

Til

Kommunal- og distriktsdepartementet (KDD)

Kommunalavdelingen – Juridisk seksjon

Oslo, 05.12.2022

## Høringsnotat om endringer i IKS-loven - innspill

Vi viser til høringsnotat fra KDD 25. mai 2022 med forslag til endringer i LOV-1999-01-29-6 (IKS-loven) og høringsvar fra Samfunnsbedriftene 20.09.2022.

Samfunnsbedriftene vil benytte anledningen til å komme med noen innspill og opplysninger i tillegg til våre merknader i høringsvaret.

Per i dag er det 34 kommunale foretak (KF) som har medlemskap i Samfunnsbedriftene. Hoveddelen av dem håndterer havnevirksomhet. Det er også enkelte KF innen parkering, kultur/idrett og eiendom.<sup>1</sup> Videre er 186 av totalt 226 interkommunale selskap etter IKS-loven medlemmer hos oss. De håndterer kommunale tjenester innen blant annet avfall, brann- og redning, havn, krisesenter, revisjon og arkiv.

Innledningsvis vil vi understreke at vi har stor forståelse for ønsket og behovet for innsyn og åpenhet i IKS. Disse selskapene yter sentrale tjenester for kommunene og deres innbyggere, og det er viktig i demokratisk forstand at allmennheten skal kunne sette seg inn i selskapenes virksomhet og se hvordan de forvalter de interessene og det formålet de er opprettet for. Selskapene er også selv opptatt av å være åpne om sin virksomhet, og vår erfaring er at de er seg bevisst sitt ansvar som forvaltere av fellesverdier.

Vi mener imidlertid at dagens regelverk i betydelig grad legger til rette for det innsynet og den demokratiske kontrollen med IKS som er nødvendig, og som etterlyses av blant annet fellesorganer for pressen. Vi gjør nærmere rede for dette nedenfor. Videre vil vi peke på noen av utfordringene krav om åpne møter kan innebære for styrearbeidet i kommunale virksomheter som i dag er underlagt kommunelovens regler om møteoffentlighet, og kan få for styrearbeidet i IKS hvis departementets lovforslag vedtas.

### **1. IKS er i hovedsak omfattet av offentleglova – stor grad av innsyn og åpenhet etter dagens regelverk**

#### 1.1. Offentleglova gjelder – unntak ved minst 50 % næringsvirksomhet

Det rettslige utgangspunktet er at alle IKS, i kraft av det kommunale eierskapet og kontrollen over hvem som sitter i selskapets styrende organer, er omfattet av offentleglova, jf. offentleglova § 2 første ledd bokstav c og d. Det betyr at dokumentene i IKS som hovedregel er offentlige og åpne for innsyn.

Det er kun de IKS-ene som hovedsakelig driver næringsvirksomhet i direkte konkurranse med, og på samme vilkår som private, som faller utenfor lovens virkeområde. Dette unntaket følger av offentleglova § 2 andre ledd:

*§ 2. Verkeområdet til lova*

*Lova gjelder for*

- a. *staten, fylkeskommunane og kommunane,*
- b. *andre rettssubjekt i saker der dei gjer enkeltvedtak eller utferdar forskrift,*

---

<sup>1</sup> Se oversikt over registrerte KF i Foretaksregisteret:

<https://w2.brreg.no/enhet/sok/treffliste.jsp?navn=KF&orgform=0&fylke=0&kommune=0>

- c. *sjølvstendige rettssubjekt der stat, fylkeskommune eller kommune direkte eller indirekte har ein eigardel som gir meir enn halvparten av røystene i det øvste organet i rettssubjektet, og*
- d. *sjølvstendige rettssubjekt der stat, fylkeskommune eller kommune direkte eller indirekte har rett til å velje meir enn halvparten av medlemmene med røysterett i det øvste organet i rettssubjektet.*

*Bokstavane c og d gjeld ikkje rettssubjekt som hovudsakleg driv næring i direkte konkurranse med og på same vilkår som private. For verksemdar som etter offentleg oppkjøp eller liknande kjem inn under bokstavane c eller d, gjeld lova frå og med fjerde månadsskiftet etter den månaden da vilkåra vart oppfylte.*

I lovkommentarer til unntaket i § 2 andre ledd er det vist til at vilkåret om at rettssubjektet hovedsakelig må drive næringsvirksomhet i direkte konkurranse med private skal tolkes nokså strengt. Det betyr at det generelt skal mye til før et offentlig heleid selskap (herunder et IKS) faller utenfor offentleglova sitt virkeområde.

Det må i denne sammenhengen foretas en helhetsvurdering «der det mellom anna blir teke omsyn til kor stor del av den samla omsetnaden, fortjenesta, talet på tilsette, verdien av driftsmidla og marknadsv verdien som knyter seg til dei delane av verksemda som er utsette for konkurranse.» Også formålet med virksomheten er relevant i denne vurderingen. I denne sammenhengen viser vi til uttalelse i SOM-2009-1203<sup>2</sup>, der Sivilombudsmannen kom til at Karmsund Havnevesen IKS (KHI) var underlagt offentleglova. KHI er en stor interkommunal havn (i norsk målestokk) som legger til rette for mye privat næringsvirksomhet og infrastruktur rettet mot sokkel/olje og nasjonal og internasjonal sjøfart, og som har betydelige inntekter gjennom dette. En forholdsvis stor andel av selskapets virksomhet omfatter oppgaver som ikke direkte er pålagt ved lov, eller kan sies å være utøvelse av kommunale lovpålagte plikter.

Gjennom kjennskap til de IKS som har medlemskap hos oss, er det vår erfaring at det er ganske få IKS som i dag driver så stor grad av ren forretningsmessig/kommersiell virksomhet i konkurranse med og på samme vilkår som private at de ikke omfattes av offentleglova. Også kommunalt hel- og deleide eide aksjeselskap (AS) der kommunen(-e) indirekte har rett til å velge mer enn halvparten av styremedlemmene via generalforsamlingen, vil være omfattet av offentleglova hvis den kommersielle delen av virksomheten ikke utgjør mer enn halvparten.

Det har vært et par saker for retten som viser at terskelen for å gjøre unntak for konkurranseutsatt virksomhet skal være høy. Blant annet avsa lagretten i september 2021 dom i sak 21-012831ASD-GULA/AVD2, hvor dette spørsmålet ble grundig behandlet.<sup>3</sup>

### 1.2 Journalføringsplikt for alle IKS omfattet av offentleglova

Ved å være underlagt offentleglova har de fleste IKS etter offentleglova § 10 også en plikt til å føre journal etter reglene i arkivloven med forskrifter. Det innebærer at de saksdokumentene selskapet oppretter selv og inn- og utgående korrespondanse skal inngå i et journalføringssystem, se særlig arkivforskriften kapittel II §§ 9-11.<sup>4</sup> Med journalføringsplikten følger også en plikt til å ha et system for å ta vare på selskapsdokumentene (arkiv), selv om selskapet ikke er underlagt arkivloven direkte og har de samme kravene til arkivsystem som f.eks. kommunene har.

### 1.3 Krav om lovhjemmel for å unnta opplysninger/dokumenter i IKS fra innsyn

Dersom dokumenter i IKS-et skal unntas offentlighet og innsyn, kreves det hjemmel i lov, f.eks. ved at dokumentet inneholder opplysninger om noens personlige forhold eller forretningsensitive forhold jf. forvaltningsloven § 13, at dokumentet er organinternt jf. offentleglova § 14, osv. Allmennhetens og

<sup>2</sup> <https://www.sivilombudet.no/uttalelser/offentleglovas-virkeomrade-karmsund-havnevesen-iks/>

<sup>3</sup> [https://www.samfunnsbedriftene.no/media/6782/dom-av-06-09-2021\\_gulating-lagmannsrett-bkk.pdf](https://www.samfunnsbedriftene.no/media/6782/dom-av-06-09-2021_gulating-lagmannsrett-bkk.pdf)

<sup>4</sup> <https://lovdata.no/pro/#document/SF/forskrift/2017-12-15-2105/%C2%A79>

pressens mulighet for å få innsyn og føre demokratisk kontroll med et IKS er dermed i praksis meget lik den som gjelder overfor kommuner, fylkeskommuner og staten, dvs. forvaltningen ellers.

#### 1.4 Rapporteringskrav og offentlig selskapsdokumentasjon i IKS

Vi har videre påpekt i høringssvaret vårt at IKS-ene gjennom lovpålagt rapportering på en rekke virksomhetsområder, offentlige regnskap og revisjon, forvaltningskontroll, selskapskontroll, samt diverse statlig sektortilsyn, er underlagt regler og mekanismer som samlet sikrer en stor grad av både offentlig kontroll og offentlig tilgjengelig informasjon om IKS-enes virksomhet.

Dagens regelverk legger derfor allerede i stor grad til rette for åpenhet og demokratisk kontroll med de interkommunale selskapene og deres virksomhet. Hvis det skapes et inntrykk av at disse selskapene ikke er åpne eller er underlagt krav/regler om åpenhet og innsyn, er dette etter vårt skjønn ikke riktig og må bero på manglende oversikt over regelverket.

Med dette utgangspunktet bør styret som et kollegialt og ansvarlig selskapsorgan i IKS heller ikke underlegges strengere krav om åpenhet for sine møter og diskusjoner enn det som ellers gjelder for sammenlignbare ledd i kommuneadministrasjonen. Det legges til grunn at det ikke er i styrene politiske diskusjoner skal tas. Saker som diskuteres og avgjøres i selskapsstyrene ligger nærmere de sakene som diskuteres og avgjøres på ledernivå (etatsledere, kommunedirektør) i kommuneadministrasjonen. Møter og saksbehandlingen i disse ledergruppene skjer heller ikke for åpne dører.

## **2. Åpne styremøter i kommunale foretak (KF), styreansvar mv.**

### 2.1 Innledning

En del virksomhet som mange kommuner har valgt å legge til IKS, er i noen tilfeller også lagt til kommunale foretak (KF) etter kommuneloven kapittel 9. Det kan være virksomhet som kommunen ønsker skal ha noe større grad av selvstendighet både i styringen og driften enn en vanlig etat. Det er som nevnt opprettet KF innen blant annet havnedrift, renovasjon, parkering, eiendom og kultur mfl. Felles for de fleste KF er at de håndterer oppgaver med mer forretningsmessig preg, noe som også var hensikten da KF ble lovfestet. Organisasjonsmodellene IKS og KF brukes dermed i noen grad til organisering av ganske like oppgaver. KF er som en del av det kommunale rettssubjektet også underlagt både offentliglova og forvaltningsloven.

Et spørsmål i denne sammenhengen er hvordan møteoffentlighet fungerer i kommunale foretak (KF) og i IKS som er pålagt av eierne å holde åpne styremøter. Videre er det spørsmål om det personlige styreansvaret er annerledes for styremedlemmene i KF enn det er for styremedlemmene i IKS.

### 2.2 Styreansvaret i kommunale foretak

Styret i KF er å anse som et «annet kommunalt organ» etter kommuneloven § 5-2 andre ledd bokstav d, og styrets medlemmer er etter § 5-1 fjerde ledd bokstav b å anse som folkevalgte når de utøver sitt styreverv.

Kommuneloven § 9-7 gir styremedlemmene i KF likevel en noe videre adgang til å trekke seg fra sitt verv enn det folkevalgte ellers har til å trekke seg fra sine valgte verv. Bakgrunnen for denne adgangen er i henhold til lovkommentarene at styremedlemmer har et rettslig og personlig styreansvar. Professor Jan Fridtjof Bernt skriver i sin lovkommentar (Gyldendal rettsdata):

*«Når det er en annen regel om rett til å fratre for medlemmer av styret i kommunalt fylkeskommunalt foretak enn det som ellers gjelder for kommunale og fylkeskommunale verv, skyldes dette i første rekke det ansvar som knytter seg til styrets ledelsesansvar for virksomheten, med tilsynsplikt overfor daglig leder og virksomheten for øvrig. Både hensynet til det ansvar de enkelte styremedlemmer kan komme i, og viktigheten av å ha et engasjert og funksjonsdyktig styre, tilsier at det enkelte styremedlem bør ha en mulighet til å trekke seg fra styrearbeidet om vedkommende skulle føle at dette var det riktige.»*

I kommuneloven § 9-8 presiseres styrets tilsynsansvar. Bernt skriver om dette i sin kommentar følgende:

*«Styrets leder- og tilsynsansvar er både en rett og en plikt for styret, og styret har i denne forbindelse et ansvar overfor kommunen. Dette er et ansvar som styret ikke kan fralegge seg ved å henskyte beslutningen i visse saker til kommunestyret eller fylkestinget, med mindre saken er av en slik karakter at den etter lov, vedtekter eller instruks hører under kommunestyret eller fylkestinget.»*

Det er liten tvil om at styremedlemmer i KF har styreansvar for de beslutningene som styret treffer. Dette til tross for at de i egenskap av å være styremedlemmer i et KF også regnes som folkevalgte. Folkevalgte har som utgangspunkt ikke et rettslig og individuelt ansvar i sine verv som folkevalgte.

Vi har likevel erfart at det er en utbredt oppfatning hos en del styremedlemmer i KF at de ikke har et ordinært eller like strengt styreansvar som styrer i andre selskap, nettopp fordi de er å betrakte som folkevalgte.

Det personlige og juridiske ansvaret som styremedlemmer i et KF har, blir nok dessverre underkommunisert i kommunestyrene og overfor styremedlemmene. Da styremedlemmene i KF har en slags hybrid/kombinert rolle der man både er «folkevalgt» etter kommuneloven, samtidig som man har et forvaltningsansvar og tilsynsansvar med virksomheten og daglig leder, er det ikke så rart at det kan oppstå uklarheter og misforståelser.

## 2.2 Møteoffentlighet i KF - bakgrunn

Møtene i styret i KF er underlagt de samme reglene om møteoffentlighet som kommunestyret. Den kombinerte rollen i KF-styret som folkevalgt med personlig styreansvar skal dermed utøves innenfor rammen av åpne og offentlige styremøter.

Det daværende Kommunal- og administrasjonsdepartement har tidligere gått inn for at møter i styrene i KF som utgangspunkt skulle være lukket, jf. Ot.prp. nr. 53 (1997-1998). Departementet begrunnet dette i punkt 5.12 slik:

*«Når det gjelder møteoffentlighet er kommunelovens utgangspunkt at møter i folkevalgte organer skal holdes for åpne dører. I § 31 angis tilfeller der dørene likevel kan lukkes. Reglene er utformet med tanke på organer som driver tradisjonell kommunal forvaltningsvirksomhet. Etter utvalgets forslag gjelder ikke reglene i kommuneloven kap. 6 – derunder § 31, for kommunale foretak. Det er derfor foreslått spesialregler for bl.a. møteoffentlighet i utvalgets forslag.*

*I forslaget til regler om kommunalt foretak ligger det at organisasjonsformen er søkt tilpasset mer forretningspreget virksomhet. I slike virksomheter vil behovet for å holde styremøtene for lukkede dører normalt være større enn i alminnelige politiske organer. Dersom et kommunalt foretak skal kunne tjene som en mulig organisasjonsform for kommunal næringsvirksomhet, bør den ha tilnærmet samme rammebetingelser som eventuelle private konkurrenter. Det vil normalt heller ikke ha samme interesse for [side 71] allmennheten å være til stede ved møtene i driftsledelsen for kommunens forretningsmessige foretak.»*

Unntaket ble etter det vi kan se imidlertid opphevet ved EL08.02.2013 nr. 7 Lov om endringer i kommunelova m.m. (eigenkontroll mv.). Da ble det fastsatt at kommunelovens regler om møteoffentlighet også skulle gjelde for kommunale foretak. Vi kan likevel ikke se av forarbeidene at spørsmålet om behovet for møteoffentlighet for kommunale foretak ble særskilt drøftet.

I Prop. 46 L (2017–2018) om ny kommunelov forslø det daværende Kommunal- og moderniseringsdepartementet at folkevalgte i kommunestyret ikke skulle kunne velges til styrer i KF. Begrunnelsen var at man ville unngå habilitetsutfordringer og rollekonflikter, samt få et klarere skille mellom kommunestyret som eier og KF som «selskap».<sup>5</sup> Forslaget ble imidlertid ikke vedtatt av Stortinget.

Brukere av loven har etter det vi kan se ingen tilgjengelig rettslig begrunnelse av logikken i nåværende regulering; nemlig at man som folkevalgt i styret i KF har et individuelt rettslig ansvar for de

---

<sup>5</sup> <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/prop.-46-l-20172018/id2593519/?ch=12#kap12-4-2>

beslutningene som styret treffer, og at man som styremedlem med rettslig ansvar må utøve vervet i styremøter som er åpne for allmennheten.

### 2.3 Åpne møter – erfaringer og dilemmaer

Vi erfarer at det tidvis er krevende for mange av de styrene som i dag er underlagt krav om møteoffentlighet å få til de gode diskusjonene og meningsbrytningene som kreves for å fatte velfunderte beslutninger. Flere styrer i kommunale foretak eller interkommunale selskap med åpne styremøter har uttalt til oss at styrevedtak lettere kan settes i spill når møtene er åpne. Brytninger internt i styret tas offentlig og styret må svare for enkeltmedlemmers uttalelser i styremøtet som ikke representerer styrets syn/endelige vedtak, eller som tas ut av sin sammenheng. Resultatet er at det brukes unødvendig mye tid til opprydning og forklaringer i det som reelt sett er «ikke-saker» og at både styret og selskapet påvirkes av dette. Ytterligere en virkning kan være at det tas omkamper både i styret og i eierorganet om saker eller spørsmål som egentlig er avgjort.

Et eksempel som kan illustrere dilemmaer i denne sammenhengen er hentet fra et kommunalt havneforetak (KF), der daglig leder (med talerett) hadde kommet med en enkeltuttalelse under styremøtet som pressen og den politiske opposisjonen i kommunen grep tak i og problematiserte. Uttalelsen resulterte i en egen sak for kommunestyret. Videre opplevde en interkommunal brann- og redningsbedrift (som var pålagt åpne styremøter) i en periode at lokale medier var til stede i alle styremøtene. Selskapet hadde blant annet pågående saker med private klagere/aktører, og styrets diskusjoner og saksbehandling ble preget av forsiktighet og forbehold. Både styrets leder og daglig leder brukte mye tid på å håndtere offentlig diskusjon relatert til saker som styret skulle behandle. Vi kan også nevne et kommunalt foretak som i en periode hadde krevende diskusjoner knyttet til rolle- og ansvarsdelingen mellom styre og daglig leder. Diskusjonen i styret om roller og ansvar berørte også forhold av mer personlige karakter, og det var nok vanskelig å avgjøre hva som ble omfattet av kravet om møteoffentlighet, og hva som var taushetsbelagt eller kunne unntas av personvern hensyn. For øvrig bestod styret av kommunalt folkevalgte, der enkelte uttalte seg offentlig om saken som folkevalgte, samtidig som de som styremedlem hadde det formelle arbeidsgiveransvaret for daglig leder.

Det kan være krevende for administrasjonen i selskapet, omverden og tredjeparter å forholde seg til et styrevedtak når det leses og tolkes i lys av uttalelser og diskusjoner styret har hatt i forkant og som eventuelt viser uenighet, tvil eller ulike syn og interesser. Styrevedtaket som beslutningsgrunnlag og klarsignal for andre tiltak i virksomheten kan svekkes. Private tredjeparter som har et kontraktsforhold med foretaket risikerer at saker og spørsmål som angår dem eller avtalen, og som ikke omfattes av en lukningsgrunn, må drøftes av styret i åpent møte.

Medlemmer i foretak/selskap med krav om åpne styremøter uttaler også at det ikke alltid er enkelt å avgjøre om det foreligger lukningsgrunn for enkeltsaker ved inngangen til et møte. I foretak/selskap kommer det ikke sjeldent frem opplysninger i forbindelse med behandlingen av styresaker som trolig gir grunn til lukking. Det kan være at opplysninger som skulle vært unntatt offentlighet etter loven, ikke blir unntatt fordi de er en del av en generell styrediskusjon. Det er et krevende regelverk som skal håndteres, og det viser seg blant annet ved at Sivilombudet har mange klager på avslag på innsyn i dokumenter i forvaltningen<sup>6</sup>. Der har det vært rimelig tid til å vurdere saken skriftlig før man har avslått innsynskravet. Den tiden til å foreta vurderinger vil man ikke ha disponibel i et pågående styremøte.

### 2.4 Rekruttering til styrene i IKS

Kombinasjonen mellom styreansvaret og åpne styremøter kan også skape rekrutteringsutfordringer. Vi minner i denne forbindelsen om et innlegg skrevet av Kristin Clemet om samme tematikk i Khrono 21.06.2022, som på en god måte viser utfordringen med å rekruttere til styrer pålagt åpne styremøter.<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> Sivilombudets årsmelding 2021 viser at innsynssaker er den største kategorien saker som Sivilombudet behandler – både etter klager, men også av eget tiltak. Se: <https://www.sivilombudet.no/arsmelding-sivilombudet-2021/#Oversikt%20over%20saker%20i%2020217>

<sup>7</sup> <https://khrono.no/clemet-ville-trolig-takket-nei-til-styre plass-hvis-hun-visste-at-motene-var-apne/698561>

Både KF og IKS har behov for kompetansesammensatte styrever med bakgrunn fra ulike deler av arbeidslivet og næringslivet, som kan drive og forvalte virksomheten effektivt og til beste for sine kommunale eiere. Samfunnsbedriftene er bekymret for at lovkrav om åpne styremøter i IKS kan slå uheldig ut for rekrutteringen til styrene og dermed svekke det kompetansemangfoldet som IKS-ene er avhengig av i årene fremover.

## 2.5 Ulikheter mellom KF og IKS

Selv om kommunene i kraft av sin organisasjonsfrihet kan legge forholdsvis likeartede oppgaver og virksomhet til hhv. KF og IKS er det likevel noen ulikheter mellom organisasjonsformene som etter vårt syn kan begrunne at saksbehandlingsreglene om møter for styrene er forskjellige.

En vesentlig forskjell mellom KF og IKS er at det kommunale foretaket kun har én eier, kommunen, mens et IKS har minst to eller flere eiere. Eierinteressen og selskapsinteressen i et KF er i mange av sakene ganske sammenfallende. Det eieren ønsker, er det samme som foretaket og styret i foretaket ønsker, og den politiske diskusjonen finner sted i eierorganet - som er kommunestyret.

I et IKS er det derimot mer sannsynlig at det kan oppstå et spenn i forventninger fra ulike eiere til styret i selskapet, og styret vil dermed ha et større behov for drøfte seg frem til felles faglige beslutninger som skal ivareta *alle* eiernes og selskapets samlede interesser. Den politiske diskusjonen om f.eks. selskapsformålet eller sentrale veivalg for selskapet finner sted i eierorganet - som er representantskapet. Slike diskusjoner skal ikke tas i selskapsstyrene, hvor man utelukkende skal ivareta selskapsinteressen og det uttalte formålet fra alle eierne.

Samfunnsbedriftene mener avslutningsvis at man i vurderingen av om IKS skal underlegges de samme reglene for avvikling av møter som KF, også må vektlegge at IKS er et eget rettssubjekt og selskap som *skal* ha en større grad av rettslig og økonomisk selvstendighet enn et kommunalt foretak.<sup>8</sup> Med større grad av selvstendighet bør man også legge til grunn det alminnelige selskapsrettslige prinsippet om at styret er et kollegialt organ der styremedlemmene har en lojalitetsplikt<sup>9</sup> til selskapet og gjensidig taushetsplikt.

Vi mener dette reflekteres på en balansert måte i IKS-loven slik den er i dag, og ikke bør endres ved å lovfeste et krav om åpne styremøter.

Med vennlig hilsen  
Samfunnsbedriftene

Øivind Brevik  
Administrerende direktør

Agnete Sommerset  
Juridisk direktør

*Dokumentet er signert elektronisk..*

---

<sup>8</sup> Se KS' anbefalinger om Eierstyring, selskapsledelse og kontroll, side 6:

<https://www.ks.no/globalassets/fagomrader/for-deg-som-folkevalgt/AnbefalingerEierskap2020.PDF>

<sup>9</sup> HR-2020-1947-A (Akademiet): <https://lovdata.no/dokument/HRSIV/avgjorelse/hr-2020-1947-a?q=HR-2020-1947-A>