

Sivilombudsmannen
Christina Erdvik
Postboks 3 Sentrum
0101 Oslo

Deres referanse

2021/729

Vår referanse

LVO/LVO/63704/501
NOM/4273585.2

26. mai 2021

SAK 2021/729 - BEMERKNINGER STATSFORVALTERENS SVAR TIL SIVILOMBUDSMANNEN

1. Innledning

Det vises til sak 2021/729, og Statsforvalteren i Agder ("Statsforvalteren") sitt svar av 6. mai 2021 til Sivilombudsmannen knyttet til enkelte hovedspørsmål med tilhørende underspørsmål i relasjon til det kommunalt eide selskapet, Hove Drifts- og Utviklingsselskap AS ("HDU"). I oversendelsesbrev av 7. mai 2021 ble gitt en frist til 19. mai 2021 for eventuelle merknader til Statsforvalteren sin tilbakemelding. Denne fristen ble senere utvidet til 26. mai 2021.

Konkret var spørsmålene særlig relatert til "avgrensningen av rettssubjektet og dets virksomhet", "forholdet mellom kommunen og selskapet" (HDU) og HDUs "konkurransmessige stilling i forhold til det private".

Spørsmålene har nær sammenheng og knytter seg til vurderingen av om HDU er kommersielt innrettet og driver i konkurranse med andre private aktører, og om HDU er omfattet av offentliglova. Saken relaterer seg til klagen Kristina Stenlund Larsen sendte til Sivilombudsmannen 6. mars 2021.

Tilbakemeldingen fra Statsforvalteren baserer seg i stor utstrekning på HDUs egne sine synspunkter som oppleves lite treffende og løsrevet fra faktiske forhold/sentrale faktorer hva gjelder opprettelsen og driften av selskapet. Dette vil det i det følgende redegjøres nærmere.

Det gjøres oppmerksom på at HDU er eid av Arendal kommune, og det er dermed en rekke relevante offentligrettslige regler som vil gjelde for selskapet. Svarene gitt av Statsforvalteren vitner om at dette ikke er vurdert, og som Statsforvalteren, HDU eller Arendal kommune ikke har et aktivt forhold til. Eksempelvis har Klagenemnda for offentlig anskaffelser ("KOFA") i sak 2019/0292-7 uttalt i avsnitt 10 uttalt at:

"Ut fra den dokumentasjonen som er fremlagt i saken, vil ikke sekretariatet utelukke at innklagede er underlagt anskaffelsesregelverket"

Innklagede var i den saken HDU. KOFA avviste den saken fordi avtalene som ble påberopt, ikke var omfattet av anskaffelsesregelverket.

2. Rettslig vurderingstema - vilkårene i offentleglova

Det er på det rene at HDU er et selvstendig rettssubjekt og eid av Arendal kommune og at Arendal kommune i egenskap av å være eneste aksjonær utpeker styremedlemmene i selskapet.

Det er derfor et uomtvistelig faktum at HDU oppfyller vilkårene i offentleglova § 2, bokstav c) og d) som et selvstendig rettssubjekt underlagt offentleglova. Det er videre klart at det ikke er gjort unntak for HDU gjennom forskrift, jf. offentleglova § 2 (2).

Selv om HDU omfattes av offentleglova etter lovens § 2, bokstav c) og d), vil spørsmålet om HDU omfattes av offentleglova, avhenge av om selskapet:

"hovudsakleg driv næring i direkte konkurranse med og på same vilkår som private".

Bevar Hoveodden v/Kristina Stenlund Larsen mener bestemt at HDU ikke driver kommersiell virksomhet, og derfor er underlagt offentleglova.

3. Kort om svaret fra Statsforvalteren i Agder

Som angitt innledningsvis synes Statsforvalterens tilbakemelding løsrevet fra de relevante faktiske og rettslige forhold. Bevar Hoveodden vil påpeke at det ikke er noe i svaret fra Statsforvalteren i Agder som understøtter at HDU driver forretningsmessig, bortsett fra at det på side 1 legges det til grunn at *"Statsforvalteren er av den oppfatning at den største delen av HDUs samlede konkurranseutsatte virksomhet fortsatt er i HDU etter utskillingen"*.

Tvert imot inneholder brevet opplysninger som klart tilkjenner at HDU ikke driver forretningsmessig. Det at HDU ikke fatter enkeltvedtak er klart ikke tilstrekkelig til å avgjøre et spørsmål om selskapet driver forretningsmessig. Dessuten avslører svaret (eksempelvis på side 2) at det hersker usikkerhet om HDU sin virksomhet fra Statsforvalterens side, og vi viser i denne forbindelse til at Statsforvalteren uttaler at

"Det legges til grunn at HDU hovedsakelig driver med drift og utvikling av Hove-området, og at en eventuell forvaltning knytter seg til å vedlikeholde eiendommen, med unntak av den delen som ligger innenfor Raet nasjonalpark". (Vår utheving)

Og videre på side 4 at:

"Statsforvalteren er av den oppfatning at det ikke på grunnlag av de opplysninger som er fremkommet til nå kan trekkes den konklusjon at den reelle beslutningsmyndigheten ligger i den politiske eller administrative ledelsen i kommunen."

Til disse to forholdene vil det kort bemerkes at:

- Kommunale og statlige enheter som forvalter eiendommer (slik som eksempelvis Forsvarsbygg, Statsbygg og andre kommuner gjør) er underlagt offentleglova, er videre på det rene, og at

- Kommunerevisjonen kun er egnet til å belyse at det mangler både kontroll og styring av HDU som offentlig eid virksomhet.

Det er i så måte betegnende at Statsforvalteren og HDU underbygger sitt syn med mangelfull eierinvolvering og alternativ "formalisering" med utpekt "nøkkelpersonell" og løsrevne egenvurderinger av HDU's virksomhet. Reelle vurderinger av forholdet til offentleglova, reglene om offentlige støtte og anskaffelsesregelverket er fullstendig fraværende. Fravær av en aktiv tilnærming til selskapets juridiske status og kontroll er i så måte utelukkende kritikkverdige forhold, og kan på ingen måte tas til inntekt for at HDU ikke skulle være underlagt offentleglova.

Det tema Sivilombudsmannen med sine spørsmål ønsket belyst, nemlig hvorvidt HDU driver på kommersielle vilkår i konkurranse med andre private aktører, er ikke besvart fra Statsforvalterens side, og derfor vil enkelte sentrale forhold i den vurderingen trekkes frem i punkt 4 nedenfor.

4. HDU driver ikke på like vilkår med private selskaper, og ikke på kommersielle vilkår

4.1 Drift og rammebetingelser

Det sentrale spørsmålet om HDU driver forretningsmessig - i konkurranse med det private - vil avhenge av en rekke forhold, men hvor driften og rammebetingelsene vil stå sentralt. Det er i denne sammenheng relevant å trekke frem at;

- HDU er opprettet som et kommunalt eid aksjeselskap med registrert vedtektsfestet formål

"Å utvikle Hove-området i tråd med utviklingsplanen for Hove vedtatt av Arendal bystyre 21.06.2001, de vedtak bystyret i Arendal kommune gjør med hensyn på utviklingen av Hove, samt de lover og rammebetingelser som gjelder for området. Selskapet skal videre drive den virksomhet på Hove som Arendal kommune til enhver tid beslutter at kommunen skal ha driftsansvaret for."

- Selskapet har videre følgende aktivitet/bransje registrert: *"Ivareta Arendal kommunes interesser i Hoveområdet, herunder drift av leirsenter."*¹
- Driften av Hove friluftsområde er ikke konkurranseutsatt. Dersom HDU hadde drevet i konkurranse med andre private selskaper, skulle eiendomsforvaltningen vært konkurranseutsatt fra Arendal kommunes og/eller Arendal Eiendom KF sin side. Dette taler med styrke for at HDU er opprettet og tillagt denne oppgaven for kommunens gjennomføring av oppgaven i egenregi, og følgelig ikke i et konkurranseutsatt marked.
- HDUs fullmakt til å opptre som selger av bygningsmasse på Hove-området som kommunen er juridisk eier av, at HDUs virksomhet utelukkende er knyttet

¹ Driften av leirsenter skjer i dag i det utskilte selskapet Hove Leirskole AS. Vi oppfatter at HDUs virksomhet ikke er endret gjennom utskill av henholdsvis Hove Leirskole AS eller Canvas AS, men det er ikke riktig at HDUs virksomhet som sådan er konkurranseutsatt.

til kommunal eiendom, samt at HDU har ansvar for å ivareta allmenne interesser, kan bare forstås med at driften ikke er konkurranseutsatt.²²

- Lån ytt av kommunen er omgjort til aksjekapital. Selv om dette også kan skje for private selskaper, fremstår en omdanning av lån til aksjekapital i et selskap som har økonomiske utfordringer mer som en innfrielse/et avkall snarere enn en reell kapitalforhøyelse etter aksjeloven kapittel 10. Etter det opplyste er det heller ingen holdepunkter for at lånet ble gitt etter reglene i aksjeloven kapittel 11, og underbygger innfriessynspunktet.
- HDU har hatt andre fordeler sammenlignet med en privat aktør (slik som leieavtalen med kommunen, som ikke baserer seg på en bransje-/markedsstandard). Manglende leie er et klart tegn på at HDU har en fordel andre aktører ikke har – til tross for at HDU skal stå for kostnadene knyttet til eiendommen. I alle tilfeller er det ikke skjedd en vurdering/verdsettelse av ytelsene, som åpenbart ville være påkrevd – etter henholdsvis statsstøtteregelverk og antakelig kommunens egne økonomiske retningslinjer – dersom kommunen hadde inngått en avtale med en kommersiell aktør.
- I forlengelsen av dette; At en hvilken som helst leietaker skulle kunne beholde salgssummen dersom kommunens bygningsmasse overdras er dessuten ekstraordinær og fullstendig atypisk for en slik type leieavtale. Det at denne fordelten heller ikke på noe vis er vurdert i relasjon til reglene om offentlig støtte mv., understreker at HDU ikke driver kommersiell virksomhet.

Basert på ovennevnte utgangspunkt er det påfallende at Statsforvalteren og/eller HDU selv skulle mene at HDU er kommersielt innrettet og driver i konkurranse med det private.

4.2 Finansiering, avkastning og risiko

Finansiering, avkastning og risiko er dessuten sentrale elementer i en vurdering av om et selskap driver på kommersielle vilkår – i konkurranse med private aktører.

Driften av HDU har aldri har generert noe overskudd og utbytte for kommunen som aksjonær, og er den beste indikatoren på manglende kommersiell innretning.

Som for så vidt dels poengtert ovenfor har HDU ikke hatt noen nevneverdig (kommersiell) risiko knyttet til sin drifts-/forvaltningsoppgave. Snarere tvert imot har driften ved behov på ulike vis vært finansiert av kommunen.

Videre kan i denne sammenheng fremheves at HDU i brev av 16. september 2020 anmodet kommunen om ytterligere midler (grunnet inntektsbortfall), og det ut over Statens støtteordninger relatert til Covid-19 (inntatt som vedlegg [X]). I rådmannens forslag til vedtak av 11. oktober 2020 (inntatt som vedlegg [X]), blir anmodningen foreslått imøtekommet, og det er spesielt viktig å merke seg side 2 hvor det fremgår at:

²² At HDU også har ansvar for å ivareta allmenne interesser synes for så vidt også erkjent fra Statsforvalterens og/eller HDUs side på side 4 i Statsforvalterens svar.

"Hvis HDU ikke klarer seg gjennom denne korona- perioden vil kommunen ved Arendal eiendom KF eller annen løsning måtte overta ansvar for det arbeid HDU gjør i dag. Rådmannen vil ikke utelukke at dette blir dyrere for kommunen enn å dekke regninger som foreslått for 2020."

Uttalelsen gir klart til kjenne at HDU ikke opererer på like vilkår som andre private selskaper, som ikke opplever tilsvarende støtte og løsninger der selskapet står i en vanskelig finansiell situasjon og/eller har oppgaver som alternativt driftes videre av det offentlige.

5. OPPSUMMERING

Statsforvalterens svar av 6. mai 2021 til Sivilombudsmannen underbygger at HDU ikke driver i konkurranse med andre private aktører og følgelig må selskapet være underlagt offentleglova.

Dette særlig når det ses hen til hvordan HDU er driftes og finansieres – og alene det forhold at driften ikke er konkurranseutsatt viser med styrke at HDU ikke operer i et marked i konkurranse med andre private aktører.

Det oppleves videre som oppsiktsvekkende at åpenbare, og nødvendige vurderinger i relasjon til HDUs rettslige rammebetingelser er fullstendig fraværende, og er i seg selv kritikkverdig. Dette underbygger også den opprinnelige klagen av 6. mars 2021 hvor disposisjonene knyttet til HDU gir fordeler som ikke kan forsvares rettslig, herunder at konsekvensutredninger, forholdet til habilitet o.l. heller ikke har vært vurdert.

Med vennlig hilsen