

Hordaland fylkeskommune
Attn. Guro Klyve

Per e-post til guro.klyve@hfk.no

Ansvarlig partner: Rolf Erik Disch

16. november 2016

Vedrørende organisering av en renovering og påbygging av fylkeskommunens hovedbygg

Vi viser til møte 22. desember 2015 og etterfølgende korrespondanse i sakens anledning, senest vår oppdragsbekreftelse av 19. januar 2016.

Som avtalt har vi utarbeidet en innledende redegjørelse for de rettslige forhold som kan være særlig aktuelle ved mulige modeller for organisering og finansiering av en total renovering / nybygg av Hordaland fylkeskommune (heretter HFK) sitt hovedbygg i Agnes Mowinckels gate 5, Bergen. Siden dette skal være en innledende redegjørelse, må ikke vår gjennomgang nedenfor oppfattes som en fullstendig eller endelig gjennomgang for alle de rettslige problemstillinger som kan oppstå i forbindelse med alternativene som er omhandlet her. Vår gjennomgang er begrenset til en skissering av de rettslige forhold som særlig bør vurderes i forbindelse med organisering av en renovering / påbygging av fylkeskommunens hovedbygg

Det er bedt om at redegjørelsen skal omfatte følgende alternative organiseringer:

- Salg av hovedbygget før renovering / påbygg til aksjeselskap eiet av HFK. Aksjeselskap består renovering / påbygg og leier bygget til HFK. Renovering / påbygg finansieres enten internt eller eksternt, se punkt 1 nedenfor
- Salg av hovedbygget til ekstern aktør som renoverer for langtidstilbakeleie til HFK, se punkt 2, nedenfor
- HFK eier bygget og foretar total renovering eller kun mindre nødvendige renoveringer i egen regi, se punkt 3 nedenfor

Det er videre bedt om en vurdering av om det kan være ytterligere former for organisering. Vi ser ett mulig ytterligere alternativ, hvor organiseringen er overdragelse av bygget til et aksjeselskap eid sammen av HFK og ekstern før renovering og tilbakeleie, se punkt 4 nedenfor.

Etter Deloitte Advokatfirma AS sin vurdering er særlig følgende regelverk aktuelt i denne sammenheng:

- Lov om kommuner og fylkeskommuner
- Lov om offentlige anskaffelser
- Lov om offentlig støtte
- Lovene om hhv. skatt av formue og inntekt, merverdiavgift og kompensasjon av merverdiavgift for kommuner, fylkeskommuner mv.
- Lov om dokumentavgift
- Lov om aksjeselskaper

1	Organisering med salg av hovedbygget til eget AS og tilbakeleie	3
1.1	Salg av hovedbygget	3
1.1.1	Reglene for offentlig støtte og lov om aksjeselskaper.....	3
1.1.2	Skatt.....	3
1.1.3	Merverdiavgift	3
1.1.4	Dokumentavgift	4
1.1.5	Reglene for offentlige anskaffelser	4
1.1.5.1	HFK sin posisjon	4
1.1.5.2	Eget AS sin posisjon	5
1.2	Utleie fra eget AS til HFK.....	6
1.2.1	Reglene for offentlig støtte og lov om aksjeselskaper.....	6
1.2.2	Skatt.....	6
1.2.3	Merverdiavgift	6
1.2.4	Reglene for offentlige anskaffelser	7
1.3	Finansiering.....	7
1.3.1	Intern finansiering	7
1.3.2	Ekstern finansiering.....	9
2	Organisering med salg av hovedbygget til eksternt AS og tilbakeleie.....	10
2.1	Salg til eksternt AS.....	10
2.2	Utleie fra eksternt AS til HFK	11
2.2.1	Særlig om leieavtale med eksternt AS	11
3	Renovering i egen regi	11
3.1	Særlig vedrørende finansieringens konsekvenser for økonomiske nøkkeltall.....	12
4	Salg av hovedbygg til «joint venture AS» som leier ut til HFK	12

1 Organisering med salg av hovedbygget til eget AS og tilbakeleie

Med eget AS mener vi her et aksjeselskap som er 100 % eid av HFK. Et AS vil være et selvstendig rettssubjekt og ikke en del av HFK selv om HFK eier samtlige aksjer i aktuelt AS.

1.1 Salg av hovedbygget

Eventuell beslutning om salg eller annen overføring av hovedbygget må foretas av fylkestinget, såfremt det ikke foreligger konkret delegasjon knyttet til dette, konferer kommuneloven § 6.

Vi legger her til grunn at eiendomsretten til hovedbygget overføres fra HFK til eget AS gjennom salg. For ordens skyld gjør vi oppmerksom på at de regler som omtales nedenfor i utgangspunktet vil kunne være relevante også for andre overdragelsesformer enn salg, men samtidig at det ikke kan utelukkes variasjoner i de rettslige implikasjoner alt etter hvilken transaksjonsform som velges.

Som alternativ til et rent salg, kan hovedbygget benyttes som tingsinnskudd etter reglene i aksjelovens kap. 10. Vederlaget vil da være aksjer i det nystiftede selskapet, eventuelt i en kombinasjon med salg med selgerkreditt.

1.1.1 Reglene for offentlig støtte og lov om aksjeselskaper

Salg av hovedbygget til eget AS må på grunn av reglene for offentlig støtte skje til alminnelig markedsverdi. Vi kan ikke se at regelverket unntar salg til subjekt under det offentliges kontroll som aktuelt her. For å unngå eksponering knyttet til støtteforbudet må altså HFK selge hovedbygget til eget AS under alminnelige markedsvilkår. Etter prosedyrereglene for salg av offentlige anskaffelser¹, antas salg av offentlig eid eiendom å ha skjedd under alminnelige markedsvilkår såfremt salget skjer (i) gjennom åpen budrunde eller (ii) etter at det er foretatt en uavhengig vurdering av markedsverdien som legges til grunn for salget.

I dette tilfellet vil naturligvis kun sistnevnte være et alternativ. Følgelig må HFK for å unngå eksponering som nevnt innhente en ekstern vurdering av markedsverdien til hovedbygget, og legge denne verdien til grunn ved salg til eget AS.

For så vidt vil det samme prinsipp for verdivurdering ved overføring fra HFK til eget AS følge av reglene om transaksjoner mv. mellom aksjeselskap og dets eier, konferer lov om aksjeselskaper § 3-8 og § 2-6 sammenholdt.

1.1.2 Skatt

Salget av hovedbygget fra HFK til eget AS vil ikke utløse gevinstskatt for HFK, konferer at HFK som fylkeskommune er unntatt fra skatteplikt i henhold til skatteloven § 2-30 (1), c), og at salget derved ikke utløser gevinstbeskatning, konferer § 2-30 (1), c) og § 2-5.

1.1.3 Merverdiavgift

HFK er underlagt to ulike regelverk knyttet til merverdiavgift, merverdiavgiftsloven og lov om kompensasjon av merverdiavgift for kommuner, fylkeskommuner mv. (kompensasjonsloven).

Salget som sådan utløser ikke merverdiavgift. HFK skal ikke beregne utgående merverdiavgift ovenfor eget AS jf. unntaket for avgiftsplikt ved salg av fast eiendom i merverdiavgiftsloven § 3-11.

For ordens skyld gjør vi oppmerksom på at dette kan innebære at HFK er avskåret fra fradragrett/kompensasjon for merverdiavgift på kostnader knyttet til eiendomssalg, f.eks. megler, advokat e.l., i henhold til nyere uttalelser fra avgiftsmyndighetene som synes å legge til grunn en ny rettsforståelsen hva gjelder fradrag for såkalte «transaksjonskostnader».

¹ Se ESAs retningslinjer Part V, kapittelet «State aid elements in sales of land and buildings by public authorities»

Salget kan imidlertid utløse merverdiavgiftskostnader for HFK, gjennom en tilbakebetalingsplikt for tidligere fradragsført² eller kompensert³ merverdiavgift. Potensiell tilbakebetalingsplikt er begrenset til fradragsført/kompensert merverdiavgift på eventuelle byggetiltak som er foretatt de siste 10 år, og hvor fradragsført/kompensert merverdiavgift utgjorde minst TNOK 100, se merverdiavgiftsloven kap. 9 og kompensasjonsloven § 16 og dens forskrift § 6.

HFK sin tilbakebetalingsplikt knyttet til merverdiavgift kan imidlertid enkelt unngås ved at den overføres til eget AS gjennom såkalt «justeringsavtale» mellom partene. Eget AS kan dog kun overta tilbakebetalingsplikten med befriende virkning for HFK dersom eget AS underlegger leieforholdet ovenfor HFK frivillig registrering i henhold til merverdiavgiftsloven § 2-3 (1).

1.1.4 Dokumentavgift

I henhold til lov om dokumentavgift § 6 vil tinglysning av skjøte for eiendommen med eget AS som hjemmelshaver utløse dokumentavgift, per tiden beregnet med 2,5 % av eiendommens salgsverdi på tinglysningstidspunktet.

Dokumentavgiften kan imidlertid unngås dersom man ikke tinglyser ny hjemmelshaver, men i stedet f.eks. tinglyser urådighet for HFK.

1.1.5 Reglene for offentlige anskaffelser

Reglene for offentlige anskaffelser kan her være relevante i to sammenhenger; (i) HFK sin posisjon og (ii) eget AS sin posisjon.

1.1.5.1 HFK sin posisjon

HFK er klart nok pliktsubjekt i forhold til reglene for offentlige anskaffelser.

Reglene for offentlige anskaffelser omfatter i utgangspunktet klart nok ikke *salg* fra offentlig myndighet, slik som HFK. Imidlertid er det et relevant vurderingstema om regelverket likevel kan komme til anvendelse på HFK sitt eventuelle salg av hovedbygget til eget AS, fordi dette skjer med tanke på at HFK skal leie renoverert bygg tilbake.

Praksis knyttet til reglene for offentlige anskaffelser viser at regelverket kan komme til anvendelse dersom *realiteten* i en «sale and leaseback» avtale, er at selger/tilbakeleier *foretar en bygg-/anleggsanskaffelse*. Unntaket i forskrift om offentlige anskaffelser § 1-3 (2), b) om innleie av fast eiendom er da ikke anvendelig. Under en slik allokering av forholdet foretar HFK en bygg-/anleggsanskaffelse som må utlyses på vanlig måte.

Unntaket for såkalt «utvidede egenregi» kan være anvendelig på avtaleforholdet mellom HFK og eget AS. Unntaket for «utvidet egenregi» er ulovfestet, og utgangspunktet for dets anvendelse er at følgende to kriterier må begge være oppfylt:

1. Kontrollkriteriet; oppdragsgiver må utøve en kontroll over leverandøren som tilsvarer den kontroll den utøver over egen virksomhet, og
2. Aktivitetskriteriet; den vesentlige delen av leverandørens aktivitet (omsetning) må være for oppdragsgiver

I angjeldende tilfelle vil kontrollkriteriet kunne være oppfylt siden HFK eier samtlige andeler i eget AS.

Aktivitetskriteriet vil også kunne være oppfylt dersom eget AS kun har som aktivitet å leie ut bygg/anlegg til HFK. I henhold til praksis knyttet til egenregiunntaket, vil endatil aktivitetskriteriet kunne være oppfylt selv om eget AS har noe aktivitet ovenfor andre enn HFK. Etter praksis aksepteres

² Fradragsrett etter merverdiavgiftsloven

³ Kompensert etter lov om kompensasjon av merverdiavgift for kommuner, fylkeskommuner mv.

aktivitet mot andre en hovedoppdragsgiver (HFK) med inntil 20% av total⁴. Slik sett kan aktivitetskriteriet oppfylles selv om eget AS skulle leie ut noe areal til andre enn HFK.

De ovenfor nevnte unntak er utpreget skjønnsmessige og i stadig innholdsmessig endring. Det må således foretas en konkret vurdering av hvorvidt de kan være anvendelig under den organisering som velges for renovering mv. av HFK sitt hovedbygg, eller om HFK allerede før avtale om salg av hovedbygningen til eget AS må hensynta reglene for offentlige anskaffelser.

For det tilfelle at HFK utlyser anbudskonkurranse for bygg-/anleggsanskaffelse under en «sale and leaseback» organisering, vil i utgangspunktet reglene knyttet til salg av offentlig eiendom / støtteregelele også være ivaretatt. Overdragelsen skjer da presumptivt til alminnelige markedsvilkår.

1.1.5.2 Eget AS sin posisjon

Den andre situasjonen hvor anskaffelsesreglene kan være relevant i denne sammenheng er eget AS sin anskaffelse av nødvendige entreprenørtjenester mv.

Etter lov om offentlige anskaffelser gjelder jf. dens § 2 gjelder loven for «*statlige, kommunale og fylkeskommunale myndigheter og offentligrettslige organer*».

I forskrift om offentlige anskaffelser § 1-2 er det fastsatt hva som ligger i begrepet «offentligrettslig organ». Forskriften definerer begrepet slik;

ethvert organ som:

- a. som tjener allmennhetens behov, og ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter, og*
- b. som er et selvstendig rettssubjekt og*
- c. som i hovedsak er finansiert av myndigheter eller organer som nevnt i første ledd, eller hvis forvaltning er underlagt slike myndigheters eller organers kontroll, eller som har et administrasjons-, ledelses- eller kontrollorgan der over halvparten av medlemmene er oppnevnt av slike myndigheter eller organer*

Problemstillingen er da om eget AS kan oppfylle kriteriene for «offentligrettslig organ» under den funksjon selskapet er tiltenkt.

Vilkårene i bokstavene b og c er oppfylt ved at eget AS er et aksjeselskap og at det er 100 % eid av HFK. Problemstillingen knytter da seg i realiteten til om eget AS «*tjener allmennhetens behov, og ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter*».

Også denne vurderingen er utpreget skjønnsmessig og den må foretas konkret, men ut fra formålet med eventuell stiftelse av eget AS, selskapets finansiering, hvilken eier og kontroll selskapet er underlagt, dets kommersielle risiko og konkurransesituasjon, taler mye for at eget AS vil kunne oppfylle også kriteriet under bokstav a. Etter vår vurdering taler bakgrunnen for eventuell etablering av eget AS og dets funksjon, for at selskapet vil måtte anses som et «offentligrettslig organ» i dette regelverkets forstand.

Forutsatt at eget AS er «offentligrettslig organ» og pliktsubjekt i forhold til reglene for offentlige anskaffelser, så vil eget AS måtte utlyse offentlig anbud for anskaffelse til bruk i renovering mv. av hovedbygget.

Reglene for offentlige anskaffelser kan altså både være relevant i forhold til HFK sin avtale med eget AS og i forhold til innkjøp av entreprisetjenester mv.

⁴ 20 % grensen er nå nedfelt i nytt EU direktiv, og foreslått nedfelt i utkast til ny forskrift for offentlige anskaffelser

1.2 Utleie fra eget AS til HFK

1.2.1 Reglene for offentlig støtte og lov om aksjeselskaper

Reglene for offentlig støtte kan innebære at husleien mellom eget AS og HFK må settes til *maksimalt* markedsleie. Husleie utover markedsleie vil kunne innebære ulovlig statsstøtte til eget AS, dersom eget AS anses som næringsdrivende i dette regelverkets forstand.

Aksjelovens bestemmelser som nevnt ovenfor under punkt 1.1.1, § 3-8 og § 2-6 sammenholdt, tilsier at husleien må settes til alminnelig markedsnivå.

I relasjon til disse reglene bør HFK følgelig legge til grunn at husleie til eget AS skal svares på alminnelige markedsvilkår. Se likevel nedenfor vedrørende skatt.

1.2.2 Skatt

Eget AS vil være et ordinært skattesubjekt i henhold til skatteloven § 2-2, og følgelig vil utleievirksomheten i utgangspunktet kunne utløse skatteplikt for eget AS jf. skatteloven § 5-1. Jf. ovenfor under punkt 1.2.1 skal utleien mellom eget AS og HFK i utgangspunktet skje under alminnelige markedsvilkår. Eget AS vil da utøve næringsvirksomhet som er alminnelig skattepliktig, og eget AS sin skattekostnad vil slik kunne bli del av endelig kostnadsbilde for HFK, ved at eget AS sin skattekostnad må gjenspeiles i leievederlaget HFK skal betale.

I henhold til noe praksis knyttet til skatteloven kan eget AS unngå skatteplikten dersom utleien til HFK skjer til såkalt «kostnadsdekning», dvs. at leievederlaget kun dekker de faktiske kostnader eget AS har knyttet til utleievirksomheten. Utleie til kostnadsdekning akkumulerer da ikke økonomisk overskudd som kommer til beskatning, konferer aksjeloven § 2-32.

For å unngå skatteplikten og samtidig ivareta aksjelovgivningens krav til markedsvilkår mellom eier og AS, må eget AS etableres som et «non profit» selskap med eneste formål om å leie ut bygget til HFK. Under slik organisering vil det være AS sin «markedssituasjon» å leie ut til HFK under avtale om kostnadsdekning. Eget AS vil under en slik organisering i utgangspunktet ikke kunne leie ut ledig areal til andre. En organisering med eget AS som «non profit» mv. vil imidlertid ha en side mot merverdiavgiftslovens krav om utleien som ledd i næringsvirksomhet for frivillig registrering, se nedenfor under neste punkt.

1.2.3 Merverdiavgift

Utleie av fast eiendom er unntatt fra merverdiavgiftslovens virkeområde, jf. dens § 3-11.

Eget AS kan underlegge leieforholdet en frivillig registrering etter merverdiavgiftsloven § 2-3(1). Eget AS oppnår da fradragsrett for merverdiavgift på alle relevante anskaffelser til bruk i utleievirksomheten, under lovens alminnelige vilkår.

Et vilkår for frivillig registrering er at utleie skjer som ledd i næringsvirksomhet. Eget AS må således i utgangspunktet organisere utleievirksomheten slik at den over tid er egnet til å gi økonomisk overskudd / gevinst. På grunn av dette kravet vil eget AS i utgangspunktet måtte beregne et fortjenesteelement i husleien ovenfor HFK. Totalt sett vil dette fortjenesteelementet for eget AS måtte kalkuleres som en økt kostnad for HFK i forhold til renovering mv. i egen fylkeskommunal regi.

Det foreligger imidlertid noe forvaltningspraksis knyttet til merverdiavgiftsloven som aksepterer at utleievirksomhet under «kostnadsdekning» aksepteres som grunnlag for frivillig registrering. Forvaltningspraksisen er imidlertid ikke entydig, og på generelt grunnlag anbefaler vi derfor at skatte- og avgiftsmessige forhold konkret avklares med skatteforvaltningen før organiseringen etableres.

Et annet vilkår for frivillig registrering er at utleid areal brukes av leietaker i dennes virksomhet med omsetning underlagt merverdiavgiftsloven eller i virksomhet / aktivitet som gir rett til kompensasjon for merverdiavgift.

HFK sin virksomhet vil enten være underlagt merverdiavgiftsloven eller kompensasjonsloven. En frivillig registrering for eget AS vil derved kunne omfatte alt areal som leies ut til HFK. Slik kan eget AS oppnå fradragsrett for merverdiavgift som påløper på anskaffelser i forbindelse med renoveringen mv. og til drift, for kostnader allokert til areal som leies ut til HFK. HFK vil under dagens regelverk ha enten fradragsrett eller kompensasjonsrett for denne avgiften, og slik blir merverdiavgift som påløper til renovering mv. og drift, totalt sett kun et likviditetselement og ikke en endelig kostnad.

Ved eventuell utleie til andre enn HFK, må det konkret vurderes om aktuell leietakers bruk av lokalene oppfyller vilkårene for å underlegge eget AS sin frivillige registrering.

For ordens skyld gjør vi også her oppmerksom på at eget AS kan være avskåret fra fradragsrett for merverdiavgift på kostnader knyttet til eiendomsservervet i henhold til nyere uttalelser fra avgiftsmyndighetene som synes å legge til grunn en ny rettsforståelsen hva gjelder fradrag for såkalte «transaksjonskostnader».

1.2.4 Reglene for offentlige anskaffelser

Som det fremgår av punkt 1.1.5 er det etter vår vurdering mye som taler for at eget AS under den tiltenkte funksjon vil være pliktsubjekt i forhold til reglene for offentlige anskaffelser.

Eget AS må under denne forutsetningen følge anskaffelsesreglene ved innkjøp til renovering mv. og drift.

1.3 Finansiering

Vi legger til grunn at finansieringen kun omfatter eget AS sin renovering mv., og ikke selskapets driftsfase / virksomhet, samt at vurderingen primært skal knyttes til kommuneloven.

Vi vil imidlertid påpeke at alt etter hvorledes finansieringen organiseres, vil overføring av økonomiske midler / verdi fra HFK til eget AS kunne utløse rettslige implikasjoner også i forhold til annet regelverk enn kommuneloven. Dersom eget AS vurderes som et næringsdrivende foretak vil f.eks. HFK ikke kunne overføre midler / verdi til eget AS uten korresponderende/samsvarende motytelse fra eget AS, uten at dette kan eksponere konflikt med reglene for offentlig støtte.

Samtidig vil overføring av midler / verdi fra HFK og korresponderende motytelse (her rett til leie av lokaler), også kunne måtte allokere som vederlag for ytelse, her husleie. Under en slik allokering vil eget AS måtte svare merverdiavgift på verdioverføringen under en frivillig merverdiavgiftsregistrering. Slik verditilgang hos eget AS vil da også kunne bli allokert som skattepliktig inntekt eller kapitalinnskudd.

1.3.1 Intern finansiering

Med intern finansiering mener vi her at HFK stiller økonomiske midler til disposisjon for eget AS. HFK yter enten egne frie midler eller midler HFK har fått fra ekstern finansieringskilde.

I relasjon til kommuneloven ser vi ikke juridiske hindre for at HFK kan overføre frie midler til eget AS.

Overføring av midler som HFK har lånefinansiert må derimot vurderes i forhold til kommuneloven § 50, nr. 6 som lyder slik;

«Kommuner og fylkeskommuner kan ta opp lån for videre utlån. Det kan også tas opp lån til forskuttering når det er gjort avtale om full refusjon. Vilkåret er at mottakere ikke driver næringsvirksomhet og at midlene skal nyttes til investeringer.»

Bestemmelsen gir HFK adgang til å ta opp lån for videre utlån til eget AS, så lenge eget AS «ikke driver næringsvirksomhet og at midlene skal nyttes til investeringer». Det er følgelig to kumulative vilkår for HFK sin adgang til låneopptak for utlån til eget AS; «investeringsvilkåret» og «næringsvilkåret».

«Investeringsvilkåret». Vilkåret innebærer at låneopptak for utlån kun er lovlig dersom lånemottakeren anvender de lånte midlene til tiltak som nevnt i § 50 nr. 1, dvs. til å «finansiere investeringer i bygninger, anlegg og varige driftsmidler». Bruksbegrensningen knytter seg i utgangspunktet til at de lånte midler ikke kan brukes til driftsformål.

I relasjon til bygg vil skillet mellom drift (vedlikehold) og investering normalt være om tiltaket innebærer en verditilførsel til bygget, eller om byggets verdi kun opprettholdes ved tiltaket. Innebærer ikke tiltaket en verditilførsel vil det ikke vurderes som en investering.

Det er her tale om renovering og eventuelt påbygg / nybygg. Sistnevnte vil klart nok måtte anses som investering. For renoveringen sin del må det foretas en konkret vurdering av de ulike tiltak som planlegges gjennomført.

«Næringsvilkåret». Vilkåret innebærer at selv om eget AS skal bruke lån fra HFK kun til å finansiere renovering mv., så vil HFK ikke kunne yte lån til eget AS dersom eget AS må vurderes å drive «næringsvirksomhet» i kommuneloven § 50 sin forstand.

Med «næringsvirksomhet» skal i denne forbindelse den mer alminnelige forståelse legges til grunn, dvs. at begrepet omfatter virksomhet som utøves i et marked og med formål om å tilføre eieren av virksomheten økonomisk gevinst. Slik sett samsvarer dette med den skatte- og avgiftsmessige næringsvurderingen.

Slik vi oppfatter formålet ved å eventuelt organisere renoveringen mv. slik som skissert her, kan vi vanskelig se at eget AS vil utøve næringsvirksomhet i den forstand som her aktuell.

For det første fordi formålet med etableringen av eget AS (og selskapets funksjon) ikke er å tilføre HFK økonomisk gevinst gjennom den virksomhet som eventuelt skal utøves av eget AS.

Utgangspunktet er vel heller ikke at eget AS skal utøve sin virksomhet i et marked. Riktignok eksisterer det åpenbart et marked for utleie av eiendom, men eget AS skal ikke operere i dette. Eget AS sin virksomhet skjer utenfor markedet, ved at tiltenkt virksomhet *alene* knytter seg til utleie til HFK. Eventuell utleie av ledig areal til andre enn HFK vil imidlertid kunne endre dette bildet.

Forbudet i § 50 nr. 6 er begrunnet i et ønske om å forhindre at «kommunen/fylkeskommunen ... utsetter seg for en særlig økonomisk risiko hvor fremtidig belastning ikke er kjent»⁵.

Det kan argumenteres for at HFK her ikke vil påta seg en særlig økonomisk risiko. Risikoen er etter vår vurdering i alle fall ikke noe mer «særlig», enn om HFK foretar renoveringen mv. i egen regi.

HFK vil som eneeier av eget AS, kunne avgrense eget AS sin mulighet til å utøve annen virksomhet enn den formålsbestemt; å eie hovedbygget og å leie dette ut til HFK. Likeledes bør den fremtidige belastningen kunne være kjent. HFK vil uansett måtte foreta nødvendige kalkyler for renoveringen mv., og da vil fremtidig økonomisk belastning kunne bli en kjent faktor, i alle fall dersom leieforholdet mellom HFK og eget AS etableres under regime med «kostnadsdekning».

Forbudet mot låneopptak for utlån kan heller ikke forstås slik at det rammer utlån til enhver virksomhet med potensiale til å dekke sine egne forpliktelser gjennom inntjening. Forbudet rammer da etter vår vurdering heller ikke et tilfelle som dette, hvor HFK eventuelt velger denne organiseringen for oppnå reduserte utgifter.

⁵ Ot.prp. nr. 42 (1991-92) s. 295.

Vi viser også til at det i forbindelse med Stortingets behandling av kommuneloven ble gitt uttrykk for⁶ at selv om E-verkene den gang ble stadig mer konkurranseeksponert, kunne «*energiforsyning neppe ses som ordinær næringsvirksomhet*», og at man ikke fant det «*rimelig at den formelle selskapsorganisering bør ha noen innflytelse på spørsmålet om garantistillelse*».

Bernt uttrykker i Norsk Lovkommentar (rettsdata) at «*[d]ette må fortsatt være riktig. Så lenge energiverket er dimensjonert for og drives med det overordnede øyemed å sørge for kraftforsyningen i vedkommende kommune, eventuelt i en avgrenset krets samarbeidende kommuner, og dette også avspeiles i eierforholdene, er det lite rimelig å skulle avskjære kommunal eller fylkeskommunal garantistillelse hvis dette ellers er forsvarlig. Her er vi klart utenfor det som var intensjonen med forbudet mot garantistillelse. Men hvis energiverket ved sin eierprofil eller dimensjonering og kundeforhold fremtrer som en helt tradisjonell kommersiell aktør i energimarkedet, vil bildet straks bli et annet, da må det anses som næringsvirksomhet. Tilsvarende betraktningmåte må anlegges overfor andre typer tiltak som både kan drives på lokal selvforsynings- eller samvirkebasis, og rent kommersielt på nasjonal basis, som sykehjem, finansieringsinstitutter m.m.*»

Etter vår vurdering taler da mye for at HFK kan ta opp lån for videre utlån til eget AS uten å komme i konflikt med kommuneloven § 50 nr. 6, med forbehold om at midlene brukes til «*investeringer*».

Slik vi tolker kommuneloven vil HFK sin adgang til å ta opp lån for videre utlån til eget AS uansett være begrenset til finansiering av «*investeringer*» som eget AS skal foreta i denne forbindelse. HFK har således etter vårt syn ikke adgang til å ta opp lån for videre utlån til eget AS, dersom eget AS skal bruke midlene til vedlikehold av hovedbygget. Vurderingen av om det foretas en «*investering*» eller vedlikehold må vurderes konkret.

Etter vårt syn er det for øvrig også naturlig å legge til grunn den samme begrensningen for låneopptak til egen bruk som fremkommer i § 50 nr.1, som for låneopptak for utlån, slik at HFK sin låneadgang er begrenset til netto kostnad selv om dette ikke eksplisitt er uttalt i loven.

Vi minner om at eventuelle vedtak om låneopptak skal sendes departementet til orientering, se § 50 nr. 9.

1.3.2 Ekstern finansiering

Med ekstern finansiering legges til grunn en organisering hvor eget AS henter finansiering fra andre enn HFK, men at HFK garanter, kausjonerer eller på annet måte stiller sikkerhet for eget AS sin låneforpliktelse.

Dersom eget AS erverver hovedbygget fra HFK vil eget AS kunne gi pant i eiendommen i forbindelse med låneopptak, såfremt HFK ikke begrenser denne adgangen for eget AS.

HFK kan i henhold til kommunelov § 51 nr. 4 ikke «*rettsgyldig pantsette sine eiendeler til sikkerhet for andres økonomiske forpliktelser*». Etter vår vurdering er dette forbudet absolutt, og det vil komme til anvendelse i relasjon til eget AS som må anses som «*andre*» i denne sammenheng.

Etter kommuneloven § 51 nr. 2 kan ikke HFK stille «*kausjon eller annen økonomisk garanti knyttet til næringsvirksomhet som drives av andre enn kommunen eller fylkeskommunen selv*».

Vurderingen av «*næringsvirksomhet*» er her den samme som den er i forhold til § 50 nr. 6. Se også her Norsk Lovkommentar (rettsdata), hvor Bernt gir følgende kommentar til § 50 nr. 6 «*[b]egrepet «næringsvirksomhet» skal ha samme meningsinnhold som i § 51 nr. 2 som forbyr kommunal eller fylkeskommunal garantistillelse for næringsvirksomhet*».

Vurderingen av hvorvidt kommuneloven er til hinder for å låne ut lånte midler er altså til dels sammenfallende vurderingen av om det er adgangen til å stille garanti eller kausjon, bortsett fra at

⁶ Innst. O. nr. 95 (1991-92) s. 24

garanti / kausjonsadgangen ikke er begrenset til «investeringer». Vi viser derfor til vår redegjørelse ovenfor under punkt 1.3.1 vedrørende dette.

Vi minner om at vedtak om å stille kausjon eller annen økonomisk garanti for virksomhet som drives av andre enn kommunen eller fylkeskommunen selv, skal *godkjennes* av departementet, se § 51 nr. 1.

Dersom eget AS sin reovering mv. helt eller delvis må finansieres eksternt, må dette tas hensyn til ved vurderingen / organiseringen av overføringen av hovedbygget fra HFK til eget AS. Dersom eiendomsoverføringen skjer med «selgerkreditt», vil dette kunne innvirke på eget AS sin kredittverdighet.

Se for øvrig nedenfor under punkt 3 vedrørende effekter for HFK sine økonomiske nøkkeltall under denne alternative organiseringen og under egenregialternativet.

2 Organisering med salg av hovedbygget til eksternt AS og tilbakeleie

2.1 Salg til eksternt AS

Med eksternt AS mener vi her et aksjeselskap hvor HFK ikke har eierandel eller annen form for kontroll. Vi forutsetter også at eksternt AS er et ordinært næringsdrivende foretak med private eiere.

Det vil i hovedsak være de samme rettslige utgangspunkt ved salg til eksternt AS som ved salg til eget AS. Vi viser derfor til redegjørelsen ovenfor under punkt 1.1, og vil derfor nedenfor kun gi en mer kortfattet oppsummering og påpeke de forskjeller som kan være relevante under de to alternative organiseringene.

Under forutsetningene som nevnt må salg av hovedbygget skje under de prosedyrereglene som er nevnt ovenfor under punkt 1.1.1, for å unngå eksponering knyttet til at salgssum er satt for lavt slik at HFK har ytt eksternt AS ulovlig støtte. De aksjerettslige rammer nevnt under 1.1.1 vil ikke være relevant siden HFK under denne organiseringen ikke er aksjonær i kjøperselskapet.

Salget av hovedbygget fra HFK til eksternt AS vil ha de samme skatte-, merverdiavgifts- og dokumentavgiftsmessige konsekvenser for HFK, som ved eventuelt salg til eget AS. Se punktene 1.1.2, 1.1.3 og 1.1.4 ovenfor.

I relasjon til dokumentavgift tilføyer vil at erfaringsmessig kan det innebære visse finansieringsutfordringer for eksternt AS å ikke ha tinglyst hjemmel til eiendommen.

I relasjon til reglene for offentlige anskaffelser vil også HFK sitt salg av hovedbygget med korresponderende avtale om tilbakeleie etter reovering mv., kunne være omfattet av reglene. Vi viser her til punkt 1.1.5 ovenfor. HFK kan således være lovpålagt å utlyse anbudskonkurranse også ovenfor salg/tilbakeleie til eksternt AS.

Vi har ikke grunnlag til å foreta en konkret vurdering av dette, og vil derfor bare vise til de moment som etter praksis særlig taler for at «sale and leaseback» avtale kan bli vurdert som om selger/leietaker (oppdragsgiver) i realiteten foretar en bygg-/anleggsanskaffelse:

- Oppdragsgiver har stor innflytelse på byggarbeidene
- Oppdragsgiver har i realiteten risikoen for byggkostnaden
- Byggingen utføres etter oppdragsgivers formål
- På grunn av oppdragsgivers formål skjer det spesialtilpasninger
- Det er inngått lang leiekontrakt og det er avtalt kjøpsopsjon / forbud om salg til andre enn leietaker

Dersom forholdet må allokere som en bygge- og anleggsanskaffelse vil ikke prosedyreunntaket i forskrift om offentlige anskaffelser om unntak for «kontrakter om erverv eller leie, uten hensyn til

finansieringsform, av jord, eksisterende bygninger eller annen fast eiendom, eller om rettigheter til slik eiendom», se forskriftens § 1-3 (2), b) komme til anvendelse.

Gjennomføres «sale and leaseback» transaksjonen som i realiteten er en bygge- og anleggsanskaffelse uten etter anbud, er man eksponert for at dette blir vurdert som en ulovlig direkteanskaffelse i henhold til forskriftens § 4-1 q).

Eksternt AS vil imidlertid som alminnelig næringsdrivende ikke oppfylle vilkårene for «offentligrettslig organ», og følgelig ikke være pliktsubjekt etter dette regelverket. Eksternt AS kan derfor foreta nødvendige anskaffelser til renovering mv. og drift uten at dette underlegges offentlig anbudsregime.

Det vil ikke være adgang for HFK til verken å garantere eller kausjonere for eksternt AS sin finansiering. HFK kan heller ikke ta opp lån for videre utlån til eksternt AS, se punkt 1.3 ovenfor. Etter vår vurdering kan imidlertid HFK overdra hovedbygget til eksternt AS med «selgerkreditt», under forutsetning av at det avtales kredittytelse ovenfor eksternt AS under alminnelige markedsvilkår for tilbakebetaling mv.

2.2 Utleie fra eksternt AS til HFK

Det vil i hovedsak også her være de samme rettslige utgangspunkt ved utleie fra eksternt AS som ved utleie fra eget AS. Vi viser derfor til redegjørelsen ovenfor under punkt 1.2, og vil derfor også her kun gi en mer kortfattet oppsummering og påpeke de forskjeller som kan være relevante under de to alternative organiseringene.

Den mulighet som foreligger i forhold til eget AS, ved at eget AS kan leie ut under «kostnadsdekning», antas ikke relevant under organisering med «sale and leaseback» med et eksternt AS. Eksternt AS vil da som alminnelig næringsdrivende være skattepliktig for sin utleie til HFK, og selskapets skattekostnad vil måtte gjenspeiles i det leievederlag HFK skal betale.

Eksternt AS vil under de samme vilkår som for eget AS kunne underlegge utleien til HFK en frivillig registrering i Merverdiavgiftsregisteret. HFK oppnår samme fradragsrett / kompensasjonsrett som ved leie fra eget AS.

2.2.1 Særlig om leieavtale med eksternt AS

Det er foruten de nevnte forskjeller mellom organisering med eget AS og eksternt AS, en forskjell vi særlig vil gjøre oppmerksom på.

Begge organiseringene nevnt over innebærer at HFK skal inngå leieavtale. I relasjon til leie fra eget AS, vil HFK som eneaksjonær kunne eliminere eventuelle konflikter knyttet til leieforholdet gjennom sin eierfunksjon. HFK vil ikke ha den samme kontroll og myndighet ovenfor eksternt AS. Under denne organiseringen er følgelig HFK bundet av leieavtale i en helt annen grad enn hva vil være tilfelle ovenfor eget AS.

Etter vår vurdering er dette et betydelig potensielt risikoelement i forhold til organiseringsalternativene som er omhandlet ovenfor.

3 Renovering i egen regi

Ved renovering i egen regi mener vi her at HFK beholder eiendomsretten til hovedbygget og selv foretar og bekoster renoveringen mv.

Under denne organiseringen vil det ikke oppstå kostnader knyttet til verken skatt eller dokumentavgift.

HFK vil være berettiget til enten fradrag eller kompensasjon for merverdiavgift under lovenes alminnelige vilkår. Merverdiavgift vil derfor hovedsakelig kun være en likviditetsulempe i finansieringen.

HFK er som fylkeskommune underlagt reglene for offentlige anskaffelser, og følgelig må anskaffelser til renovering mv. skje etter anskaffelsesreglene.

HFK vil kunne lånefinansiere renoveringen mv. så lenge dette er en *investering «i bygninger, anlegg og varige driftsmidler til eget bruk»*. Vurderingen knyttet til om tiltakene er investeringer vil være den samme her som i forhold til utlån av lånte midler til eget AS. Likeledes vil muligheten for låneopptak uten at dette kommer i strid med kommuneloven være begrenset til netto kostnad ved renovering mv. se for øvrig punkt 1.3.1 ovenfor.

3.1 Særlig vedrørende finansieringens konsekvenser for økonomiske nøkkeltall

Valg av alternative organiseringer for renovering mv. av hovedbygget vil kunne gi ulike utslag / effekt på HFK sin økonomiske nøkkeltall. Finansielle nøkkeltall i KOSTRA er viktige styrings- og beslutningsparameter for HFK. I denne sammenheng er nøkkeltallet «Netto lånegjeld i prosent av brutto driftsinntekter» sentralt. Ordinære renter og avdrag på lån skal finansieres av driftsinntektene og indikatoren viser langsiktig gjeldsbelastning i forhold til disse inntektene. Lån beregnet for viderefremføring inngår også i indikatoren og netto lånegjeld er definert som langsiktig gjeld fratrukket totale utlån og ubrukte lånemidler.

Gjennomføring av renovering mv. i egenregi eller i regi av eget AS vil ha følgende innvirkning på det angitte nøkkeltallet i KOSTRA (summarisk).

Alternativet med «sale leaseback» til eget AS:

År 1. Opptak av lån skal bokføres som langsiktig gjeld og utlån til eget AS bokføres som langsiktig fordring. Låneopptaket og utlånet til aksjeselskapet vil føres mot hverandre slik at netto lånegjeld forblir uendret og det økonomiske nøkkeltallet vil ikke bli påvirket av transaksjonen.

Alternativet egenregi

År 1. Opptak av lån bokføres som langsiktig gjeld og som bankinnskudd. Så lenge lånemidlene ikke benyttes vil netto lånegjeld være uendret, på grunn av at ubrukte lånemidler skal fratrekkes lånegjelden og det økonomiske nøkkeltallet vil ikke bli påvirket av transaksjonen. Netto lånegjeld vil imidlertid øke i takt med bruken av lånemidlene noe som vil føre til at langsiktig gjeld i prosent av brutto driftsinntekter vil øke.

4 Salg av hovedbygg til «joint venture AS» som leier ut til HFK

En ytterligere alternativ organisering som kan vurderes, er en form for kombinasjon av organiseringsalternativene som fremkommer under punktene 1 og 2 ovenfor. Modellen er etablering av et «joint venture AS» eid sammen av HFK og ekstern aktør, og som erverver hovedbygget for deretter å leie det ut til HFK.

En joint venture partner nødvendigvis gjør en mulighet for økonomisk fortjeneste i samarbeidet. Dette tilsier at utleie må skje under vilkår som muliggjør generering av økonomisk overskudd for den private part. Utleien vil da måtte skje under tilnærmet forretningsmessige vilkår, med de konsekvenser dette har for det totale kostnadsbildet for HFK. Salg og tilbakeleie i forhold til «joint venture AS» vil stort sett ha de samme rettslige konsekvenser for HFK, som ved eventuelt salg tilbakeleie ovenfor eget eller eksternt AS.

Grunnen til at organisering ved «joint venture AS» kunne vurderes, var om joint venture modellen kunne fremstå som mer attraktiv for privat aktør, og da særlig en privat aktør med både finansiell og operasjonell ressurstilgang. Med operasjonell ressurstilgang tenker vi her da spesifikt på tilgang til entreprenørressurser. Dersom en samarbeidspartner kunne gjøre sitt «innskudd» i samarbeidet, dels ved bruk av egne entreprenørressurser, så ville man formodentlig kunne senke kostnadene noe totalt sett. Den private aktør ville da kunne fordele sitt fortjenestebehov mellom utnyttelse av egne

entreprenørressurser og gevinst fra «joint venture AS» sin utleievirksomhet. Slik kunne man også unngå et ekstra «fortjenesteledd» som kan oppstå ved organiseringen med eksternt AS, ved at entreprenørtjeneste prises mer «inhouse». I tillegg kan det være en potensiell gevinst for HFK, ved at HFK sitt «innskudd» i joint venture prosjektet er bygget. Derigjennom kan HFK unngå den «gjeldsgradsproblematikk» som er omtalt under punkt 3.1 ovenfor.

HFK kan under denne modellen også gis mer direkte innflytelse enn ved organiseringen med eksternt AS. Dette ved at HFK er eier og for øvrig kan sikres sin posisjon gjennom en selskapsavtale e.l.

Så lenge realiteten for HFK er en bygge- og anleggsanskaffelse, vil HFK uansett være pliktig til å utlyse anbud. Egenregiunntaket som nevnt ovenfor vil ikke være anvendelig i forhold til «joint venture AS».

En samlet offentlig utlysning hvor man etterspurte bygge- og anleggstjenester, men organisert som et «sales and leaseback» under en joint venture med utførende entreprenør kan forenkle den totale prosess for HFK. Hvorvidt slik utlysning kan skje under reglene for offentlige anskaffelser må vurderes konkret etter hvorledes organiseringen ble planlagt.

En modell med «joint venture AS» vil kunne ha mange alternative former. Vi avventer derfor nærmere redegjørelse av alternative former for organisering av en slik modell inntil videre.

Deloitte Advokatfirma AS håper denne redegjørelsen er til nytte for de beslutninger som skal tas i Hordaland fylkeskommune i forbindelse med renovering mv. av fylkeskommunens hovedbygg.

Om ønskelig kan vi gjerne foreta en mer inngående rettslig vurdering av alternative modeller for organisering eller enkeltspørsmål i denne forbindelse. Vi stiller også gjerne i møte for ytterligere gjennomgang.

Punkt 3.1 ovenfor er utarbeidet ved bistand fra Deloitte AS v/ Gunnar Hoff.

Undertegnede er tilgjengelig på telefon 480 42 528 og e-post ebjorhusdal@deloitte.no, og advokat Rolf Erik Disch nås på telefon 971 80 251 og e-post rdisch@deloitte.no.

Med vennlig hilsen
Deloitte Advokatfirma AS

Rolf Erik Disch
advokat/partner

Eirik Bjørhusdal
advokat

Kopi: Deloitte AS v/ Helge-Roald Johnsen og Tom Sagvaag