

Notat

Fra:

Torbjørn Brandt (torbjorn.brandt@konsek.no)

Dato: 08.10.2024**Arkivsaknr:** 23/508-16

Notat - Vurderinger knyttet til at fylkeskommunalt ansatte har styreverv i selskaper som fylkeskommunen eier

Innledning

Selskapsorganisering innebærer at virksomhet skilles ut fra fylkeskommunen som organisasjon og blir et eget rettssubjekt. Fylkeskommunens styringsrolle endres derfor fra å styre gjennom linje i organisasjonen til å styre gjennom å være eier av selskapet. Forvaltningen av selskapet ligger hos styret og daglig leder.

Avhengig av selskapsform utøver fylkestinget eierstyring gjennom representantskapet, årsmøte eller generalforsamlingen, disse omtales i notatet som eierorganet. Det er i eierorganet at det velges et styre og det er eierorganet som kan instruere styret og omgjøre dets beslutninger.

Et viktig prinsipp ved selskapsorganisering er at selskapets ledende organer skal ha betydelig grad av frihet til å drive virksomheten. Lovfestede bestemmelser og vanlige normer for god selskapsstyring setter grenser for hvor mye kommunen eller fylkeskommunen som eier disse selskapene kan og bør involvere seg i selskapenes virksomhet. Oppgaven til selskapets styre og administrasjon er å planlegge, forvalte og drive virksomheten innenfor en ytre ramme som er trukket opp av eieren/eierne. Den ytre rammen består av eierstrategien, eierskapsmeldingen og selskapsavtalen eller vedtektene for selskapet.

Fylkeskommunal eierstyring

Fylkeskommunen har mange eierinteresser i flere selskap. Henvisninger til aksjeloven, gjelder aksjeselskaper spesielt, men brukes for å belyse ulike forhold som bør være gjenstand for vurderinger også for andre selskapsformer.

Eierskapet utøves gjennom styret og styrets innsats. Styremedlemmene er selskapets og eier eller eiernes tillitsvalgte. Dette betyr at styrets medlemmer har lojalitetsplikt overfor selskapet. De skal ivareta eiers interesse eller ved flere eiere, eiernes felles interesser, og ikke den enkelte eieres særinteresse. Eksempler på at dette er nedfelt i lov, finnes blant annet i aksjeloven § 6-28 første ledd. Denne bestemmelsen fastsetter forbud mot at styret gir visse eiere eller andre en urimelig fordel på andre aksjeeieres eller selskapets bekostning.

I aksjeselskaper er generalforsamlingen overordnet styret, jf. aksjeloven § 5-1. En side av dette overordningsforholdet er at i heleide selskaper og i selskaper der fylkeskommunen har flertallet av stemmene, kan eierrepresentanten ved vedtak i generalforsamlingen gi styret instruks om ledelsen av selskapet, herunder om forretningsmessige disposisjoner. Dette kan være generelle instruks eller spesielle instruks for den enkelte sak. Styret plikter i utgangspunktet å rette seg etter slike instruks. Hvis styret er uenig i instruks og ikke ønsker å bøye seg for den, er alternativet at styremedlemmene trekker seg fra vervene.

Generalforsamlingens instruksjonsmyndighet er ikke ubegrenset. Myndigheten må utøves innenfor de rammer som følger av lovgivningen – både aksjelovgivningen og annen lovgivning. Videre setter vedtektene ramme for instruksjonsmyndigheten. Dette betyr blant annet at generalforsamlingen ikke kan instruere styret om å foreta disposisjoner som er i strid med vedtektenes formålsbestemmelse, uten først å få endret vedtektsbestemmelsen. Dette gjelder selv om selskapet er heleid av fylkeskommunen.

Instruksjonsmyndigheten må dessuten utøves under hensyn til at styremedlemmene ikke er representanter for særskilte aksjeeiere, men er selskapets og aksjeeierfellesskapets tillitsvalgte. Dette innebærer blant annet at i selskaper hvor det er aksjeeiere ved siden av staten, kan styret ikke instrueres om å treffe vedtak som er i strid med likhetsprinsippet eller aksjeeierfellesskapets interesse.

Instruks som er i strid med lov eller vedtekter, plikter styret ikke å etterkomme, jf. aksjeloven § 6-28 annet ledd.

En annen side av generalforsamlingens overordningsforhold etter aksjeloven § 5-1 er at eierrepresentanten ikke har noen myndighet i selskapet når eierrepresentanten ikke benytter generalforsamlingsformen. Dette betyr at i den utstrekning fylkeskommunen som eier ønsker å gi rettslig bindende pålegg til selskapet, må dette gjøres i form av en generalforsamlingsbeslutning. I det tilfelle at fylkeskommunen havner i konflikt med selskapet, vil det kunne svekke fylkeskommunens potensielle krav om erstatning gitt at fylkeskommunen velger en slik innretning. Risikoen for at påstander om at fylkeskommunen i praksis ikke driver eierstyring gjennom styre i selskapet, kan være vanskelig å motbevise, spesielt i situasjoner hvor selskapet er i en konflikt med fylkeskommunen.

Selskapets forhold til forvaltningsloven og offentlighetsloven

Forvaltningsloven gjelder for all virksomhet som drives innenfor fylkeskommunen som eget rettssubjekt, inkludert fylkeskommunale foretak. Selskaper omfattes som utgangspunkt ikke av forvaltningsloven, men dersom de har så tett tilknytning til forvaltningen kan de anses å være «organer for fylkeskommunen» vil forvaltningsloven likevel gjelde. Grensedragningen beror på en helhetsvurdering. Relevante vurderingstemaer er selskapsform, formålet og bakgrunnen for opprettelsen, hva slags virksomhet selskapet driver, om selskapet har monopolvirksomhet, og om den må regnes som et ledd i gjennomføringen av kommunal eller fylkeskommunal politikk. Det sentrale vurderingstemaet vil være hvor sterk reell tilknytning det er mellom selskapet og forvaltningen.

Offentlighetsloven gjelder for fylkeskommunalt eide selskaper dersom det offentlige har eierandeler som gir rett til mer enn halvparten av stemmene i det øverste organet, eller direkte eller indirekte har rett til å velge mer enn halvparten av medlemmene med stemmerett i det øverste organet. Offentlighetsloven gjelder likevel ikke for offentlig eide selskaper som hovedsakelig driver næringsvirksomhet i direkte konkurranse med og på samme vilkår som private.

I det tilfelle hvor en fylkeskommunalt ansatt samtidig har et styreverv i selskaper som fylkeskommunen eier helt eller delvis eier, følger det av bestemmelsen i forvaltningsloven at:

Den som er ansatt skal utrede en sak. f.eks. tildeling, inngåelse av leiekontrakt, slag, kjøp av varer eller tjenester mv. til det selskapet som den ansatte sitter som medlem i styret til dette selskap, vil den ansatte være inhabil i både i saksforberedelsene og til å fatte vedtak som gjelder selskapet, jf. forvaltningsloven § 8 første ledd.

Oppsummering

At ansatte i fylkeskommunen har styreverv i et selskap som fylkeskommunen eier helt eller delvis, innebærer risiko for at den ansatte:

- Opplever en lojalitetskonflikt mellom fylkeskommunen som er den ansattes arbeidsgiver og selskapet hvor den ansatte er styremedlem.
- Løper et personlig erstatningsansvar (selv med styreansvarsforsikring)
- Ikke kan utføre arbeidsoppgaver sine som følge av å være inhabil i flere saker.
- Opplever problematiske under- og overordningsforhold som ansatt mellom administrativt nivå, men også med politisk nivå.

Fylkeskommunen på sin side har risiko for:

- Avkortning eller bortfall av erstatning som følge av mislighold av en avtale, mangelfulle tjenester eller varer fra selskapet.
- utfordringer knyttet til personalforvaltningen, forsvarlig arbeidsmiljø for den ansatte eller lignende
- Ineffektiv ressursutnyttelse som følge av at en eller flere ansatte ikke kan gjøre arbeidsoppgaver sine som følge av at den ansatte eller ansatte underordnet denne blir inhabil.
- Uklart forhold til forvaltningsloven og offentlighetsloven.

Selskapet løper risiko for:

- særbehandling eller påstander om særbehandling av fylkeskommunen som eier på bekostning av øvrige eiere.
- utfordringer i sammensillet mellom eierne i eierorganet og styret.
- Habilitetsutfordringer i saker hvor det foreligger interessekonflikter eller konflikt mellom selskapet og fylkeskommunen.

Dette er ikke uttømmende. Det knytter seg risiko til langt flere forhold enn kun de som gjelder habilitet. Skulle én eller flere av disse risikoene gjøre seg gjeldende kan det foreligge både store personlige konsekvenser for den ansatte. I tillegg til organisatoriske og økonomiske konsekvenser for fylkeskommunen og selskapet, er det risiko for omdømmetap.

Selv med svært god rolleforståelse, vil den ansatte og fylkeskommunene, være utsatt for disse risikoene. Lovgivningen, gjør det svært utfordrende å både være ansatt i den fylkeskommunale administrasjonen og samtidig inneha et styreverv i et selskap som fylkeskommunen eier, skulle det oppstå konflikt eller interessekonflikter. Dette gjelder selv for tilfelle hvor kompetansen til den ansatte er uomtvistet, og at vedkommende har god rolleforståelse og meget god kjennskap til hele risikobildet.

I tillegg til dette kommer utfordringer knyttet til arbeidsmiljø og personalforvaltningen som følge av at den ansatte har flere roller, herunder roller hvor det foreligger flere under- og overordningsforhold, både innad i fylkeskommunen, men også mellom fylkeskommunens administrasjon, politisk nivå, selskapets eierorganer, og selskapets styre.

Torbjørn Brandt
seniorrådgiver