtale mellom fylkeskommunene som medlemmer.

Ulempen ved å benytte organisasjonsformen forening er at den er uvant for organisering av denne typen offentlige samarbeidsprosjekter og organiseringen kan derfor utløse spørsmål hos samarbeidspartnere.

Omorganiseringen til forening kan også gi et grunnlag for å reise spørsmål om ulovlig statsstøtte på nytt.

3.6 Stiftelse

Organisering som stiftelse innebærer at fylkeskommunene frigir et økonomisk beløp som skal eies av en selvstendig stiftelse som skal arbeide for å fremme NDLAs oppgaver. Det må også, blant annet, gis regler for oppnevning av medlemmer til stiftelsens styre.

Dette er en organisering vi ikke kan anbefale for dette arbeidet. Har fylkeskommunene etablert en stiftelse begrenses fylkeskommunenes adgang til å gjøre endringer i vedtekter m.m. Det vil være lite hensiktsmessig.

Organisering som stiftelse gir grunnlag for de samme spørsmål om ulovlig statsstøtte m.v. som vi har beskrevet tidligere.

3.7 En enklere samarbeidsavtale

For helhetens skyld vil vi nevne at det er et mulig alternativ å organisere arbeidet i NDLA i en mindre forpliktende samarbeidsavtale. En slik avtale kan inngås uten hjemmel i kommunelovens § 27.

Vi oppfatter imidlertid at en slik forenkling av samarbeidet er lite hensiktsmessig når NDLA har etablert forpliktende samarbeidsstrukturer som man vil utvikle videre ved å registrere samarbeidet i enhetsregisteret og ved å operere som arbeidsgiver for de ansatte. Vi har derfor ikke sett behov for en nærmere vurdering av dette alternativet.

4. Endrede vedtekter – prosess for behandling av vedtektsendringer

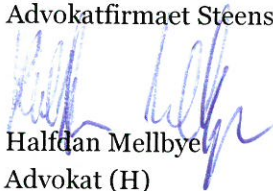
Vi har utarbeidet forslag til nye vedtekter for NDLA som §27-samarbeid (med kommentarer) og utkast til instruks for styret og mandat for valgkomiteen. Vi har i tillegg utarbeidet skisse til en instruks for daglig leders virksomhet, men denne bør utarbeides i detalj av et eventuelt nytt styre valgt etter de nye vedtektene. Behandlingen av de nye vedtektene bør følge denne prosessen.

Forslagene fremlegges til behandling i NDLAs styremøte 19-20. mai 2016. Avhengig av behandlingen i dette møtet må det avgjøres om forslaget er klart for utsending til fylkeskommunene, eller om de må behandles i et nytt styremøte i NDLA.

Når forslaget er ferdigbehandlet i styret må det sendes til den enkelte fylkeskommune for behandling der. Vedtektene må vedtas i samtlige av de deltakende fylkeskommuners fylkesting.

Etter at det foreligger vedtak i alle fylkesting trer de nye vedtektene i kraft. Det bør settes en dato for ikrafttredelse i vedtektene. Denne bør selvsagt settes med tilstrekkelig spillerom slik at alle fylkestingene får behandlet vedtektene innen fristen. Dersom den situasjon skulle oppstå at enkelte fylkesting ikke får behandlet vedtektene før fristen bør dette håndteres ved en merknad i en fotnote til de endelige vedtektene.

Advokatfirmaet Stenstrup Stordrange DA



Halfdan Mellbye
Advokat (H)