

Hordaland fylkeskommune
v/ Økonomisjef Nils Egil Vetlesand

Tlf.: +47 55 21 81 00
Fax: +47 55 21 81 33
www.deloitte.no

26. oktober 2015

Ansvarlig partner: Erlend Øen

Vedrørende kommunal garanti ifb. Hordaland Teater LL og flytting til nye lokaler

Vi viser til innledende møte samt korrespondanse knyttet til garantistillelse til fordel for Hordaland Teater LL i forbindelse med at teateret skal flytte til nye lokaler i Bergen sentrum. Det er bedt om en juridisk vurdering av om Hordaland fylkeskommune har rettslig adgang til å stille garanti til teateret som planlagt.

I forbindelse med mulig flytting av aktiviteten til Hordaland Teater LL og forhandling om leieavtale i den forbindelse er det aktuelt at teateret skal oppføre et tilbygg til de leide lokalene. Hordaland fylkeskommune vurderer å stille garanti i forhold til finansiering av disse byggearbeidene. Det er en slik eventuell garanti som i dette notatet vurderes i forhold til kommunelovens bestemmelser.

Sammendrag/konklusjon:

Etter vår vurdering kan Hordaland fylkeskommune stille garanti for Hordaland Teater LL sin låneforpliktelse i forbindelse med opparbeidelse av tilbygg på nye lokaler i Logen uten at dette kommer i strid med kommuneloven § 51 nr. 2.

Vår begrunnelse for dette følger nedenfor.

1. Faktisk utgangspunkt

Vi har gjennomgått dokumenter fra Hordaland fylkeskommune i sakens anledning. Vi har videre som avtalt gjennomført møte med Hordaland Teater LL v/ Atle Marøen og Terje Lyngstad for innhenting av faktum til grunnlag for vår vurdering. Hordaland Teater LL har fremlagt (usignert) utkast til leieavtale, vedtekter for teateret og en rekke andre dokument for beskrivelse av det faktiske utgangspunkt for saken. Utover dette er det innhentet opplysninger fra offentlige register.

Hordaland Teater LL har i dag registrert følgende formål i Enhetsregisteret:¹

¹ I følge Enhetsregisteret var formålet sist endret i januar 2008

Deloitte Advokatfirma AS - Oslo Bergen Drammen Haugesund Kristiansand Stavanger Trondheim Tønsberg - M.N.A.

Driva profesjonell og allsidig teaterverksemd i Hordaland. Teateret skal ha eit særleg ansvar for å skapa framsyningar for barn og unge. Teateret skal først og fremst spela på nynorsk og dialekt. Teateret skal arbeida for å få fram ny dramatikkk

Hordaland Teater LL er eid av Hordaland fylkeskommune (60% eierandel), Vestlandske Teatersenter (20% eierandel) og Hordaland Ungdomslag, Voksenopplæringsforbundet, Folkeakademiet Hordaland og Noregs Mållag (alle hver med 5 % eierandel). Hordaland Teater LL eier 8,33 % av aksjene i Kultur Vest AS.

Hordaland Teater LL skal etter selskapets vedtekter ikke utdele eventuelt økonomisk overskudd til sine eiere. Det samme gjelder overskudd ved oppløsning av selskapet. Overskudd skal «nyttast til tiltak i samsvar med føremålet til selskapet».

Styret i Hordaland Teater LL består av 6 medlemmer som velges av generalforsamlingen. Styreleder og ytterligere tre medlemmer skal foreslås av Hordaland fylkeskommune, mens ett medlem skal foreslås av de øvrige eierne og ett av de ansatte ved teateret.

Hordaland Teater LL har i lengre tid søkt etter en mer sentral plassering av teaterets hovedscene. Begrunnelsen for en mer sentral plassering av hovedscenen er ønske om å oppnå

- Bedre publikumstilgang, bedre plassering i forhold til publikum og målgrupper
- Bedre kunstnerisk team (mer sentral plassering skal kunne øke muligheten for å rekruttere)
- Bedre kunstfaglig arena, oppnå synergievinster med annen kunstnerisk virksomhet i Bergen og øke mulig muligheten for gjestespill
- Bedre tekniske fasiliteter av hensyn til HMS

Hordaland Teater LL er på denne bakgrunnen i forhandlinger med Selskabet Den Gode Hensigt om leie av lokaler i Logen teater i Bergen sentrum. Etter utkast til leieavtale skal leieforholdet gjelde i 20 år beregnet fra 1. juli 2018, med opsjon for Hordaland Teater LL til forlengelse av leietiden med ytterligere 10 år. Utkastet gir Hordaland Teater LL eksklusiv bruksrett til de areal i Logen teater som omfattes av leieavtalen, men unntak for at huseier har rett til å bruke lokalene ved noen årlige arrangement.

Hordaland Teater LL vil ikke endre sin virksomhet selv om teateret flytter til nye lokaler. Teateret vil derfor blant annet fortsette som regionteater for Hordaland i samsvar med teaterets turneplikt. Nye lokaler forventes å kunne gi økt mulighet for gjestespill. Gjestespill innebærer ikke at teaterlokalene leies ut, men kun stilles til disposisjon for gjestetateater.

I de aktuelle lokalene er det i dag et serveringssted/bar i tredje etasje. Det er planlagt at det også etter teaterets overtakelse av leielokalene skal være et serveringstilbud i lokalene med tilknytning til teaterets virksomhet. Serveringsvirksomheten skal nedskaleres i forhold til dagens omfang. Hordaland Teater LL planlegger å la andre eventuelt drive serveringsvirksomheten. Lokalene for dette formålet vil eventuelt leies ut til en aktør som driver serveringsvirksomhet for egen regning og risiko.

Hordaland Teater LL sin virksomhet er finansiert ved offentlige tilskudd og ved egne inntekter fra billettsalg mv. I 2014 fordelte de totale driftsinntekter seg ved hhv. ca. MNOK 1 egne

inntekter, MNOK 16,4 fra tilskudd og MNOK 0,5 fra andre inntekter. For 2014 endte virksomheten med et negativt driftsresultat i størrelsesorden MNOK 1,2. Av årsmeldingen for 2014 fremkommer det også at inntektene/fordelingen mellom inntektene i 2013 var nokså like som i 2014. Teateret hadde i 2013 et positivt driftsresultat på MNOK 0,7.

I forbindelse med leieforhandlingene er det forutsatt mellom partene at Hordaland Teater LL for egen regning og risiko skal kunne oppføre tilbygg til de leide lokaler. Tilbygget skal blant annet sikre universell utforming og mulighet for transport av teknisk utstyr mv. til bruk i teaterproduksjonen.

Tilbygget skal ikke omfattes av leieavtalen, herunder skal ikke Hordaland Teater LL svare leievederlag for tilbygget. Etter endt leietid (20 + 10) er det partenes intensjon at tilbygget overdras til Selskabet Den Gode Hensigt vederlagsfritt.

Tilbygget har en estimert kostnadsramme inklusive merverdiavgift på ca. MNOK 60, som i sin helhet er tenkt lånefinansiert. Hordaland fylkeskommune vurderer å garantere fullt ut (inklusive merverdiavgift) for Hordaland Teater LL sitt lån i denne sammenheng.

2. Rettslig utgangspunkt

Vurderingen gjelder Hordaland fylkeskommune sin adgang til å stille garanti for Hordaland Teater LL sine låneforpliktelser i forbindelse med tilbygget. Fylkeskommunens adgang til å stille garanti reguleres av kommunelovens § 51 som lyder:

Garantier og pantsetting for andres økonomiske forpliktelser.

1. Vedtak om å stille kausjon eller annen økonomisk garanti for virksomhet som drives av andre enn kommunen eller fylkeskommunen selv, skal godkjennes av departementet.

2. Det kan ikke stilles kausjon eller annen økonomisk garanti knyttet til næringsvirksomhet som drives av andre enn kommunen eller fylkeskommunen selv.

3. Departementet kan i forskrift fastsette nærmere regler om garantier. Det kan i forskriften også gis bestemmelser om at garantier som er av mindre omfang, ikke trenger statlig godkjenning.

4. Kommuner og fylkeskommuner kan ikke rettsgyldig pantsette sine eiendeler til sikkerhet for andres økonomiske forpliktelser.

3. Vår vurdering

Den aktuelle bestemmelsen for vår vurdering her er § 51 nr. 2. Det følger av lovforarbeidene² at bestemmelsen er ment å skulle sikre at kommuner og fylkeskommuner ikke påtar seg en fremtidig økonomisk belastning av ukjent omfang:

² Ot.prp. nr. 42 (1991-92) side 296.

For det første fastsettes det et uttrykkelig forbud mot garantistillelse som er knyttet til næringsformål, siden kommunen/fylkeskommunen i slike tilfelle utsetter seg for en særlig økonomisk risiko hvor framtidig belastning ikke er kjent.

Av § 51 nr. 2 fremgår det at Hordaland fylkeskommune ikke kan stille kausjon eller økonomisk garanti knyttet til næringsvirksomhet som utøves av andre enn fylkeskommunen selv. Forbudet mot kausjon og garantistillelse er absolutt, regelen er såkalt ikke-dispensabel.

Lovens begrep «kausjon og økonomisk garanti» omfatter selvstendige garantier og tredjemannsgarantier, og både selvskyldner- og simpel kausjon. Den garanti som vurderes stilt for teaterets låneforpliktelse vil således i utgangspunktet omfattes av § 51 nr. 2 uavhengig av hvorledes fylkeskommunens garantiforpliktelse gis til sist. Avgjørende er bare at fylkeskommunen på ett eller annet vis garanterer for Hordaland Teater LL sin låneforpliktelse.

Når loven omtaler «andre enn kommunen eller fylkeskommunen selv», så omfatter dette i utgangspunktet alle virksomheter som ikke styres av kommunalt / fylkeskommunalt organ.

Hordaland Teater LL er som et aksjeselskap et selvstendig rettssubjekt og følgelig «andre enn» fylkeskommunen. Dette selv om fylkeskommunen har aksjemajoritet og utpeker flertallet av styremedlemmene, og slik sett i alle fall indirekte «styrer» Hordaland Teater LL. Det er lagt til grunn for forståelsen av kommuneloven § 51 at «andre enn» også omfatter heleide kommunale aksjeselskap.

Gjenstående vurdering er da om Hordaland Teater LL driver «næringsvirksomhet» i kommunelovens § 51 sin forstand. Dersom Hordaland Teater LL driver «næringsvirksomhet» i bestemmelsens forstand, så er det ikke adgang for fylkeskommunen til å gi garanti som vurdert.

Kommuneloven har selv ingen ytterligere avklaring av hva den legger i begrepet «næringsvirksomhet». Ut fra forarbeidene og senere uttalelser / forvaltningspraksis knyttet til bestemmelsen, så kan det utledes at med «næringsvirksomhet» menes i denne sammenheng mer tradisjonell forretningsvirksomhet som utøves med formål om å skaffe økonomisk gevinst for eierne.

Og det er nettopp *formålet* med virksomheten som er avgjørende i forhold til vurderingen av hvorvidt næringsvilkåret i relasjon til kommuneloven er oppfylt. Dette fremkommer blant annet av forarbeidene til endring av kommuneloven³ hvor departementet uttaler at det i praksis knyttet til § 51 vil legge større vekt på det subjektive element ved vurdering av om et virksomhet er næringsvirksomhet eller ikke:

Det er ikke ønskelig å avskjære kommunal garanti for virksomheter som har et ideelt formål i den forstand at det ikke tas sikte på å gi eieren noen økonomisk gevinst. Departementet har derfor kommet til at det bør legges avgjørende vekt på hvorvidt eieren av virksomheten har et uttrykkelig gevinstformål

³ Ot.prp. nr. 43 (1999-2000)

I forhold til virksomhet utøvd av et aksjeselskap så foreligger det en presumpsjon for at virksomheten utøves med økonomisk formål for øyet, dvs. at aksjeselskapet utøver næringsvirksomhet. Aksjeloven § 2-2 (2) fastsetter derfor at annet formål skal nedfelles i selskapets vedtekter.

Hordaland Teater LL har som formål å drive «*profesjonell og allsidig teaterverksemd*» og å «*skapa framsyningar for barn og unge*» mv. Teateret har imidlertid også nedfelt at det ikke skal utdele eventuelt økonomisk overskudd til eierne.

I den grad regnskapstallene for 2013 og 2014 er representative for dagens virksomhet i selskapet, og den virksomhet som vil utøves også fremover i nye lokaler, så er teateret for øvrig heller ikke objektiv sett egnet til å gi økonomisk overskudd. Teateret synes derimot avhengig av til dels store økonomiske tilskudd for økonomisk balanse.

Både Hordaland Teater LL sitt formål og vedtektene for øvrig, samt faktiske økonomiske resultat for virksomheten, tilsier at Hordaland Teater LL ikke utøver næringsvirksomhet i den forstand som omfattes av kommuneloven § 51 nr. 2.

Det skal imidlertid være serveringsvirksomhet knyttet til teaterets virksomhet i de nye lokalene, og formodentlig vil serveringsvirksomheten skje med formål om økonomisk gevinst, dvs. være næringsvirksomhet.

Gitt den organisering som er planlagt ved å leie ut serveringslokaler til en aktør, så er relevant vurdering i denne sammenheng om *utleien* til den som skal drifte serveringsstedet vil skje som ledd i næringsvirksomhet hos Hordaland Teater LL. Det er ikke gitt tilstrekkelige opplysninger til å vurdere hvorvidt utleien vil skje som ledd i næringsvirksomhet for Hordaland Teater LL. Vi forutsetter imidlertid at utleien vil skje under en organisering som i alle fall gir teateret kostnadsdekning.

Etter vår vurdering vil ikke fremleie av lokaler fra Hordaland Teater LL til et selskap som drifter serveringsvirksomheten være til hinder for at Hordaland fylkeskommune kan stille garanti for teaterets låneopptak i forbindelse med tilbygget.

Vi viser igjen til at kommunelovens § 51 nr. 2 skal forstås slik at det er formålet med aktiviteten til den som det stille kausjon/garanti for som skal vurderes. Hordaland Teater LL sitt formål med utleie av lokaler til en serveringsvirksomhet kan nok være dels å skape økonomisk overskudd av selve utleievirksomheten. Hovedformålet med utleien er imidlertid slik vi forstår det, å gi «sedvanlig» serveringstilbud til teaterets gjester, for derigjennom å øke publikumstilgangen. Hvorvidt utleien generer økonomisk overskudd til Hordaland Teater LL er således mer underordnet. Økt publikumstilgang kan naturligvis innebære økte inntekter og potensielt økonomisk overskudd fra teatervirksomheten, men fra denne (hoved)virksomheten er det nedfelt forbud mot utbytte. Eventuelt overskudd fra teaterets utleie av lokaler vil således uansett kun gå til teatervirksomheten, og fra teatervirksomheten vil det uansett ikke gis utbytte.

Vi viser i denne sammenheng også til at det er enighet i juridisk teori om at man ved vurdering av «garantiforbudets» rekkevidde, skal vektlegges hvorvidt den virksomhet det er tale om å

garantere for, utøves i et alminnelig marked og med fortjeneste som formål, og at en formålsbetraktning av kommuneloven § 51 nr. 2 tilsier at «garantiforbudet» ikke utelukker garanti for en aktivitet / virksomhet hvor det ligger mulighet for *visse* inntekter. Frihagen uttaler⁴ blant annet i denne sammenheng «*Det kan heller ikke legges avgjørende vekt på hvorvidt det foreligger en situasjon hvor den virksomhet som det skal garanteres for, er i et konkurranseforhold med andre som driver næringsvirksomhet. Eksistensen av kommersielt drevne private sykehus, aldershjem, idrettsanlegg m.m. med fortjeneste som siktemål, kan ikke avskjære kommunale garantier til støtte for slike virksomheter av mer tradisjonell karakter; drevet med offentlig støtte av foreninger, stiftelser m.m., fordi de siste er i et konkurranseforhold med kommersielt drevne foretak.*»

Vi viser til sist også til at slik vi forstå det er omfanget på utleien (både i tid, kroner og andel av disponibelt arealer) er relativt sett tilnærmet underordnet hovedaktiviteten hos Hordaland Teater LL, og at både lovforarbeidene og juridisk teori støtter at det kan stilles kommunal garanti selv om deler av aktiviteten til den som garantien for, kan gi en viss økonomisk gevinst. Så lenge gevinsten ikke kan utdeles som utbytte, er ikke betingelsene for «garantiforbudet» oppfylt.

4. Oppsummering og konklusjon

Etter vår vurdering utøver ikke Hordaland Teater LL «næringsvirksomhet» i kommunelovens § 51 sin forstand.

Det er derfor vår vurdering at kommuneloven § 51 nr. 2 ikke er til hinder for at Hordaland fylkeskommune stiller garanti for Hordaland Teater LL sin låneforpliktelse i forbindelse med opparbeidelse av tilbygg på nye lokaler i Logen.

Garantien må begrenses, både slik at den ikke gjelder lengre enn tilbyggets levetid (ikke overstiger investeringsobjektets levetid) og at den beløpsmessig begrenses, konferer garantiforskriften⁵ §§ 3 og 4.

Garantistillelsen må godkjennes av Kommunal- og Moderniseringsdepartementet, se kommuneloven § 51 nr. 1.

⁴ Frihagens kommentarer til kommuneloven § 51 på rettsdata.no

⁵ Forskrift om kommunale og fylkeskommunale garantier av 2. februar 2001 nr. 144.

Undertegnede er tilgjengelig for ytterligere gjennomgang av ovennevnte dersom det er ønskelig.

Med vennlig hilsen
for Deloitte Advokatfirma AS

Eirik Bjørhusdal
Advokat

Kopi: Deloitte AS v/ Helge Roald Johnsen