

Rapport

Omorganisering av Skyss

Redegjørelse for ulike organisasjonsformer, herunder hvordan omdanning kan gjennomføres, hvilke konsekvenser en eventuell omdanning har, og hvordan et eventuelt samarbeid med Bergen kommune om kollektivtransporten kan organiseres.

Bergen, 31. august 2018



THOMMESSEN

INNHOLDSFORTEGNELSE

1	INNLEDNING.....	4
1.1	Presentasjon av vårt mandat.....	4
1.2	Bakgrunn – lov om overføring av ansvar for kollektivtransport	4
1.3	Politisk behandling i Fylkeskommunen	5
1.4	Foreliggende utredninger som berører organiseringen av (deler av) kollektivtransporten	6
1.4.1	Rapport fra Urbanet Analyse "Forvaltningsreform og kollektivtransport" av 19. juni 2015.....	6
1.4.2	Karabin-rapporten av 22. mars 2017	7
1.4.3	Rapport fra BDO "Bybanen, drift i egenregi versus konkurranseutsetting" av 31. august 2017.....	8
1.4.4	Rapport fra Thommessen "Bybanen – utredning egenregi" av 15. november 2017	8
1.5	Oppdragsforståelse – presiseringer og aktuelle problemstillinger.....	9
2	NOEN OVERORDNEDE PROBLEMSTILLINGER	10
3	SAMMENDRAG.....	12
4	OM SKYSS	15
4.1	Virksomheten	15
4.2	Organisasjonsform	15
5	OVERSIKT OVER ALTERNATIVE JURIDISKE ORGANISASJONSFORMER	16
5.1	Innledning	16
5.2	Aksjeselskap	17
5.2.1	Innledning	17
5.2.2	Grunnleggende trekk ved aksjeselskap.....	17
5.2.3	Særlig om beslutnings- og kompetanseforhold	18
5.3	Interkommunalt selskap	20
5.3.1	Innledning	20
5.3.2	Grunnleggende trekk ved IKS	20
5.3.3	<i>Særlig om beslutnings- og kompetanseforhold</i>	21
5.4	Kort om andre organisasjonsformer	21
5.4.1	<i>Fylkeskommunalt foretak</i>	21
5.4.2	<i>Interkommunalt samarbeid etter kommuneloven § 27</i>	22
6	OMDANNELSE – FREMGANGSMÅTE OG VIRKNINGER	22
6.1	Innledning	22
6.2	Kort om fremgangsmåte ved omdannelse	22
6.2.1	Til aksjeselskap	22
6.2.2	Til interkommunalt selskap	23
6.3	Rettigheter for ansatte	24
6.3.1	Reglene om virksomhetsoverdragelse – anvendelsesområde.....	24
6.3.2	Hvilke arbeidstakere som omfattes	25
6.3.3	Overføring av arbeidstakernes lønns- og arbeidsvilkår.....	25
6.3.4	Reservasjonsretten	28
6.3.5	Informasjon og drøfteringer med tillitsvalgte mv	28
6.4	Skattemessige forhold.....	28
6.4.1	Fylkeskommunens administrasjon, fylkeskommunalt foretak og interkommunalt samarbeid	28
6.4.2	Aksjeselskap og interkommunalt selskap	29

6.4.3	Skattemessige forhold ved omdanningsprosessen	31
6.5	Avgiftsmessige forhold	31
6.5.1	Innledning	31
6.5.2	Generelt om fradragsrett for inngående merverdiavgift	32
6.5.3	Bybanen	33
6.5.4	Buss	39
6.5.5	Skal det skal beregnes mva ved omdannelsen?	40
6.5.6	Hvorvidt Nye Skyss kan registreres som et avgiftssubjekt.....	42
6.5.7	Hvorvidt overdragelsen vil innebære tap av fradragsrett, tilbakeførings- eller justeringsplikt hos HFK og underleverandører	43
6.5.8	Avgiftsmessige forhold ved videre drift	43
6.6	Regnskapsmessige forhold	44
6.6.1	Regnskapsplikt	44
6.6.2	Regnskapsmessig behandling av omorganiseringen	44
6.7	Betydningen for inngåtte kontrakter.....	45
6.8	Anskaffelsesrettslige forhold.....	45
6.8.1	Innledning	45
6.8.2	Overordnet om Skyss' anskaffelser	45
6.8.3	Skyss vil fortsatt være underlagt anskaffelsesregelverket	46
6.8.4	Skyss vil fortsatt ha adgang til å gjøre avrop/være tilknyttet HFKs kontrakter med tredjeparter	46
6.8.5	Skyss' adgang til å gjøre anskaffelser fra andre fylkeskommunale enheter...46	
7	JURIDISKE MODELLER FOR SAMARBEID MED TREDJEPART	47
7.1	Innledning	47
7.2	Eksempler på organisasjonsmodeller/samarbeidsformer for gjennomføring av kollektivtrafikk i Norge	48
7.2.1	Ruter AS.....	48
7.2.2	Agder Kollektivtrafikk AS	51
8	KAPITALISERING OG FINANSERING AV JURIDISK ENHET MED DELT EIERSKAP	53
8.1	Kapitalisering	53
8.2	Finansiering	54

1 INNLEDNING

1.1 Presentasjon av vårt mandat

Vi er av Hordaland fylkeskommune ("HFK") gitt i oppdrag å utrede alternative organisasjonsformer for den fylkeskommunale enheten Skyss, herunder gi en redegjørelse for hvilke organisasjonsformer som rettslig sett kan være hensiktsmessige for den virksomheten Skyss driver, hvordan omdanning til ny organisasjonsform kan gjennomføres, hvilke konsekvenser en eventuell omdanning har, og hvordan et eventuelt samarbeid med Bergen kommune (og/eller andre kommuner) om Skyss kan organiseres gjennom et delt eierskap eller på andre måter, f.eks. gjennom en samarbeidsavtale.

1.2 Bakgrunn – lov om overføring av ansvar for kollektivtransport

I Prop 91 L (2016-2017) ble det fremmet forslag til lov om overføring av det offentlige ansvar for kollektivtransport fra fylkeskommunalt til kommunalt nivå. I lovforslagets § 2 heter det:

"§ 2 Overføring av ansvar for kollektivtransport og vilkår for overføringen

Kongen i statsråd kan vedta overføring av ansvar for kollektivtransport fra fylkeskommunen til kommunen dersom kommunen kan dokumentere at den:

- a) omfatter et område som utgjør en felles bolig-, arbeids- og serviceregion*
- b) har et tilstrekkelig marked grunnlag til å kunne gi befolkningen et ønsket kollektivtilbud innenfor en samfunnsøkonomisk akseptabel kostnad og*
- c) har et samarbeid med fylkeskommunen om å sikre et helhetlig rutetilbud.*

Ved overføring av ansvar for kollektivtransport etter første ledd overtar kommunen ansvaret for kollektivtransporttilbudet innenfor kommunens grenser. Kommunen bestemmer selv omfanget av kollektivtransporttilbudet".

Forslaget er et resultat av regjeringens kommunereform hvor målet er "*..å gi større og sterkere velferdskommuner*". I proposisjonens punkt 2.1 er det gitt en nærmere redegjørelse for lovforslagets bakgrunn og formål. Det understrekes der at man ved å overføre flere oppgaver til kommunene vil gi kommunene økt makt og myndighet og derigjennom oppnå å øke det lokale selvstyre. Nye og større oppgaver vil også gi kommunene mulighet til å utvikle et mer helhetlig og sammenhengende tjenestetilbud til innbyggerne. "*Flere oppgaver vil styrke kommunene som viktige lokaldemokratiske organer for sine innbyggere*".

I lovforslagets § 1 er det definert hvilke typer kollektivtransport som omfattes:

"Kollektivtransport etter denne loven omfatter rutetransport, jf. yrkestransportlova § 2, med motorvogn, fartøy, sporvei, tunnelbane, forstadsbane og lignende sporbundet transportmiddel. I tillegg omfatter kollektivtransport tilrettelagt transport for funksjonshemmede. Kollektivtransport omfatter ikke transport med ferger i fylkesvegsamband.

Ansvar for kollektivtransport omfatter drift og kjøp av kollektivtransporttjenester og myndighet til å gi løyve etter yrkestransportlova §§ 6 og 7".

I Prop 91 L (2016-2017) punkt 5.1 er det presisert at det er "*det kollektivansvaret som i dag ligger i fylkeskommunen det er aktuelt å overføre, med unntak av fergerutene i fylkes- og riksvegsambandet og ansvaret for skoleskyss*".

Når det gjelder ansvarets innhold viser proposisjonen til at ansvaret for kollektivtransporttilbudet i første rekke gjelder *"..retten til å inngå kontrakt om kjøp av tjenesten og yte godtgjørelse og gi enerett til utførelsen av denne tjenesten"* samt *"tildele løyve for transport med motorvogn og fartøy og tillatelse for skinnegående transport"*.

I den utstrekning ansvaret for kollektivtransporttilbudet blir overført til en (eller flere) kommune(r) så vil fylkeskommunen fremdeles ha ansvaret for *"kjøp av transporttjenester og tildeling av løyver i den øvrige delen av fylket, og for ruter som krysser grensen mellom kommunen og fylket"*.

I forbindelse med høringsrunden kom det inn en rekke høringsuttalelser fra fylkeskommuner og kommuner. HFK fremhevet i sine merknader til lovforslaget blant annet¹ at det er viktig at kommunene har mulighet til å påvirke kollektivtrafikken i kommunen, men at dette kan gjøres innenfor rammene av bymiljøavtalene og lokalt tilpassede samarbeidsløsninger.

Bergen kommune uttalte på sin side blant annet at:

"Bergen kommune viser til at en eventuell større vestlandsregion vil styrke behovet for en regional forankring og styring av kollektivtransporten for å unngå fragmentering og uklare grensesnitt mot kommunene. Ut fra dette mener de at det ikke nødvendigvis vil være riktig at Bergen kommune overtar kollektivtransporten."

Bergen kommune påpekte imidlertid at det er viktig at kommunen har reell medvirkning og styring av kollektivtransporten, særlig hvis de blir en del av en stor vestlandsregion.

Lovforslaget er ferdigbehandlet i Stortinget og det er truffet lovvedtak² samsvarende med lovutkastet. Loven³ trer i kraft 1. januar 2020⁴.

1.3 Politisk behandling i Fylkeskommunen

I fylkestingets møte 11. april 2018 ble det i sak 77/2018 truffet følgende vedtak:

"Fylkesutvalet ber fylkesrådmannen leggje fram ei utgreiing om alternative organisasjonsformer for Skyss som ivaretek behovet for endra ansvarsområde og eit tettare samarbeid med Bergen kommune om kollektivtrafikken i Bergen."

Fylkesutvalet ber fylkesrådmannen også vera i tett dialog med dei andre kommunane i fylket."

Saksforholdet er også berørt i to tidligere fylkestingsvedtak. I sak 68/2012 (14. juni 2017) ble det truffet følgende vedtak:

" Fylkestinget ber fylkesrådmannen om å leggje fram ei sak som vurderer eit eventuelt forpliktande samarbeid med Bergen kommune om drifta av Bybanen".

I sak 105/2017 (12. desember 2017) ble det truffet slikt vedtak:

¹ Prop. 91 L (2016-2017) punkt 5.3.2

² Lovvedtak 107 (2016-2017)

³ LOV-2017-06-16-64

⁴ Res. 16. juni 2017 nr. 759

"Fylkestinget ber fylkesrådmannen komme med sak i løpet av 2018 om å omstrukturera Skyss til mobilitetsselskap. Dette vil gje meir kraftfull, heilskapleg satsing på gange, sykkel og kollektivsatsing i fylket".

De sistnevnte vedtak av hhv juni og desember 2017 berører begge Skyss. Desember-vedtaket gjelder hvilke oppgaver Skyss skal utføre og berører derfor selskapets formål, strategi og oppgaveløsning. Slike spørsmål vil stå sentralt dersom det skal etableres felles eierskap eller forpliktende samarbeid med andre kommuner om Skyss. Juni-vedtaket gjelder spesifikt bybanen og ønske om en utredning av et forpliktende samarbeid med Bergen kommune om driften av banen.

Herværende utredning er imidlertid i all hovedsak avgrenset mot de særspørsmål som er omhandlet i de sistnevnte vedtak. Rapporten vil derfor først og fremst drøfte de spørsmål som følger av fylkestingsvedtaket av 11. april 2018.

1.4 Foreliggende utredninger som berører organiseringen av (deler av) kollektivtransporten

1.4.1 Rapport fra Urbanet Analyse "Forvaltningsreform og kollektivtransport" av 19. juni 2015

På oppdrag fra HFK gjennomførte Urbanet Analyse i 2015 en utredning av hvordan ny forvaltningsorganisering kan møte utfordringene i Hordaland fremover. Rapporten, "Forvaltningsreform og kollektivtransport", ble avgitt den 19. juni 2015.

Urbanet-rapporten utredet blant annet organiseringsmodeller for kollektivtransport i lys av nasjonale og internasjonale erfaringer. Det ble også drøftet hvordan HFK på en best mulig måte burde innrette organiseringen av kollektivtransport basert på et sett av kvalitative kriterier.

Formålet med Urbanet-rapporten var å gi HFK et faglig grunnlag for å kunne vurdere styrker og svakheter ved ulike organisasjonsmodeller for kollektivtransport, til bruk ved fremtidige valg i forbindelse med en (den gang) mulig forvaltningsreform.

Urbanet-rapporten ga i punkt 7 enkelte anbefalinger som gjengis her:

- At samarbeid gjennom en bymiljøavtale, uavhengig av reform, vil kreve et forpliktende og formelt samarbeid mellom fylke og kommune. Det vil være avgjørende for måloppnåelsen at lokale politikere, både på fylkes- og kommunenivå, forplikter seg til å styre denne gjennom strategiske rammebetingelser og resultatmål. Det ble påpekt at det var en selvstendig vurdering hvorvidt et slikt forpliktende samarbeid ville være er nok i seg selv, eller om dette burde kombineres med en eventuell ny organiseringsmodell.
- Ved en kommunereform der et utvidet Bergensområde overtar forvaltningsansvaret for kollektivtransporten vil en videreføring av Skyss innenfor en selskapsmodell, med fylkeskommunen og Bergen kommune som eiere, kunne tenkes å være hensiktsmessig. Selskapsmodellene kan sies å ha en bedre forutsetning for å utvikle kollektivtransporten på en helhetlig måte, mulighet for å sikre avstand mellom strategisk og taktisk nivå, og organisasjonsformen vil enkelt kunne besvare og videreføre fagmiljøet og kompetansen Skyss besitter. Det siste vil ifølge rapporten også være avgjørende i arbeidet med utforming av fleksible kontrakter i et langsiktig perspektiv.
- Ved en regionreform der fylkeskommunen fortsatt har forvaltningsansvaret for kollektivtransport med et utvidet veiansvar og –myndighet, vil en videreføring av dagens modell, ytre enhet innenfor egen administrasjon, kombinert med et forpliktende formelt samarbeid med Bergen kommune, kunne være mulig. Likevel kan det tenkes at å videreføre Skyss innenfor en selskapsmodell, med fylkeskommunen og Bergen kommune som eiere, vil

være mer hensiktsmessig – nettopp for å kunne formalisere et slikt forpliktende samarbeid med Bergen. Både som følge av en sterkere kobling med storbyområdet, men også som følge av de formelle spillereglene rundt forholdet mellom strategisk og taktisk nivå.

1.4.2 Karabin-rapporten av 22. mars 2017

Som grunnlag for fylkestingets evaluering av bybanedriften innhentet fylkesrådmannen en rapport utarbeidet av konsultentselskapet Karabin AS, "Evaluering av Bybanen", datert 22. mars 2017. Av Karabin-rapportens punkt 3.1 fremgår det at rammene for utredningen var Hordaland fylkeskommunes ønske om å "vurdere en mer hensiktsmessig organisering av utbygging og drift av Bybanen". Det ble videre presisert at det ikke forelå noen "føringer for fremtidig endring eller omorganisering". Beslutning om endret organisering "må bygge på en forståelse for styrker og svakheter ved dagens organisering, samt potensiell merverdi ved alternative organiseringer".

Karabin-rapporten påpeker at hovedutfordringen knyttet til Bybanen slik den har vært organisert og drevet (i vid forstand) er at:

- Det er for mange aktører involvert for å levere det endelige trafikktilbudet
- At det foreligger uenigheter og uklarheter rundt roller og grensesnitt
- Uklare kontraktsforhold
- Uklar og for svak eierstyring av Bybanen AS

Analysen viste at utfordringene i like stor grad var knyttet til samhandling og ulike grensesnitt internt i fylkeskommunen som det var utfordringer mot eksterne aktører som tilsynsmyndigheter, private kontraktsmotparter osv. For å forbedre organiseringen av Bybanen er det i rapportens punkt 2.2 presentert noen anbefalinger:

- At Skyss må reddyke rollen som bestiller (ansvarlig for utarbeidelse og iverksettelse av tiltak for å nå de politiske målene for kollektivtransporten i fylket, foreta overordnede økonomiske analyser, arbeide mer med teknologistyring og innovasjon). Skyss bør ikke ha operasjonelle eller driftsmessige oppgaver.
- Totalansvaret for drift og utførelse samles i overordnet fylkeskommunalt konsernselskap (konsernspiss). Ansvar for eventuell konkurranseutsetting av enkelte oppgaver (f.eks vognfremføring eller vognvedlikehold) legges til denne konsernspissen.
- Det foretas forbedringer og presiseringer av kontrakter inngått med operatør (vognfremføring) og vognleverandør (vedlikehold) for å sikre at operatør har den nødvendige leverandørstyring som kreves etter jernbanelovgivningen (kravforskriften). Vognfremfører må formelt og reelt ha tilstrekkelig bestillings- og instruksjonsrett overfor vedlikeholdsleverandør.
- Det må sørges for langt bedre samhandling mellom Bybanen Utbygging og Bybanen AS. Sikkerhetsaspektet er godt ivarett, men det påpekes at det er et stort behov for å påse at investeringsbeslutninger også baseres på vurderinger av fremtidig sikkerhet, pålitelighet, tilgjengelighet og holdbarhet av det som bygges. Bybanen Utbygging foreslås beholdt som egen enhet underlagt fylkesrådmannen med det rom for administrativ og politisk styring som dette gir grunnlag for.

Karabin-rapporten var, som det fremgår ovenfor, grunnlaget for fylkestingets behandling av sak PS 68/2017 i juni 2017. Fylkestinget fulgte anbefalingene i rapporten og traff beslutning om å iverksette

omorganisering av bybanedriften gjennom implementering av en konsernmodell slik både Karabin-rapporten og fylkesrådmannen anbefalte. Uavhengig av implementering av konsernmodellen, åpnet imidlertid vedtaket for en ny vurdering av hvorvidt fremtidig drift av Bybanen skulle skje ved eksterne aktører gjennom konkurranseutsetting, eller om hele eller deler av driften skulle overtas og driftes i fylkeskommunens egen regi. På denne bakgrunn ble det innhentet en ny utredning hvor egenregi ble evaluert og sammenlignet med fortsatt bruk av eksterne aktører etter konkurranseutsetting.

1.4.3 Rapport fra BDO "Bybanen, drift i egenregi versus konkurranseutsetting" av 31. august 2017

BDO avga rapporten "Bybanen, drift i egenregi versus konkurranseutsetting" den 31. august 2017. Det fremgår innledningsvis av BDO-rapporten at fylkestinget, med bakgrunn i evalueringen av Bybanen i juni 2017, hadde bedt fylkesrådmannen om å "utrede muligheten for intern drift av Bybanen. Formålet har vært å belyse fordeler og ulemper ved drift i egenregi versus konkurranseutsetting for beslutning om fremtidig organisering i fylkeskommunen." Det er presisert at det med drift ble forstått "vognfremføring og signalstyring". Mandatet som lå til grunn for rapporten var tredelt; (1) Beskrive et alternativ der Bybanen driftes i egenregi av HFK, gitt vedtak om konsernmodell fra fylkestinget, herunder vurdere organisasjonsstruktur og ansvarsfordeling mellom aktuelle parter, (2) drøfte ulike sider ved egenregi versus konkurranseutsetting og (3) vurdere muligheten for å overta kontrakt for vedlikehold av vognparken fra Stadler.

BDO har oppsummert sine vurderinger og anbefalinger på denne måte:

- Det er fullt ut gjennomførbart å drifte Bybanen i egenregi gjennom Bybanen AS. Etablering av drift i egenregi vurderes imidlertid å bli krevende fordi det må erverves tilgang til betydelig kompetanse, ressurser og teknologi
- Overgang fra dagens praksis med konkurranseutsetting til egenregi ble ikke vurdert å være hensiktsmessig. I hovedtrekk er dette begrunnet med at det finnes et velfungerende marked for de aktuelle tjenester og at operasjonell drift av Bybanen ikke er en strategisk viktig oppgave.
- Terminering av eksisterende vedlikeholdsavtale med Stadler (som løper til 2026) er rettslig sett mulig, men det vil utløse betydelige termineringskostnader for Bybanen AS/HFK.

På denne bakgrunn anbefalte BDO at Hordaland fylkeskommune videreførte ordningen med konkurranseutsetting av drift av Bybanen. Videre anbefalte BDO at eksisterende kontrakt for vedlikehold av vognparken ble videreført.

1.4.4 Rapport fra Thommessen "Bybanen – utredning egenregi" av 15. november 2017

Med basis i fylkestingets vedtak av 4. oktober 2017 i sak PS 85/2017 ba fylkesrådmannen om en utredning av enkelte faktiske og rettslige rammer for fremtidig organisering og egenregidrift av Bybanen i Bergen. Rapporten "Bybanen – utredning egenregi" ble avgitt den 15. november 2017.

Thommessen-rapporten, utarbeidet i samarbeid med Hallgeir Skøien Varsi, behandlet følgende tema:

- Ulike modeller for organisering av drift i egenregi, herunder overordnet mulig selskapsstruktur og kort beskrivelse av de enkelte alternativ.
- Sikkerhet- og leverandøransvar, herunder forholdet til jernbanelovgivningen, nødvendige tillatelser ved drift av Bybanen i egenregi og selskapsrettslige beslutningsforhold ved drift i egenregi.

- Merverdiavgift, herunder beskrivelse av merverdiavgiftsmessige forhold ved de ulike modellene for organisering av drift i egenregi.
- Kort om skattemessige forhold, herunder skattemessige forholds betydning for valg av modell.
- Lønns- og arbeidsforhold, herunder reglene om virksomhetsoverdragelse, konsekvenser for lønns- og arbeidsforhold ved overgang til egenregi, pensjonsforhold og kompetanseutvikling.
- Særlig om organisering av trikk og t-bane i Sporveien i Oslo.
- Synergier ved å organisere drift i samme konsern.
- Økonomiske konsekvenser ved overgang til egenregi.

I Thommessen-rapporten punkt 2 er det gitt et sammendrag. Her ble det blant annet gitt følgende vurderinger og anbefalinger:

- At modellen med bruk av morselskap og datterselskaper benyttes (Modell C – "Alt ut"), da dette ville gi fleksibilitet både i forhold til utfasing av dagens eksterne kontraktsparter, men også ved eventuelle senere omorganiseringer. Modellen er også den varianten som klarest ville definere de rettslige grensesnittene mellom de ulike ansvarsområdene.
- At det ville være fullt mulig å organisere Bybanens samlede virksomhet innenfor en egenregimodell slik at man unngikk avgiftskumulasjon. Det ble likevel pekt på behov for endring og klargjøring av enkelte avtaleforhold, og at forholdet til vederlagsfastsetting og pengestrømmer burde gjennomgås på ny for å sikre en optimal og korrekt skatte- og avgiftsmessig behandling.
- Vurderinger av kostnadsaspekter ved egenregi, herunder særlig de betydelige forskjeller mellom offentlige og private pensjonsordninger.

Fylkestinget besluttet å videreføre tidligere modell med konkurranseutsetting og bruk av eksterne leverandører for sentrale ytelser som vognfremføring og vognvedlikehold. Det er senere gjennomført utlysning av konkurranse for ny operatøravtale. I juli 2018 ble det inngått ny kontrakt med nåværende operatør, Keolis Norge AS. Kontrakten som har oppstart i juli 2019 er inngått for en periode på 8 år med opsjon på to års forlengelse.

1.5 Oppdragsforståelse – presiseringer og aktuelle problemstillinger

Denne utredningen er utarbeidet for å besvare de spørsmål og problemstillinger som er reist i fylkestingets vedtak av 11. april 2018.

Vi forstår fylkestingets vedtak (sak 77/2018) slik at det ønskes en utredning av alternativer for organisering av Skyss som primært er begrunnet i to konkrete hensyn, nemlig (i) endrede ansvars- og oppgaveområder i fremtiden og (ii) grunnlag for etablering av et tettere samarbeid med Bergen kommune om kollektivtrafikken i Bergen.

En fremtidig omorganisering av Skyss er aktuell, uavhengig av hvorvidt det gjennomføres en formell overføring av ansvaret for kollektivtransporten fra Hordaland fylkeskommune til Bergen kommune med hjemmel i lov av 16.6.2017 nr 64 om overføring av ansvar for kollektivtransport.

Utredningen behandler derfor ikke vilkårene for og prosessen knyttet til overdragelse i medhold av Lov om overføring av ansvar for kollektivtransport. Det presiseres likevel at elementer som inngår i

vår redegjørelse kan være relevante også i en slik sammenheng. Som vist innledningsvis forutsetter nemlig en eventuell overføring av ansvaret at kommunen "*har et samarbeid med fylkeskommunen om å sikre et helhetlig rutetilbud*", jf lovens § 2 (1) bokstav c).

Vi avgrensar også mot eventuelle problemstillinger knyttet til overdragelse av kun deler av den virksomhet Skyss driver, f.eks. begrenset til forvaltning av kollektivtransport innenfor Bergen kommune (en "delvis virksomhetsoverdragelse").

Ovennevnte avgrensinger innebærer at denne utredning primært vil omhandle fremtidig juridisk organisering av Skyss under den forutsetning av at kollektivtransport i hele fylket forblir et fylkeskommunalt ansvar. En endring av den juridiske strukturen og etablering av en selskapsmodell kan under denne forutsetning være ønskelig, dersom

- (i) det kan gi en bedre styringsmodell, klarere ansvarsforhold, samt etablering av tydeligere skille mellom på den ene side overordnede politiske/strategiske beslutninger, og på den annen side utførelse/utarbeidelse av planer for realisering av de strategiske beslutninger
- (ii) det kan gi Skyss større dynamikk og evne til bedre/raskere å tilpasse seg samfunnsutvikling, endrede behov, nye oppgaver osv
- (iii) det kan være et tjenlig verktøy for å etablere klare og forutsigbare rammer for samarbeid med Bergen kommune og/eller andre kommuner.

Denne utredning begrenser seg til å peke på alternativer og enkelte konsekvenser av de ulike alternativ og tar ikke stilling til hvorvidt en slik organisasjonsmessig endring bør gjennomføres.

2 NOEN OVERORDNEDE PROBLEMSTILLINGER

Spørsmålet om fremtidig eierskap og organisering av Skyss beror på mange kryssende og sammensatte vurderinger. Ansvaret for kollektivtransport er i dag en del av fylkeskommunenes ansvarsoppgaver. Som det er redegjort for innledningsvis, har imidlertid Stortinget allerede vedtatt en lovendring som åpner for at kommuner, under bestemte forutsetninger, kan søke å få overta ansvaret for kollektivtransport innenfor egne kommunegrenser.

I Hordaland fylkeskommune er det først og fremst Bergen kommune som vil oppfylle de kriteriene loven oppstiller for å kvalifisere en kommune til å overta ansvaret for kollektivtransport innen egen kommune. Bergen kommune har det største innbyggertallet og den utvilsomt største andelen av kollektivreisende innenfor Hordaland fylkeskommune. Hvordan ansvaret for kollektivtrafikken organiseres i Bergen vil derfor få stor praktisk betydning også for den resterende del av fylket.

På et overordnet nivå vil det kunne være ulike politiske mål og ulike oppfatninger av strategiske virkemidler innen kollektivtrafikken på hhv kommunalt og fylkeskommunalt nivå. En tradisjonell problemstilling vil være knyttet til hvor stor andel av de samlede fylkeskommunale bevilgninger til kollektivtransport som allokeres til Bergen, og om de politiske valg som treffes på fylkeskommunalt nivå er optimale for Bergens del. Fra Bergens ståsted vil det naturlige utgangspunkt være at det er bergenspolitikkerne selv som har de beste forutsetninger for å disponere bevilgningene til kollektivtrafikk innenfor egne kommunegrenser. Basert på et slikt utgangspunkt vil det derfor måtte finnes gode og relevante svar på hvorfor fylkeskommunen skal beholde det formelle ansvaret for kollektivtrafikken i hele fylket (inkl Bergen kommune). Bergen kommune vil naturlig nok analysere de underliggende realiteter når det vurderes hva som i fremtiden vil være den mest tjenlige og hensiktsmessige allokering av ansvaret for – og organisering av – kollektivtrafikken innenfor kommunens egne grenser.

Et av alternativene til at Bergen kommune skal søke om å få overtatt ansvaret for kollektivtransporten innenfor egen kommune, er å etablere et felles eierskap til Skyss, og at kommunen derigjennom får en formell og direkte eierrolle til det administrasjonsselskap som står sentralt i gjennomføringen av de overordnede og strategiske mål for kollektivtrafikken i fylket. Et eierskap i Skyss vil imidlertid ikke i seg selv gi den reelle politiske innflytelsen som forutsettes å være det ønskede mål. De formelle rammene for felles eierskap i et aksjeselskap er normalt selskapets vedtekter og aksjelovens generelle bestemmelser. I vedtektene må man innta det som skal være selskapets formål. Dette vil imidlertid i praksis være en kortfattet sammenfatning av hva som skal være selskapets virksomhet. Formålsbestemmelsen vil først og fremst tjene som rammer for styrets og administrasjonens legitimasjon utad. Alle selskapets disposisjoner må ligge innenfor det vedtektsfestede formål.

Eierposisjonen vil gi stemmerett på generalforsamling, herunder rett til å stemme ved valg av medlemmer til selskapets styre. Aksjonærene vil formelt måtte bruke sin eierrolle til å påvirke selskapets strategi og drift gjennom valg av styremedlemmer som har den nødvendige bakgrunn, kompetanse og forståelse for aksjonærens mål. Dette er imidlertid ingen garanti for at styremedlemmene vil bevege selskapet i den retning aksjonærene mener er riktig. Dette kan skyldes mangelfulle eller ufullstendige styringssignaler fra eierne eller det kan skyldes ulike strategiske eller faktiske oppfatninger.

Et eierskap i et selskap av den karakter vi her taler om, må derfor suppleres med relativt omfattende avtaler på overordnet eiernivå. I hvilket format og i hvilken formell struktur dette mest hensiktsmessig kan gjøres, vil det nok være delte oppfatninger av. Det sentrale vil imidlertid være å få etablert slike overordnede og forpliktende avtaler om omforente politiske og strategiske mål og rammer for kollektivtransporten, at styre og administrasjon i Skyss kan ha dette som tjenlige rammer og tydelig retning for sin virksomhet. Dersom et slikt felles eierskap skal være vellykket må det derfor lykkes å utforme et felles politisk styringsdokument som samtidig er så konkret at det kan fungere som praktiserbare funksjonelle rammer for styret og administrasjonen i Skyss. Hvorvidt de overordnede og omforente styringsdokumentene formaliseres som et felles "eierstyringsdokument", aksjonæravtale eller et annet format er ikke avgjørende.

De samme spørsmål som eventuelt reguleres i et felles eierstyringsdokument ved delt eierskap i Skyss, vil imidlertid også kunne håndteres gjennom en detaljert samarbeidsavtale mellom partene uten at kommunen trenger å ha noen formell eierposisjon. Den tradisjonelle begrunnelsen for å søke eierposisjon i et aksjeselskap, er at det gir rett til en andel av selskapets økonomiske resultat. Skyss er imidlertid et selskap uten økonomisk formål, og de tradisjonelle motivene for å ha en aksjonærposisjon vil derfor ikke være aktuelt i dette tilfellet. Basert på det utgangspunkt at Skyss uansett ikke skal være et selskap med økonomisk formål vil aksjonærposisjonen derfor ikke være knyttet til direkte og umiddelbare økonomiske incentiver. En overføring av eierandeler i et slikt selskap vil derfor ikke innebære overføring av opparbeidede og/eller potensielle fremtidige økonomiske verdier.

Dersom Hordaland fylkeskommune skulle fortsette som eneeier av Skyss, vil det derfor like fullt kunne inngås omfattende, detaljerte og forpliktende samarbeidsavtaler som gir Bergen kommune reell eierinnflytelse, herunder reell medbestemmelse over strategi, overordnede prioriteringer, eventuell styrerepresentasjon, etablering av samarbeids- og styringsorgan, innsynsrett for kommunen osv. I praksis er det få begrensninger på hva som kan avtalereguleres på denne måten. Et slikt kontraktsgrunnlag vil i praksis, dersom partene ønsker dette, kunne gi kommunen samme reelle innflytelse som om kommunen var deleier eller aksjonær i et felles eiet selskap.

Den største utfordringen vil være å få etablert et omforent politisk styringsdokument for prioriteringer og valg for kollektivtransporten innenfor tilgjengelige budsjettammer, herunder å få dette nedfelt i dokumenter som vil være praktisk håndterbare for det taktiske nivået (Skyss). Dette vil imidlertid

være samme utfordring uavhengig av om man har delt eierskap eller en detaljert og forpliktende samarbeidsavtale.

Utover de rent juridiske aspekter vil det i noen tilfeller ha en selvstendig symbolverdi å etablere et felles eierskap, selv om de samme virkningene også kan oppnås gjennom andre juridiske konstruksjoner. En av de fremste fordelene ved å velge en lovregulert organisasjonsform, er imidlertid at man da legger virksomheten inn i et velregulert rettsområde med detaljerte regler for saksbehandling, beslutninger og drift. Det er imidlertid vår oppfatning at det ikke vil være på dette formell nivået man vil ha størst utfordring dersom det skal etableres et samarbeid mellom fylkeskommunen og en/ flere øvrige kommuner om kollektivtransporten i fylket.

Betydelige overordnede samferdselspolitiske valg som også har betydning for kollektivtrafikken treffes i dag gjennom det samarbeid som er etablert i den såkalte "Byvekstavtalen". Hordaland fylkeskommune og Bergen kommune har derfor allerede erfaring fra tett samarbeid på det aktuelle området, herunder bruk av avtaleformatet som grunnlag for økonomiske disposisjoner og for å oppnå omforente mål.

Det må også nevnes at et av vilkårene for at ansvaret for kollektivtrafikken – etter søknad – kan overføres fra fylkeskommune til en primærkommune, er at det inngås en forpliktende samarbeidsavtale med den aktuelle fylkeskommune. Lovforarbeidene er ikke detaljerte når det gjelder hva en slik samarbeidsavtale skal/må inneholde, men formålet er å sikre at hensynene til alle grensekryssende ruter blir ivaretatt og samordnet, også ved en kommunal overtakelse. Det vil derfor under alle omstendigheter bli nødvendig å etablere en forpliktende samarbeidsavtale.

En kommunal overtakelse av ansvaret for kollektivtrafikken i Bergen kommune vil innebære en oppsplitting av det faglige kompetansemiljøet i Skyss. En slik overtakelse vil antakeligvis representere en virksomhetsoverdragelse etter arbeidsmiljøloven, med den konsekvens at en betydelig del av de ansatte i Skyss vil ha rett til ansettelse i et nytt kommunalt administrasjonsselskap. En oppdeling av dagens Skyss kan føre til en svekkelse av det kompetansemiljøet som er bygget opp over tid. Det kan også tenkes at det – fra et samfunnsøkonomisk perspektiv – vil føre til et effektivitetstap å ha to slike parallelle administrasjonsselskaper innenfor et sammenfallende geografisk område. Det ligger imidlertid utenfor denne utredningen å vurdere eller ta stilling til disse spørsmål.

3 SAMMENDRAG

- Utskillelse og overføring av virksomheten som i dag drives i Skyss til eget selvstendig rettssubjekt vil kunne skje ved etablering av flere alternative sammenslutnings- eller selskapsformer. Dersom det besluttes slik utskilling av virksomheten, vil denne bli omfattet av detaljert lovregulering. Både interkommunale selskaper og særlig aksjeselskaper vil være kjente juridiske organisasjonsformer som gir trygghet og forutberegnelighet for eiere, ansatte, kontraktsparter og andre tredjeparter. Overføring av virksomheten til et selskap vil beholde fagkompetanse. Dersom det velges et interkommunalt selskap må det være flere deltakere/eiere allerede fra etableringstidspunktet, mens et aksjeselskap kan ha en eier. Aksjeselskapsformen åpner derfor for en trinnsvis prosess hvor fylkeskommunen først kan foreta selskapsetablering og omorganisering for deretter på et senere tidspunkt å invitere inn andre kommuner på eiersiden i selskapet. Aksjeselskapet vil etter vår oppfatning være den juridiske eierform som gir klareste skille mellom de ulike beslutningsnivåer (eier, styre, drift).
- Det kan i prinsippet også være aktuelt å etablere et interkommunalt selskap, men da vil man ikke være omfattet av samme ansvarsbegrensning som for aksjeselskaper, det er noe mer sparsommelige regler og praksis sammenlignet med aksjeselskaper.

- Ved overføring av virksomheten til aksjeselskap vil eierstyringen skje gjennom selskapets formelle organer. Eiers påvirkning skjer gjennom selskapets generalforsamling. Forvaltning og drift skjer gjennom styret og selskapets daglige ledelse. Politisk styring vil således måtte bli indirekte.
- Skyss' virksomhet er i stor grad å forvalte offentlige midler og ivareta det offentliges ansvar knyttet til kollektivtransport. Selskapets oppgave og formål vil derfor være å realisere de overordnede mål som eierne (det politiske flertall) har definert og bestemt. Selskapet skal ikke ha ervervsmessig formål med det siktemål å skape overskudd for eier. I et selskap som skal ha slike rammer for virksomheten er det viktig at det utarbeides andre og mer detaljerte styringsdokumenter enn det aksjeloven regulerer og det som er vanlig i tradisjonelle aksjeselskaper med kommersielt formål. Dersom selskapet bare har en aksjonær vil dette typisk være en detaljert eierskapsmelding som gir nødvendige retningslinjer for styrets forvaltning av selskapet.
- Dersom det skal være flere eiere (typisk fylkeskommunen og en/ flere kommuner) vil det være nødvendig å ha en omforent oppfatning av sentrale eierspørsmål for at selskapet skal kunne drive effektivt og målrettet. Aksjonærene må på eiernivå avtaleregulere og detaljere rammene for selskapets virksomhet (koordinerte eierstrategier, aksjonæravtaler, koordinerte leveranse- og tilskuddsavtaler).
- Dersom det formelle ansvaret for kollektivtransport i fortsettelsen blir værende i fylkeskommunen (slik at det bare er én tilskuddspart) kan det likevel inngås omfattende samarbeidsavtaler mellom fylkeskommunen og de kommuner som i prinsippet kunne overtatt ansvaret for kollektivtransport i egen kommune. Slike avtaler kan inngås uavhengig av om Skyss sin virksomhet skilles ut og overføres til eget (aksje-)selskap. Lokalkommunen kan gjennom slike avtaler sikres nødvendig innflytelse. Også dersom virksomheten overføres til aksjeselskap vil en kommune gjennom avtaler kunne sikres rett til representasjon og innflytelse i (aksje-)selskapet uten å være formell aksjonær/deltaker.
- Overføring av virksomheten i Skyss til eget aksjeselskap vil representere en virksomhetsoverdragelse i arbeidsmiljølovens forstand. De ansatte i Skyss vil derfor bli overført og få sine arbeidsforhold i aksjeselskapet. De ansatte som berøres vil som hovedregel være de som er organisasjonsmessig tilknyttet dagens Skyss. Andre ansatte i fylkeskommunens stabs- og støttefunksjoner vil ikke være omfattet selv om de har en stor del av sin arbeidstid knyttet opp mot arbeidsoppgaver for Skyss. Det vil oppstå et særlig spørsmål knyttet til de ansattes pensjonsordning og det bør – dersom eier ønsker å videreføre dagens ordning – avklares hvorvidt dette kan skje hos dagens pensjonsleverandør (KLP).
- Alle Skyss sine kontrakter vil måtte overføres til et nytt rettssubjekt. Dette vil som utgangspunkt kreve samtykke fra kontraktspart dersom ikke spørsmålet allerede er avtaleregulert. Merk også at anskaffelsesregelverket kan sette enkelte begrensninger for eventuelle overføringer av kontrakter.
- En overføring av Skyss' virksomhet reiser særlige merverdiavgiftsrettslige spørsmål. Det er i denne sammenheng viktig å være oppmerksom på at kollektivtransporten i Hordaland er mer sammensatt og komplisert enn i andre fylker/regioner. Kompleksiteten består særlig i at fylkeskommunen har bygget ut Bybanen de siste 10 årene. Ved denne utbygging har fylkeskommunen selv ervervet og står som eier av infrastruktur og vogner. Anskaffelsene har vært gjenstand for avgiftsmessig behandling på fylkeskommunens hånd ved at Skyss er registrert som en egen avgiftsenhet i Merverdiavgiftsregisteret. Skyss har krevet og fått

fradrag for inngående merverdiavgift for alle anskaffelser, herunder bybanevogner, lokaler og øvrig infrastruktur (spor, signalanlegg, mv.). De mest sentrale forholdene knyttet til avgift er:

- Det må påses at alle involverte rettssubjekter driver avgiftspliktig næringsvirksomhet i merverdiavgiftslovens forstand. Dersom "Nye Skyss" etableres som et aksjeselskap, kan det problematiseres hvorvidt selskapet vil drive slik næringsvirksomhet, bl.a. fordi næringskravet normalt innebærer at virksomheten må være egnet til å gå med overskudd i overskuelig fremtid. Løsningen er noe usikker når det gjelder virksomheter som er innrettet på å gå "i null". Vi legger til at problemstillingen også gjør seg gjeldende for Bybanen AS (både under dagens organisering, og etter en eventuell overføring av Skyss' virksomhet). Vi antar imidlertid at et slikt selskap vil bli tillatt registrert (med rett til fradrag for inngående merverdiavgift). Den sentrale konsekvensen av at et eller flere rettssubjekter ikke anses å drive næringsvirksomhet, er at vedkommende rettssubjekt ikke vil ha fradrag for inngående merverdiavgift. Dersom man i stedet for aksjeselskap etablerer et interkommunalt selskap, vil man ikke være underlagt kravet om å drive "næring" for å kunne foreta registrering i Merverdiavgiftsregisteret.
 - En overføring av Skyss' virksomhet, uten samtydig overføring av de fysiske driftsmidlene som er anskaffet (bybanevogner, lokaler og infrastruktur som spor, signalanlegg, mv), vil medføre at disse driftsmidlene ikke lenger er til bruk i Skyss' avgiftspliktige virksomhet. Dette vil som utgangspunkt medføre plikt til å justere (tilbakeføre) tidligere fradragsført merverdiavgift etter reglene i merverdiavgiftsloven kapittel 9. Dersom man skal unngå justering må driftsmidlene leies ut til Nye Skyss i en avgiftspliktig utleievirksomhet (som bl.a. forutsetter at Nye Skyss betaler markedsmessig leie for driftsmidlene).
 - Overføring av virksomheten i Skyss til selvstendig rettssubjekt vil mest sannsynlig utløse plikt til å svare merverdiavgift av den markedsmessige verdien overføringen innebærer. Dersom det nye rettssubjektet har fradrag for inngående merverdiavgift, vil dette ikke utgjøre noen kostnad. Det er for øvrig gode holdepunkter for å anføre at markedsverdien er begrenset, og at det derfor uansett vil være tale om en mindre avgiftsmessig belastning.
 - På grunn av de store verdiene som er involvert, bør spørsmålene ovenfor avklares gjennom en forhåndsuttalelse fra avgiftsmyndighetene slik at det oppnås full sikkerhet og man unngår utilsiktede transaksjonsomkostninger.
- En overføring av Skyss sin virksomhet til nytt rettssubjekt reiser flere skatterettslige spørsmål. Bl.a. må det avklares hvorvidt virksomheten i Nye Skyss vil være skattepliktig, eller om Nye Skyss kan fritas fra skatteplikt. Vi antar at virksomheten vil kunne anses som skattefri, all den tid Nye Skyss ikke har erverv til formål. Vi legger for øvrig til grunn at selve overføringen av virksomhet kan finne sted uten realisasjonsbeskatning på fylkeskommunens hånd. De skatte- og avgiftsmessige forhold må imidlertid sees i sammenheng, idet manglende overskuddsformål på den ene side og krav til utøvelse av næring for et aksjeselskap som vilkår for avgiftsregistrering/behandling på den annen side, er to motstridende hensyn.
 - Etter en eventuell overføring vil Skyss fortsatt være omfattet av anskaffelsesregelverket. Videre vil Skyss fortsatt ha adgang til å gjøre avrop/være tilknyttet HFKs kontrakter med tredjeparter (forutsatt at det er tatt høyde for dette i anskaffelsesdokumentene). Skyss vil trolig også kunne organiseres slik at Skyss fortsatt vil kunne tildele kontrakter til andre fylkeskommunale enheter, slik som Bybanen AS, etter unntaket for utvidet egenregi.

- Ved en eventuell omorganisering anbefaler vi fylkeskommunen å organisere Skyss sin virksomhet i eget aksjeselskap. Dette bør imidlertid ikke besluttes og gjennomføres før man har avklart de meravgiftsmessige konsekvenser av endringene gjennom en bindende forhåndsuttalelse fra skattemyndighetene.

4 OM SKYSS

4.1 Virksomheten

HFK har ansvaret for det meste av den offentlige kollektivtransporten i Hordaland. Kollektivstrategien for Hordaland, årsrapport for 2017, fremhever følgende om Skyss' virksomhet:⁵

"Hordaland fylkeskommune har ansvaret for nær all den offentlige kollektivtransporten i heile fylket. Oppgåvene med å organisere dei offentlige kollektivtransporttenestene i Hordaland er lagt til Skyss. Skyss vart oppretta i november 2007, og er organisert som ei ytre eining under samferdselsavdelingen i Hordaland fylkeskommune.

Skyss har ansvaret for å planleggje, kjøpe og markedsføre kollektivtransporttenester for byss, bybane, båt og ferje etter dei budsjett som politikarane vedtek. Vidare har Skyss ansvar for å setje i verk vedtekne strategiar og tiltak for å nå dei politiske måla for kollektivtrafikken i Hordaland.

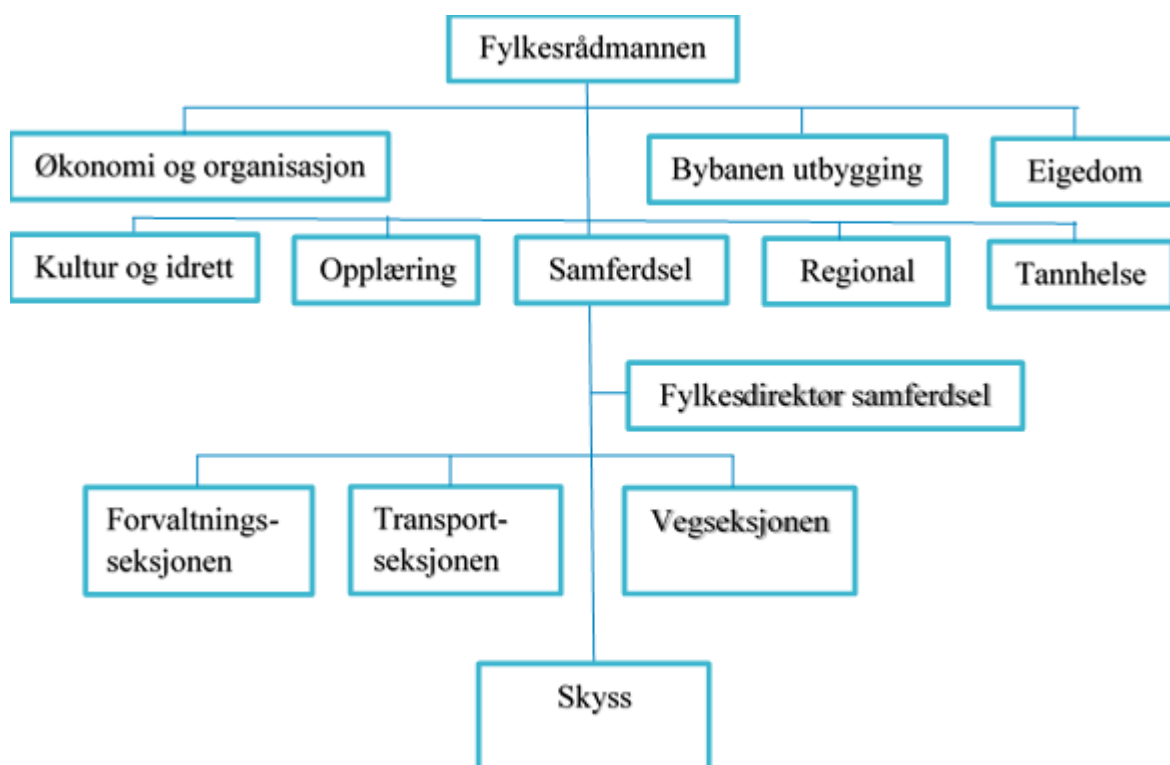
Skyss inngår avtaler for køyring av buss, bybanen, båtruter, ferjer og drosje til trafikkelskap etter anbodskonkurransar. Det er i dei fleste tilfelle Skyss som planlegg og marknadsfører kollektivtilbodet, medan det er ulike operatørar som har ansvar for å gjennomføre drifta av tenestene.

4.2 Organisasjonsform

Skyss er en ytre enhet under samferdselsavdelingen i HFK. Dette innebærer at Skyss er underlagt alminnelige politisk og administrativ styring i henhold til kommunelovens bestemmelser. Organisasjonskartet kan fremstilles slik:⁶

⁵ Kollektivstrategi for Hordaland, årsrapport 2017 punkt 5.

⁶ Basert på organisasjonskart fra www.hordaland.no



HFK står for økonomiske tilskudd til Skyss på basis av budsjetter som vedtas av politikerne.

5 OVERSIKT OVER ALTERNATIVE JURIDISKE ORGANISASJONSFORMER

5.1 Innledning

Generelt har norske kommuner og fylkeskommuner stor frihet til å velge den organisasjonsform som anses formålstjenlig for å drive de respektive tjenestene. Vi viser til KS' rapport "Anbefalinger om eierstyring, selskapsledelse og kontroll" (2015)⁷ hvor det uttales følgende (s 3):

"Kommuner har stor frihet til å organisere tjenestene slik de finner det hensiktsmessig enten som del av kommunen som juridisk person eller gjennom etablering av selvstendige rettssubjekter. Når en kommune organiserer tjenesteproduksjonen innenfor kommunen som organisasjon, gjelder de styringssystemer som følger av kommuneloven. Kommunestyret har i utgangspunktet all beslutningsmyndighet, og kommunen har en hierarkisk organisasjonsstruktur.

Norske kommuner kan velge å legge deler av virksomheten i egne selskaper. Når deler av virksomheten legges over i egne rettssubjekter som for eksempel aksjeselskaper eller interkommunale selskaper, må styringssystemene følge den aktuelle lovgivningen. Kommunestyrets styring av selskapet må utføres i selskapets eierorgan. Kommunestyret har likevel det overordnede ansvaret for hele kommunens virksomhet, også den som drives av de kommunaleide selskapene.

At virksomheter eller tjenester skilles ut og legges i selskaper innebærer at betingelsene for folkevalgt styring og kontroll endres. Slik disse selskapene er organisert, skal selskapets ledende organer ha betydelig grad av frihet til å drive virksomheten. Lovfestede bestemmelser og vanlige normer for god selskapsstyring

⁷ http://www.ks.no/globalassets/ks-anbefalinger-eierstyring_digital.pdf.

setter grenser for hvor mye kommunene som eier disse selskapene kan og bør involvere seg i selskapenes virksomhet." (Våre understrekinger).

Kommuneloven⁸ gir således kommuner og fylkeskommuner stor frihet til å organisere sin virksomhet, både innenfor den kommunale eller fylkeskommunale enheten etter kommuneloven kapittel 11 og gjennom selvstendige rettssubjekter. Mulige organisasjonsformer kan være:

- Aksjeselskap
- Interkommunalt selskap
- Kommuneloven § 27-selskap (beror på en konkret vurdering om dette vil være et eget rettssubjekt)
- Samvirkeforetak
- Stiftelser

I praksis vil det være aksjeselskapsformen som er aktuell dersom det skal etableres et alternativ til dagens organisering. Fremstillingen nedenfor vil derfor i hovedsak redegjøre for reglene for aksjeselskaper. Vi vil imidlertid også kort behandle reglene som gjelder for interkommunale selskaper, samt gi en kort omtale av fylkeskommunale foretak etter kommuneloven kapittel 11 og kommuneloven § 27-selskap. Vi går ikke nærmere inn på samvirkeforetak og stiftelser da dette er lite aktuelle organisasjonsformer for den virksomhet som Skyss driver.

5.2 Aksjeselskap

5.2.1 Innledning

Et aksjeselskap er et eget rettssubjekt og reguleres av lov om aksjeselskaper⁹. Loven har dels tvingende bestemmelser og dels bestemmelser som kan fravikes i det enkelte selskaps vedtekter. Et aksjeselskap kan påta seg rettigheter og forpliktelser, stå som eier av aktiva og være part i avtaler og prosesser.

Eierne av et aksjeselskap omtales som aksjonærer. Eierne kan være både juridiske rettssubjekter og enkeltpersoner, og et aksjeselskap kan ha både offentlige og private eiere.

Ved opprettelsen av et aksjeselskap skal selskapet ha en minimumskapital på NOK 30 000, hvor aksjekapitalen fordeles på flere aksjer. Aksjekapitalen finansieres av aksjonærene, enten som kapitalinnskudd eller tingsinnskudd.

5.2.2 Grunnleggende trekk ved aksjeselskap

Et viktig aspekt ved aksjeselskaper er at eierne ikke hefter for aksjeselskapets forpliktelser utover aksjekapitalen, jf aksjeloven § 1-2 (såkalt begrenset ansvar).

Et aksjeselskap skal ha vedtekter som grunnlagsdokument. Vedtektene skal blant annet angi selskapets virksomhet (formål), og kan ellers inneholde ulike bestemmelser som regulerer forvaltningen av selskapet og forholdet mellom aksjonærene (aksjeklasser med ulike aksjonærrettigheter knyttet til de respektive aksjeklassene, forkjøpsrett, omsetningsforbud, mv).

⁸ LOV-1992-09-29-2017

⁹ LOV-1997-06-13-44

Øverste organ i et aksjeselskap er generalforsamlingen. Generalforsamlingen består av aksjonærene, hvor antall stemmer hver aksjonær har i utgangspunktet bestemmes av antall aksjer man eier (med mindre annet er bestemt i vedtektene eller i en aksjonæravtale). Ettersom antall aksjer styrer den enkelte eiers påvirkningsmuligheter overfor selskapet, betyr det at en eier som har mer enn 50 % av aksjene også har majoriteten av stemmene på generalforsamlingen. Generalforsamlingen skal behandle godkjenning av årsregnskap og eventuell årsberetning, og andre saker som etter loven eller vedtektene hører inn under generalforsamlingen. En beslutning av generalforsamlingen krever i utgangspunktet flertall av de avgitte stemmer, jf aksjeloven § 5-17 (1). En beslutning om å endre vedtektene krever imidlertid tilslutning av minst to tredeler av så vel de avgitte stemmer som av den aksjekapital som er representert på generalforsamlingen, jf aksjeloven § 5-18. Det er også visse beslutninger som etter loven krever enten kvalifisert flertall (tilslutning fra eiere som utgjør mer enn ni tideler) eller enstemmighet, jf aksjeloven § 5-19 og 5-20.

Et aksjeselskap skal ha et styre. Styret er selskapets øverste ledelse, og forvaltningen av selskapet hører under styret, jf aksjeloven § 6-12. Med styrets forvaltningsansvar menes blant annet ansvaret for å organisere virksomheten på en forsvarlig måte, ansvaret for å fastsette planer og budsjetter for selskapets virksomhet, ansvaret for å holde seg orientert om selskapets økonomiske stilling og påse at dets virksomhet, formuesforvaltning og regnskaper er gjenstand for betryggende kontroll. Styret skal bestå av ett eller flere medlemmer som velges av generalforsamlingen. Styret representerer selskapet utad. I aksjeselskaper hvor kommune og fylkeskommune til sammen eier minst to tredeler av aksjene i selskapet, gjelder aksjeloven § 20-6 om representasjon av begge kjønn i styret, jf kommuneloven § 80 a.

Om forholdet mellom generalforsamlingens og styrets roller heter det bl.a. i Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) side 58:

"Generalforsamlingen kan aldri drive selskapet: forvaltningen av selskapet (og en rekke konkrete oppgaver) må overlates til (særlig) styret. På enkelte områder har generalforsamlingen en eksklusiv avgjørelsesmyndighet. Dette gjelder blant annet saker som angår aksjeeiernes rettsstilling eller selskapsforholdet som sådanne, for eksempel vedtektsendringer. Som hovedregel har generalforsamlingen både instruksjons- og omgjøringsmyndighet overfor andre selskapsorganer."
(våre understrekinger)

Det forutsettes altså – i tråd med aksjeloven § 6-12 – at forvaltningen av selskapet hører inn under styret. Generalforsamlingen står imidlertid for den overordnede styringen, herunder har generalforsamlingen kompetanse til å vedta endringer i vedtektene og velge nye styremedlemmer. Generalforsamlingen vil som hovedregel ha instruksjons- og omgjøringsmyndighet overfor andre selskapsorganer.

Et aksjeselskap kan videre ha en daglig leder. Daglig leder ansettes av styret, med mindre myndigheten gjennom vedtektene er lagt til generalforsamlingen. Daglig leder står for den daglige ledelsen av selskapets virksomhet og skal følge de retningslinjer og pålegg styret har gitt. Den daglige ledelse omfatter ikke saker som etter selskapets forhold er av uvanlig art eller stor betydning. Slike saker må behandles av styret. Daglig leder har videre plikt til å rapportere til styret minst hver fjerde måned om selskapets virksomhet, stilling og resultatutvikling.

5.2.3 Særlig om beslutnings- og kompetanseforhold

Når en virksomhet skal skilles ut fra en kommune eller fylkeskommune og organiseres i eget selskap, enten dette er heleid eller delvis eiet av kommunen/fylkeskommunen, overtas samtidig driften av

virksomhetene til den nye enheten. Eierne må akseptere at de har gitt fra seg myndigheten til å forestå den løpende forvaltningen til et selvstendig rettssubjekt.

Eiere av et aksjeselskap har styring og innflytelse i selskapet gjennom generalforsamlingen, men når selskapet først er etablert, må eierne forholde seg til den hierarkiske oppbyggingen selskapet har og aksjelovens regler for å utøve sin innflytelse. Dette innebærer at verken politikere eller administrasjonen i kommunen kan ha direkte innflytelse overfor selskapsorganer utenfor generalforsamlingen, med mindre det er etablert et eget fora for det.

Fylkeskommunens formelle eierrolle utøves gjennom selskapets generalforsamling. Dersom fylkeskommunen er eiere, vil fylkesrådmannen representere fylkeskommunen på selskapets generalforsamling, jf kommuneloven § 23. De folkevalgte innflytelse på forvaltningen av aksjeposten må skje innenfor rammene av kommuneloven, herunder fylkestingets instruksjonsmyndighet overfor administrasjonen etter kommuneloven § 23 (1).

Det kan imidlertid bestemmes i vedtektene at eierne kan la seg representere i generalforsamling med flere enn en representant, og at stemmeretten for aksjene kan være delt etter den politiske sammensetningen i kommunen.

I KS' veileder "Fra drift i avdeling til utskilling i selskap"¹⁰ heter det likevel at:

I den grad det er ønskelig med politisk innflytelse i virksomheten, bør denne utøves i eierorganet og ikke i selskapets styre. Dette innebærer at styret ikke bør sammensettes ut fra kommunens politiske sammensetning, men etter det behov for kompetanse det er i forhold til den konkrete virksomheten det er tale om. Dersom kommunene har politikere som representanter også i det operative organet i selskapet, dvs styret, kan det lett bli en sammenblanding mellom eierrolle og den administrative funksjonen styret skal ha. I selskap med flere eiere, vil slik sammensetning også kunne utvanne selskapets hierarkiske oppbygging og beslutningssystem, ved at eierorganets myndighet i praksis svekkes eller gjøres utydelig i forhold til styret".

I høringsnotatet 3. oktober 2007 fremmet Kommunal- og regionaldepartementet forslag til endring av kommuneloven og forvaltningsloven om rolleklarhet i forvaltningssektoren. Et av temaene i notatet var om folkevalgte helt burde utelukkes fra valg til styret i selskaper som kommuner er eiere av, for å unngå slik rolleblanding som omtalt. Lovgiver endte likevel opp med ikke å innføre slike begrensninger.

Fylkesrådmannen (og eventuelt øvrige representanter) opptre i generalforsamling i samsvar med det mandatet og fullmakt vedkommende har fått fra fylkestinget.

I KS' veileder, op.cit., heter det om dette at:

"Eiernes innflytelse skal utøves gjennom eierorganet, og det er derfor viktig at den som representerer kommunen har sikret den nødvendige informasjon til og instruksjon fra de kommunale organer når vedtaket skal fattes i generalforsamlingen eller representantskapet. Dersom representanten for kommunen ikke opptre i samsvar med eierens ønske, og stemmer på annen måte enn kommunen ville ha ønsket, vil selskapets vedtak i eierorganet likevel være gyldig, i alle fall så langt ikke de andre deltakerne var klar over forholdet. Derfor er

¹⁰ KS FoU "Fra drift i avdeling til utskilling i selskap. En veileder for gjennomføring av prosessen" av 7. januar 2008

det viktig å sikre gode rutiner for informasjon og instruks mellom eieren og dennes representant i eierorganet.

Verken kommuneloven eller de aktuelle selskapslover sier noe om hvordan det kan sikres god informasjon og retningslinjer for saksbehandlingen mellom selskapet og eierne. Ofte synes kommunene å bebreide selskapene for ikke å sørge for nok informasjon til eierne. Men dersom ikke selskapet er pålagt særlige rutiner mht informasjon, er det eierrepresentantenes ansvar å sørge for at kommunene blir godt nok informert til å ta stilling til og kunne instruere i viktige saker.

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

For øvrig hva gjelder prinsipper for god eierstyring og selve styresammensetningen viser vi til KS' veileder, op. cit., punkt 11.3, 11.4, 11.5 og 11.6, samt Thommessen-rapporten punkt 4.3.6 og 4.3.7, med videre henvisninger til Karabin-rapporten punkt 4.2.6.

5.3 Interkommunalt selskap

5.3.1 Innledning

Interkommunalt selskap er en norsk organisasjonsform for selskaper innen offentlig sektor der flere kommuner og/eller fylkeskommuner er eiere. Selskapsformen er nærmere regulert i lov om interkommunale selskap fra 1999.¹¹ Interkommunale selskaper forutsetter deltakelse fra to eller flere deltakerkommuner eller fylkeskommuner. HFK kan derfor kun bruke IKS-modellen i samarbeid med andre kommuner (eller fylkeskommuner).

5.3.2 Grunnleggende trekk ved IKS

Det interkommunale selskapet er et selvstendig rettssubjekt. Som aksjeselskapet er det interkommunale selskapet løstrevet fra organisasjonen til de deltakende fylkeskommunene og/eller kommunene. Det interkommunale selskapet har partsstilling overfor domstolene og øvrige myndigheter, har egne inntekter og står ansvarlig for sine økonomiske forpliktelser.

En viktig forskjell fra et aksjeselskap er at deltakernes ansvar for det interkommunale selskapets økonomiske forpliktelser ikke kan være begrenset. Det følger av Intkomsel § 3 første ledd: "*Den enkelte deltaker hefter ubegrenset for en prosent- eller brøkdel av selskapets forpliktelser. Til sammen skal delene utgjøre selskapets samlede forpliktelser*" (vår understreking). Deltakernes ansvar for selskapsforpliktelsene skal svare til eierandelen hvis ikke annet avtales i selskapsavtalen.

Selskapets øverste myndighet er *representantskapet*, som er eiernes organ. *Styret* er underlagt representantskapet, og sørger for forvaltningen av selskapet og skal sørge for at det har tilfredsstillende organisasjon. Styret velges av representantskapet. Kravet om balansert kjønnsrepresentasjon gjelder, hvilket innebærer at hvert kjønn må være representert med minst 40 %. *Daglig leder* har ansvaret for den daglige ledelsen og skal følge styrets retningslinjer og pålegg.

¹¹ LOV-1999-01-29-6: Lov om interkommunale selskaper

Daglig leder utpekes av styret, hvis det ikke er forutsatt i selskapsavtalen at representantskapet skal utpeke den daglige lederen.

Selskapsavtalen er det rettslige grunnlaget for samarbeidet mellom deltakerne i det interkommunale selskapet. Selskapsavtalen skal vedtas av fylkestinget og/eller kommunestyret hos de aktuelle deltakerne. Loven oppstiller visse minstekrav til hva selskapsavtalen skal omfatte, herunder (i) selskapets navn, (ii) angivelse av deltakere (iii) selskapets formål, (iv) den kommune der selskapet har sitt hovedkontor, (v) antall styremedlemmer, (vi) deltakernes innskuddsplikt og plikt til å foreta andre ytelser overfor selskapet, (vii) den enkelte eierandel i selskapet og den enkelte ansvarsdel dersom denne avviker fra eierandelen, (viii) antall medlemmer av representantskapet og hvor mange representanter den enkelte deltaker oppnevner.¹²

5.3.3 Særlig om beslutnings- og kompetanseforhold

Den øverste myndigheten i et IKS er som nevnt *representantskapet*. Representantskapet er eiernes organ. Medlemmene i representantskapet velges av fylkestinget (eller kommunestyret). Oppnevningen kan ikke delegeres til andre organer.¹³ Selskapsavtalen fastsetter som nevnt hvor mange medlemmer representantskapet skal ha, og hvor mange medlemmer den enkelte deltaker kan oppnevne.¹⁴ Hver enkelt deltaker skal ha minst ett medlem i representantskapet.

Deltakerne ikke kan utøve eiermyndighet direkte overfor styret eller daglig leder. Deltakerne kan imidlertid gjennom representantskapet treffe vedtak som binder styret, og det kan omgjøre vedtak som styret har truffet. Fylkestinget har full instruksjonsrett overfor sine representanter.

Selskapsavtalen er et sentralt styringsmiddel i et interkommunalt selskap. Deltakerne kan i selskapsavtalen regulere unntak fra lovens normalordning der loven åpner for det.

5.4 Kort om andre organisasjonsformer

5.4.1 Fylkeskommunalt foretak

Kommunale eller fylkeskommunale foretak er regulert i kommuneloven kapittel 11. Kommuneloven § 61 definerer et kommunalt eller fylkeskommunalt foretak som "[...] *en del av kommunen eller fylkeskommunen som kommunestyret eller fylkestinget har bestemt skal organiseres som kommunalt eller fylkeskommunalt foretak.*" Et fylkeskommunalt foretak er dermed ikke et selvstendig rettssubjekt – slik aksjeselskapet og det interkommunale selskapet er, jf ovenfor – men utgjør en del av fylkeskommunens organisasjon.

Kommuneloven kapittel 11 har bestemmelser om hvordan det fylkeskommune foretaket skal opprettes, herunder om opprettelse av styre og utpeking av daglig leder, samt hvilken myndighet styret og daglig leder har vis-a-vis fylkeskommunen.

Et fylkeskommunalt foretak kan *bare eies av én enkelt fylkeskommune*. Fylkeskommunalt foretak er derfor en lite aktuell modell for formelt samarbeid med andre juridiske enheter, som for eksempel Bergen kommune.

Vår vurdering er at et fylkeskommunalt foretak av denne grunn ikke fremstår som en aktuell fremtidig organisasjonsmodell for Skyss.

¹² Jf Intkomsel § 4

¹³ Jf Intkomsel § 6

¹⁴ Jf Intkomsel § 4 tredje ledd nr 8

5.4.2 Interkommunalt samarbeid etter kommuneloven § 27

Samarbeid i henhold til kommuneloven § 27 har historisk sett vært en populær organisasjonsform for interkommunalt og interfylkeskommunalt samarbeid. Samarbeidsformen er mindre vanlig i dag. Oppgaver av forretningsmessig karakter organiseres nå i stor grad som aksjeselskaper og interkommunale selskaper.¹⁵

Kommuneloven fastsetter at to eller flere fylkeskommuner og/eller kommuner kan opprette et styre "til løsning av felles oppgaver", og at fylkestinget kan gi styret "myndighet til å treffe avgjørelser som angår virksomhetens drift og organisering."¹⁶

Det er forholdsvis snevre grenser for hva slags beslutningsmyndighet de deltakende kommunene/fylkeskommunene kan tildele det interkommunale styret.¹⁷ Vår vurdering er at organisasjonsformene aksjeselskap eller interkommunalt selskap, jf punktene 5.2 og 5.3 ovenfor, er mer hensiktsmessige modeller for fremtidig organisering av Skyss.

Vi vil på denne bakgrunn i det følgende fokusere på aksjeselskapsmodellen og modellen for interkommunalt selskap.

6 OMDANNELSE – FREMGANGSMÅTE OG VIRKNINGER

6.1 Innledning

I det følgende skal vi redegjøre kort for fremgangsmåten for å omdanne Skyss til et eget rettssubjekt (aksjeselskap eller interkommunalt selskap), samt angi de mest sentrale virkningene som en eventuell omdannelse av Skyss kan ha i relasjon til ansatte, skatt, avgift, regnskap, inngåtte kontrakter og anbudsrettslige forhold.

6.2 Kort om fremgangsmåte ved omdannelse

6.2.1 Til aksjeselskap

Dersom Skyss skal omdannes til aksjeselskap må det stiftes et nytt aksjeselskap, hvorefter virksomheten til Skyss overføres til dette selskapet. Det vil være fylkestinget som treffer vedtak om omdanning av Skyss til aksjeselskap, jf kommuneloven § 6.

Fylkestinget vil i den forbindelse også opprette stiftelsesdokument for aksjeselskapet etter aksjeloven § 2-1, jf § 2-3, herunder fastsette selskapets vedtekter, jf aksjeloven § 2-2. Vedtektene skal minst angi:

1. Selskapets foretaksnavn.
2. Den kommune i riket hvor selskapet skal ha sitt forretningskontor.
3. Selskapets virksomhet.
4. Aksjekapitalens størrelse.
5. Aksjenes pålydende (nominelle beløp).

¹⁵ Se KS sitt Introduksjonshefte for Formelt interkommunalt samarbeid side 12, se også KS sine Anbefalinger om eierstyring, selskapsledelse og kontroll side 3.

¹⁶ I den nye kommuneloven videreføres samarbeidsformen, men i noe endret form, se kapittel 19 til ny lov.

¹⁷ Jan Frithjof Bernt: Gyldendal rettsdata kommentar til kommuneloven note 351

Stiftelsesdokumentene kan opprettes som et papirdokument eller gjennom Foretaksregisterets elektroniske løsning for stiftelse av aksjeselskap.

Hvilken dokumentasjon som må/bør utarbeides allerede på stiftelsestidspunktet vil blant annet være avhengig av om det allerede fra dette tidspunkt vil være flere aksjonærer. I sistnevnte tilfelle bør fylkestinget også treffe vedtak om de grunnleggende dokumenter for selskapet utover stiftelsesdokumentet og vedtekter, herunder eventuell aksjonæravtale, eventuelle retningslinjer og instruksjoner som skal gjelde for representanten i eierorganet, mv.

6.2.2 Til interkommunalt selskap

For interkommunale selskaper skal det opprettes en skriftlig selskapsavtale, jf lov om interkommunale selskaper¹⁸ § 4. Det følger av bestemmelsen at selskapsavtalen må vedtas av fylkestinget.

En slik selskapsavtale må inngås med kommunen, som på sin side må vedta denne gjennom kommunestyret. Det betyr blant annet at HFK ikke kan opprette et interkommunalt selskap som de selv er eneste deltaker i, da det pr definisjon ikke vil være et *interkommunalt selskap*, jf lovens § 1.

Selskapsavtalen skal etter lovens § 4 (3) minst angi følgende:

1. Selskapets foretaksnavn.
2. Angivelse av deltakerne.
3. Selskapets formål.
4. Den kommune der selskapet har sitt hovedkontor.
5. Antall styremedlemmer.
6. Deltakernes innskuddsplikt og plikt til å foreta andre ytelser overfor selskapet.
7. Den enkelte deltakers eierandel i selskapet og den enkelte deltakers ansvarsandel i selskapet dersom denne avviker fra eierandelen.
8. Antall medlemmer av representantskapet og hvor mange medlemmer den enkelte deltaker oppnevner.
9. Annet som etter lov skal fastsettes i selskapsavtalen.

Eventuelle endringer i selskapsavtalen om forhold som nevnt ovenfor, må også vedtas av fylkestinget (og kommunestyret), jf lovens § 3 (2). Andre endringer vedtas av representantskapet med tilslutning fra minst to tredeler av de avgitte stemmer, med mindre det er avtalt at også slike endringer skal vedtas av fylkesting/kommunestyret.

Tilsvarende som ved en eventuell etablering av et aksjeselskap, bør man også ved etableringen av et interkommunalt selskap samtidig fatte vedtak om øvrige grunnleggende forhold for selskapet, jf punkt 6.2.1.

¹⁸ LOV-1999-01-29-6

6.3 Rettigheter for ansatte

6.3.1 Reglene om virksomhetsoverdragelse – anvendelsesområde

En eventuell omdannelse av Skyss til en annen organisasjonsform vil kunne innebære en virksomhetsoverdragelse. Reglene om ansattes rettigheter ved virksomhetsoverdragelse finnes i arbeidsmiljølovens kap 16, som er den norske implementering av EU-direktiv 2001/23/EF av 12. mars 2001 (jf EØS-avtalens vedlegg XVIII nr 32d).

Arbeidsmiljøloven § 16-1 angir at det med virksomhetsoverdragelse menes:

"[O]verdragelse av en virksomhet eller del av virksomhet til en annen arbeidsgiver. Med overdragelsen menes overføring av en selvstendig enhet som beholder sin identitet etter overføringen".

Det er på det rene at regelverket får anvendelse ved en rettslig omorganisering hvor man utskiller offentlig virksomhet til et offentlig eid aksjeselskap¹⁹.

EU-domstolen har imidlertid avgjort at direktivet ikke omfatter reorganisering av forvaltningsoppgaver fra en kommune til et *flerkommunalt forvaltningselskap*²⁰. Den norske lovteksten inneholder ikke en tilsvarende innsnevring som direktivet, og spørsmålet har oss bekjent ikke vært behandlet av norske domstoler, men i den juridisk teori²¹ er det uttalt at:

"en slik omorganisering vil uansett ikke anses som virksomhetsoverdragelse når det gjelder overføring mellom etater som tilhører samme arbeidsgiver, jf. Rt. 1998 s. 1357. F.eks. er et kommunalt foretak etter kommuneloven av 25. september 1992 nr. 107 kap. 11 ikke et eget rettssubjekt, men en del av kommunen som arbeidsgiver. Overføring av oppgaver fra kommunen til foretaket omfattes ikke av kap. 16".

En omdannelse av Skyss til et *fylkeskommunalt foretak* vil dermed ikke omfattes av reglene om virksomhetsoverdragelse. Det samme gjelder antakelig ved etablering av et såkalt kommuneloven § 27-selskap (med mindre dette etter en konkret vurdering blir ansett som et eget rettssubjekt).

Ved etablering av et *interkommunalt selskap* vil derimot reglene om virksomhetsoverdragelse komme til anvendelse. Et IKS er nemlig et selvstendig rettssubjekt²², slik at det vil finne sted et skifte av rettssubjekt på arbeidsgiversiden.

Det foreligger en omfattende domstolspraksis fra både EU-domstolen og norske domstoler som fastlegger de nærmere grenser for hva som skal anses for å være en virksomhetsoverdragelse i lovens forstand. Det er ikke nødvendig i denne omgang å gå dypt inn i de finere juridiske grenselinjene, men det påpekes at vurderingen vil måtte basere seg på den underliggende realitet i en transaksjon og ikke utelukkende hvordan avtaleforholdet er formalisert, hva avtalepartene (arbeidsgiverne) har ment osv.

Oppsummert: Når det gjelder eventuell omorganisering av Skyss ved omdannelse til ny organisasjonsform, enten det skjer i form av etablering av et aksjeselskap og overføring av ansatte fra HFK til aksjeselskapet, eller ved tilsvarende etablering av et *interkommunalt selskap*, så vil det

¹⁹ Rt. 2000 side 2058 (Miljøtransport)

²⁰ Henke, sak C-298/94

²¹ Bl.a. Gyldendal Rettsdata, note 658 til aml § 16-1

²² Jf Lov om interkommunale selskaper § 2

antakelig, uavhengig av de nærmere detaljer i gjennomføringen, måtte anses å være en virksomhetsoverdragelse i arbeidsmiljølovens forstand.

Vi skal i det følgende si litt om hva de praktiske og rettslige konsekvensene av dette blir.

6.3.2 Hvilke arbeidstakere som omfattes

I nærværende sak er de respektive arbeidstakerne i Skyss formelt ansatt i HFK. Det kan da stilles spørsmål ved hvilke arbeidstakere i HFK som vil omfattes av en virksomhetsoverdragelse i forbindelse med en omdannelse av Skyss.

I den juridiske teori²³ heter det:

"Det er de arbeidstakerne som tilhører den overførte del av virksomheten som får sine arbeidsforhold overført. Ansatte som har sine arbeidsforhold tilknyttet den overførte del av virksomheten vil automatisk få sine ansettelsesforhold overført til erververen. Det er omdiskutert om det er den organisatoriske tilknytningen eller den faktiske hovedtilknytningen som er avgjørende. I Botzen-dommen (C-186/83) ble arbeidstakerens organisatoriske tilknytning tillagt avgjørende vekt. EU-domstolen uttalte at «det eneste afgørende kriterium på, om rettigheter og forpliktelser overgår til erhververen, er, om den afdeling, arbeidstagerne var tilknyttet, og som fra et organisatorisk synspunkt dannede rammen om deres arbeidsforhold, overføres eller ei». EU-domstolen la videre til grunn at arbeidstakere som ikke var tilknyttet den overførte del, men som utførte visse oppgaver i eller for den, ikke fikk sine ansettelsesforhold overført. Det vil typisk være tilfellet med arbeidstakere som tilhører fellesavdelinger, «back office»-avdelinger, så som regnskap, IT, salgsstøtte osv. Det kan diskuteres om arbeidstakere som ikke tilhører den overførte virksomheten, men som utelukkende utfører oppgaver til fordel for denne, også vil omfattes av overføringen. F.eks. dersom en IT-medarbeider er dedikert til vedkommende avdeling og utelukkende utfører arbeid for denne. I virksomheter uten klare organisatoriske rammer, må det antakelig kunne legges til grunn at den primære eller reelle hovedtilknytningen blir avgjørende. Se Martin Jetlund, Arbeidstakernes tilhørighet ved overdragelse av del av virksomhet, Arbeidsrett og Arbeidsliv Bind 4 Hefte (2010) s. 295 flg. Spørsmålet har ikke vært oppe i rettspraksis.

All den tid Skyss er organisert som en egen enhet i HFK, antar vi det ikke vil by på særlige praktiske problemer med henblikk på å identifisere de arbeidstakerne som vil omfattes av en virksomhetsoverdragelse. Unntak kan tenkes f.eks. der andre arbeidstakere i HFK faktisk utfører arbeid for Skyss, f.eks. back office-funksjoner. Dersom disse ikke har en umiddelbar organisasjonsmessig tilhørighet i Skyss, vil imidlertid hovedregelen være at de ikke omfattes av virksomhetsoverdragelsen selv om de måtte ha en vesentlig del av sine daglige arbeidsoppgaver for Skyss.

6.3.3 Overføring av arbeidstakernes lønns- og arbeidsvilkår

Den sentrale bestemmelsen som regulerer ansattes rettigheter ved virksomhetsoverdragelse er aml § 16-2, første ledd som bestemmer at:

²³ Gyldendal Rettsdata note 663 til aml § 16-2

"Tidligere arbeidsgivers rettigheter og plikter som følger av arbeidsavtale eller arbeidsforhold som foreligger på det tidspunkt overdragelsen finner sted, overføres til den nye arbeidsgiver".

Bestemmelsen innebærer at arbeidsforholdet/arbeidsavtalen går over til erververen (den nye organisasjonen) på tidspunktet for virksomhetsoverdragelsen. Overføringen skjer automatisk i kraft av virksomhetsoverdragelsen, og uten at det gis egen oppsigelse av det tidligere arbeidsforholdet.

Rettighetene og pliktene som følger av arbeidsforholdet overføres "som de er". Det innebærer blant annet at arbeidsoppgaver, lønnsbetingelser, arbeidstid, mv overføres uten endringer, og arbeidsforhold som er i oppsigelse overføres med gjenværende oppsigelsestid.

Særlig om tariffavtaler:

Ny arbeidsgiver blir bundet av tariffavtale som tidligere arbeidsgiver var bundet av. Dette gjelder ikke dersom ny arbeidsgiver senest innen tre uker etter overtakelsestidspunktet skriftlig erklærer overfor fagforeningen at man ikke ønsker å bli bundet. Selv om slikt varsel blir gitt får de overførte arbeidstakere likevel rett til å beholde de individuelle arbeidsvilkår som følger av tariffavtale som tidligere arbeidsgiver var bundet av. Slike individuelle rettigheter vil gjelde inntil tariffavtaleperioden utløper eller til det inngås ny tariffavtale som binder ny arbeidsgiver og de overførte arbeidstakere.

I KS` Anbefalinger for god eierstyring og selskapsledelse²⁴ presiseres det at ved "utskillelse av virksomhet i selvstendige rettssubjekter er det aktuelle selskapet ikke lenger tilknyttet kommunens lønns- og avtaleforhold gjennom det kommunale systemet". På denne bakgrunn anbefales det at "selskapene ved utskilling av virksomhet til selvstendige rettssubjekter søker medlemskap i en arbeidsgiverorganisasjon. KS Bedrift vil være et naturlig valg for mange av disse selskapene".²⁵

Særlig om pensjonsforhold:

Et annet viktig forhold som reguleres av virksomhetsoverdragelsesreglene i arbeidsmiljøloven er fortsatt pensjonsopptjening. Det følger av arbeidsmiljøloven § 16-2, 3. ledd at:

"Arbeidstakernes rett til videre opptjening av alders-, etterlatte- og uførepensjon i henhold til kollektiv tjenestepensjon, overføres til ny arbeidsgiver etter reglene i første og andre ledd. Dersom arbeidstakernes tidligere pensjonsordninger ikke kan videreføres etter overdragelsen, skal ny arbeidsgiver sørge for at de overførte arbeidstakerne sikres rett til videre opptjening etter en annen kollektiv pensjonsordning".

Dersom Skyss organiseres i eget aksjeselskap eller interkommunalt selskap vil det, i hvert fall i teorien, kunne avtales pensjonsordninger for de ansatte som avviker fra de ytelsesordningene som for øvrig gjelder for HFKs ansatte. Hvorvidt det er personalpolitisk mulig og/eller ønskelig å ha sterkt avvikende pensjonsordning i aksjeselskaper eller interkommunale selskaper eid fullt ut av HFK vil være et policy og forhandlingsspørsmål. Dersom kommunen skal komme inn på eier- eller deltakersiden i et aksjeselskap eller interkommunalt selskap, og også ansatte i kommunen skal overføres til dette selskapet, bør spørsmålet om hvilken pensjonsordning som skal gjelde også avklares med kommunen.

²⁴ Anbefalinger om eierskap, ledelse og kontroll av kommunalt/fylkeskommunalt eide selskaper og foretak" – sist revidert H-2014

²⁵ Anbefaling nr 17

Det vil også kunne være spørsmål om hvorvidt HFKs pensjonsordning i KLP kan videreføres for de ansatte i et omdannet Skyss. I Vedtektene til KLP § 1-2 heter det at:

"Kommuner, fylkeskommuner, samt foretak, selvstendige virksomheter, institusjoner eller organisasjoner som etter forsikringsvirksomhetsloven § 10-2 kan etablere en offentlig tjenestepensjonsordning, kan inngå avtale med KLP om dette".

I forsikringsvirksomhetsloven § 4-2²⁶ heter det at:

"En kommune og ett eller flere foretak hvor kommunen har bestemmende innflytelse, eller flere slike foretak, kan opprette felles pensjonsordning. Foretak som kommunen har eller har hatt en eierandel i, eller som har nær tilknytning til kommunen, kan inngå i en slik felles pensjonsordning".

I forarbeidene²⁷ til den tilsvarende bestemmelsen i tidligere lov²⁸ heter det at:

"Bestemmelsene vil for det første gjelde for ordninger opprettet av kommunal arbeidsgiver, dvs. av kommuner og fylkeskommuner. Bestemmelsene vil dernest gjelde for tilsvarende ordninger opprettet av ulike foretak med kommunal tilknytning. I lovforslaget er dette angitt som «foretak hvor en kommune har den bestemmende innflytelse eller har eller har hatt en kommunal eierandel eller som har nær tilknytning til en kommune». Som Banklovkommisjonen viser til, vil ulike foretak som er eiet av eller for øvrig har nær tilknytning til en kommune, og som dessuten er medlem av Kommunenes Sentralforbund, være bundet av Hovedtariffavtalen for kommunal sektor eller annen tariffavtale som stiller tilsvarende krav til pensjonsordning. Bestemmelsen vil videre omfatte blant annet fristilte kommunale foretak. Slike foretak kan velge å opprette en kommunal pensjonsordning, selv om de ikke har en tariffestet plikt til dette. Dersom de velger en kommunal pensjonsordning, er de etter § 6-45-2 i forskrift 19. november 1999 nr. 1158 til utfylling og gjennomføring av skatteloven (FSFIN), gitt rett til inntektsfradrag for kostnader til den kommunale pensjonsordningen. I FSFIN er disse foretakene angitt som foretak som har eller har hatt en kommunal eierandel eller som har nær tilknytning til en kommune. Tilsvarende formulering er tatt inn i lovforslaget her, slik at foretak som omfattes av virkeområdet for FSFIN også vil omfattes av virkeområdet til kapittel 8b".

Et omdannet Skyss hvor HFK er eneeier eller har bestemmende innflytelse²⁹ over selskapet vil således kunne ha felles pensjonsordning med HFK. Trolig kan pensjonsordningen til HFK for så vidt gjelder de ansatte i Skyss, skilles ut og etableres som selvstendig ordning i KLP også for det tilfellet at fylkeskommunen og kommunen skulle eie et slikt selskap med en halvpart hver. Dette bør imidlertid avklares med KLP i forkant.

Vern mot oppsigelse:

Virksomhetsoverdragelsen vil ikke i seg selv gi verken tidligere eller ny arbeidsgiver grunnlag for oppsigelser. Eventuelle oppsigelser må være saklig begrunnet og bygge på de alminnelige

²⁶ Tidligere § 10-2, endret ved lov av 10. april 2015 nr. 17, ikr 1. januar 2016

²⁷ Ot.prp. nr. 11 (2003-2004) pkt 4.3

²⁸ LOV-1988-06-10-39

²⁹ I aksjeloven § 1-3 er "bestemmende innflytelse" definert som at man eier så mange aksjer eller andrer i et annet selskap at man representerer flertallet av stemmene i det andre selskapet, eller har rett til å velge eller avsette et flertall av medlemmene i det andre selskapets styre

oppsigelsesvilkårene i arbeidsmiljøloven. Overtallighet vil være en slik saklig grunn, men vurderingsgrunnlaget må være hele bemanningen innenfor det aktuelle området etter gjennomføring av virksomhetsoverdragelsen.

6.3.4 Reservasjonsretten

I henhold til arbeidsmiljøloven § 16-3 kan arbeidstakere motsette seg at arbeidsforholdet overføres til ny arbeidsgiver. Dette omtales som "reservasjonsretten". Bruk av reservasjonsretten innebærer at arbeidsforholdet hos tidligere arbeidsgiver (her HFK) opphører på tidspunktet for virksomhetsoverdragelsen uten ytterligere oppsigelse. Samtidig vil arbeidstakerne som benytter reservasjonsretten ha fortrinnsrett til ny stilling i HFK som vedkommende er kvalifisert for i ett år fra overdragelsestidspunktet.

Gjennom rettspraksis er det også utviklet en ulovfestet lære om valgrett. Valgretten innebærer at arbeidstakerne kan velge å bli igjen hos tidligere arbeidsgiver (her HFK), uten at det innebærer at ansettelsesforholdet opphører ved virksomhetsoverdragelsen. En slik valgrett gjelder imidlertid kun i helt særlige tilfeller, hvor virksomhetsoverdragelsen vil innebære vesentlige ulemper for den ansatte. Det er vanskelig å se at dette vil være aktuelt ved en eventuell omdannelse av Skyss.

6.3.5 Informasjon og drøfteringer med tillitsvalgte mv

I henhold til arbeidsmiljøloven § 16-5 skal tidligere og ny arbeidsgiver "*så tidlig som mulig*" gi informasjon og drøfte overdragelsen med arbeidstakernes tillitsvalgte.

Begrepet "*så tidlig som mulig*" innebærer at informasjonen må gis på et så tidlig tidspunkt at de tillitsvalgtes synspunkter kan inngå i beslutningsgrunnlaget, dvs før en eventuell beslutning om omdanning treffes. De tillitsvalgte kan ved behov pålegges taushet om informasjonen.

Det skal gis særskilt informasjon om:

- Grunnen til overdragelsen
- Fastsatt eller foreslått dato for overdragelsen
- De rettslige, økonomiske og sosiale følger av overdragelsen for arbeidstakerne
- Endringer i tariffavtaleforhold
- Planlagte tiltak overfor arbeidstakerne
- Reservasjons- og fortrinnsrett, og fristen for å utøve slike rettigheter.

(Også Hovedavtalen KS oppstiller plikt til å gi informasjon til og drøfte med de tillitsvalgte, jf bl.a. dens del B, § 1-4-1 og § 3-1).

Etter aml § 16-6 skal det videre gis tilsvarende informasjon direkte til de ansatte. Også denne plikten inntreer "*så tidlig som mulig*", men det er antatt at plikten inntreer etter at det har vært gitt informasjon mv til tillitsvalgte etter arbeidsmiljøloven § 16-5.

6.4 Skattemessige forhold

6.4.1 Fylkeskommunens administrasjon, fylkeskommunalt foretak og interkommunalt samarbeid

Utgangspunktet er at fylkeskommuner er fritatt skatteplikt med unntak av særskilt opplistede inntekter, jf. skatteloven (sktl.) § 2-30 første ledd bokstav c. Ingen av de opplistede unntakene er anvendbar for Skyss sin virksomhet. Fylkeskommunen v/Skyss er følgelig fritatt fra skatteplikt på

eventuelt overskudd av virksomheten og for eventuelle gevinster ved realisasjon av eiendeler. Tilsvarende vil kostnader som pådras til bruk i Skyss' virksomhet ikke være fradragsberettiget.

Fylkeskommunen har vanlige plikter som arbeidsgiver for sine ansatte, som f.eks. plikt til å betale arbeidsgiveravgift, trekke skatt og innrapportere lønnsutbetalinger.

Dersom fylkeskommunen velger å omorganisere Skyss til et fylkeskommunalt foretak eller et interkommunalt samarbeid vil den skattemessige behandling for den nye enheten tilsvare den skattemessige behandlingen som gjelder for fylkeskommunen v/Skyss i dag.

6.4.2 Aksjeselskap og interkommunalt selskap

Et aksjeselskap og et interkommunalt selskap anses som egne skattesubjekt, jf. sktl. § 2-2 første ledd bokstav a og g. For interkommunale selskap gjelder tilsvarende regler som for aksjeselskaper så langt de passer, jf. skatteloven § 10-1 første ledd, siste setning. Av denne grunn omhandles i det følgende skattereglene slik de gjelder for aksjeselskaper.

6.4.2.1 Skattefritt eller skattepliktig subjekt.

Utgangspunktet er at selskaper med begrenset ansvar er skattepliktige subjekter. Med bakgrunn i den aktiviteten som drives i Skyss, reises spørsmålet om Skyss vil kunne være fritatt inntektsskatt som et selskap som "ikke har erverv til formål", jf. skatteloven § 2-32 første ledd.

Skyss' virksomhet består av å organisere og tilby kollektivtrafikktilbud i Hordaland. Skyss skal ha ansvaret for rutetransport i Hordaland med buss, hurtigbåt, ferge og bybane. Virksomheten består i å ha ansvaret for og planlegge rutene, informere om og markedsføre rutetilbudet og å inngå og følge opp kontrakter med operatører. Skyss skal imidlertid heller ikke etter eventuell omorganisering til selvstendig selskap ha forretningsvirksomhet med inntjening som formål. Videre legger vi til grunn at det kun er Skyss' bestiller/formidler-funksjon som vurderes skilt ut i et aksjeselskap. Aktiva/innsatsfaktorer som eiendom, bybanevogner, infrastruktur etc. vil bli værende i fylkeskommunen.

Vurderingen av om et selskap "ikke har erverv til formål" beror på en konkret helhetsvurdering, og anvendelsesområdet for regelen er uklar. Gjennom rettspraksis er det særlig følgende tre hovedmomenter som vektlegges;

- (i) Det vedtektsbestemte formål:
Hva som er selskapet vedtektsbestemte formål beror på en tolkning av vedtektene med sikte på å fastslå hvilket formål vedtektene samlet sett gir uttrykk for. Dersom et selskap har sammensatte formål, hvorav delvis økonomiske, er det hovedformålet som er avgjørende.³⁰
- (ii) Den faktiske virksomhet som utøves:
Selv om det skal ses hen til vedtektene ved fastsettelse av formålet, er det den faktiske virksomhet som utøves som til slutt blir avgjørende.³¹
- (iii) Institusjonens oppbygning:
Aksjeselskap har normalt til formål å skaffe aksjonærene økonomisk utbytte. Etter aksjeloven § 2-2 skal aksjeselskap som ved sin virksomhet ikke har til formål å skaffe aksjonærene økonomisk utbytte, ha bestemmelser i vedtektene om anvendelse av

³⁰ Ole Gjems-Onstad, "Bedriftsskatterett" 6 utg. s. 379 med henvisning til tidligere rettsavgjørelser.

³¹ Utv. 2007 s. 1465

overskudd og formue ved oppløsning. Hvis slik vedtektsbestemmelse ikke foreligger, vil det være et sterkt moment mot at selskapet er en skattefri institusjon.³²

I tillegg har rettspraksis ved flere anledninger lagt vekt på ulike støttemomenter. Av relevans for foreliggende sak er særlig momentet om selskapets overskuddssituasjon. Om dette uttaler Skattemyndighetene følgende:

"Dersom institusjonen mv. ikke har til formål å drive med overskudd, må det foretas en konkret vurdering av om aktiviteten objektivt sett er et tjenlig instrument for ervervsmessig formål, se HRD i Utv. 2003/999 (Rt. 2003/816) (Ernst G. Mortensen II). I denne vurderingen er det blant annet relevant å vurdere aktivitetens art, oppbygning, omfang, samt hvordan aktiviteten faktisk drives.

Går institusjonen mv. med overskudd, må det foretas en vurdering av om overskuddets størrelse, sett i forhold til institusjonens relative størrelse, organisasjon og aktivitet for øvrig, trekker i retning av at aktiviteten er ervervsmessig. Det må også foretas en vurdering av hvor ofte overskudd har forekommet. Overskudd over tid som går ut over det som er nødvendig for å sikre en forsvarlig drift, taler for at institusjonen mv. har erverv til formål, se HRD i Utv. 1985/527) (Rt. 1985/917) (Ernst G. Mortensen I). Et tilfeldig overskudd vil på den annen side ikke nødvendigvis trekke i retning av at aktiviteten er ervervsmessig".³³

Et selskap som går med overskudd kan følgelig likevel anses som et skattefritt subjekt, men dette beror i hovedsak på størrelsen på overskuddet og om det genereres overskudd over tid.

Skyss har som formål å administrere kollektivtransport i Hordaland fylke og utføre nødvendig personbefordring i Hordaland, herunder skoleskyss. Inntektene til Skyss vil i hovedsak være billettinntektene. Dette er ikke tilstrekkelig til å dekke Skyss' kostnader, og selskapet vil være avhengig av tilskudd. Det vil følgelig heller ikke være aktuelt å dele ut utbytte. Ved en eventuell likvidasjon vil midlene i selskapet formodentlig tilfalle kommunen og fylkeskommunen, begge skattefrie enheter. Samlet tilsier disse momentene at Skyss vil betraktes som et selskap som ikke har erverv til formål og følgelig at selskapet ikke anses skattepliktig.³⁴ Det bør uansett bestemmes i vedtektene at selskapet ikke har erverv til formål, at det ikke skal utdeles utbytte samt inntas bestemmelser om hva som skal skje med selskapets nettoverdier ved eventuell oppløsning.

Et annet moment som vektlegges ved vurderingen av om selskapet "ikke har erverv til formål" er om selskapet driver konkurranse mot andre private aktører. Det er et siktemål at reglene ikke skal bidra til konkurransevridning mellom institusjoner med og uten skatteplikt. Skyss' virksomhet vil imidlertid utelukkende omfatte lovregulerte oppgaver knyttet til offentlig kollektivtransport. Virksomheten Skyss driver vil nok på enkelte områder finne sted i konkurranse med andre aktører, all den tid ulike private aktører også driver forskjellige former for persontransport mot vederlag. Det finnes imidlertid ingen private aktører som har en tilsvarende rolle som Skyss hva gjelder det helhetlige kollektivtilbudet.

Det forhold at Skyss vil drive merverdiavgiftspliktig virksomhet med personbefordring, vil ikke automatisk innebære at selskapet også anses som et skattepliktig selskap. Skattemyndighetene har uttalt at selv om en institusjon mv. er skattefri får dette ingen betydning for eventuell plikt til å svare merverdiavgift.³⁵ Ruter AS anses til sammenligning ikke som et skattepliktig selskap, selv om selskapet er registrert for avgiftsformål. Virksomheten i Ruter AS er svært lik den virksomhet som

³² Skatte ABC – Aksjeselskap – allment punkt 3.2.

³³ Skatte ABC "Skattefrie institusjoner" pkt. 3.3.8.

³⁴ Rt. 1985 s. 917

³⁵ Skatte ABC "Skattefrie institusjoner" pkt. 2.4.

Skyss vil drive etter eventuell omdannelse til aksjeselskap. Hensynet til likebehandling tilsier derfor også at Skyss må vurderes som et selskap som er fritatt skatteplikt. Videre bemerkes at også Bybanen AS anser seg som et skattefritt selskap, samtidig som det er registrert i Merverdiavgiftsregisteret. Så langt vi er kjent med har selskapet ikke mottatt innsigelser fra skattemyndighetene på dette standpunktet.³⁶

Basert på det ovennevnte og gitt de forutsetninger som der fremkommer, tilsier en samlet vurdering av de momenter som skal tillegges vekt at Skyss anses som et skattefritt subjekt uten erverv til formål, jf. sktl. § 2-2 første ledd.

Vi gjør for ordens skyld oppmerksom på at en skattefri institusjon mv. som ikke har erverv til formål, men som driver økonomisk virksomhet, er skattepliktig for inntekt og formue plassert i den økonomiske virksomheten, for eksempel ved utleie av fast eiendom, jf. sktl. § 2-32 andre ledd. Dette gjelder med mindre den økonomiske virksomheten realiserer/virkeliggjør institusjonens ikke-erhvervsmessige formål.

6.4.3 Skattemessige forhold ved omdanningsprosessen

Ved en omdannelse til en ny organisasjonsform, vil de aktiva som overføres til den nye enheten i praksis være enkelte eiendeler (kontorutstyr etc.), samt selve virksomheten med å ha ansvaret for kollektivtransporten. Ettersom virksomheten ikke skal gå med overskudd, antas at det ikke er noen ervervet forretningsverdi (goodwill) som overdras. Større driftsmidler som eiendom, bybanevogner, anlegg etc., er som tidligere nevnt ikke tenkt overført.

Ettersom virksomheten og eiendelene overføres til aksjeselskapet gjennom et salg, vil overføringen anses som en transaksjon. En slik transaksjon må baseres på vanlige verdsettelsesregler og prinsipper, og som hovedregel til markedspris. Normalt vurderes markedsprisen enten på bakgrunn av selskapets fremtidige inntjening, eller på bakgrunn av en substansverdi. Ettersom selve virksomheten ikke skal gå med overskudd og følgelig ikke har en inntjeningsverdi, vil vi anta at det er substansverdien som danner utgangspunktet for verdsettelsen. Substansverdien av det som overføres vil da være markedsverdien på de enkelte eiendelene. Ettersom fylkeskommunen ikke er skattepliktig vil transaksjonen kunne gjennomføres uten at det pådras realisasjonsbeskatning på fylkeskommunens hånd. Markedsprisen vil utgjøre ny inngangsverdi på de enkelte eiendelene som overføres.

6.5 Avgiftsmessige forhold

6.5.1 Innledning

Som beskrevet innledningsvis er bakgrunnen for den mulige omdannelsen av virksomheten i Skyss til eget rettssubjekt begrunnet i flere forhold. En vesentlig del av begrunnelsen er imidlertid at dette kan berede grunnen for et senere samarbeid og/eller felles eierskap med Bergen kommune og andre kommuner om de oppgaver som omfattes av ansvaret for kollektivtransport i regionen. Det sentrale avgiftsmessige forholdet er å påse at en omdannelse av virksomheten til eget rettssubjekt ikke utløser merverdiavgift som ikke kan fradragføres hos noen av de involverte rettssubjektene. Man må vurdere både selve omdannelsesprosessen og hvilke transaksjoner som potensielt kan utløse merverdiavgift, og den nye strukturen på virksomheten etter omdannelsen. Det er viktig å påse at denne nye strukturen ikke fører til uønskede avgiftsmessige konsekvenser.

Pr i dag driftes kollektivtransporttilbudet av HFK ved organisasjonsleddet Skyss. Skyss er registrert som et særskilt avgiftssubjekt i Merverdiavgiftsregisteret, jf. mval. § 2-2 annet ledd, og driver avgiftspliktig virksomhet med persontransport. En omdanning vil innebære at ansvar og drift av fylkeskommunens kollektivtilbud, herunder bybanen, buss, ferger og egne drosjeordninger, overdras

³⁶ Jf. Notat fra Ernst & Young til Bybanen AS 6. april 2011.

til et nytt rettssubjekt ("Nye Skyss"). Det er uavklart hvilken organisasjonsform Nye Skyss vil få. De aktuelle alternativene er behandlet ovenfor i punkt 5.

Når det gjelder dagens organisering av kollektivtransporttilbudet (kontraksstruktur, inntekter og pengestrømmer for øvrig) er situasjonen litt forskjellig for ulike deler av kollektivområdet. Det er et sentralt skille mellom drift av Bybanen og den del av kollektivtransporten som utføres med buss. Dette skyldes at fylkeskommunen selv eier både transportmaterieell (vogner) og infrastruktur (skinnegang, linjer mv) knyttet til Bybanen, mens det er operatør som eier driftsmidlene (bussene) i den del av kontraktene som utføres med buss. Det er som nevnt innledningsvis inngått ny kontrakt med operatør for Bybanen i juli 2018 med kontraktsfestet oppstart i juli 2019. I den nye kontrakten er det gjort en vesentlig omlegging av kontraktsstrukturen. I forbindelse med anskaffelsesprosessen som ledet frem til inngåelse av ny operatørkontrakt i juli 2018 (med oppstart juli 2019) ble det gjort vurderinger av de avgiftsmessige konsekvenser av omleggingen av kontraktsstrukturen.

6.5.2 Generelt om fradragsrett for inngående merverdiavgift

Den sentrale bestemmelsen om rett til fradrag for inngående merverdiavgift er mval § 8-1, som fastlegger at registrerte avgiftssubjekter har rett til:

"fradrag for inngående merverdiavgift på anskaffelser av varer og tjenester som er til bruk i den registrerte virksomheten"

For å kunne bli registrert som avgiftssubjekt må man etter mval § 2-1 være "næringsdrivende" eller "offentlig virksomhet", og ha omsetning som er omfattet av loven over visse beløpsgrenser.³⁷ Av særlig betydning for enkelte av problemstillingene i denne saken nevner vi at utleie av fast eiendom som utgangspunkt faller utenfor mva-loven, men slik at det er adgang til frivillig registrering for slik utleie etter mval § 2-3 (1)³⁸. Mval § 2-3 (6) inneholder videre en særregel hvoretter "næringsdrivende og offentlig virksomhet som mot vederlag stiller baneanlegg til disposisjon for virksomhet som er registrert etter denne loven, kan frivillig registreres."

Det sentrale for fradragsrett er med andre ord at det – på det enkelte avgiftssubjekts hånd - må foreligge en eller annen virksomhet som kan registreres etter mva-loven, og at de enkelte anskaffelser man vil kreve fradrag for er "til bruk i" denne virksomheten.

Vi skal også legge til at justeringsreglene i mval kap 9 innebærer at man skal justere fradragsført merverdiavgift³⁹, dersom bruken av en kapitalvare ender seg i løpet av justeringsperioden. Justeringsperioden er 10 år for fast eiendom, og 5 år for driftsmidler/inventar mv. Dette innebærer at man må opprettholde avgiftspliktig bruk av anskaffede kapitalvarer ut justeringsperioden, for å kunne beholde all inngående merverdiavgift man har fradragsført på anskaffelsen.

Den merverdiavgiftsmessige behandlingen av vederlags- og betalingsstrømmene i kontraktsforholdene som regulerer drift av Bybanen er komplisert og det har vært noe usikkerhet knyttet til dagens ordning. Ordningene har i hovedtrekk eksistert siden Bybanen ble satt i drift i juni 2010 uten at avgiftsmyndighetene har reist innsigelser eller varslet endringer. Vi presiserer for ordens skyld at dette ikke sier noe om hvorvidt avgiftsmyndighetene har vurdert og/eller sanksjonert organiseringen fra et avgiftsmessig perspektiv.

³⁷ Beløpsgrensene er ikke aktuell her.

³⁸ For utleie av bygg eller anlegg, såfremt bygget / anlegget brukes "i virksomhet som er registrert" etter mva-loven.

³⁹ I tilfeller hvor man allerede har foretatt fullt fradrag ved anskaffelse innebærer justering at man tilbakebetaler tidligere fradragsført mva til staten.

Som grunnlag for de avgiftsmessige vurderingene knyttet til en mulig omdanning, er det nødvendig å kort redegjøre for status på de enkelte kontraktsområder, samt de endringer som vil gjelde for Bybanen fra juli 2019. En beskrivelse av eksisterende ordning pr tidspunktet for omdanningen er sentralt for å kartlegge hva slags transaksjoner og endringer i virksomhetsorganiseringen som utløses ved en eventuell omdanning.

6.5.3 Bybanen

6.5.3.1 Status pr dags dato

a) Innledning

Alle opprinnelige anskaffelser ved utbygging av Bybanen; herunder bybanesporene/infrastruktur, lokaler/bygninger, og sporvogner er foretatt av Hordaland fylkeskommune v/Skyss. Skyss er en særskilt registrert merverdiavgiftsenhet etter mval § 2-2 (2). Skyss har fradragført all inngående merverdiavgift på anskaffelsene på egen omsetningsoppgave. Det er krevd fradrag etter mval § 8-1 for all inngående avgift, og det er ikke krevd kompensasjon etter kompensasjonsloven.

HFK inngikk en såkalt forvaltningsavtale – først 21. mai 2009, senere endret ved avtale 3. juli 2015 – hvorefter Bybanen AS fikk tilgang til Bybanens infrastruktur og sporvogner. I henhold til Forvaltningsavtalen gjelder denne: "*Forvaltningsansvar for drift og vedlikehold av Bybanens infrastruktur*". Videre fremgår at Bybanen AS "*har egen avtale med operatør på Bybanen om sportilgang og tilhørende infrastrukturavgift, og om leie/bruk av vogner og vedlikehold av materiellet med tilhørende leiebeløp.*"

Som forutsatt i forvaltningsavtalen foreligger det egne avtaler mellom Bybanen AS og operatøren om henholdsvis (i) leie og vedlikehold av sporvogner og (ii) tilgang på infrastruktur. Det foreligger også egen avtale mellom HFK⁴⁰ og operatøren hvor sistnevnte gis rett til å disponere lokaler i vognhall og administrasjonsbygg på Kokstad.

Selve utførelse av persontransporten forestås pr i dag av Keolis Norge AS som operatør, i henhold til driftsavtale inngått mellom Skyss og Keolis.

b) Vognsett

Bybanevognene er omfattet av Forvaltningsavtalen mellom HFK og Bybanen AS, slik at Bybanen AS forvalter vognene på vegne av HFK. Vognsettene leies ut fra Bybanen AS til dagens operatør Keolis. Det utstedes faktura for årlig leie⁴¹ fra Skyss til Bybanen AS, og slik at Bybanen AS fakturerer det samme leiebeløpet videre til Keolis. Det legges mva på faktura både fra Skyss og Bybanen AS, og vognene er dermed til bruk i en avgiftspliktig utleievirksomhet på Skyss sin hånd. Det samme gjelder i utgangspunktet utleien fra Bybanen AS⁴², men slik at det kan problematiseres hvorvidt en slik utleie oppfyller kravene til "næringsvirksomhet".⁴³ Årsaken til dette er at det tradisjonelt sett kreves at en næringsvirksomhet må være "*egnet til å gi nettoinntekt*", mens Bybanen AS' utleievirksomhet er innrettet på å gå i null. Det finnes enkelte rettskilder som tilsier at også slik virksomhet etter omstendighetene kan oppfylle kravet til næringsvirksomhet, men dette er ikke helt opplagt. Vi går ikke nærmere inn på denne vurderingen her, men skal legge til at vi mener kravet til næringsvirksomhet *sannsynligvis* er oppfylt.

⁴⁰ Vi bemerker at avtalen er inngått med HFK og ikke Skyss som avtalepart.

⁴¹ P.t. opplyst å være kr 29 166 148 for samtlige 28 vognsett tilknyttet bybanen.

⁴² Kravet til næringsvirksomhet gjelder kun for Bybanen AS, ikke HFK, jf mval § 2-1.

⁴³ Se vårt notat av 1. desember 2016 om dette temaet.

c) Infrastruktur (spor, signalanlegg m.v.)

Når det gjelder infrastruktur (baneanlegget; spor, signalanlegg, osv) er disse også omfattet av Forvaltningsavtalen mellom Bybanen AS og HFK. Det er inngått avtale mellom Bybanen AS og Keolis, hvor sistnevnte får tilgang til infrastrukturen mot å betale en månedlig infrastrukturavgift svarende til Bybanen AS' kostnader med å vedlikeholde infrastrukturen. Det legges merverdiavgift på infrastrukturavgiften. Skyss på sin side refunderer infrastrukturen som Keolis betaler til Bybanen AS, ved at Keolis fakturerer Skyss for samme beløp som Keolis blir fakturert fra Bybanen AS. Vi forstår imidlertid at Skyss ikke fakturerer Bybanen AS noe beløp.

Vi antar at man har lagt til grunn at infrastrukturen, ettersom Skyss ikke leier denne ut⁴⁴, er til bruk i Skyss' avgiftspliktige virksomhet med personbefordring, og at Skyss derfor har fradragsrett både for anskaffelseskostnad og beløpet man blir fakturert fra Keolis (som reelt sett gjelder vedlikehold av baneanlegget). Bybanen AS på sin side er frivillig registrert for utleie av baneanlegg etter mval § 2-3 (6), og har dermed fradragsrett i kraft av at man driver avgiftspliktig virksomhet, og mot vederlag stiller baneanlegg til disposisjon for Keolis. Vi tilføyer at man kan stille samme spørsmål her som for vognsettene når det gjelder hvorvidt Bybanen AS' virksomhet oppfyller kravene til "næringsvirksomhet", all den tid Bybanen AS beregnet infrastrukturavgiften til å være lik med vedlikeholdskostnadene man pådrar seg.

d) Lokaler

Det er inngått avtale mellom HFK og Keolis, hvor sistnevnte vederlagsfritt får disponere lokaler i vognhall og administrasjonsbygning på Kokstad. Vi forstår at man har lagt til grunn at lokalene på Kokstad, også når de brukes av Keolis som operatør av Bybanen, er til bruk i Skyss' avgiftspliktige virksomhet knyttet til personbefordring, og at Skyss derfor har fradragsrett for inngående avgift på kostnader til anskaffelse og løpende drift/vedlikehold.

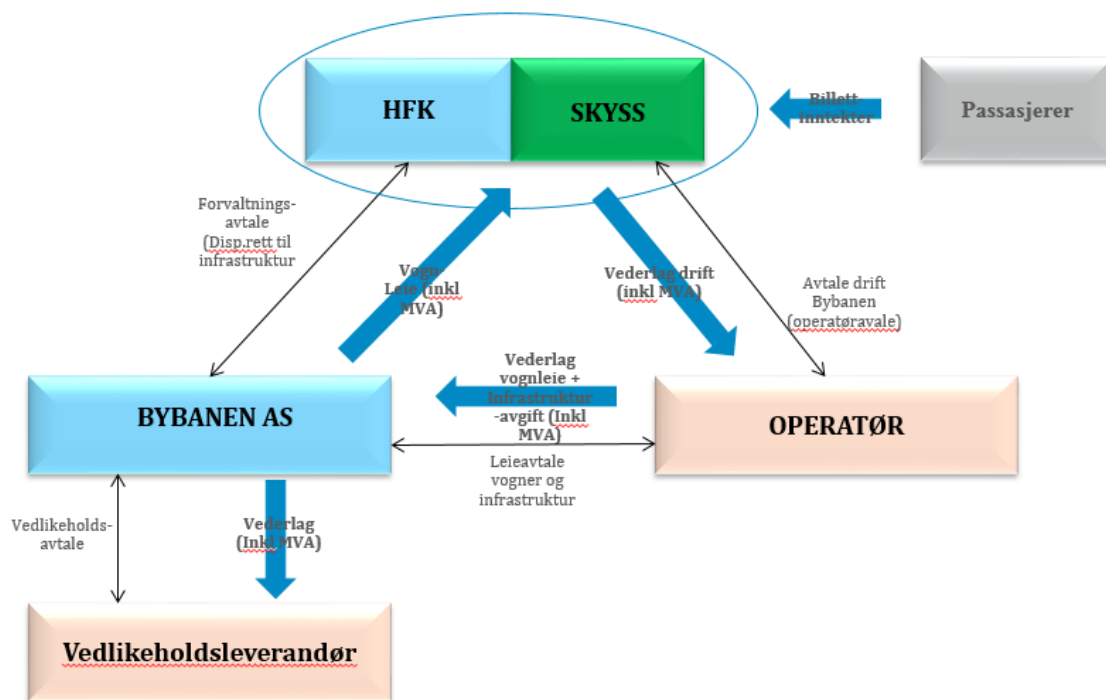
e) Oppsummering – dagens struktur

Som det fremgår ovenfor har man pr i dag ikke noe ensartet ordning for hvordan man gir operatøren Keolis tilgang på de ulike innsatsfaktorene som er nødvendig for drift av Bybanen. Keolis betaler dels leie (vognsett), dels en avgift for infrastruktur (som refunderes av i sin helhet fra Skyss til Keolis), og dels har Keolis fått en vederlagsfri disposisjonsrett (lokaler).

Skyss og Bybanen AS har krevd og oppnådd fullt fradrag for inngående avgift ved denne organiseringen, både hva gjelder inngående avgift på opprinnelig anskaffelseskostnad og kostnader til løpende vedlikehold og drift.

Gjeldende struktur kan noe forenklet illustreres slik:

⁴⁴ Fordi det ikke betales noe vederlag fra Bybanen AS til Skyss



6.5.3.2 Avgiftsmessige spørsmål knyttet til eksisterende ordning

Som nevnt er det enkelte forhold ved gjeldende avtale- og vederlagsstruktur som fremstår noe tilfeldig. Vognparken eies av HFK/Skyss. Skyss på sin side fakturerer et årlig vederlag til Bybanen AS for sistnevntes leie/disponering av bybanevognene. HFK/Skyss fakturerer imidlertid ikke Bybanen AS tilsvarende leie for rett til å disponere spor og øvrig infrastruktur.

Det kan fra Skyss' side anføres at infrastrukturen – selv om den stilles til disposisjon for operatør – er til bruk i Skyss' egen avgiftspliktige virksomhet. Det kan imidlertid stilles spørsmål ved om baneanlegget ved dette "stilles til disposisjon" for Bybanen AS uten vederlag⁴⁵, all den tid dette vil være noe som faller utenfor ordlyden til mval § 2-3 (6). Det er mval § 2-3 (6) som er grunnlaget for at Bybanen AS på sin side har behandlet utleie av infrastrukturen til operatør som avgiftspliktig.

Det kan videre reises spørsmål hvorvidt Bybanen AS oppfyller lovens vilkår om å drive "næringsvirksomhet" ved utleie/fremleie av vognsett og infrastruktur, all den tid Bybanen AS er innrettet på å gå i balanse uten overskudd.

Endelig så har det vært stilt spørsmål ved at HFK/Skyss vederlagsfritt kan gi operatør disposisjonsrett til lokaler på Kokstad, uten at dette ansees som en selvstendig transaksjon utenfor Skyss' ordinære virksomhet (slik at det regnes som en avgiftsfri transaksjon som også faller utenfor reglene for frivillig registrering etter mval § 2-3(1).

Spørsmålene har vært uavklart i lengre tid. Som påpekt har imidlertid ikke avgiftsmyndighetene reist innsigelser eller varslet endringer til tross for at ordningene har eksistert i mange år. Dette er imidlertid ikke ensbetydende med at ordningen er vurdert og avgiftsmessig klarert.

⁴⁵ Registrering etter mval § 2-3 (6) krever at baneanlegget stilles til disposisjon til avgiftspliktig virksomhet "mot vederlag".

Tatt i betraktning at det allerede er gjennomført en anbudskonkurranse og kontraktstildeling som bygger på en ny kontrakts- og vederlagsstruktur, så er det imidlertid bare kort tid før dagens ordning vil bortfalle.

6.5.3.3 Kontraksstruktur fra juli 2019

a) Konsernmodell

I forbindelse med anskaffelsesprosessen for inngåelse av ny operatøravtale fra juli 2019 ble det i konkurransegrunnlaget lagt til grunn en ny kontraktsmodell for fremtidig drift av Bybanen. Modellen bygger på den konsernmodellen for organisering av bybanedriften som fylkestinget tidligere har vedtatt.

Modellen innebærer en forenkling av dagens avtaleverk og betalingsstrømmer. De vesentlige endringene består i at Bybanen AS vil være oppdragsgivers (Skyss/HFK) kontraktspart mot ekstern operatør. Skyss skal betale et årlig vederlag til Bybanen AS for utførelse av en avtalt produksjon. Vederlaget skal dekke alle nødvendige kostnader forbundet med levering av avtalt ruteproduksjon. HFK/Skyss skal ikke lenger ha noe avtale direkte med operatør.

Bybanen AS på sin side blir ansvarlig for å inngå kontrakt med ekstern operatør som skal være ansvarlig for gjennomføring av personbefordringen. Bybanen AS skal betale et fastsatt årlig vederlag til operatøren slik det fremkommer etter gjennomført anbudskonkurranse.

Alt salg av billetter skjer formelt fra Skyss, og Skyss mottar således alle passasjerinntektene fra driften av banen.

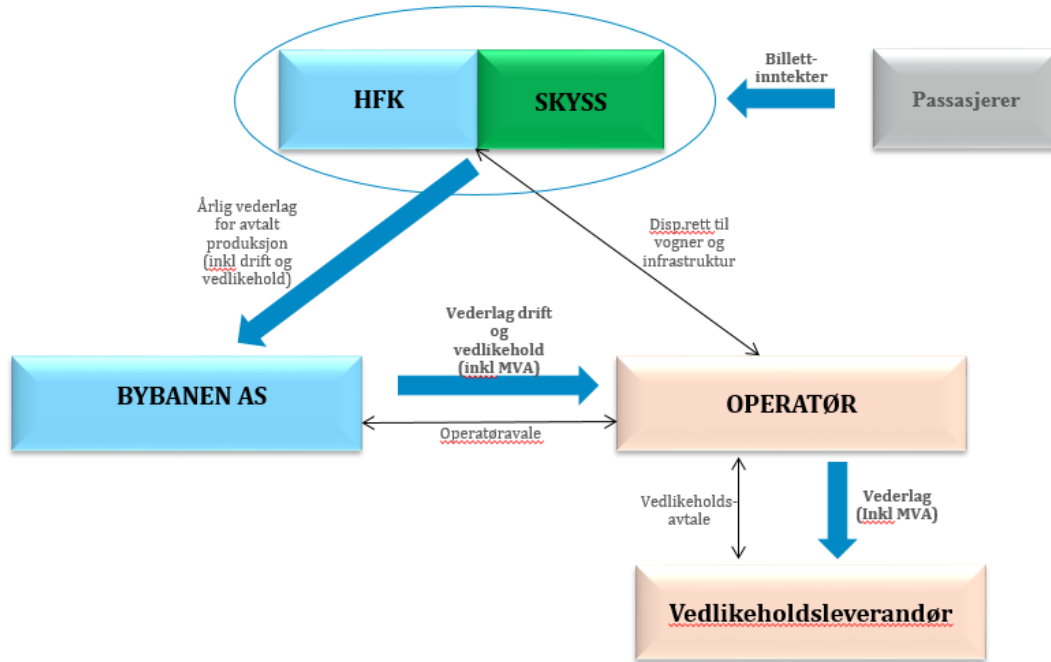
Under den nye kontraktsstrukturen skal operatøren ikke lenger betale leie og infrastrukturavgift for å få rett til å disponere vogner og infrastrukturanlegg. Alle driftsmidler eiet av HFK/Skyss, og som operatøren behøver tilgang til for å oppfylle sine forpliktelser under operatøravtalen, skal (via Bybanen AS) stilles til disposisjon for operatøren uten særskilt vederlag.

Når det gjelder vedlikehold av infrastrukturen/driftsmidlene vil eksisterende kontrakt som Bybanen AS i dag har med ekstern leverandør på vedlikehold av vogner bli transportert til operatøren. Bybanen AS vil inntil videre selv ha ansvar for, og utføre, vedlikehold av spor og linjenett, og slik at kostnadene ved dette dekkes inn gjennom det vederlag HFK/Skyss betaler Bybanen AS.

Under dagen modell innebærer leiebetalingen knyttet til vogner og infrastruktur en "runddans" uten resultat effekt for verken oppdragsgiver eller operatør ("nullsumspill"). Deler av formålet med den nye kontraktsstrukturen er å unngå slike unødvendige transaksjoner/pengestrømmer.

b) Skjematisk illustrasjon

Veldig forenklet ser dermed den nye driftsmodellen slik ut:



6.5.3.4 Avgiftsmessige spørsmål knyttet til ny kontraktsmodell fra juli 2019

a) Innledning

Bakgrunnen for endringene er kort oppsummert at det ønskes en enklere avtalestruktur, og slik at operatøren i minst mulig grad behøver å betale vederlag for tilgang på innsatsfaktorene knyttet til drift av Bybanen; infrastruktur, vognsett og lokaler. Slikt vederlag har i neste omgang ført til tilsvarende påslag på det vederlag Skyss har betalt til operatør. For så vel Bybanen AS, Skyss som operatør har denne leiebetalingsen vært et "nullsumspill".

b) Avgiftsmessige konsekvenser for Skyss

Vi tar utgangspunkt i at Skyss driver virksomhet knyttet til personbefraktning, all den tid det er Skyss som selger billetter og oppebærer inntektene fra slikt salg. Dette er avgiftspliktig virksomhet etter mval § 5-3. Skyss har dermed krav på fradrag for alle anskaffelser som er "til bruk i" denne virksomheten, jf mval § 8-1. Spørsmålet er om man kan legge til grunn at Skyss, som har foretatt alle anskaffelser av infrastruktur, vognsett og lokaler, kan stille disse vederlagsfritt til disposisjon til Bybanen AS/operatør, og fortsatt anse anskaffelsene som "til bruk i" Skyss sin egen virksomhet. Etter det vi forstår er det denne betraktning som ligger til grunn for at Skyss har fradragført inngående merverdiavgift på anskaffelses- og vedlikeholdskostnadene for lokalene på Kokstad. Spørsmålet er tidligere vurdert i forbindelse med omlegging av kontraktsstrukturen, og vi skal her bare gi et kort resyme.

Det sentrale spørsmålet er om man skal vurdere disposisjonene (det å stille driftsmidler vederlagsfritt til disposisjon) isolert, eller om det kan anses som en del av Skyss' virksomhet knyttet til personbefraktning. Isolert sett vil det å stille noe vederlagsfritt til disposisjon for en annen, falle utenfor merverdiavgiftsområdet. Etter vår oppfatning taler imidlertid de beste grunner for å se det slik at både baneanlegg/infrastruktur, vognsett og lokaler fortsatt er til bruk i Skyss' avgiftspliktige virksomhet, selv om de rent faktisk disponeres av Bybanen AS/operatør. Innsatsfaktorene er – fremdeles – en helt nødvendig innsatsfaktor i Skyss' virksomhet med personbefordring.

Vi mener dette støttes av Rt 2012 side 432. I den aktuelle saken hadde Elkjøp ervervet en tomt og oppført en tomannsbolig, for deretter å overdra tomannsboligen til en tredjemann som ledd i makebytte for en tomt Elkjøp behøvde for sin forretningsvirksomhet. Salg av fast eiendom er i utgangspunktet unntatt fra mva-loven, men Elkjøp hevdet at inngående avgift på kostnaden knyttet til oppføring av tomannsboligen var fradragsberettiget fordi den hadde nødvendig tilknytning til Elkjøps ordinære avgiftspliktige virksomhet. Staten hevdet det ikke var fradragsrett fordi mva-retten er "transaksjonsbasert", og at alle disposisjoner skal betraktes isolert. Saken gjaldt avgrensning av virksomhetsbegrepet; hvilke aktiviteter skulle ansees som del av Elkjøps avgiftspliktige virksomhet? Elkjøp fikk medhold 3-2 i Høyesterett, og flertallet begrunnet sitt standpunkt slik:

"Ved fastleggelsen av hvilke transaksjoner som inngår i den avgiftspliktige virksomhet, kan de enkelte transaksjonene ikke vurderes isolert, men må ses i sammenheng. Det er i og for seg ikke noe til hinder for at en enkeltstående avgiftsfri transaksjon kan bli ansett som egen virksomhet, men dette avhenger av de konkrete omstendigheter og kan ikke legges til grunn som en generell regel. Det må etter mitt syn være en grunnleggende forutsetning for at en enkeltstående avgiftsfri transaksjon skal bli ansett som en særskilt virksomhet, at transaksjonen har en egenverdi for den avgiftspliktige. Hvis transaksjonen ikke utgjør en selvstendig målsetning for den avgiftspliktige, men bare inngår som middel i å oppnå en målsetning innenfor den avgiftspliktige virksomhet, kan transaksjonen etter min oppfatning ikke betraktes som egen virksomhet, men må anses som ledd i den avgiftspliktige virksomhet."

Etter vår oppfatning taler de beste grunner for at også avtaleverket knyttet til Bybanen vurderes på samme måte, slik at Skyss – uten å risikere tap av fradragsretten – kan stille baneanlegg, vognsett og lokaler til disposisjon for Bybanen AS/operatøren uten at det inngås separate leieavtaler, og uten at utleien av de enkelte innsatsfaktorene må oppfylle kravene til selvstendig avgiftspliktig utleievirksomhet. Vi presiserer at det – slik vi ser det – er Skyss (ikke HFK) som bør være avtalepart i avtalene som gjelder disponering av Bybanens innsatsfaktorer. Dette skyldes at det er Skyss som har anskaffet eiendelene, og fradragsført inngående mva på egen omsetningsoppgave.

c) Avgiftsmessige konsekvenser for Bybanen AS

Når det gjelder Bybanen AS, legger vi til grunn at det inngås en avtale mellom Skyss og Bybanen AS hvor sistnevnte får det samlede ansvaret for drift og vedlikehold av Bybanen. Bybanen AS skal kontrahere operatør, besørge vedlikehold av baneanlegg og vogner mv, og betale vederlag for disse tjenester til hhv operatør og utførende for vedlikeholdsarbeider. Bybanen AS vil i sin tur fakturere Skyss for de tjenester knyttet til drift og vedlikehold av Bybanen som blir levert fra Bybanen AS til Skyss.

Etter vår oppfatning vil Bybanen AS levere avgiftspliktige tjenester til Skyss. Mva-lovens utgangspunkt er at all omsetning av varer og tjenester er omfattet av loven, med mindre det foreligger eksplisitte unntak. Bybanen AS vil levere tjenester i form av drift og vedlikehold av Bybanen, noe som etter vår oppfatning vil være avgiftspliktig virksomhet. Bybanen AS skal dermed fakturere sitt vederlag til Skyss

med tillegg for merverdiavgift. Bybanen AS vil også ha fradragsrett for alle anskaffelser som skjer i Bybanen AS' virksomhet, og Bybanen AS vil for eksempel ha fradragsrett for inngående merverdiavgift på alle anskaffelser, herunder innkjøp av vedlikeholdstjenester mv, innkjøp av tjenester fra operatør, mv. Den sentrale utfordringen for Bybanen AS vil være at Bybanen AS' virksomhet – etter det vi legger til grunn – vil være innrettet på å "gå i null". Dette reiser spørsmål om Bybanen AS' virksomhet oppfyller kravene til næringsvirksomhet, jf våre bemerkninger om dette ovenfor under pkt 6.5.3.1 b).

d) Oppsummering

Som det fremgår av våre tidligere vurderinger, sammenfattet ovenfor, mener vi det er gode muligheter for at avtalestrukturen kan legges om slik at Skyss, uten vederlag, gir Bybanen AS tilgang til infrastruktur, vognsett og lokaler (og slik at Bybanen AS kan gi slik tilgang videre til operatør). Vi mener det kan argumenteres godt for at samtlige innsatsfaktorer fortsatt vil være til bruk i Skyss' avgiftspliktige virksomhet, og at Bybanen AS dermed også vil drive avgiftspliktig virksomhet ved de drifts- og vedlikeholdstjenester som leveres til Skyss. Vi presiserer imidlertid at spørsmålet kan anses usikkert, og hensett til den store kostnadmessige betydning spørsmålet har, anbefales at forholdet avklares med avgiftsmyndighetene gjennom innhenting av en bindende forhåndsuttalelse før ny kontraktsstruktur implementeres.

6.5.4 Buss

6.5.4.1 Kontraktsstruktur pr i dag.

For bussanbudene er det ikke planlagt noen vesentlige endringer i kontraktstruktur, og vi legger til grunn at man kommer til å holde fast ved kontraktstrukturen som har vært praktisert i lengre tid.

For bussanbud legges det i konkurransegrunnlaget til grunn at operatørene er forpliktet til å holde egne produksjonsmidler (først og fremst busser) i henhold til oppdragsgivers spesifikasjoner.

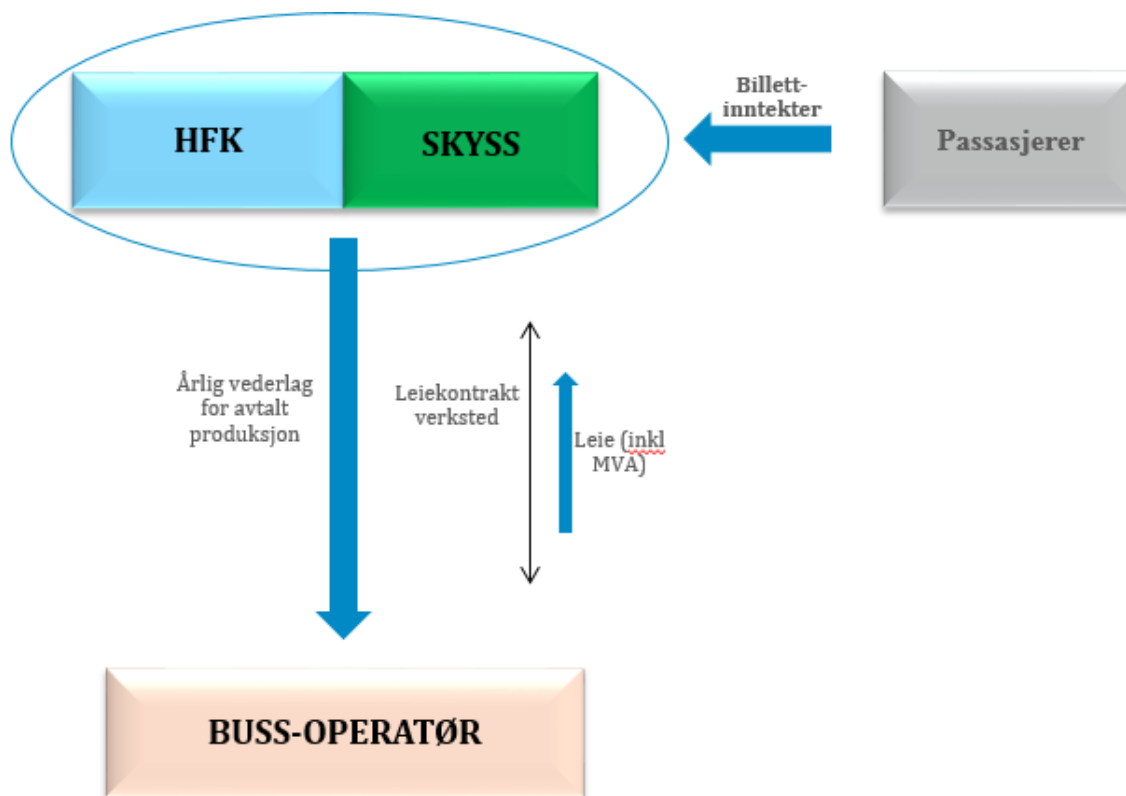
Busskontraktene er såkalte bruttokontrakter. Dette vil si at oppdragsgiver (Skyss) har inntektsrisikoen, mens operatørselskapene har en fast kontraktsgodtgjørelse (med tillegg for enkelte incentiver knyttet til leveransekvilitet). Passasjerinntektene tilfaller formelt Skyss.

For flertallet av kontraktene (ruteområdene) som omfattes av de enkelte rutepakkene, forutsetter konkurransegrunnlaget at den valgte operatør inngår leieavtaler for bestemte garasje- og verkstedsanlegg i det aktuelle området. Utkast til leieavtale (med angivelse av leiebeløp) inngår i konkurransegrunnlaget. Dette er anlegg som fylkeskommunen har ervervet eller bygget opp for å stille til disposisjon for den bussoperatør som vinner anbudskonkurransen. Flertallet av anleggene er formelt eiet av egne eiendomsselskaper, i hvert fall to av anleggene er eiet av fylkeskommunen direkte.

Leie av leieobjektet tillegges merverdiavgift med den til enhver tid gjeldende sats på leie og andre kostnader knyttet til leiearealet. I leiekontraktene er det inntatt bestemmelser som opplyser at leieobjektet er i sin helhet omfattet av utleiers registrering i Merverdiavgiftsregisteret, og at leietaker (operatør) må forplikte seg til å benytte leieobjektet i virksomhet som oppfyller vilkårene for å inngå i utleiers registrering.

Betalingsstrømmene i busskontraktene er vesentlig enklere enn for operatøravtalen for Bybanen. Bussoperatøren mottar et årlig kontraktsfestet vederlag fra oppdragsgiver (Skyss) for å utføre avtalt produksjon. Operatøren betaler leie for å disponere garasje- og verkstedsanlegg enten direkte til fylkeskommunen eller til det av fylkeskommunens eiendomsselskap som har hjemmel til de aktuelle eiendommene. Vi er ikke kjent med særskilte problemstillinger knyttet til merverdiavgift når det gjelder busstransport.

6.5.4.2 Illustrasjon



6.5.5 Skal det skal beregnes mva ved omdannelsen?

6.5.5.1 Kort om omdanningen

Dersom man omdanner virksomheten i Skyss til et eget rettssubjekt, vil det innebære overførsel av visse rettigheter og forpliktelser fra HFK/Skyss til Nye Skyss. Omdannelsen vil innebære en overdragelse av kollektivtransportvirksomheten i sin helhet, men slik at driftsmidler og infrastruktur vil beholdes i HFK/Skyss.

Overdragelsen vil dermed omfatte de rettigheter og plikter for levering av kollektivtjenester som i dag tilligger Skyss-avdelingen innad i HFK. Nye Skyss vil bl.a. være det rettssubjektet som selger billetter og oppebærer inntektene ved dette. Videre vil omdannelsen innebære transport av operatør- og vedlikeholdsavtaler, samt trolig avtaler med underleverandører fra HFK/Skyss, som omtalt i punkt 6.7 nedenfor. Dette reiser spørsmålet om det skal svares merverdiavgift på disse overdragelsene.

6.5.5.2 Avgiftsmessig vurdering

a) Utgangspunkt

Utgangspunktet er at det skal beregnes mva ved all omsetning av varer og tjenester, jf. mval. § 3-1, jf. § 1-1, med mindre omsetningen er særskilt unntatt fra loven, jf. § 3-2 flg., eller fritatt for avgift, jf. § 6-1 flg. Tilsvarende skal det under visse forutsetninger beregnes uttaksmerverdiavgift når en tjeneste tas ut fra en avgiftspliktig virksomhet, jf. mval. § 3-21 flg., med mindre det som tas ut, ville vært unntatt eller fritatt dersom det hadde vært omsatt, jf. mval. § 3-27 og § 6-17.

Overdragelse av rettigheter og forpliktelser i eller utenfor kontrakt mot vederlag vil være omsetning av en tjeneste i avgiftsrettslig forstand, hvor det altså som hovedregel foreligger plikt til å svare mva av vederlaget, jf. mval. § 4-1. Overføring av rettigheter og forpliktelser som tingsinnskudd vil være

uttak (ikke omsetning), hvor det som hovedregel foreligger plikt til å svare mva av omsetningsverdien på det som overføres, jf. mval. § 4-9 og Skattedirektoratets fortolkningsuttalelse av 15. april 2015.

Det er to forhold som er sentrale i denne sammenheng.

For det første: Dersom virksomheten overdras til Nye Skyss mot vederlag, vil en eventuell merverdiavgift bli beregnet av vederlaget, og skal betales av Nye Skyss. I en slik situasjon er det avgjørende at Nye Skyss har fradragsrett for slik inngående merverdiavgift.

For det andre: Dersom virksomheten tas ut av HFK og benyttes som tingsinnskudd i Nye Skyss vil en eventuell uttaksmerverdiavgift bli beregnet på HFK/Skyss sin hånd. Slik vi vurderer det vil HFK/Skyss ikke ha fradragsrett for denne avgiften. Dette innebærer at en eventuell merverdiavgift blir en kostnad dersom virksomheten tas ut av HFK/Skyss. I pkt b) nedenfor går vi kort igjennom spørsmålet om det vil påløpe merverdiavgift ved omdannelsen.

b) Virksomhetsoverdragelser er fritatt for merverdiavgift

Ettersom omsetning av varer og tjenester som utgangspunkt er avgiftspliktig, er spørsmålet om det finnes relevante unntak. Mval §§ 6-14 og 6-17 gir fritak for merverdiavgift ved omsetning og uttak av varer og tjenester som ledd i overdragelse av en virksomhet. Det følger av retts- og forvaltningspraksis at avgiftsfritaket er betinget av at to vilkår er oppfylt. For det første må virksomheten eller en del av denne overdras (substanskravet). Og for det andre må virksomheten fortsette i det store og hele som tidligere på den nye eiers hånd (kontinuitetskravet), jf. Rt-2000-268 (Brødr. Gjermundshaug) og Rt-2008-727 (MMC Tendos), samt Merverdiavgiftshåndboken 2018 punkt 6-14.3.

I Rt-2012-840 (Grasmo) presiserer Høyesterett at "[d]et kan i det hele ikke sees å være hensyn som tilsier en snever fortolkning av bestemmelsen". Terskelen for når det foreligger en virksomhetsoverdragelse i relasjon til fritaket er altså lav. Dette kommer også til uttrykk i Finansdepartementets brev av 8. oktober 2008, hvor salg av fiskekvoter alene ble vurdert å være omsetning som ledd i overdragelse av en virksomhet, selv om ingen andre eiendeler mv. (herunder fiskefartøy) var omfattet av overdragelsen. Det avgjørende for om fritaket kommer til anvendelse er altså om det som overdras, utgjør en sentral del av den type virksomhet selger driver, og om kjøper skal benytte det som overdras i samme type virksomhet slik at kjøper kan sies å videreføre en del av selgers virksomhet.

Nye Skyss skal overta driften av kollektivtrafikken, og denne vil fortsette mer eller mindre uendret. Kontinuitetskravet vil således være oppfylt.

Nye Skyss skal ikke overta fylkeskommunens driftsmidler, og det er heller ikke avklart hvorvidt og i hvilken grad avtalene med dagens underleverandører kan overføres. Særlig driftsmidlene fremstår som en sentral del av kollektivvirksomheten, og manglende overføring av driftsmidlene innebærer derfor at det er usikkert om avgiftsfritaket vil komme til anvendelse.

c) Oppsummering

Usikkerheten knyttet til om avgiftsfritaket kommer til anvendelse, tilsier at de aktuelle rettigheter og forpliktelser ikke tas ut av HFK/Skyss, men heller overdras mot markedsmessig vederlag. Dersom avgiftsfritaket ikke kommer til anvendelse og de aktuelle rettigheter og forpliktelser overdras mot vederlag (omsetning), så vil mva som HFK/Skyss må beregne ved salget være fradragsberettiget for Nye Skyss, forutsatt at Nye Skyss blir registrert i Merverdiavgiftsregisteret, jf. drøftelsen av dette i

punkt 6.5.3 under. Hvis derimot de aktuelle rettighetene og forpliktelsene overføres som et tingsinnskudd (uttak), så vil HFK måtte beregne uttaksmerverdiavgift som ikke kan fradragsføres.⁴⁶

Hvilken potensiell risiko som ligger her, henger naturligvis sammen med hva man måtte mene er riktig markedsverdi på de aktiva som overdras til Nye Skyss. Vi skal ikke mene noe om dette, men i den grad det er tale om en virksomhet som ikke kan forventes å gå med store overskudd, kan det formentlig argumenteres for at markedsverdien av kontraktsposisjonene er begrenset og at det derfor under alle omstendigheter ikke er tale om store merverdiavgiftsomkostninger.

6.5.6 *Hvorvidt Nye Skyss kan registreres som et avgiftssubjekt*

Dersom omdannelsen gjennomføres, er neste vurderingstema hvorvidt Nye Skyss vil kunne registreres i Merverdiavgiftsregisteret. Slik registrering er en forutsetning for at Nye Skyss skal oppnå fradrag for inngående merverdiavgift, både på det eventuelle vederlag som betales HFK/Skyss ifm omdanningen (jf pkt 6.5.4 ovenfor), og på sine løpende kostnader (bl.a. vederlaget Nye Skyss betaler operatører og andre leverandører).

Registreringsplikten i merverdiavgiftsregisteret er regulert i mval. § 2-1. Som det fremgår av pkt 6.4.3 gjelder registreringsplikten "*næringsdrivende*" og "*offentlig virksomhet*" som har omsetning innenfor lovens område.⁴⁷ Virksomheten som vil drives av Nye Skyss er – isolert sett – avgiftspliktige tjenester, jf mval § 3-1 jf. § 1-3. Det avgjørende for registrerings- og avgiftsplikten blir dermed om virksomheten oppfyller kravet til "*næringsvirksomhet*".

Næringskravet innebærer at virksomheten som drives må være av et visst omfang, være egnet til å gi økonomisk overskudd i overskuelig framtid og drives for eierens egen regning og risiko. Nye Skyss' virksomhet vil etter det opplyste være innrettet på å gå "i null", og problemstillingen er dermed i stor grad sammenfallende med det som gjelder for Bybanen AS. Vi går ikke videre inn på denne problemstillingen her, men gjør oppmerksom på at konklusjonen må anses å være usikker. Det kan argumenteres for at Nye Skyss skal anses å drive næringsvirksomhet selv om virksomheten går omtrent i null⁴⁸. På bakgrunn av foreliggende kilder er det vanskelig å konkludere på dette med noen stor grad av sikkerhet. Vi skal imidlertid legge til at vår oppfatning er at virksomheten mest sannsynlig vil oppfylle kravet til næringsvirksomhet.

Vi gjør uttrykkelig oppmerksom på at næringskravet ikke gjelder for "*offentlig virksomhet*" (noe som er bakgrunnen for at dagens Skyss ikke har behøvd å forholde seg til kravet til "*næring*"). Dette innebærer at dersom Nye Skyss etableres som et interkommunalt selskap eller –samarbeid, så vil foretaket være en "*offentlig virksomhet*" som skal registreres i Merverdiavgiftsregisteret uten hensyn til om virksomheten er egnet til å gå med overskudd.

Usikkerheten som knytter seg til hvorvidt det vil foreligge adgang til å registrere virksomheten i Merverdiavgiftsregisteret dersom den omdannes til et aksjeselskap, tilsier isolert sett at virksomheten etableres som et interkommunalt selskap eller –samarbeid. Hvis virksomheten skal overføres til et aksjeselskap bør det foretas en nærmere avklaring av om selskapet vil bli ansett for å drive virksomheten i næring slik at selskapet kan bli registrert i Merverdiavgiftsregisteret, da slik registrering vil være en betingelse for at selskapet skal oppnå fradragsrett for inngående

⁴⁶ Dette gjelder uavhengig av om virksomheten overdras til et aksjeselskap (AS) eller et interkommunalt selskap (IKS), da begge deler vil være separate avgifts-/rettssubjekter. Et interkommunalt samarbeid som ikke registreres som et IKS kan bli registrert i Enhetsregisteret som en "Forening, lag, innretning" (FLI) og vil følgelig også være et eget avgiftssubjekt, jf. Merverdiavgiftshåndboken 2018 side 156.

⁴⁷ Som nevnt er lovens beløpsbegrensning (kr 50 000 innenfor en 12-måneders periode) ikke relevant for saken.

⁴⁸ En del av vurderingen vil også knyttes opp mot hvorvidt tilskudd fra HFK skal regnes med når man vurderer hvorvidt virksomheten er egnet til å gå med overskudd, jf SKDs prinsipputtalelse av 15. mars 2010 og Finansdepartementets brev av 18. juli 2001.

merverdiavgift på anskaffelser, herunder eventuell inngående merverdiavgift på det som overføres ved omdanningen og innleie av driftsmidler mv.

6.5.7 Hvorvidt overdragelsen vil innebære tap av fradragsrett, tilbakeførings- eller justeringsplikt hos HFK og underleverandører

Vi forstår det slik at både HFK og underleverandørene har foretatt anskaffelser og investeringer til bruk for kollektivtransportvirksomheten, og at eiendomsretten til disse ikke vil overføres til Nye Skyss. Spørsmålet er om overdragelse av kollektivtransportvirksomheten vil innebære en endret bruk av disse anskaffelsene eller investeringene som medfører tap av fradragsrett eller plikt til å justere- eller tilbakeføre fradragsført merverdiavgift for HFK og/eller underleverandørene.

Vurderingen av fradragsrett for inngående merverdiavgift skal foretas på anskaffelsestidspunktet, jf. mval. § 8-1 og Rt. 2006 s. 293. Fradragsretten er umiddelbar, i motsetning de skatterettslige avskrivingsreglene, og foretas fullt ut ved anskaffelsen. Historisk fradragsføring vil derfor i utgangspunktet ikke påvirkes av en omdannelse.

Dette utgangspunktet modifiseres av justeringsreglene i mval. kapittel 9. Disse reglene innebærer at inngående merverdiavgift på såkalte kapitalvarer skal justeres opp eller ned dersom den avgiftspliktige bruken av en kapitalvare endres etter at kapitalvaren er anskaffet, jf. mval § 9-2. Med "kapitalvarer" menes maskiner og andre driftsmidler der inngående merverdiavgift utgjør minst 50,000,- kroner, og fast eiendom som har vært gjenstand for ny-, på- eller ombygging, der inngående merverdiavgift på kostnadene ved dette utgjør minst 100,000,- kroner, jf. mval. § 9-1 annet ledd. Justeringsperioden er for henholdsvis fem år for driftsmidler, og ti år for fast eiendom, jf. mval. § 9-4. Driftsmidlene knyttet til Bybanen er utvilsomt for kapitalvarer å regne i merverdiavgiftslovens forstand.

En omdannelse betyr at driftsmidlene HFK/Skyss eier, ikke lenger vil være til bruk i egen virksomhet med personbefordring, all den tid HFK/Skyss ikke lengre vil drive denne virksomheten. Disse vil benyttes i virksomheten som skal drives av Nye Skyss. Dersom HFK/Skyss stiller driftsmidlene vederlagsfritt til disposisjon for Nye Skyss, så kan dette enten medføre en plikt for HFK/Skyss til svare mva av omsetningsverdien av tjenesten, jf. mval. § 4-4 eller § 3-21, eller en plikt for HFK til å justere/tilbakeføre fradragsført mva knyttet til driftsmidlene. I begge tilfeller vil HFK/Skyss bli påført en avgiftskostnad som ikke kan fradragsføres noe sted.

Hvis HFK/Skyss leier ut driftsmidlene til Nye Skyss mot vederlag vil HFK/Skyss måtte beregne mva på leien, og da vil HFK/Skyss fortsatt benytte driftsmidlene i avgiftspliktig virksomhet⁴⁹. I så fall vil omdannelsen ikke medføre tap av fradragsrett eller plikt til å justere eller tilbakeføre fradragsført merverdiavgift for HFK.

Dette tilsier at HFK eventuelt bør leie ut driftsmidlene til Nye Skyss mot markedsmessig vederlag, slik at utleien anses som omsetning hvor HFK skal beregne mva – forutsatt at Nye Skyss kan fradragsføre avgiften (se drøftelsen av registreringsplikt som vilkår for fradragsrett i punkt 6.5.3 over). På denne måten vil man unngå at mva blir en kostnad ved at HFK gir Nye Skyss rett til å benytte driftsmidlene.

6.5.8 Avgiftsmessige forhold ved videre drift

Omdannelsen vil innebære at Nye Skyss vil drive avgiftspliktig virksomhet med omsetning av personbefordringstjenester. Foretaket skal følgelig, såfremt man oppfyller kravet til næring (jf pkt

⁴⁹ Vi presiserer at man vil måtte oppfylle vilkårene for frivillig registrering av utleievirksomheten, både for både lokaler/eiendom i mval § 2-3 nr 1 og for baneanlegg i mval § 2-3 nr 6.

6.5.3 over), registreres i Merverdiavgiftsregisteret og beregne mva ved salg av billetter for persontransport med lav sats, jf. § 5-3 (12 % i 2018).

Offentlige tilskudd som mottas av Nye Skyss for å drifte kollektivtilbudet, vil som hovedregel ikke anses som vederlag for omsetning av varer eller tjenester, og det skal dermed ikke svares mva på slike overføringer, jf. Skattedirektoratets brev av 25. mars 2004 og omtale i Merverdiavgifts-håndboken 2018 side 85 flg.

6.6 Regnskapsmessige forhold

6.6.1 Regnskapsplikt

Alle de organisasjonsformene som vurderes vil være underlagt regnskapsplikt. Etter kommuneloven § 48 skal fylkeskommuner utarbeide årsregnskap og årsberetning for hvert kalenderår. Årsregnskapet skal omfatte alle økonomiske midler som disponeres for året, og anvendelsen av midlene. Detaljerte regler for utformingen av årsregnskapet er fastsatt ved forskrift.⁵⁰ Fylkeskommunen fører regnskapet etter anordningsprinsippet. Dette innebærer at alle kjente utgifter/utbetalinger og inntekter/innbetalinger i året skal tas med i regnskapet for vedkommende år, enten de er betalt eller ikke når regnskapene avsluttes.

Et fylkeskommunalt foretak er en del av fylkeskommunen og må følge regnskapssystemet som gjelder for fylkeskommunen⁵¹.

Et interkommunalt selskap har i utgangspunktet regnskapsplikt etter regnskapsloven, men det kan avtales at selskapet i stedet skal avgi regnskap etter kommunale regnskapsprinsipper.⁵²

Aksjeselskaper har regnskapsplikt etter regnskapsloven. Regnskapsloven følger andre regnskapsprinsipper enn det som gjelder for fylkeskommunen. Etter regnskapsloven skal inntekter resultatføres når de er opptjent (opptjeningsprinsippet) og utgifter skal kostnadsføres i samme periode som tilhørende inntekt (sammenstillingsprinsippet).⁵³

6.6.2 Regnskapsmessig behandling av omorganiseringen

Regnskapsrettslig er hovedregelen etter regnskapsloven at transaksjoner skal regnskapsføres til virkelig verdi på transaksjonstidspunktet (transaksjonsprinsippet). Eiendeler kan overføres til balanseførte verdier i tilfeller der det ikke foreligger noen reell transaksjon, for eksempel ved konserninterne overføringer.⁵⁴ For tilfelle at Skyss omdannes til et aksjeselskap eller interkommunalt selskap, vil den regnskapsmessige behandlingen følge transaksjonsprinsippet. Dette gjelder uavhengig av om fylkeskommunen først stifter et aksjeselskap og deretter selger aksjer til kommunen, eller om kommunen og fylkeskommunen sammen stifter aksjeselskapet. I førstnevnte alternativ vurderes transaksjonene som en sammenhengende rekke hvor sluttresultatet er delt eierskap med kommunen. I et slikt tilfelle vil ikke overføring av eiendeler til balanseførte verdier (kontinuitet) være tillatt. Følgelig vil selskapets åpningsbalanse etableres med bakgrunn i eiendelenes virkelige verdi.

For tilfelle der Skyss omorganiseres til et fylkeskommunalt foretak, og eierforholdet således ikke forrykkes, kan det hevdes at eiendelene kan overføres til balanseførte verdier. På den annen side vil eiendelene som det i foreliggende sak vil være aktuelt å overføre, være en del av det samlede regnskapet for fylkeskommunen og i liten grad direkte være henført til den enkelte virksomhet. Normalt foreligger derfor ingen regnskapsførte verdier som kan videreføres, og dermed er heller ikke

⁵⁰ FOR-2000-12-15-1424 Forskrift om årsregnskap og årsberetning § 3 flg.

⁵¹ FOR-2006-08-24-1033 Forskrift om budsjett mv., for kommunale og fylkeskommunale foretak § 9

⁵² Lov om interkommunalt selskap § 27.

⁵³ Lov om årsregnskap m.v (regnskapsloven) § 4-1

⁵⁴ Skatte ABC – Konserninterne overføringer pkt. 7.2.

grunnlaget for kontinuitet tilstede. Av denne grunn er det eneste praktiske at eiendelene overføres til virkelig verdi. Betydningen av dette spørsmål vil formentlig bli begrenset, idet en omorganisering ikke i særlig grad vil omfatte overføring av bokførte aktiva.

6.7 Betydningen for inngåtte kontrakter

Når det gjelder eventuell overføring av avtaler fra Skyss til et nytt selskap (eget rettssubjekt) er utgangspunktet etter alminnelige formuerettslige regler at skifte av debitorposisjoner krever samtykke fra medkontrahenten.

I Lov om overføring av ansvar for kollektivtransport § 4 er det inntatt en bestemmelse om "tvungen" overføring, i den forstand at fordringshavere og andre rettighetshavere ikke kan motsette seg overføring. All den tid HFK ser for seg at en eventuell omdanning av Skyss skal skje utenfor rammene av nevnte lov, faller man tilbake på de alminnelige formuerettslige reglene.

Dette innebærer at HFK/Skyss må identifisere hvilke avtaler som vil være aktuelle å overføre til et omdannet Skyss, og gjennomgå disse med henblikk på hvorvidt avtalene, enten direkte gjennom såkalte "change of control"-bestemmelser eller med basis i bakgrunnsretten, krever samtykke fra medkontrahenten.

Deretter må det innledes dialog med de aktuelle medkontrahentene med henblikk på å innhente skriftlig samtykke til overføring.

Konsekvensene ved ikke å innhente nødvendige samtykker vil blant annet kunne være at medkontrahentene kan tenkes å anføre at overføringen utgjør et vesentlig mislighold av avtalen, og med det kreve seg frigjort fra avtaleforpliktelsene gjennom hevning og eventuelt kreve erstatning.

Merk at anskaffelsesretten, avhengig av den enkelte kontraktsutforming, også kan sette begrensninger i adgangen til å overføre kontrakter.

6.8 Anskaffelsesrettslige forhold

6.8.1 Innledning

En eventuell omdanning av Skyss vil kunne få anskaffelsesrettslige konsekvenser. I dette kapitlet vil vi gi en overordnet redegjørelse for mulige konsekvenser. Kapitlet er ikke uttømmende, men behandler de mest sentrale problemstillingene som vil kunne oppstå.

6.8.2 Overordnet om Skyss' anskaffelser

Slik vi oppfatter det, vil Skyss ha de samme primæroppgavene som i dag etter en eventuell omdanning. Skyss vil med andre ord ha ansvar for kollektivtransporten i Hordaland i form av buss, hurtigbåt, ferge og bybane. Skyss skal planlegge rutene, inngå kontrakter med leverandører om gjennomføring av transporten, måle kvaliteten i tilbudet og følge opp operatørselskapene. I tillegg vil informasjon om og markedsføring av buss, bybane og enkelte av bårutene være Skyss' ansvar.

Størstedelen av kollektivtransportoppgavene utføres med andre ord av private selskap etter kontrakt med Skyss. Et unntak fra dette er Bybanen i Bergen. Fra og med 1. juli 2019 innføres en konsernmodell for Bybanen, hvor Skyss vil forvalte HFKs eierskap i Bybanens infrastruktur og vognpark, mens HFKs heleide aksjeselskap, Bybanen AS, vil være totalleverandør av alle tjenester knyttet til Bybanen i Bergen etter kontrakt med Skyss.⁵⁵

⁵⁵ Personbefordring, trafikkstyring, renhold/vedlikehold av sporvognene og renhold/drift/vedlikehold av infrastrukturen.

Bybanen AS vil gjennomføre enkelte av tjenestene med interne ressurser (egenregi), og de resterende tjenestene vil settes ut til underleverandører etter regelverket om offentlige anskaffelser. Som utgangspunkt vil personbefordring og trafikkstyring, renhold/vedlikehold av sporvognene og renhold/vedlikehold av holdeplassene gjennomføres av underleverandører, mens drift, forvaltning og vedlikehold av infrastrukturen gjennomføres av Bybanen AS selv.⁵⁶

6.8.3 Skyss vil fortsatt være underlagt anskaffelsesregelverket

Med dagens organisering er Skyss en integrert del av HFK. Skyss har plikt til å følge den delen av anskaffelsesregelverket som gjelder for fylkeskommuner. Ved anskaffelser i klassisk sektor⁵⁷ følger Skyss anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriften. Ved anskaffelser i forsyningssektoren⁵⁸ følger Skyss anskaffelsesloven og forsyningsforskriften.⁵⁹

Etter en eventuell omdanning, antar vi at Skyss vil rubriseres som et "offentligrettslig organ" etter anskaffelsesregelverket. Offentligrettslige organ er underlagt de samme anskaffelsesreglene som fylkeskommuner. Skyss vil dermed være underlagt de samme anskaffelsesreglene som i dag.

6.8.4 Skyss vil fortsatt ha adgang til å gjøre avrop/være tilknyttet HFKs kontrakter med tredjeparter

HFK inngår en rekke avtaler på vegne av alle de ulike fylkeskommunale enhetene, herunder Skyss. Dette gjelder eksempelvis IT, konsulenttjenester, kontormateriell mv.

Skyss vil etter omdanningen fortsatt kunne gjøre avrop/være tilknyttet HFKs kontrakter med tredjeparter, forutsatt at det er tatt høyde for dette i anskaffelsesdokumentene. HFK bør derfor sørge for at det fremgår klart fra anskaffelsesdokumentene at innkjøp foretatt av HFK også vil (eller vil kunne) omfatte Skyss.

6.8.5 Skyss' adgang til å gjøre anskaffelser fra andre fylkeskommunale enheter

6.8.5.1 Problemstilling

Det offentlige står fritt til å organisere sin virksomhet på den måte som de finner mest hensiktsmessig for å løse sine oppgaver. Det betyr at en offentlig oppdragsgiver kan bestemme om han vil dekke sin etterspørsel ved hjelp av eksterne leverandører, eller ved å ta i bruk egne ressurser. I det siste tilfellet sier man at det offentlige utfører leveransen i egenregi.⁶⁰

Dersom en ytelse leveres i egenregi, foreligger det ingen kontrakt i anskaffelsesrettslig forstand og anskaffelsesregelverket kommer ikke til anvendelse. Hvis to enheter innenfor samme rettssubjekt inngår en avtale, kalles det egentlig egenregi. Hvis oppdragsgiver derimot velger å inngå en kontrakt med et selvstendig rettssubjekt, må kontrakten som utgangspunkt inngås etter anskaffelsesregelverket. Det er imidlertid gjort unntak fra dette utgangspunktet i tilfeller hvor vilkårene for utvidet egenregi er oppfylt. Ved utvidet egenregi tildeles kontrakten til et selvstendig

⁵⁶ Bybanen AS har inngått kontrakt med Keolis Norge AS om å gjennomføre personbefordring, trafikkstyring, samt renhold av vognparken. Keolis Norge AS vil i perioden 1. juli 2019 til 30. juni 2027 også ha ansvar for vedlikehold av vognparken. Operatørens vedlikehold av vognparken skal baseres på en videreføring av HFKs eksisterende avtaleforhold med vedlikeholdsleverandøren med Stadler Pankow GmbH ("Stadler"), og operatør plikter å tre inn i eksisterende vedlikeholdskontrakt som Stadlers nye kontraktspart. Avtalen med Stadler utløper 30. juni 2027. Det er foreløpig ikke tatt stilling til hvordan vedlikeholdet av sporvognene vil gjennomføres etter at avtalen med Stadler utløper 30. juni 2027. Ifølge anskaffelsesdokumentene i Bybanen AS' konkurranse "2018-01 Persontransport mv. på Bybanen i Bergen" Bybanen AS, punkt 1.3.6.2 er det mulig at det vil inngås ny kontrakt med en selvstendig vedlikeholdsleverandør, men det er også mulig at Bybanen AS vil gjennomføre vedlikeholdet av vognparken i egenregi.

⁵⁷ Bla. anskaffelser knyttet til ferge og hurtigbåt.

⁵⁸ Bla. anskaffelser knyttet til buss, trolleybuss og bane.

⁵⁹ Transporttjenester til offentligheten med jernbane, automatiserte systemer, sporvei, trolleybuss, buss eller kabel er å anse som forsyningsvirksomhet og reguleres av forsyningsforskriften. jf. forsyningsforskriften § 1-6.

⁶⁰ Jannicke Wiggen, Anskaffelsesdirektivet og samarbeid i offentlig sektor, kontraktsbegrepets grenser, 2013, side 22 flg.

rettssubjekt som har *så nær tilknytning til oppdragsgiver*, at lovgiver har besluttet å likestille tilfellene med egentlig egenregi.

Skyss tildeler pr i dag kontrakter til andre fylkeskommunale enheter uten at det gjennomføres konkurranse. Dette gjelder eksempelvis kontrakten Skyss har med Bybanen AS om drift og vedlikehold av Bybanens infrastruktur, se punkt 6.8.2 ovenfor. Med dagens organisering er slike direktetildelinger lovlig etter unntaket for utvidet egenregi.⁶¹

6.8.5.1 Tildelinger av kontrakter til Bybanen AS uten konkurranse etter omforming av Skyss

Etter vår vurdering vil Skyss kunne organiseres slik at Skyss fortsatt vil kunne tildele kontrakter til andre fylkeskommunale enheter, slik som Bybanen AS, etter unntaket for utvidet egenregi.⁶² Utvidet egenregi innebærer at oppdragsgiver kan foreta anskaffelser fra et annet rettssubjekt uten konkurranse, på grunn av den nære tilknytningen mellom oppdragsgiver og den juridiske enheten som får kontrakten.

Det finnes flere ulike unntaksbestemmelser i anskaffelsesregelverket for utvidet egenregi. Unntakene bygger på tre felles hovedvilkår:

- **Kontrollvilkåret:** Oppdragsgiver må, direkte eller indirekte, utøve en kontroll over rettssubjektet som tildeles kontrakt som svarer til den kontrollen oppdragsgiver har over egen virksomhet.
- **Vilkåret om ingen private eierandeler:** Det må ikke være direkte private eierandeler i rettssubjektet som får tildelt kontrakten.
- **Aktivitetsvilkåret:** Minst 80 prosent av rettssubjektets aktivitet må utføres for oppdragsgiver eller andre rettssubjekter som oppdragsgiver kontrollerer.

De nærmere kravene til organisering, eierskap, omsetning mv. vil variere fra unntaksbestemmelse til unntaksbestemmelse. Vi går ikke nærmere inn på det i denne rapporten, men kan selvsagt utrede dette i nærmere detalj om ønskelig.

7 JURIDISKE MODELLER FOR SAMARBEID MED TREDJEPART

7.1 Innledning

Vi skal i det følgende redegjøre for hvorledes et samarbeid med kommunen kan gjennomføres enten ved delt eierskap i et aksjeselskap eller interkommunalt selskap, eller gjennom en samarbeidsavtale.

Først redegjør vi for to konkrete eksempler på hvorledes et slikt samarbeid er organisert i Norge i dag; Ruter AS og Agder Kollektivtrafikk AS.

⁶¹ Med dagens organisering siktes det til at Skyss er en del av HFK, og at Bybanen AS er heleid av HFK.

⁶² For tildelinger fra eksempelvis Skyss til Bybanen AS er de mest aktuelle unntaksbestemmelsene forsyningsforskriften § 3-5 (1) b (HFK eier Bybanen AS og Skyss opprettes som et fellesforetak mellom HFK og Bergen kommune), forsyningsforskriften § 3-1 (1) jf. § 3-1 (3) bokstav b (HFK kontrollerer både Skyss og Bybanen AS) og forsyningsforskriften § 3-1 (1) (Bybanen AS underlegges Skyss' eierskap).

7.2 Eksempler på organisasjonsmodeller/samarbeidsformer for gjennomføring av kollektivtrafikk i Norge

7.2.1 Ruter AS

7.2.1.1 Generelt om Ruter AS

Aksjeselskapet Ruter AS ("**Ruter**") er et eksempel på at to fylkeskommuner – Oslo kommune ("**Oslo**") og Akershus fylkeskommune ("**AFK**") – har gått sammen for å samarbeide om gjennomføringen av kollektivtrafikken i de to fylkene. Fokuset nedenfor er hvordan fylkeskommunene har organisert eierstyringen i selskapet. Gjennomgangen er basert på Ruters årsmelding for 2017 ("**Ruter-meldingen**")⁶³, samt på Kommunerevisjonen i Oslos rapport om "*Eierstyring og selskapsledelse i Ruter AS*" fra 2011 ("**Oslo-rapporten**")⁶⁴ og Akershus og Østfold fylkesrevisjons rapport fra 2012 om "*Eierstyring i Ruter AS*" ("**AFK-rapporten**").⁶⁵ Det tas forbehold om at det kan ha forekommet visse endringer siden revisjonene ble foretatt, og som ikke er reflektert i Ruter-meldingen.

Selskapet fungerer som et administrasjonsselskap i medhold av yrkestransportloven § 23, og mottar tilskudd fra Oslo og AFK som tilskuddsyter i medhold av samme lovs § 22.⁶⁶ Det vesentlige av tilskudd til kollektivtrafikken i Oslo og Akershus (med unntak av NSB) skjer gjennom Ruter. Ruter har selv ingen trafikkdrift eller trafikkbetjening. All operativ trafikkdrift utføres på selskapets vegne av ulike operatørselskap som kjører på kontrakt.⁶⁷ Ruter er saksforbereder for fylkeskommunene for mange kollektivtransportsspørsmål.⁶⁸

Ruter er organisert som et aksjeselskap. 60 % av aksjene er eid av Oslo og 40 % av aksjene er eid av AFK. Forholdet mellom eierne reflekterer blant annet omfanget av kollektivtransporten mellom partene.⁶⁹ Det fremgår av Årsmeldingen at det etterstrebes å likebehandle aksjeeierne i alle sammenhenger.⁷⁰ Aksjene er ikke gjenstand for regelmessig omsetning.

Ruters formål er inntatt i vedtektene § 3⁷¹:

"Selskapets formål er å legge grunnlaget for et helhetlig, rasjonelt og markedstilpasset kollektivtransportsystem for hele Oslo- og Akershusregionen. Selskapet skal planlegge, administrere, kjøpe og markedsføre transporttilbudet i Oslo kommune og Akershus fylke og kjøpe kollektive transporttjenester med grunnlag i bevilgninger fra Oslo kommune og Akershus fylkeskommune. Selskapet kan også drive ruteopplysningstjenester og markedsføring, informasjon og produktutvikling knyttet til slike tjenester. Selskapet kan i tillegg drive virksomhet som er tilknyttet eller støtter kjernevirksomheten."

Styret i Ruter skal i henhold til aksjonæravtalen bestå av fem medlemmer oppnevnt av eierne. Av disse skal Oslo utpeke tre medlemmer, mens de resterende to skal utpekes av AFK.⁷² Styret skal ha det overordnede ansvaret for forvaltningen av selskapet, herunder virkeliggjøre eiernes mål med selskapet, forvalte og organisere selskapets ressurser på en optimal måte og føre tilsyn med daglig ledelse og drift. Det er opprettet en styreinstruks i selskapet.

⁶³ Årsrapport for Ruter AS for året 2017

⁶⁴ Rapport 19/2011 fra Kommunerevisjonen.

⁶⁵ Rapport 1/2012 fra Akershus og Østfold fylkesrevisjon

⁶⁶ Oslo-rapporten side 13.

⁶⁷ AFK-rapporten side 7.

⁶⁸ Oslo-rapporten side 4.

⁶⁹ AFK-rapporten side 8.

⁷⁰ Rutemeldingen side 109.

⁷¹ Vedtatt av selskapets generalforsamling 12. desember 2014

⁷² Ruter-meldingen side 111. Det står i vedtektene § 5 at styret skal bestå av fem til ni styremedlemmer.

Administrerende direktør står for den daglig driften av selskapet. Det er utarbeidet en egen instruks for administrerende direktør som er vedtatt av styret.⁷³

7.2.1.2 Særlig om eierrollen

Oslo og AFK fastsetter mål og rammer for selskapets virksomhet gjennom vedtekter, selskapets eierstrategi og gjennom vedtak på generalforsamlingen.⁷⁴ Eierne har også inngått en aksjonæravtale med nærmere bestemmelser om eierstyringen, jf nedenfor.

Ordinær generalforsamling avholdes årlig. Det er ukjent for oss hvem som stiller på vegne av fylkeskommunene under generalforsamlingen. Ifølge Ruter-meldingen skal følgende saker alltid legges frem for generalforsamlingen:⁷⁵ (i) Saker som fremkommer av aksjeloven § 5-5, (ii) Vesentlige endringer i Ruters driftsforutsetninger, herunder vesentlige endringer i etablerte vilkår for Oslo kommune og AKFs overføring av midler, med mindre den ene eieren har påtatt seg å dekke kostnadene ved endringen (jf aksjonæravtalen punkt 4.1), og (iii) Vesentlige endringer i styringsmekanismen mellom eierne og selskapet (jf aksjonæravtalen punkt 3.6). I tillegg fastsetter vedtektene at vesentlige strukturelle endringer i pris- og sonesystem ikke kan gjøres uten generalforsamlingens samtykke.⁷⁶

Ruters vedtekter er vedtatt av generalforsamlingen 12. desember 2014. Vedtektene inneholder bestemmelser om selskapets formål, og om aksjekapitalen og stemmekrav ved beslutninger i generalforsamlingen. Vedtektene fastsetter blant annet at enhver beslutning på generalforsamlingen krever tilslutning fra minst to tredjedeler så vel av de avgitte stemmer som av den aksjekapital som er representert på generalforsamlingen.⁷⁷ Vedtektene inneholder etter det vi kan se ellers ikke detaljerte krav om eierstyringen av selskapet, eller om forholdet mellom aksjonærene.

Både Oslo og AFK har utarbeidet en overordnet eierstrategi. Utarbeidelsen av eierstrategi ble anbefalt både i Oslo-rapporten og AFK-rapporten. Oslo-rapporten uttaler følgende om dette:

"Oslo kommunes eierstrategi kommer i dag til uttrykk i vedtektene og aksjonæravtalen. En eierstrategi har imidlertid en litt annen funksjon enn selskapets vedtekter og en aksjonæravtale. Selskapets vedtekter regulerer først og fremst selskapets rettsforhold. Endringer i vedtektene må følge aksjelovens bestemmelser og må vedtas av generalforsamlingen. En aksjonæravtale er i prinsippet en avtale som regulerer forholdet mellom de aksjeeierne som har inngått den, og endringer i aksjonæravtalen krever enstemmighet mellom partene. En eierstrategi derimot kan karakteriseres som de prioriteringer, tiltak og resultatkrav kommunen har overfor det enkelte selskap for å sikre at selskapet ivaretar de målsettinger som eierne har satt. En egen eierstrategi kunne således gitt mer samlet, utfyllende og tydelige forventninger til selskapet, og den kunne lettere endres ved behov."

Vi har ikke fått tilgang til Oslo og AFKs eierstrategier for selskapet. I Ruter-meldingen fremgår det at Oslo og AFK har en eierstrategi for Ruter datert 13. juni 2013. I følge meldingen har eierstrategiene bestemmelser om at Ruter årlig skal utarbeide eiermeldinger, og at det i eiermeldingen skal vises i hvilken grad selskapet oppfyller eiernes resultatmål og resultatkrav, gi informasjon om planlagte endringer i tjenestetilbudet, samt vesentlige endringer i kostnadsnivået for selskapet.⁷⁸

⁷³ Ruter-meldingen side 112.

⁷⁴ Ruter-meldingen side 106.

⁷⁵ Ruter-meldingen side 110.

⁷⁶ Vedtektene § 7.

⁷⁷ Vedtektene § 7.

⁷⁸ Ruter-meldingen side 104.

Partene har inngått en aksjonæravtale. Vi har ikke sett aksjonæravtalen. Det opplyses i Oslo-rapporten at aksjonæravtalen blant annet har regler for det innbyrdes forholdet mellom partene med hensyn til deres rettigheter og forpliktelser i selskapet, samt innholdet i samarbeidet. Videre inneholder aksjonæravtalen også regler og prinsipper for virksomheten Ruter skal drive, for styrets beslutninger, samt for selskapets styringssystem, drift og finansiering.⁷⁹ Det fremgår av fylkesrevisjonsrapportene at aksjonæravtalen også regulerer visse minstekrav for antall eiermøter/kontaktmøter mellom Ruter og eierne. Aksjonæravtalen uttyper rammene for selskapets virksomhet blant annet når det gjelder takster, bestilling og gjennomføring av transporttjenester.⁸⁰ Eierne stiller flere forventninger og krav til Ruter gjennom aksjonæravtalen.

Ruter-meldingen opplyser at det er utviklet egne retningslinjer for kontakt mellom Ruter og eierne:

*"Dokumentet beskriver hvordan kommunikasjonen mellom eierne og Ruter bør være, for å gi hensiktsmessige resultater for alle parter. Det blir også gjengitt hvordan eiernes styring av Ruter skal gjennomføres. Dette på en slik måte at både strategiske føringer og løpende kontakt hensynstas. Deltakere, nivå og innhold for møteplassene er beskrevet i bl.a. aksjonæravtalen og de årlige leveranseavtalene [...]."*⁸¹

Vi har ikke hatt tilgang til disse retningslinjene.

Det avholdes jevnlig eiermøter mellom Ruter og eierne. Møtene har ikke vedtaksmyndighet, men skal sikre en god dialog mellom selskapet og aksjeeierne om drift og utvikling av Ruter.⁸² Ifølge Oslo-rapporten deltar begge eierne på politisk og administrativt nivå, representanter for styret og daglig leder i Ruter, samt aktuelle ansatte i Ruter etter behov.⁸³ Det fremgår videre av Oslo-rapporten⁸⁴:

"Representanter for Byrådsavdeling for miljø og samferdsel uttalte at de ikke oppfattet at det ble gitt styringssignaler på eiermøtene eller i de administrative kontaktmøtene. Møtene hadde form av informasjonsutveksling og diskusjoner. Hensikten var å få en felles forståelse og gjensidig orientering om saker, hva som kunne bli politiske utfordringer, aktuelle mediesaker, hva som var teknisk mulig mv. For å kunne ivareta selskapet måtte man ha informasjon, ble det sagt."

Eiermøtene er således ikke et alternativt forum for å utøve direkte eierstyring i selskapet, men et praktisk viktig middel for informasjonsutveksling og diskusjoner, for eksempel om rutetilbudet. Direkte eierstyring skjer som nevnt gjennom generalforsamlingen.

7.2.1.3 Særlig om rollen som tilskuddsyter

Oslo og AFK har også rolle som tilskuddsyter til Ruter. Det heter følgende i Ruter-meldingen:⁸⁵

"Som tilskuddsytere inngår Oslo kommune og Akershus fylkeskommune årlig hver sin leveringsavtale med Ruter, som regulerer samarbeidsformen mellom partene. Avtalene angir overordnede mål og prinsipper for kjøp av tjenester og tilskudd til persontransport, og beskriver partenes gjensidige forpliktelser og rettigheter vedrørende leveranser, årlig godtgjøring og rapporteringskrav. Leveranseavtalen gir

⁷⁹ Oslo-rapporten side 13.

⁸⁰ Oslo-rapporten side 15.

⁸¹ Ruter-meldingen side 114.

⁸² Ruter-meldingen side 109.

⁸³ Oslo-rapporten side 21.

⁸⁴ Oslo-rapporten side 22.

⁸⁵ Ruter-meldingen side 108.

dermed føringer for hvilke utredninger, prosjekter og andre leveranser Ruter skal prioritere."

Leveranseavtalene utgjør naturlig nok et praktisk viktig grunnlag for den enkelte fylkeskommune til å stille vilkår overfor Ruter i forbindelse med de årlige tilskuddene. Oslo og AFK må i sin eierstyring av selskapet holde seg innenfor rammen av den inngåtte leveringsavtalene.⁸⁶

I en fremtidig modell hvor Hordaland fylkeskommune skal beholde ansvaret for kollektivtransport i hele Hordaland (inklusive Bergen kommune) vil det kun være fylket som formelt inngår leveranseavtaler med (og tilskudd til) administrasjonsselskapet. Det vil i en slik situasjon ikke foreligge parallellitet til de faktiske forhold i Oslo og Akershus og eventuelle koordineringsutfordringer mellom innhold i hhv aksjonæravtaler/vedtekter/eierstrategier, og leveranseavtaler/tilskudsavtaler blir ikke aktualisert.

En tilsvarende situasjon som i Oslo/Akershus vil imidlertid kunne oppstå dersom Bergen kommune får overført ansvaret for kollektivtransporten i egen kommune og samtidig etablerer et felles eierskap med fylkeskommunen i administrasjonsselskapet (Skyss).

7.2.2 Agder Kollektivtrafikk AS

7.2.2.1 Generelt om Agder Kollektivtrafikk AS

Agder Kollektivtrafikk AS ("**AKT**") er et annet eksempel på inter(fylkes)kommunalt samarbeid om gjennomføring av kollektivtrafikk. AKT er et aksjeselskap hvor henholdsvis Vest-Agder fylkeskommune, Aust-Agder fylkeskommune og Kristiansand kommune er eiere. Fokuset nedenfor er hvordan eierne har organisert eierstyringen. Gjennomgangen er basert på selskapskontrollen som ble foretatt av Agder kommunerevisjon av februar 2018 ("**Agder-rapporten**"),⁸⁷ samt på årsrapporten for AKT fra 2017 ("**AKT-meldingen**").

AKT er organisert som et aksjeselskap. Vest-Agder og Aust-Agder eier 40 % av aksjene hver, mens Kristiansand kommune eier de resterende 20 %. Selskapet ble vedtatt opprettet av Vest-Agder fylkeskommune i 2007, og var operativt fra 1. januar 2008. Vest-Agder hadde et areal- og transportsamarbeid med Kristiansand kommune, og man ønsket et formalisert samarbeid om driften av kollektivtrafikken. Kristiansand kommune gikk inn i selskapet til tross for at kollektivtransport primært er fylkeskommunens ansvar. Kommunens bidrag til selskapet var NOK 4 300 000 i 2016, ca 1,4 % av det samlede tilskuddet til selskapet.⁸⁸ Aust-Agder kom inn på eiersiden i selskapet i 2013 gjennom en rettet emisjon. Begrunnelsen for å ta med Aust-Agder var ønsket om en styrket samordning av kollektivtrafikken og en bedre samordning av transportressursene over fylkesgrensene. AKT fungerer som et administrasjonsselskap i medhold av yrkestransportloven § 23, og mottar tilskudd fra Agder-fylkene i medhold av samme lov § 22.

Formålet med selskapet fremgår av vedtektene § 3:

"Selskapets formål er å tilby kollektiv persontransport, gi informasjon til befolkningen om tilbudet og yte tjenester relatert til dette. Selskapet skal primært ikke selv utføre rutetrafikk, men kjøpe slike tjenester fra eksterne tjenesteleverandører. Selskapet står fritt til å organisere deler av sin virksomhet i egne resultatenheter/selskaper."

⁸⁶ Oslo-rapporten side 6.

⁸⁷ Selskapskontroll i Agder Kollektivtrafikk AS – Rapport til kontrollutvalgene i Kristiansand kommune, Vest-Agder fylkeskommune og Aust-Agder fylkeskommune, februar 2018.

⁸⁸ Agder-rapporten side 38.

Selskapets styre består p.t. av åtte medlemmer som velges av generalforsamlingen for to år av gangen. Etter aksjonæravtalen skal styret bestå av 5-9 medlemmer, hvorav Vest-Agder skal utpeke to medlemmer, Aust-Agder to medlemmer, og Kristiansand kommune ett medlem.

AKT har samarbeidet med Ruter om utviklingen av selskapets mobilbilletter.⁸⁹

7.2.2.2 Særlig om eierrollen

Eierne i AKT fastsetter mål og rammer for selskapets virksomhet gjennom vedtekter og gjennom vedtak på generalforsamlingen. Eierne har også inngått en aksjonæravtale med nærmere bestemmelser om eierstyringen.

Ordinær generalforsamling i selskapet avholdes årlig. Generalforsamlingen behandler årsregnskap, velger styre og behandler andre saker som etter loven, vedtektene eller aksjonæravtalen hører inn under generalforsamlingen. Det er ukjent for oss hvem som stiller på vegne av fylkeskommunene og kommunene under generalforsamlingen.

Selskapets vedtekter inneholder ikke detaljerte bestemmelser om eierstyringen i selskapet.

Alle tre eierne har vedtatt eierskapsmeldinger der deres strategi for eierskap i heleide og deleide selskaper er beskrevet. Eierskapsmeldingene inneholder blant annet rutiner som fylkeskommunene og kommunen har for å sikre god rapportering fra selskapene og en god overordnet styring, samt rutiner for valg av representanter til selskapet.⁹⁰ Vi forstår at disse eierskapsmeldingene gjelder generelt for disse juridiske enheters eierskap i selskaper, og at eierskapsmeldingene ikke er knyttet spesifikt til AKT. Dette i motsetning til eierskapsstrategien for Oslo og AKF for Ruter.

Eierne har også inngått en aksjonæravtale som skal regulere aksjonærenes rettigheter og forpliktelser i egenskap av å være aksjonærer i selskapet. Vi har ikke sett aksjonæravtalen. Det fremgår av Agder-rapporten at avtalen gir utfyllende bestemmelser og føringer for virksomheten utover det som følger av vedtektene. Herunder er det angitt av saker av særlig viktighet, beslutning om å ta inn nye aksjonærer i selskapet, og beslutninger om å endre vedtektene krever enstemmighet i selskapets generalforsamling. Videre fastsettes det at produksjonen skal til enhver tid tilpasses rammer som er gitt innenfor de geografiske områder. Ved uoverensstemmelser mellom aksjonæravtalen og vedtektene så har aksjonæravtalen forrang fremfor vedtektene.⁹¹

Ifølge årsmeldingen for 2017 har AKT leveranseavtale med Vest-Agder fylkeskommune og Aust-Agder fylkeskommune.⁹² Leveringsavtalene oppstiller krav om at midlene som stilles til rådighet til AKT skal utnyttes i samsvar med avtalen og dens intensjoner.⁹³ Leveringsavtalene stiller også krav til rapportering. Kristiansand kommune har ikke en egen leveranseavtale med AKT.

Det fremgår videre av aksjonæravtalen og leveranseavtalene at ATK skal ha jevnlige informasjons- og samarbeidsmøter med henholdsvis Vest- og Aust-Agder fylkeskommune.

7.2.2.3 Særlig om uttalelser i forbindelse med lovforslaget

Fylkesrevisjonen uttaler at man i forbindelse med den kommende sammenslåingen av Agder-fylkene bør foreta en ny vurdering av hvilken organisasjonsform som er mest hensiktsmessig. Fylkesrevisjonen kommer ikke med klare anbefalinger. Slik vi leser rapporten, mener fylkesrevisjonen

⁸⁹ AKT-meldingen side 5.

⁹⁰ Agder-rapporten side 26.

⁹¹ Agder-rapporten side 29-30.

⁹² AKT-meldingen side 5.

⁹³ Agder-rapporten side 31

at hensynet til tett eieroppfølging isolert sett kan tale for en tradisjonell etatsmodell, særlig som følge av at fylkesadministrasjonene nå slås sammen. Samtidig viser fylkesrevisjonen at eiernes tilfredshet med løsningen, samt raske teknologiske endringer kan tale for at dagens organisasjonsform opprettholdes:⁹⁴

"[...] På den annen side tilsier eiernes tilfredshet med dagens organisering, og en rask teknologisk utvikling som åpner for nye måter å levere kollektivtjenester, at virksomheten bør beholde sin fristilling som gir rom for raske beslutninger og strategisk tilpasning til eiernes forventning og ny teknologi. Revisjonen er av den oppfatning at dagens ledelse i AKT har god forvaltningskompetanse og forståelse for samhandling mellom fag og politikk. Samtidig må det understrekes at dette siste poenget blir personavhengig og ikke basert på en juridisk organisering."

Viktig i vår sammenheng er at fylkesrevisjonen også viser til at loven om overføring av ansvar for kollektivtransporten vil kunne få betydning for valget av organisasjonsform. Dette som følge av at Kristiansand kommune trolig vil oppfylle vilkårene loven oppstiller for overføring av ansvar:⁹⁵

"Endring i oppgavefordeling mellom fylkeskommunene og storkommunen kan imidlertid gi en helt ny situasjon etter 2020. Stortinget har (12.06.17) vedtatt lov som åpner for overføring av ansvar for kollektivtransport til storkommuner ... Revisjonen antar at nye Kristiansand kommune med ca 110 000 innbyggere oppfyller vilkårene. Det er også et vilkår at det inngås et samarbeid med fylkeskommunen om å sikre et helhetlig kollektivtilbud i hele fylket. Fylkeskommunen skal fremdeles ha ansvaret for drift og kjøp av transport-tjenester og tildeling av løyver i de øvrige deler i fylket, og for ruter som krysser grensen mellom kommunen og øvrige kommuner i fylket ... Dersom Kristiansand kommune overtar ansvar for kollektivtransporten vil en igjen få en situasjon, der flere juridiske enheter har ansvar for kollektivtrafikken i fylket, og der samarbeidet dermed kan løses gjennom et felles administrasjonsselskap som AKT. Etter revisjonens vurdering bør fellesnemnda for nye Kristiansand kommune, eventuelt i samråd med de andre eierne i AKT, starte arbeidet med en vurdering av fremtidig organisering av kollektivløsningen i den nye kommunen."

Vi er ikke kjent med hvordan Agder-rapporten fra februar 2018 er fulgt opp av Agder-fylkene og Kristiansand kommune.

8 KAPITALISERING OG FINANSERING AV JURIDISK ENHET MED DELT EIERSKAP

8.1 Kapitalisering

Et aksjeselskap kan stiftes med en minimum aksjekapital på 30 000 kroner. Videre må selskapet til enhver tid ha en forsvarlig egenkapital og likviditet ut fra risikoen ved og omfanget av den virksomheten som drives i selskapet. Det er styrets ansvar å påse at egenkapitalen til enhver tid møter dette kravet, og gjøre tiltak som opprettholder kravet.

Selskapet vil i utgangspunktet ha to kapitalbehov; (i) tilstrekkelige midler til å gjøre opp kjøpsforpliktelsen det har til fylkeskommunen for kjøp av eiendelene som overføres, og (ii) driftskapital.

⁹⁴ Agder-rapporten side 38.

⁹⁵ Agder-rapporten side 39

Generelle bedriftsøkonomiske betraktninger tilsier at selskapet bør ha en egenkapital (EK) på 10 til 30 % avhengig av selskapets risiko. Den resterende del av forpliktelsen vil kunne stå som et lån til fylkeskommunen med en nedbetalingstid over eiendelens levetid. Til sammenligning kan opplyses at Ruter AS i 2017 hadde en bokført EK andel på ca. 28 %, ATB AS i Trondheim hadde en EK andel på ca. 13 %, Kolumbus AS i Stavanger hadde en EK andel på ca. 15 % og Agder kollektivtrafikk AS hadde en EK andel på ca. 52 %.

Størrelsen på driftskapitalen beror mer spesifikt på selskapets kostnads- og inntektssituasjon samt periodiseringen av inntektene. Enheten må ha tilstrekkelig med kapital til å kunne dekke inn eventuelle forskyvninger mellom når selskapets inntekter inntjenes, og når selskapets kostnader påløper. Skyss' utgifter vil bl.a. være knyttet til kostnader til operatørselskaper, markedsføringskostnader, lønnskostnader og øvrige driftskostnader. Inntektene vil i hovedsak bestå av tilskudd og billettinntekter. Det vil derfor ha betydning for selskapets kapital situasjon når tilskuddene tildeles. For å få en oversikt over kapitalbehovet er det følgelig nødvendig at det settes opp et likviditetsbudsjett.

I et interkommunalt selskap plikter ikke deltakerne å gjøre innskudd i selskapet i større utstrekning enn det som følger av selskapsavtalen med noen unntak, jf. lov om interkommunale selskaper § 5. I selskapsavtalen skal deltakernes innskuddsplikt angis. Innskuddet må etter vår oppfatning gjenspeile det kapitalbehov selskapet har, basert på de momenter som er gjengitt ovenfor. Tilsvarende vil gjelde for eventuelle øvrige samarbeidsformer som eventuelt vurderes.

8.2 Finansiering

I henhold til årsrapporten for Hordaland fylkeskommune for 2017 finansieres kollektivtrafikken av fylkeskommunale tilskudd, statlige tildelinger og billettinntekter. Hordaland fylkeskommune og Bergen kommune har fått statlig belønningstilskudd for perioden 2015-2018 for å bedre kollektivtransport og minske bilbruken i denne perioden. For 2018 er midlene 200 millioner kroner. Belønningsavtalen skal fra 2018 inngå i Byvekstavtalen mellom Staten og Bergen kommune og Hordaland fylkeskommune, og vil bli en del av reforhandlingene senest våren 2018. Det er opplyst i det finansielle grunnlaget for Byvekstavtalen at en naturlig fordeling av belønningsmidlene kan være at 75 % går til drift av kollektiv og 25 % går til finansiering av prosjektene.⁹⁶

Det følger av yrkestransportloven § 22 første ledd at det er fylkeskommunen som har ansvaret for å yte tilskudd til rutetransport som fylkeskommunen vil opprette eller opprettholder i fylket. Etter bestemmelsens tredje ledd yter staten årlige rammetilskudd til delvis dekning av fylkeskommunens utgifter. I forbindelse med at forslag til lov om overføring av ansvar for kollektivtransport ble vedtatt, er det også vedtatt et nytt sjette ledd i eksisterende yrkestransportlov § 22, med følgende ordlyd:

"Dersom kommunen har fått overført ansvar for kollektivtransport etter lov om overføring av ansvar for kollektivtransport, gjeld første til femte ledd tilsvarende for kommunen".

Hensikten bak reglen er at det organ som har ansvaret for kollektivtrafikken også skal være ansvarlig for de økonomiske forhold, kontrakter og godkjenning av ruteplan, takster og tilskudd tilknyttet rutetransporten.⁹⁷ Ved et delt eierskap vil det derfor være naturlig at begge parter bidrar til å finansiere driften gjennom tilskudd. En eventuell fordeling av tilskuddsforpliktelsen behøver ikke å samsvare med eierbrøken som partene enes om. Et naturlig utgangspunkt vil være at tilskudds-

⁹⁶ Byvekstavtale mellom Hordaland fylkeskommune, Bergen kommune og Staten 2017-2028, signert 28. juni 2017, vedlegg 1 side 16.

⁹⁷ Ot.prp.nr. 74 (2001-2002) pkt. 10, merknader til § 22, hvor det fremgår at godkjenning av ruteplan og takster henger nøye sammen med tilskudds ansvaret.

forpliktelsen knyttes opp mot de økonomiske kostnader som henføres til den del av kollektivtrafikken som henholdsvis fylkeskommunen og kommunen enes om å ta ansvar for. Ruter AS har innordnet tilskuddsordningen utfra en slik markedstilpasset betraktning, hvoretter innskuddsforpliktelsen er knyttet opp mot den driftssituasjon som eksisterte i AS Oslo Sporveier (tilskudd fra Oslo kommune) og Stor-Oslo Lokaltrafikk AS (tilskudd fra Akershus) forut for sammenslåingen.

* * *