

SANDS Advokatfirma AS

**Strateginotat – anskaffelse av privat samarbeidspartner
og etablering av fellesforetak for utvikling av Tivolitomta**



Innhold

1	INNLEDNING	5
1.1	Kort om bakgrunn	5
1.2	Mandatet for oppdraget	5
1.3	Forutsetninger som er lagt til grunn	6
2	OPPSUMMERING OG DEFINISJONER	7
2.1	Hovedtrekk	7
2.2	Oversikt definisjoner	9
3	ANBEFALT SELSKAPSMODELL	10
3.1	Holdingstruktur for Fellesforetaket	10
3.2	Nærmere om selskapsorganiseringen	11
3.2.1	Selskapsstruktur for delområdene (SPV-struktur)	11
3.2.2	Parkeringsmodell	13
3.2.3	Infrastrukturmodell	14
3.3	Begrunnelse for anbefalt selskapsmodell	14
3.3.1	Risikoavgrensning	14
3.3.2	Fleksibilitet	14
3.3.3	Selskapsmodellen er utprøvd	15
4	GJENNOMFØRING AV SELSKAPSMODELLEN	15
4.1	Oversikt struktur for gjennomføring	15
4.1.1	Stiftelse av selskapene Tivolitomta Holding AS og Tivolitomta Eiendom AS	17
4.1.2	Salg av eiendommen til Tivolitomta Eiendom AS	17
4.1.3	Oppgjør av fordringen	17
4.1.4	Investorens kontantinnskudd i Tivolitomta Holding AS	17
4.1.5	Kontantinnskudd i Tivolitomta Eiendom AS	17
4.2	Selskapsrettslig virkemidler for gjennomføring	18
4.3	Skattemessige forhold knyttet til gjennomføringsmetoden	18
4.4	Begrunnelse for anbefalt gjennomføringsmodell	19
4.5	Risikoer og fallgruver ved etableringen av nye selskaper etter modellen	19
5	AVTALEVERK OG EIERSTYRING	20
5.1	Innledning	20
5.2	Drift av selskapene	20
5.3	Vedtekter	21
5.4	Aksjonæravtalen	21

5.4.1	Betydning av aksjonæravtalen	21
5.4.2	Sentrale bestemmelser i aksjonæravtalen	21
5.5	Eierstyring.....	22
5.6	Selskapenes ledelse og styre.....	23
6	EIENDOMSSTRUKTURERING	24
7	GJENNOMFØRING AV INFRASTRUKTURTILTAK.....	25
7.1	Rekkefølgekrav og utbyggingsavtale	25
7.2	Fordeling av infrastrukturkostnader per felt	27
7.3	Merverdiavgiftsmodeller for infrastrukturtiltak.....	28
8	SKATTERETTSLIGE VURDERINGER	29
8.1	Skattemessig gjennomgang av selskapsstrukturen	29
8.1.1	Utgangspunktet for gjennomgangen	29
8.1.2	Tivolitomta Holding AS	29
8.1.3	Tivolitomta Eiendom AS	29
8.1.4	SPV-selskaper.....	30
8.1.5	Parkering AS.....	31
8.2	Kort om konsernbidrag mellom datterselskaper (SPV-selskaper)	31
8.3	Kort om skatt ved salg av aksjeselskaper	31
9	AVGIFTSVURDERINGER	32
9.1	Avgiftsmessig gjennomgang av selskapsstrukturen	32
9.1.1	Tivolitomta Holding AS	32
9.1.2	Tivolitomta Eiendom AS	32
9.1.3	Datterselskaper (SPV-selskaper)	32
9.2	Generelt om fradragsrett for merverdiavgift	34
9.2.1	Hovedregel om fradragsrett	34
9.2.2	Typiske kostnader og avgiftsbehandling	34
10	DOKUMENTAVGIFT	35
10.1	Beregningsgrunnlaget for dokumentavgiften	35
10.2	Utsatt hjemmelsoverføring	35
10.3	Dokumentavgift ved fisjon til datterselskaper (SPV-er).....	36
10.4	Fastsettelse av eiendomsverdi	36
11	ANSKAFFELSESRETTSLIGE VURDERINGER	36
11.1	Innledning.....	36
11.2	Noen viktige anskaffelsesrettslige utgangspunkt	37

11.3	Er valg av samarbeidspartner en anskaffelse?	38
11.3.1	Rettslig utgangspunkt	38
11.3.2	Fellesforetaket og grensen mot tjenester og bygge- og anleggsarbeider	38
11.4	Om selskapene i strukturen er offentligrettslige organer	39
11.4.1	Fellesforetaket og eiendomsselskap (samt datterselskaper)	41
11.5	Om avtaler inngått med selskapene i strukturen kan utgjøre en anskaffelse	41
11.5.1	Kommunale formålsbygg	41
11.5.2	Rettslige utgangspunkter	42
11.5.3	Bibliotek og kulturhus den konkrete vurderingen	43
11.5.4	Konkurransetsetting av formålsbyggene	43
11.5.5	Utbyggingsavtaler og infrastrukturselskap	44
11.6	Anskaffelsesrettslig - oppsummering	44
11.7	Gjennomføring av konkurransen i praksis	45
11.7.1	Markedsdialog	45
11.7.2	Kort om konkurranseform, krav og kriterier	46
12	STATSSTØTTE	47
12.1	Innledning og hovedkonklusjoner	47
12.1.1	Innledning	47
12.1.2	Hovedkonklusjoner	48
12.2	Vilkårene for statsstøtte anvendt på saksforholdet	48
12.2.1	Om statstøttevilkårene	48
12.2.2	Markedsaktørprinsippet er styrende (fordelskriteriet)	50
12.3	Beslutninger om å utvikle Tivolitomta i felleskap med en privat medinvestor	51
12.4	Valget av modell for å oppkapitalisere Fellesforetaket	51
12.5	Om verdifastsettelse av Tivolitomta og valg av privat medinvestor	52
12.6	Statsstøtterettslige krav til konkurranseformen	53
12.7	Konkurransgrunnlag må tydeliggjøre premissene som gjelder for prosjektet	54
12.8	Kommunens disposisjoner ovenfor Fellesforetaket	55
12.9	Forholdet til den ikke-økonomiske aktiviteten til kommunale formålsbygg	56

Sandefjord kommune - Strateginotat Tivolitomta

1 INNLEDNING

1.1 Kort om bakgrunn

Sandefjord kommune eier «Tivolitomta», et areal på ca. 13 000 m² i Sandefjord sentrum (gnr. 165, bnr. 1, 250, 254, 256, 606 og 607).

Arealet er regulert til boliger, næring og kulturformål (bibliotek og kulturskole), med inntil 33 500 m² bruksareal («BRA») fordelt på fire bebyggelsesområder¹ (SF1, SF2, SF4 og SF5). Minst 7 000 m² BRA skal avsettes til offentlig formål.

Kommunen har vedtatt å utvikle Tivolitomta i samarbeid med en privat aktør gjennom et felles utviklingsforetak. SANDS Advokatfirma AS («**SANDS**») er engasjert av Sandefjord kommune for å bistå i forbindelse med gjennomføringen av prosjektet.

Denne rapporten inneholder våre juridiske og strategiske vurderinger knyttet til prosjektgjennomføring i henhold til mandat fastsatt i konkurransen om anskaffelse av juridisk bistand, jf. punkt 1.2. Vi har lagt til grunn noen forutsetninger for våre vurderinger. Disse fremgår av punkt 1.3 nedenfor.

1.2 Mandatet for oppdraget

Vårt oppdrag er, i henhold til konkurransegrunnlaget, å bistå Sandefjord kommune med å finne riktig organisering og struktur for Fellesforetaket, samt gjennomføre anskaffelsen av samarbeidspartner.

SANDS sitt mandat omfatter følgende hovedelementer, jf. konkurransegrunnlaget:

- Prosess- og konkurranserådgivning for valg av privat samarbeidspartner
- Utarbeidelse av krav til privat samarbeidspartner (kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier)
- Selskaps- og strukturspørsmål, herunder valg av organisasjonsform, holdingstruktur og eierstyringsmekanismer

¹ Områderegulering PlanID 20220007 vedtatt av kommunestyret i Sandefjord 10. april 2025 (KST 016/25).

- Utarbeidelse og kvalitetssikring av konkurransegrunnlag og avtaledokumenter
- Gjennomføring av konkurransen for valg av samarbeidspartner
- Prosjektledelse og koordinering samt oppfølging av fremdrift

Prosjektleder hos SANDS er ansvarlig for leveransen til kommunen, selv om flere tverrfaglige ressurser benyttes.

1.3 Forutsetninger som er lagt til grunn

Vår vurdering er basert på opplysninger gitt i konkurransegrunnlaget for anskaffelsen av juridisk bistand, og informasjon mottatt i etterfølgende møter og dialog med kommunen.

Til grunn for oppdraget ligger kommunestyrets vedtak om å utvikle Tivolitomta i samarbeid med en privat aktør. Vedtaket inneholder følgende premisser:

«KST- 016/26 Vedtak:

1. Modell 2, fellesforetak, velges som modell for realisering av Tivolitomta.
2. Kommunedirektøren bes gjennomføre konkurranse for valg av samarbeidspartner til fellesforetak for utvikling av Tivolitomta.
3. Valg av samarbeidspartner fremlegges i egen sak og vedtas av kommunestyret. I denne saken skal også vedtekter for fellesforetak legges frem.»

Vedtaket er fattet basert på gjennomført konseptvalgutredning (KVU) for å avklare detaljer knyttet til modell, økonomi, juridiske rammer og utviklingsstrategi for utviklingen av Tivolitomta².

Kommunedirektøren har i saksfremlegget lagt til grunn at kommunens overordnede målsetning er å få til en helhetlig utvikling av området med høy kvalitet, effektiv fremdrift og god økonomisk utnyttelse av tomtens verdier. Det er videre listet opp følgende målsetninger for prosjektet:

- Realisere en fremtidsrettet og attraktiv byutvikling på Tivolitomta.
- Sikre gjennomføring av kommunens behov for bibliotek og kulturskole med et arealbehov på 7 000 m².
- Sikre at verdien av kommunens tomt i størst mulig grad delfinansierer bibliotek og kulturskole
- Balansere risiko og gjennomføringsevne.
- Det er et ønske om stor grad av politisk styring/påvirkning på byutvikling og utbygging med et særlig fokus på arkitektur, form, materialvalg, funksjon og estetikk.
- Kommunen ønsker å finne en samarbeidspartner som både har god erfaring og kompetanse fra større eiendomsutviklingsprosjekter og gode økonomiske forutsetninger.

Gjennomføringsmodellen som kommunen har valgt innebærer etablering av et fellesforetak hvor kommunen og den private samarbeidspartneren skal eie 50 % hver. Valgt modell bygger på inspirasjon fra

² Formannskapet besluttet 14. oktober 2025 (FSK 126/25) at det skulle gjennomføres en konseptvalgutredning (KVU) for å avklare detaljer knyttet til modell, økonomi, juridiske rammer og utviklingsstrategi for realisering av Tivolitomta. Konseptvalgutredningen ble behandlet i tre politiske organer.

Kanalbyen-prosjektet i Kristiansand, der Kristiansand Havn KF og JB Ugland/Vedal samarbeidet om utvikling av et 58 mål stort havneområde gjennom tilsvarende struktur.

Kommunen ser for seg at gjennomføringsmodellen for Tivolitomta skal organiseres gjennom en tilsvarende holdingstruktur som i Kanalbyen-prosjektet. I utgangspunktet ser kommunen for seg at fellesforetaket skal drives som et alminnelig aksjeselskap (og ikke skal være ansett som et offentligrettslig organ).

Våre vurderinger hensyntar i det videre ovennevnte forutsetninger herunder prosjektgruppens intensjon om å se hen til Kanalbyen-prosjektet.

2 OPPSUMMERING OG DEFINISJONER

2.1 Hovedtrekk

Dette notatet gir en samlet juridisk gjennomgang av hvordan Sandefjord kommune kan organisere og gjennomføre utviklingen av Tivolitomta i samarbeid med en privat samarbeidspartner. Nedenfor oppsummeres hovedtrekkene i vår anbefaling.

Selskapsstruktur

Vi anbefaler en eierstruktur med tre nivåer:

- (1) Tivolitomta Holding AS (Fellesforetaket) eid 50/50 med samarbeidspartners holdingsselskap og Sandefjord kommune,
- (2) Tivolitomta Eiendom AS (T Eiendom AS) som eier den samlede eiendomsmassen, og
- (3) funksjonsbaserte single-purpose-enheter, såkalte SPV-selskaper (SF1–SF5, Parkering AS), som utvikler hvert sitt delfelt. Eget selskap for infrastruktur bør etableres under visse forutsetninger.

Strukturen gir risikoavgrensning, fleksibilitet ved salg og skattegunstig realisering gjennom fritaksmetoden.

Gjennomføringsmetode

Kommunen inngår avtale med samarbeidspartner, inkludert enighet om eiendomsverdi, før selskapsstrukturen etableres.

- Tomten selges direkte fra kommunen til T Eiendom AS (utløser dokumentavgift én gang).
- Kjøpesummen gjøres opp ved at kommunen mottar en fordring mot T Eiendom AS, som deretter konverteres til aksjer i TH AS.

- Investoren (gjennom holdingselskap) skyter inn kontant i TH AS gjennom rettet emisjon, tilsvarende 50 % eierskap.
- SPV-ene opprettes ved skattefri fisjon når eiendomsgrensene er fastsatt.

Vedtekter og avtaleverk

- Minimumsvedtekter for selskapene utformes.
- Aksjonæravtalen for Fellesforetaket vil være en «paraplyavtale» for hele strukturen.
- Aksjonæravtalen må inneholde forpliktelse om at rettighetene og forpliktelsene etter avtalen skal videreføres nedover i selskapsstrukturen (det utformes ikke egne avtaler for underliggende selskaper).
- I tillegg bør aksjonæravtalen inneholde sentrale bestemmelser om styresammensetning, stemmeregler, medsalgsrett/-plikt, forkjøpsrett, utbyttepolitikk og exitmekanismer.
- Vi anbefaler at utkast til vedtekter og aksjonæravtale legges ved konkurransegrunnlaget for valg av samarbeidspartner.

Skatte- og avgiftsforhold

- Kommunens salg av tomten utløser ikke skatt så lenge overføringen skjer som ledd i kommunens skattefrie eiendomsforvaltning.
- Fritaksmetoden sikrer skattefri gevinst ved aksjesalg mellom selskapene. Fisjonene kan gjennomføres skattefritt forutsatt skattemessig kontinuitet.
- Parkering AS bør benytte utleiemodell for å oppnå fradrag for merverdiavgift på byggekostnader.
- For fellesarealer og infrastruktur som skal overtas av kommunen kan anleggsbidragsmodellen sikre at merverdiavgiften («MVA») ikke blir en endelig kostnad for prosjektet. Kommunens administrasjonsgebyr medfører en nettokostnad, men dette gir likevel en betydelig besparelse sammenlignet med full MVA-belastning. Modellen forutsetter at kommunen er villig til å påta seg byggherrerollen med tilhørende ansvar og risiko.
- Justeringsmodellen er en alternativ metode, men krever inngåelse av justeringsavtaler som dekker både justeringsplikt og justeringsrett. Modellen er ikke like gunstig da merverdiavgiftsbeløpet vil bli tilbakekalt over 10 år.

Anskaffelsesrettslige forhold

- Etableringen av Fellesforetaket (anskaffelse av samarbeidspartner) vurderes å falle utenfor anskaffelsesregelverket.
- Fellesforetaket og andre selskaper struktureres slik at de ikke er underlagt anskaffelsesregelverket som offentligrettslig organ (vedtekter, formål og eierskap).
- Kommunens leie av bibliotek og kulturhus utgjør sannsynligvis en bygge- og anleggskontrakt. Utbyggerselskapets anskaffelse av entreprisekontrakten må derfor kunngjøres og gjennomføres i samsvar med forskrift om offentlige anskaffelser del III.
- For konkurransen om valg av samarbeidspartner til Fellesforetaket anbefales en tilpasset konkurranse med forhandling med forutgående markedsdialog (kommunen vil ha et vidt handlingsrom).
- Krav og kriterier i konkurransegrunnlaget tilpasses innspill fra markedet.

Statsstøtterettslige forhold

- Kommunen må følge markedsaktørprinsippet i alle økonomiske disposisjoner.
- Markedsaktørprinsippet anses overholdt når kommunen og medinvestoren foretar identiske disposisjoner.
- En prisbasert konkurranse om utvelgelse av medinvestor sikrer markedsmessig verdsettelse av Tivolitomta og medinvestorens inngangsbillett.
- Ved delt kontroll over Fellesforetaket vil foretakets egne disposisjoner som utgangspunkt ikke tilregnes kommunen statsstøtterettslig.
- Egne disposisjoner fra kommunen som ikke matches av medinvestoren (f.eks. tjenestekjøp, lån eller garantier til Fellesforetaket) må være på markedsvilkår.

2.2 Oversikt definisjoner

For enkelthetsskyld bruker vi følgende forkortelser i rapporten videre for selskapene i den anbefalte strukturen

- **Samarbeidspartners Holding AS** – Samarbeidspartnerens heleide holdingselskap på øverste nivå i strukturen.
- **Tivolitomta Holding AS («TH AS» eller «Fellesforetaket»)** – Det felles holdingselskapet eid 50 % av kommunen og 50 % av Samarbeidspartners Holding AS.
- **Tivolitomta Eiendom AS («T Eiendom AS»)** – Eiendomsselskapet som eies 100 % av TH AS og som vil eie den samlede eiendomsmassen før utfisjonering til SPV-ene.
- **SPV («single purpose vehicle»)** – Fellesbetegnelse på de funksjonsbaserte datterselskapene som skal eie og utvikle de enkelte delfeltene.
- **SF1 AS, SF2 AS, SF4 AS og SF5 AS** – SPV-selskaper som skal utvikle de respektive delfeltene i samsvar med områdeplanens inndeling.
- **Parkering AS** – SPV-selskap som skal eie og drifte parkeringskjelleren.
- **Infrastruktur AS** – Selskap som skal håndtere felles infrastrukturkostnader og -forpliktelser (aktuelt ved full SPV-struktur)

3 ANBEFALT SELSKAPSMODELL

3.1 Holdingstruktur for Fellesforetaket

Selskapsstrukturen som ligger til grunn for kommunedirektørens anbefaling i KS-saken, innebærer at samarbeidspartneren etablerer et holdingselskap. Sandefjord kommune og samarbeidspartnerens holdingselskap eier sammen 50 % hver av aksjene i Fellesforetaket som skal utvikle Tivolitomta. Sandefjord kommune og samarbeidspartneren er heretter benevnt «partene».

Under Fellesforetaket etableres funksjonsbaserte datterselskaper for hver eiendom med egne matrikelnumre, tilpasset de ulike bebyggelsesområdene og utbyggingsformålene i områdeplanen.

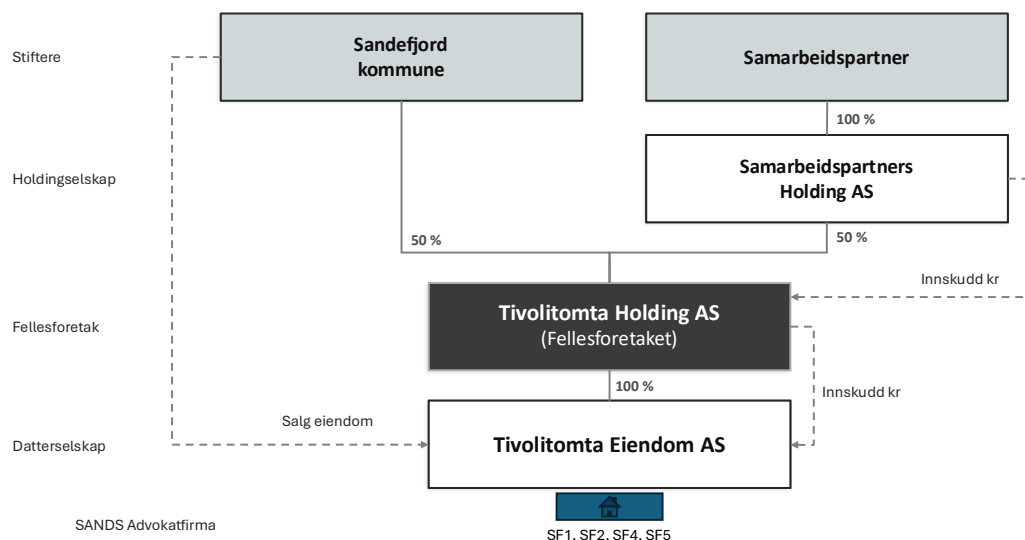
Nivåene i eierstrukturen er illustrert under³:

- **Nivå 1** (stiftere): Sandefjord kommune på den ene siden og samarbeidspartneren som eier 100 % av et holdingselskap på den andre siden.
- **Nivå 2** (kommunen og holdingselskap): Sandefjord kommune og samarbeidspartnerens holdingselskap eier sammen Fellesforetaket **TH AS** med 50 % hver.
- **Nivå 3** (eiendomsselskap): Under TH AS etableres **T Eiendom AS**, som i første omgang vil eie den samlede eiendomsmassen. Kommunen selger tomten til selskapet, og fordringen på kjøpesummen gjøres opp stegvis ved tingsinnskudd og gjeldskonvertering, jf. punkt 4.1. Samarbeidspartneren skyter inn et beløp tilsvarende tomteverdien. Se illustrasjon over selskapsstruktur nivå 1 – 3 under:

³ Foreslåtte navn på selskap kan endres i samsvar med kommunens ønsker.

Holdingsstruktur – Tivolitomta

Sandefjord kommune og samarbeidspartner – fellesforetak for utvikling av Tivolitomta



Etter vår vurdering er dette den anbefalte strukturen. Den gir partene likeverdige, indirekte eierinteresser i Fellesforetaket.

I punkt 3.3.1 nedenfor redegjør vi nærmere for organiseringen under T Eiendom AS på nivå 4, hvor det opprettes egne Single Purpose-selskaper («**SPV-er**») som eier hvert sitt delfelt.

Med denne strukturen kan salg av delfelt senere skje skattefritt gjennom salg av aksjene i det aktuelle SPV-et.

Oppdelingen i datterselskaper legger til rette for uavhengig finansiering, sikkerhetsstillelse og eventuell avhendelse av de enkelte byggene, samtidig som den avgrenser risikoen knyttet til hvert enkelt formål.

Partenes eierskap, rettigheter og forpliktelser reguleres av en overordnet aksjonæravtale for Fellesforetaket. Avtalen vil tydelig fastslå at partene skal forvalte sitt indirekte eierskap i de underliggende selskapene etter de samme prinsippene. Aksjonæravtalens innhold er nærmere beskrevet i punkt 5.4.

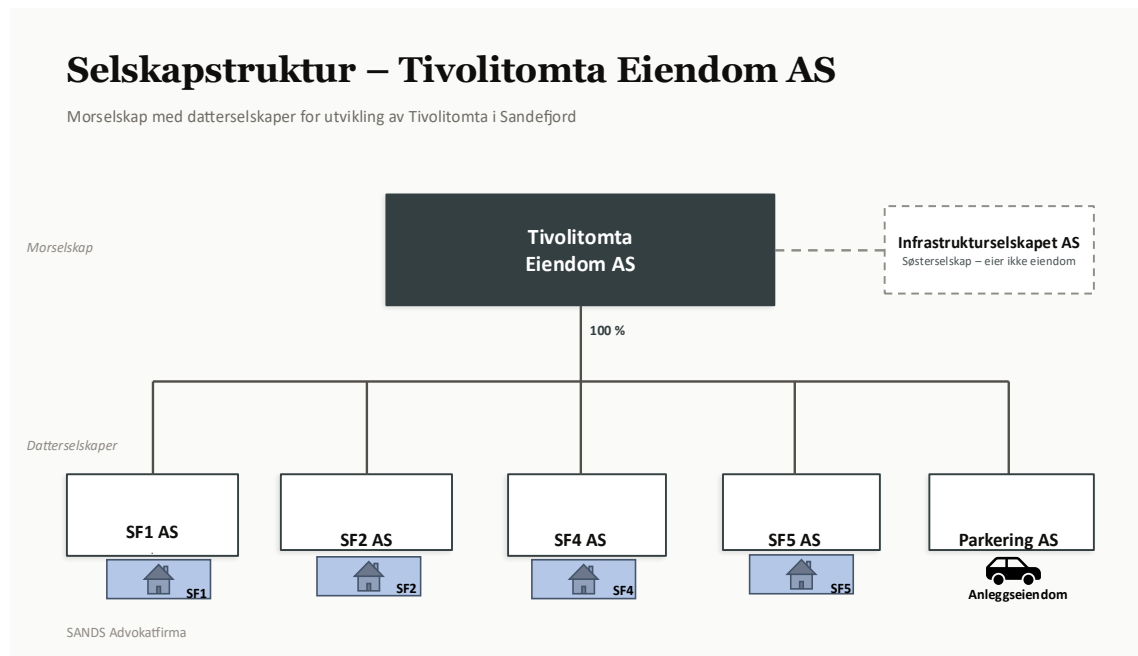
Vi deler kommunedirektørens vurdering om at Fellesforetaks-modellen reduserer risikoen ved gjennomføring av Tivolitomta-prosjektet, og at den er godt egnet for et 50/50-partnerskap – også med tanke på eventuell fremtidig realisasjon. Vi legger derfor denne vurderingen til grunn for vår anbefaling.

3.2 Nærmere om selskapsorganiseringen

3.2.1 Selskapsstruktur for delområdene (SPV-struktur)

Vi anbefaler å fisjonere ut egne utviklingsselskaper (SPV-er) for hvert utbyggingsfelt (SF1, SF2, SF4, SF5) når eiendomsgrensene er fastsatt. SPV-ene vil være øremerket for det aktuelle feltet i samsvar med områdeplanen.

- **Nivå 4** (datterselskaper/SPV-er) – se illustrasjon under:



Datterselskapene er navngitt i samsvar med områdeplanens inndeling⁴.

Formålet er at hvert SPV blir et datterselskap av T Eiendom AS. Strukturen gir fleksibilitet ved senere salg og begrenser risikoen til det enkelte SPV-ets balanse. Fisjonen kan gjøres skattefritt og er en velkjent metode for å strukturere utviklingsprosjekter.

Bakgrunnen for at vi anbefaler å strukturere SPV-ene per delfelt og ikke per utbyggingsformål (bolig, næring mv.) er fordi hvert felt vil inneholde flere formål, se oversiktstabell nedenfor.

Eierskap fordelt etter formål ville krever ytterligere seksjonering. En struktur per bygg/matrikkel gir enklere eierforhold og forenkler finansiering, pantsettelse og salg. Dette hindrer ikke at det senere kan etableres egne selskaper per formål ved fisjon eller utskillelse dersom det viser seg mer hensiktsmessig. Feltene inneholder flere forskjellige formål. Videre er dette heller ikke til hinder for ev. seksjonering og oppdeling av ulike eierskap mellom de ulike formålene på et felt/en tomt. Se oversikt over delfelt og formål nedenfor. SF1 skal romme både offentligformål og annen næring. Det kan f.eks være mulig å legge til rette for høyskole på SF1.

⁴ SF6 (Folkets hus er ikke en del av Tivolitomta og omfattes ikke av prosjektet).

Bebyggelses- område	Planutsnitt	Arealformål
SF1		Undervisning, kulturinstitusjon (som bibliotek, scene og lignende), annen næring (lokaler for kreativ produksjon), samlingslokale, bevertning og konto
SF2		Forretning, bevertning, kontor, undervisning, kulturinstitusjon, samlingslokale, annen off. eller privat tjenesteyting (helse, velvære, treningssenter og lignende), annen næring (lokaler for kreativ produksjon)
SF4		Forretning, bevertning, kontor, undervisning, kulturinstitusjon, samlingslokale, annen offentlig eller privat tjenesteyting (helse, velvære, treningssenter, aktivitetssanlegg og lignende), hotell/overnatting, annen næring (lokaler for kreativ produksjon)
SF5		Forretning, bevertning, bolig, kontor, undervisning, kulturinstitusjon, samlingslokale, annen offentlig eller privat tjenesteyting.

Ettersom parkeringen på område skal løses gjennom etablering av parkeringskjeller som skal tjene hele området, anbefaler vi et eget parkeringsselskap i strukturen. Under visse forutsetninger anbefaler vi også etablering av et eget infrastrukturselskap. Eventuelt infrastrukturselskap er foreslått som søsterselskap fordi det ikke er knyttet til en samlet eiendomsmasse, og kostnadene skal fordeles på datterselskapene/SPV-ene. Se nærmere om parkering og infrastruktur i henholdsvis punkt 3.2.2 og 3.2.3.

3.2.2 Parkeringsmodell

I områdeplanen er det lagt opp til etablering av parkeringskjeller. Det kan etableres parkeringskjeller opptil 11 000 m².

Basert på dette anbefaler vi at det opprettes et eget selskap, «Parkering AS», som skal eie parkeringskjelleren. Formålet er å samle alle kostnader knyttet til bygging og drift av parkeringsanlegget i ett selskap. Dette gjør det enklere å håndtere forholdet til de andre eiendomsselskapene som vil ha behov for parkeringsplasser til sine bygg.

Parkeringsanlegget kan finansieres på to måter: enten ved å selge parkeringsplasser eller ved å leie dem ut. Valget av finansieringsmodell har betydning for merverdiavgiften. Ved salg av parkeringsplasser har selskapet ikke rett til fradrag for merverdiavgift på byggekostnadene. Ved utleie av parkeringsplasser har selskapet derimot rett til fradrag for merverdiavgift på byggekostnadene, forutsatt at selskapet er registrert i Merverdiavgiftsregisteret.

Vi anbefaler derfor en utleiemodell. En fordel med å organisere parkeringen i et eget selskap er at det kan gi rett til fradrag for merverdiavgift på byggekostnadene. Inntektene til parkeringsselskapet vil da være leieinntekter fra de som bruker plassene. Se nærmere om avgiftsmessige forhold i kapittel 9 under.

3.2.3 Infrastrukturmodell

Områdeplanen har omfattende rekkefølgekrav for etablering av felles offentlig infrastruktur på Tivolitomta. Vi har sett på to alternative strukturer for selskapsrettslig gjennomføring av infrastrukturtiltakene. Alternativene avhenger av hvorvidt Fellesforetaket velger å gjennomføre hele selskapsstrukturen eller deler av den.

Alternativ A – Full SPV-struktur: Dersom det tidlig i prosessen etableres flere SPV-selskaper, anbefales det å opprette et koordinerende infrastrukturselskap. Infrastrukturselskapet vil håndtere kontakten mot kommunen og koordinere fordelingen av infrastrukturkostnader mellom de øvrige selskapene i strukturen. Selskapet vil være avtalepart overfor kommunen og sikre en enhetlig gjennomføring av infrastrukturforpliktelsene.

Alternativ B – Enkelt SPV: Dersom det kun opprettes ett SPV-selskap, er det ikke behov for et eget infrastrukturselskap. I dette tilfellet kan T Eiendom AS håndtere infrastrukturforpliktelsene direkte overfor kommunen og de øvrige avtalepartene.

Merverdiavgift er en betydelig kostnad i alle infrastrukturprosjekter. Vi har sett nærmere på alternativene for MVA-modeller for infrastruktur i punkt 7.3 under.

3.3 Begrunnelse for anbefalt selskapsmodell

3.3.1 Risikoavgrensning

Den anbefalte modellen fordeler ansvar og risiko likt mellom kommunen og samarbeidspartneren. Partenes risiko overfor tredjeparter begrenses ved at utviklingen skjer i egne SPV-er, som hver er et selvstendig retts- og ansvarssubjekt for sitt delfelt. Verken kommunen eller samarbeidspartneren vil være ansvarlig for et SPVs forpliktelser med mindre slikt ansvar er særskilt avtalt, for eksempel gjennom garantier. Gjennomføring i egen regi eller uten holdingstruktur ville gitt kommunen en helt annen risiko, noe som ikke anbefales i et så komplekst prosjekt.

Ved salg av tomten til T Eiendom AS, med etterfølgende gjeldskonvertering og tilsvarende kontantinnskudd fra samarbeidspartneren, blir selskapet oppkapitalisert. Dette er en forutsetning for fremtidig finansiering. Som redegjort for i punkt 4 anbefaler vi at kommunen inngår avtale med samarbeidspartneren, inkludert enighet om eiendomsverdi, før strukturen etableres. Salget gjøres ikke opp kontant, men gir kommunen en fordring på T Eiendom AS tilsvarende kjøpesummen. Fordringen benyttes deretter som tingsinnskudd i TH AS og konverteres deretter til aksjekapital i T Eiendom AS. På denne måten oppkapitaliseres T Eiendom AS uten kontantoppgjør, og den styrkede balansen forplanter seg til SPV-ene ved fisjonene.

3.3.2 Fleksibilitet

Modellen gir kommunen, gjennom sitt indirekte eierskap i SPV-ene, mulighet til å tilpasse eierandel, samarbeidspartner og gjennomføringsform for hvert delområde. Etter at eiendommen er overført til T Eiendom AS og fisjonert ut til SPV-ene, kan kommunen beholde eierskapet til en investor er identifisert, og deretter selge aksjer eller delta videre i utviklingen. Kommunen kan også realisere verdier tidlig ved å selge aksjer i enkelte SPV-er. Sammenlignet med et samlet tomtesalg beholder kommunen større mulighet til å delta i verdiskapingen og påvirke løsninger. Sammenlignet med utvikling i egen regi får kommunen tilgang til privat kapital og kompetanse, og kan justere fremdrift og risiko underveis.

3.3.3 Selskapsmodellen er utprøvd

Sandefjord kommune har ikke selv konkret erfaring med å bruke denne modellen i et så stort transformasjonsprosjekt som Tivolitomta vil være⁵. Kommunen har derfor gjort egne undersøkelser og funnet at Kanalbyen i Kristiansand har benyttet en tilsvarende modell. Der utvikles prosjektet av et aksjeselskap eid av Kristiansand Havn KF og en privat investor med samme eierstruktur som anbefalt for Tivolitomta. Prosjektet viser at modellen fungerer i praksis og gir rom for videre utvikling gjennom datterselskaper.

Kommunen er også allerede kjent med Kvartal 1 i Lillestrøm, hvor Skedsmo kommune og Lillestrøm Delta AS i 2016 stiftet et felles aksjeselskap med 50/50 eierskap for utvikling av et kombinert kultur- og næringsbygg. Tomtene ble verdsatt uavhengig, og selskapet ble finansiert med lik aksjekapital og aksjonærlån på markedsvilkår.

Modellen er utprøvd og kjent. I vår vurdering har vi også sett hen til følgende transformasjonsprosjekter:

I Jåttåvågen 2 i Stavanger har Stavanger utvikling KF etablert aksjeselskaper for utvikling og eierinteresser, med private investorer i de enkelte delområdene. Prosjektet er under gjennomføring.

Tilsvarende strukturer finnes også i Drammen (Eidra AS) og Fredrikstad (Isegran Eiendom AS), med fleksible mandater for eiendomsutvikling alene eller med partnere. I Dokken-prosjektet i Bergen vil deler av utviklingen trolig basere seg på tilsvarende modell med joint venture-selskaper sammen med private medinvestorer.

Samlet viser dette at modellen er velutprøvd, og at det foreligger et godt erfaringsgrunnlag for Sandefjord kommunes videre arbeid med Tivolitomta.

4 GJENNOMFØRING AV SELSKAPSMODELLEN

- Selskapsstrukturen bør etableres etter at avtalen med samarbeidspartneren er inngått
- Eiendommen selges direkte fra kommunen til T Eiendom AS (salget er skattefritt)
- Samarbeidspartner tilfører kontanter tilsvarende fremforhandlet eiendomsverdi
- Skattefri gjennomføring for kommunen
- Hjemmelsoverføring i ett ledd er avgiftsmessig fordelaktig

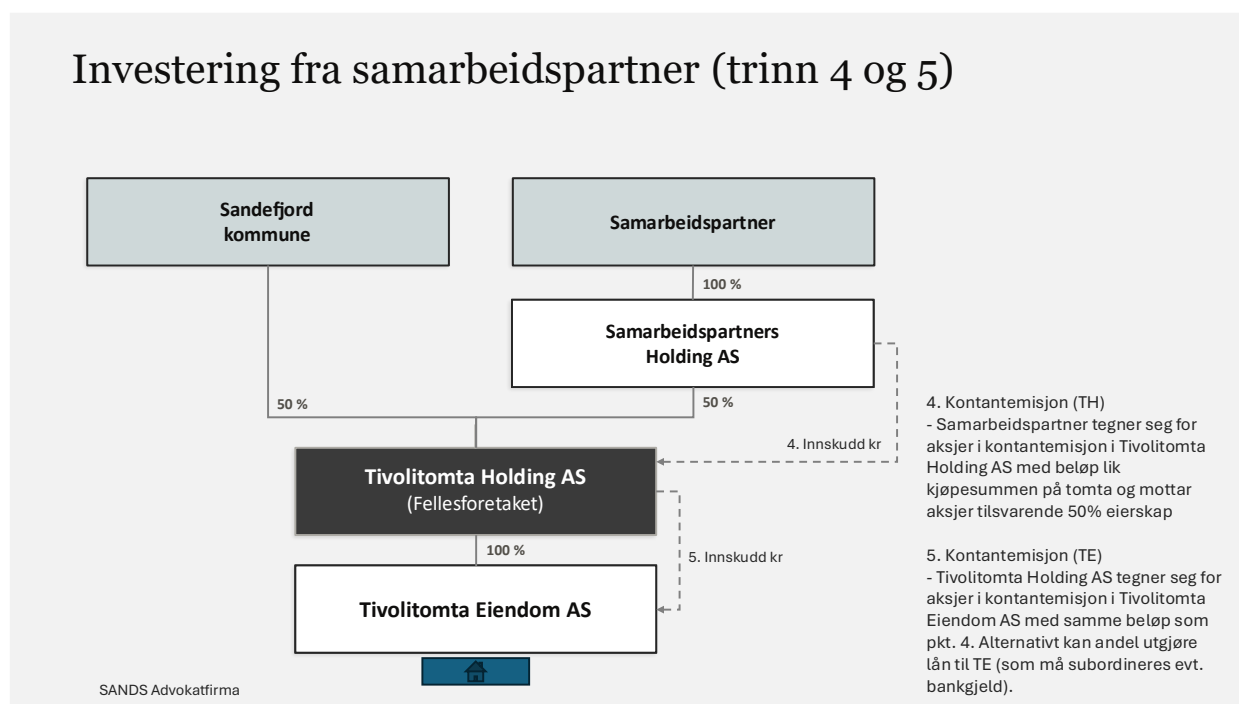
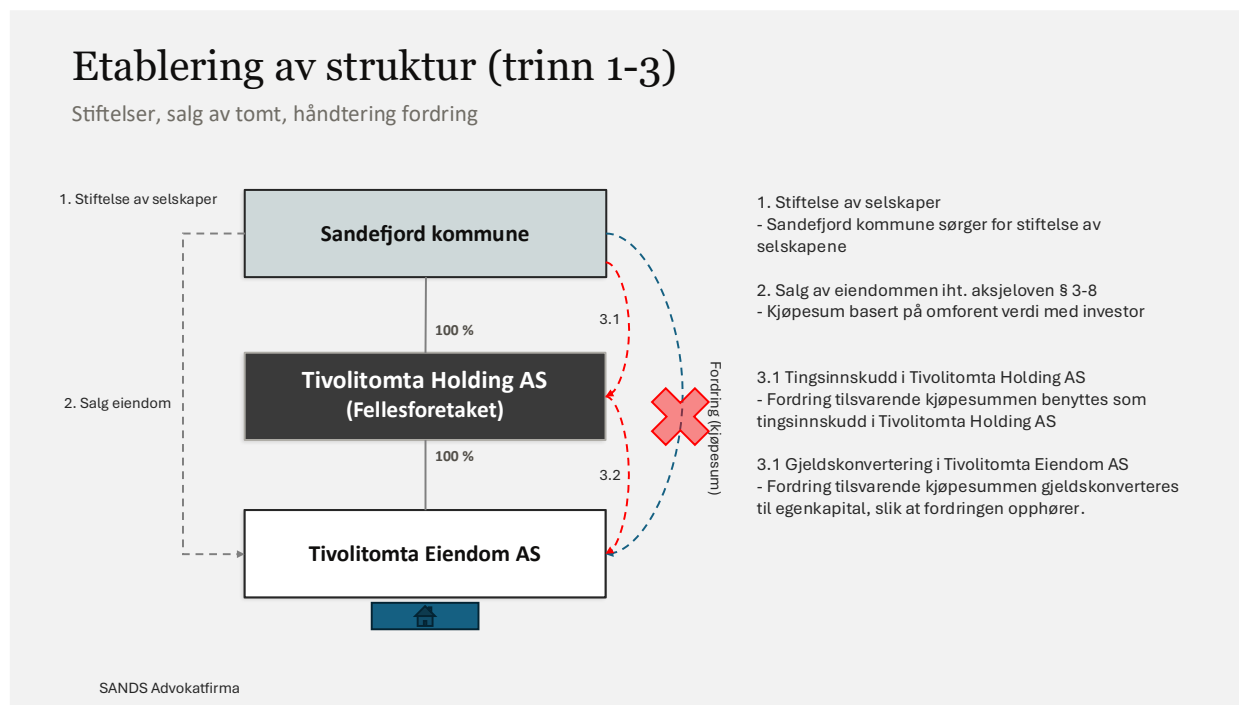
4.1 Oversikt struktur for gjennomføring

Vår anbefaling er at kommunen inngår avtale med samarbeidspartneren, inkludert enighet om eiendomsverdi, før selskapsstrukturen etableres. Det legges opp til at pris fastsettes basert på konkurranse. Dette sikrer at fremforhandlet verdi med samarbeidspartneren uttrykker markedsverdien. Egne verddivurderinger før forhandlingene kan svekke kommunens forhandlingsposisjon. Rekkefølgen sikrer

⁵ Kommunen har noe lignende erfaring i mindre prosjekter, som for eksempel utviklingen av Sandefjord bredbånd.

også at kommunen unngår å måtte reversere strukturen dersom det ikke oppnås enighet med noen investorer.

Nedenfor redegjør vi trinnvis for hvordan etableringen kan gjennomføres, herunder nødvendige selskapsrettslige steg, sentrale skattemessige forhold, vår anbefaling med begrunnelse, samt risikoer og fallgruver. Stegene er illustrert i følgende tegningsskisser:



4.1.1 Stiftelse av selskapene Tivolitomta Holding AS og Tivolitomta Eiendom AS

Trinn 1 innebærer at kommunen stifter TH AS med kontant aksjeinnskudd etter aksjeloven kapittel 2.

Deretter stifter TH AS eiendomsselskapet T Eiendom AS på samme måte.

Begge selskapene stiftes med minstekrav til aksjekapital, jf. aksjeloven § 3-1. Etter trinn 1 vil kommunen eie 100 % av TH AS, som eier 100 % av T Eiendom AS.

4.1.2 Salg av eiendommen til Tivolitomta Eiendom AS

Trinn 2 vil bestå av at kommunen selger eiendommen til T Eiendom AS. Salget vil være omfattet av aksjeloven § 3-8 om nærstående transaksjoner. Dette innebærer at styret i T Eiendom AS må godkjenne transaksjonen, samt redegjøre for, og erklære, at avtalen er i selskapets interesse og at det er rimelig samsvar mellom eiendommens verdi og aksjene som utstedes. Redegjørelsen og erklæringen skal bekreftes av en revisor og deretter registreres i Foretaksregisteret.

Salget vil være gjenstand for dokumentavgift.

Kjøpesummen tilsvare eiendomsverdien omforent mellom kommunen og investoren. Kjøpesummen gjøres ikke opp kontant, men blir liggende som en midlertidig fordring med kommunen som kreditor og T Eiendom AS som debitor. Fordringen håndteres i trinn 3.

4.1.3 Oppgjør av fordringen

Trinn 3 vil bestå av 2 separate steg for å gjøre opp fordringen.

- Steg 3.1 består i at det gjennomføres en kapitalforhøyelse i TH AS, der Sandefjord kommune tegner seg for aksjer og benytter fordringen som tingsinnskudd. TH AS blir dermed ny kreditor for fordringen mot T Eiendom AS.
- Steg 3.2 består i at det gjennomføres en kapitalforhøyelse i T Eiendom AS, der TH AS tegner seg for aksjer ved gjeldskonvertering av fordringen. Dette medfører at fordringen opphører å eksistere.

Etter gjennomføring av stegene i trinn 3, vil eiendommen være eiet av T Eiendom AS, uten at det i strukturen består noen fordringer relatert til eiendomssalget.

4.1.4 Investorens kontantinnskudd i Tivolitomta Holding AS

Trinn 4 vil bestå av at det gjennomføres en rettet kontantemisjon i TH AS, der investoren (gjennom sitt holdingsselskap) tegner seg for aksjer tilsvarende et eierskap på 50%. Kontantinnskuddets størrelse vil tilsvare eiendomsverdien omforent mellom kommunen og investoren.

Etter gjennomføring av trinn 4, vil TH AS være eiet 50/50 mellom kommunen og investorens holdingsselskap.

4.1.5 Kontantinnskudd i Tivolitomta Eiendom AS

Trinn 5 vil bestå av at det gjennomføres en kontantemisjon i T Eiendom AS, der TH AS tegner seg for aksjer. Kontantinnskuddets størrelse vil tilsvare kontantinnskuddet i punkt 4.1.4 ovenfor. Alternativt kan andel av

kontantinnskuddet i stedet ytes som et lån fra TH AS til T Eiendom AS for å skape fleksibilitet. Dette vil avhenge av vilkår fra prosjektets finansieringspartner (bank) og eventuelle krav til egenkapitalnivå og/eller subordinering av slik gjeld.

4.2 Selskapsrettslig virkemidler for gjennomføring

Etableringen av selskapsstrukturen kan i prinsippet gjennomføres ved bruk av flere ulike selskapsrettslige virkemidler: stiftelse av nye selskaper, kontant- eller tingsinnskudd ved stiftelse eller kapitalforhøyelse, overdragelse av aksjer (enten som kjøp mot kontant vederlag eller som tingsinnskudd), fisjon og fusjon. Valget mellom disse har betydning både for hvor enkelt etableringen kan gjennomføres praktisk, og for de selskaps-, skatte- og avgiftsmessige konsekvensene. Nedenfor gjennomgår vi kort de sentrale virkemidlene, før vi i punkt 4.3 til 4.5 kommer nærmere tilbake til de skattemessige forholdene, vår anbefaling og aktuelle risikoer.

Stiftelse av TH AS og T Eiendom AS gjøres etter aksjeloven kapittel 2. Selskapene kan stiftes med kontant aksjeinnskudd tilsvarende lovens minstekrav, jf. aksjeloven § 3-1. Vi anbefaler rent kontantinnskudd for å unngå den mer tidkrevende prosessen med åpningsbalanse og redegjørelse ved tingsinnskudd, jf. aksjeloven § 2-6.

Det videre salget av eiendommen gjennomføres i tråd med aksjeloven § 3-8, og den tilhørende fordringen gjøres opp ved kapitalforhøyelser gjennom strukturen etter aksjeloven §§ 10-1 flg. Kommunens salg av Tivolitomta og tilhørende kapitalforhøyelser i TH AS og T Eiendom AS gjennomføres mens kommunen fortsatt er eneaksjonær i strukturen, mens samarbeidspartnerens tilsvarende kontantinnskudd gjennomføres som en kapitalforhøyelse i TH AS etter at Fellesforetaket er etablert og T Eiendom AS er blitt eier av Tivolitomta. Vår anbefaling er at kommunen ikke selger tomta før man har avklart verdi med Samarbeidspartner.

Fisjon er det sentrale virkemiddelet for å dele opp T Eiendom AS i egne datterselskaper (SF1 AS til SF5 AS og Parkering AS mv.) når eiendomsgrensene og matriklene for de enkelte delfeltene er endelig fastlagt. Vi har redegjort nærmere for vilkårene for skattefri fisjon, herunder kravet til skattemessig kontinuitet, i punkt 8.1.5 under.

Fusjon vil normalt være mindre relevant i selve etableringsfasen, ettersom det her er tale om å opprette nye selskaper og ikke om å slå sammen eksisterende virksomheter. Fusjon kan likevel bli aktuelt på et senere tidspunkt dersom det viser seg hensiktsmessig å konsolidere enkelte av datterselskapene i strukturen, for eksempel dersom to tilstøtende delfelt skal utvikles og finansieres samlet.

4.3 Skattemessige forhold knyttet til gjennomføringsmetoden

Fritaksmetoden i skatteloven § 2-38 innebærer at gevinst og tap ved realisasjon av aksjer mellom aksjeselskaper som hovedregel er skattefri/ikke fradragsberettiget.

Selve overføringen av Tivolitomta fra kommunen til T Eiendom AS innebærer i utgangspunktet en realisasjon av fast eiendom. Realisasjonen vil likevel ikke ha skattemessig effekt for kommunen så lenge overføringen skjer som ledd i kommunens ikke-skattepliktige forvaltning av egne eiendommer, jf. skatteloven § 2-30 og punkt 8.1.4 under. Det er derfor viktig at kommunen ikke gjennom forutgående disposisjoner, for eksempel utleie eller annen bruk av tomten, har etablert en skattepliktig virksomhet knyttet til eiendommen.

Den etterfølgende fisjonen av T Eiendom AS i de enkelte SPV-selskapene må for øvrig oppfylle vilkårene for skattefri fisjon i skatteloven kapittel 11, herunder kravet til skattemessig og selskapsrettslig kontinuitet i §§ 11-4, 11-7 og 11-8. Vi viser til punkt 8.3 under.

Valget av etableringsmetode har også betydning for dokumentavgiften. Vi anbefaler at tomten selges direkte fra kommunen til T Eiendom AS, slik at det bare skjer én hjemmeloverføring. På denne måten utløses dokumentavgift bare i ett ledd, og eventuelle mva-justeringsforpliktelser må bare overføres én gang. Se nærmere om dokumentavgift i kapittel 10.

4.4 Begrunnelse for anbefalt gjennomføringsmodell

Denne fremgangsmåten er etter vår vurdering den enkleste og mest praktiske, fordi den:

- unngår risiko for feilverdsettelse av eiendommen og forenkler fastsettelsen av størrelsen på samarbeidspartneres kontantinnskudd, ved at gjennomføringsmodellen iverksettes først etter, og i henhold til, enighet med samarbeidspartner,
- unngår kontantoppgjør, og den interne fordringen som oppstår gjøres opp ved kapitalforhøyelser gjennom strukturen,
- er skattemessig nøytral for kommunen fordi selve salget av eiendommen skjer innenfor kommunens skattefrie eiendomsforvaltning, og
- begrenser den fysiske hjemmeloverføringen av eiendommen til ett enkelt ledd, og dermed risikoen for at det utløses dokumentavgift eller mva-justeringsforpliktelser i flere ledd for eiendommen.

4.5 Risikoer og fallgruver ved etableringen av nye selskaper etter modellen

Følgende risikoer og fallgruver bør hensyntas:

- *Brudd på fisjonens kontinuitetsvilkår:* Kan utløse skatteplikt ved senere utfisjonering av SPV-selskapene, jf. punkt 8.1.5.
- *Feil timing ved samarbeidspartnerens inntreden:* Aksjer bør ikke utstedes før kontantinnskuddet er innbetalt, for å unngå skjevhet mellom eierandel og innbetalt kapital.
- *Brudd på aksjelovens formkrav:* Manglende åpningsbalanse, styrets redegjørelse eller uavhengig bekreftelse kan gjøre en kapitalforhøyelse ugyldig.
- *Trinnvis fysisk overføring av eiendommen:* Kan utløse dokumentavgift i flere ledd. Eiendommen bør selges direkte til T Eiendom AS, og kun fordringen bør gjøres opp trinnvis i strukturen.
- *Feil rekkefølge på salget og tilhørende kapitalforhøyelser:* Må gjennomføres mens kommunen fortsatt er eneaksjonær i strukturen, ellers kan antallet vederlagsaksjer bli uklart.
- *Manglende kommunalrettslig forankring:* Stiftelsene og salget av eiendommen må forankres i gyldig kommunestyrevedtak eller delegasjon som dekker den valgte etableringsmetoden.

5 AVTALEVERK OG EIERSTYRING

- Aksjonæravtalen med samarbeidspartneren er styrende og fungerer som paraplyavtale for hele strukturen
- Minumumsvedtekter
- Styret bør ha lik representasjon fra begge parter (ingen dobbeltstemmer)
- Kommunens rolle som kommersiell aktør må holdes klart adskilt fra myndighetsrollen

5.1 Innledning

Kommunen ønsker å realisere Tivolitomta og ta del i forventet verdistigning, men med begrenset finansiell og kommersiell eksponering. Prosjektet ligger dermed i skjæringspunktet mellom finansielle og politiske hovedformål.

For å begrense kommunens eksponering anbefaler vi at Tivolitomta utvikles gjennom selskapsstrukturen beskrevet i punkt 4, med Fellesforetaket som felles eierselskap og datterselskapene som ansvarlige for utviklingen av delfeltene. Kommunen skal gjennomføre en konkurranse for å finne en samarbeidspartner med relevant kompetanse og kapital.

Modellen legger til rette for et forpliktende samarbeid med en privat aktør om gjennomføringen av utbyggingen. Samtidig innebærer etableringen av Fellesforetaket at kommunen fra dette tidspunktet eier sammen med en ekstern samarbeidspartner, slik at kommunens handlingsrom til ensidig å endre eller tilpasse gjennomføringen begrenses til det som følger av aksjonæravtalen og styringen av Fellesforetaket. Det er derfor avgjørende å holde kommunens rolle som kommersiell aksjonær i Fellesforetaket klart atskilt fra kommunens rolle som offentlig myndighet, slik at kommunens myndighetsutøvelse ikke påvirkes av eierskapet. Denne rolledelingen, og de øvrige rammene for kommunens eierskap, bør nedfelles i aksjonæravtalen.⁶

Aksjonæravtalen er overordnet selskapenes vedtekter og fungerer som en paraplyavtale for hele strukturen. Avtalen fastsetter at eierne forplikter seg til å overholde de rettighetene og pliktene som gjelder for de underliggende selskapene. Aksjonæravtalen er dermed det sentrale styringsdokumentet for prosjektet.

5.2 Drift av selskapene

T Eiendom AS og det enkelte SPV må sikre tilstrekkelig arbeids- og egenkapital til å etablere en organisasjon som kan ivareta selskapets mandat. Kontantinnskuddet vil i stor grad dekke slike kostnader. Alternativt kan partene forplikte seg til å tilføre ytterligere kapital som lån eller emisjon. Se punkt 7.2 for nærmere om finansiering og fordeling av infrastrukturkostnader.

⁶ Også statsstøtteretten setter begrensinger for kommunens eierstyring. Dette er nærmere omtalt i eget punkt 12 om statsstøtte.

5.3 Vedtekter

Ethvert aksjeselskap må ha vedtekter som angir selskapets navn, virksomhet, aksjekapital og aksjenes pålydende. Formålsbestemmelsen setter rammen for hva styret kan beslutte. For Tivolitomta bør formålsbestemmelsen klart skille mellom kommunens rolle som kommersiell aksjeeier og rollen som offentlig myndighet.

Vedtektene bør ikke være for detaljerte – de må gi styret tilstrekkelig handlingsrom til å lede selskapet effektivt. De mer detaljerte reglene for samarbeidet reguleres i aksjonæravtalen, som er en privat avtale mellom eierne.

Vedtektene bør inneholde bestemmelser om:

- i. Signaturrett – hvem som kan signere på vegne av selskapet (uten slik bestemmelse må hele styret signere i fellesskap, noe som er upraktisk)
- ii. Styresammensetning – antall styremedlemmer og hver eiers rett til å oppnevne representanter (begge parter bør ha like mange, og styreleder bør ikke ha dobbeltstemme)
- iii. Valgkomité – i tråd med anbefalinger fra Kommunesektorens organisasjon («KS») om eierstyring og selskapsledelse

5.4 Aksjonæravtalen

5.4.1 Betydning av aksjonæravtalen

Aksjonæravtalen er det styrende dokumentet for samarbeidet i Fellesforetaket. Avtalen skal nedfelle partenes intensjon og formål, samt overordnede føringer for samarbeidet (corporate governance). Formålet og styringsprinsippene er viktige tolkningsfaktorer ved eventuell senere uenighet.

Viktige prinsipper og føringer i kommunens vedtatte eierskapsstrategi, for eksempel vedrørende styrerepresentasjon, bør også nedfelles i aksjonæravtalen.

Aksjonæravtalen skal nokså uttømmende regulere partenes rettigheter og forpliktelser. Aksjeloven fungerer som bakgrunnsrett.

Aksjonæravtalen for Fellesforetaket vil være en paraplyavtale for alle underliggende selskaper. Det er ikke nødvendig med egne aksjonæravtaler for T Eiendom AS eller SPV-ene – aksjonæravtalen for Fellesforetaket bør fastsette at bestemmelsene gjelder også for de underliggende selskapene.

En medinvestor vil legge stor vekt på aksjonæravtalens utforming før inntreden i aksjonærfellesskapet.

Vi anbefaler at SANDS og kommunen utarbeider et utkast til aksjonæravtale som legges ved tilbudsgrunnlaget. Interessentene bør særskilt bes om tilbakemelding på avtaleutkastet. Det kan være uheldig om kommunen først velger samarbeidspartner, for deretter å oppleve vanskeligheter med å bli enige om aksjonæravtalen.

5.4.2 Sentrale bestemmelser i aksjonæravtalen

Nedenfor følger en oversikt over sentrale bestemmelser som normalt inntas i en aksjonæravtale:

- Virkeområde: Avtalen må gjelde som felles paraply for hele strukturen.
- Formål: Bekrefter Fellesforetakets formål – utvikling av Tivolitomta – i tråd med vedtektene.
- Eierandeler og kapitalinnskudd: 50/50-eierskap mellom kommunen og samarbeidspartneren, samt regler for eventuell etterfinansiering.
- Styresammensetning: Antall styremedlemmer og hver eiers rett til å oppnevne representanter til styret i Fellesforetaket.
- Vesentlige beslutninger: Kapitalendringer, salg av eiendom, opptak av ny gjeld og vedtektsendringer krever kvalifisert flertall eller enstemmighet mellom kommunen og samarbeidspartneren.
- Vetorett i styret: Sikrer hver eier innflytelse over løpende beslutninger av strategisk betydning, for eksempel budsjett og større kontrakter.
- Utbyttepolitikk: Regulerer om overskudd skal reinvesteres i utviklingsprosjektet eller deles ut til kommunen og samarbeidspartneren.
- Overdragelsesbegrensninger: Forkjøpsrett og samtykkekrav ved salg av aksjer, samt forbud mot pantsettelse.
- Medsalgsrett og medsalgsplikt: Ettersom eierskapet i Fellesforetaket er likt fordelt (50/50), bør bestemmelsen sikre hver part rett til å bli med på et salg til en tredjepart på samme vilkår (medsalgsrett), og regulere når en samlet salgsprosess av hele selskapet kan kreves gjennomført (medsalgsplikt).
- Lojalitetsplikt og konfidensialitet: Forplikter eierne til å opptre lojalt, avstå fra konkurrerende virksomhet og bevare taushet om selskapets forretningshemmeligheter, også etter uttreten.
- Gjennomføring i datterselskaper: Kommunen og samarbeidspartneren sikrer, gjennom sitt eierskap i Fellesforetaket, at avtalens prinsipper gjenspeiles i vedtektene til de underliggende selskapene, uten at det er nødvendig å inngå egne aksjonæravtaler på lavere nivå i strukturen.
- Deadlock og exit: Mekanismer ved fastlåst uenighet mellom kommunen og samarbeidspartneren, med mekling som første steg og utkjøpsrett til pris fastsatt ved uavhengig takst som siste utvei.
- Forholdet til vedtektene og lovvalg/verneting: Avklarer rangordning ved motstrid, sikrer at forkjøpsrett og styresammensetning også forankres i vedtektene for å binde tredjeparter, og fastsetter hvilket lands rett som skal gjelde og hvordan tvister skal løses.
- Mislighold og sanksjoner: Regulerer hva som utgjør mislighold av avtalen, og hvilke konsekvenser dette skal ha, for eksempel tvangsutløsning til underkurs.
- Varighet og oppsigelse: Angir avtalens varighet, eventuelle fornyelsesmekanismer og adgangen til å si opp avtalen.

5.5 Eierstyring

Eierstyringen bør forankres i Fellesforetaket på nivå 1, hvor kommunen og samarbeidspartneren møtes som likeverdige eiere. Aksjonæravtalen for dette selskapet vil fungere som paraplyavtale for hele strukturen.

Et sentralt poeng er at kommunen må «slippe» eierskapet når Fellesforetaket er etablert. Kommunen kan ikke lenger opptre som eneeier eller instruere selskapene direkte. Fra dette tidspunktet er kommunen bundet av aksjonæravtalen på lik linje med samarbeidspartneren, og beslutninger må fattes i fellesskap gjennom styringsorganene.

Kommunens rolle som kommersiell aksjonær må holdes klart atskilt fra rollen som offentlig myndighet. Kommunens myndighetsutøvelse – for eksempel som plan- og bygningsmyndighet – må ikke påvirkes av at kommunen er medeier i Fellesforetaket. Denne rolledelingen er viktig både for ryddig forvaltning og for å gi samarbeidspartneren trygghet for en forutsigbar og likeverdig partner.

Styringen bør bygge på anerkjente prinsipper for god eierstyring og selskapsledelse, i samsvar med kommunens eierskapsmelding 2024–2027 og KS' anbefalinger.

5.6 Selskapenes ledelse og styre

Etter aksjeloven må ethvert aksjeselskap ha et styre bestående av minst én fysisk person. Selskapet *kan* ha daglig leder – uten annen vedtektsbestemmelse er det opp til styret å beslutte dette. En person kan registreres som daglig leder i Foretaksregisteret uten å være *ansatt* i stillingen. Vedkommende vil da være legitimert til å handle på vegne av selskapet i forhold som gjelder den daglige ledelsen, uten hensyn til signaturbestemmelsen.

Aksjelovens system innebærer at daglig leder forestår den daglige ledelsen og rapporterer til styret, som har overordnet ansvar for selskapets organisering og fører tilsyn med daglig leder.

Det er vesentlig at styret og daglig leder har en hensiktsmessig arbeidsform, og at styret fungerer som sparringspartner for daglig leder.

Kommuneloven § 26-1 krever at kommuner minst én gang i valgperioden vedtar en eierskapsmelding. Sandefjord kommunes eierskapsmelding for 2024-2027 stiller ikke krav om bestemt antall styremedlemmer i kommunale aksjeselskaper, men fastsetter at styresammensetning skal baseres på kompetanse, kapasitet og mangfold, og at det skal tilstrebes balansert kjønnsrepresentasjon.

I annen pågående sak for kommunestyret om behov for styremedlemmer til fellesforetak til Tivolitomta legges det opp til at styret i Fellesforetaket skal ha 6 styremedlemmer – 3 som skal representere henholdsvis Sandefjord kommune og den private samarbeidspartneren. Det er blant annet gitt uttrykk for at det samlet sett bør være minst 3 av hvert kjønn i styret.

Videre tas det til orde for at styrets samlede kompetanse hensyntar selskapets sentrale rolle for utviklingen av Tivolitomta, og at prosjektet *«vil kunne innebære betydelige verdier, komplekse transaksjoner, langsiktige investeringsbeslutninger og behov for løpende avveining mellom økonomisk verdiskaping og kommunens samfunnsmessige mål»*. I saksfremlegget er det på den bakgrunn anbefalt at styret har «kompetanse til å håndtere blant annet tomte- og eiendomsverdier, utviklingsstrategi, finansiering, risikostyring, selskaps- og avtalestruktur, offentlige rammebetingelser og samspillet mellom politiske mål og kommersielle hensyn». Det er også inntatt en matrise over kompetanseområder styret samlet bør dekke, samt en anbefalt kandidatprofil med tre komplementære roller.

Disse vurderingene fremstår fornuftige. Fellesforetaket vil trenge høyt kvalifiserte styremedlemmer. Kommunens tre representanter bør ha forståelse for kommunens mål, men også integritet og uavhengighet nok til å foreta selvstendige vurderinger til beste for Fellesforetaket.

Forutsatt at saksfremlegget fører til vedtak, bør disse kravene, herunder antall styremedlemmer, vedtektsfestes for selskapene i Tivolitomta-strukturen.

Etter aksjeloven har aksjonærer ingen adgang til å instruere selskapets virksomhet utover det generalforsamlingen beslutter. Hverken kommuneadministrasjonen eller kommunestyret kan instruere styret eller daglig ledelse i enkeltsaker. Fellesforetaket vil være et selvstendig rettssubjekt som må styres etter aksjeloven og prinsipper for god virksomhetsstyring (corporate governance). Dette understreker betydningen av et velfungerende rammeverk for eierstyring og et kvalifisert styre.

6 EIENDOMSSTRUKTURERING

- Selskapsstruktur med «SPVer» kan etableres før nye matrikkelenheter er opprettet
- Anleggseiendom anbefales for parkeringskjeller
- Kommunen bør sette av tilstrekkelig tid til å gjennomføre opprydding i eiendomsstruktur (ofte tidkrevende)

Tivolitomta består i dag av flere matrikkelenheter (gnr. 165, bnr. 1, 250, 254, 256, 606 og 607). Før utbyggingen igangsettes, må eiendomsstrukturen tilpasses selskapsstrukturen og områdeplanens feltinndeling. Det er imidlertid vanlig praksis i utviklingsprosjekter at selskapsstrukturen etableres før eiendomsstrukturen er endelig avklart. Det må legges en plan for eiendomsstruktur tidlig slik at man kan planlegge godt videre. Dette betyr imidlertid at SPV-selskapene kan utfisjoneres uten at de enkelte matrikkelenhetene er fradelt eller overført – den nærmere tilordningen av eiendom til selskap skjer først når fradelingen er gjennomført og matrikkelen er oppdatert.

For Tivolitomta innebærer dette at T Eiendom AS og de funksjonsbaserte datterselskapene (SF1 AS, SF2 AS, SF4 AS, SF5 AS og Parkering AS) kan etableres nå, mens kommunen fortsatt er hjemmelshaver. Fradeling av de nye matrikkelenhetene og overføring av hjemmel til de respektive SPV-ene gjennomføres først når utbyggingsplanene er tilstrekkelig modnet og feltgrensene er endelig fastsatt. Samarbeidspartneren vil dermed kunne gå inn i en etablert selskapsstruktur, uten at det stilles krav om ferdig oppdelt eiendomsmasse. Merk at opprydding i eiendomsstrukturen ofte er tidkrevende, og det bør settes av tilstrekkelig tid til dette i fremdriftsplanen. Eksempelvis må fradelinger startes i tilstrekkelig god tid før eventuelle seksjoneringsprosesser som er nødvendige for salg og pantsettelse.

For delfelt som skal inneholde både bolig og næring, typisk SF2 og SF4, vil det etter hvert være hensiktsmessig å gjennomføres seksjonering for å skille de ulike bruksformålene rettslig. Seksjonering er nødvendig for å muliggjøre salg av enkeltboliger til sluttbrukere, og har også betydning for avgiftshåndteringen, herunder fordelingen av fradragsrett for merverdiavgift. Seksjonering er også viktig for å kunne skille mellom eierskap i rene næringslokaler med tanke på eventuelle salg ut fra SPVer. Tidspunktet for seksjonering bør også avklares tidlig i prosjekteringen, slik at øvrig eiendomsstrukturering tilpasses.

For parkeringskjelleren som skal etableres under terreng, anbefaler vi at det opprettes en egen anleggseiendom. En anleggseiendom er en selvstendig matrikkelenhet avgrenset i tre dimensjoner, jf. matrikkelloven § 11, og er nødvendig der et volum (bygning eller underjordisk konstruksjon) strekker seg under flere grunneiendommer. Løsningen gir klare eiendomsgrenser og forenkler avgiftshåndtering, pantsettelse og eventuelt senere salg eller utleie. Anleggseiendommen kan også seksjoneres etter eierseksjonsloven, noe som muliggjør salg og utleie av enkeltplasser der dette er hensiktsmessig.

- Det må påregnes betydelige kostnader for infrastruktur ved første delutbygging
- Valg av modell for gjennomføring infrastrukturtiltak (kommunestyrt vs. utbyggerstyrt) må velges når selskapsstruktur er etablert
- Modell for MVA-håndtering må velges når infrastrukturkostnader er tilstrekkelig klarlagt
- Uavhengig av valgt modell bør man påse at hvert SPV er forpliktet til å dekke sin forholdsmessige andel av infrastrukturkostnadene

7.1 Rekkefølgekrav og utbyggingsavtale

Områdeplanen for Tivolitomta inneholder rekkefølgekrav som må oppfylles før utbygging kan igangsettes og før bebyggelse kan tas i bruk.:

8.1 Før tillatelse til tiltak

Før det gis tillatelse til tiltak i feltene SF2-SF5, skal o_Torg1, o_BG1, o_BG2, o_Fortau1, o_Fortau2, o_Kjøreveg1, o_Parkering1-2, og Park være sikret opparbeidet.

8.2 Før igangsetting

Før det gis igangsettingstillatelse innenfor planen skal hensynssone H56O_1 (Hul eik) være sikret med anleggsgjerde.

Før det gis igangsettelsestillatelse for felt SF1, skal det foreligge plan som sikrer drift av pumpestasjonen under anleggsfasen.

Før det gis igangsettelsestillatelse for bebyggelse i felt SF2-SF6 skal byggearbeider innenfor SF1 være igangsatt.

8.3 Før bebyggelse tas i bruk

Før det gis midlertidig brukstillatelse til bebyggelse på Tivolitomta skal o_Fortau1-2, o_Kjøreveg1, o_Parkering1-2 og o_BG3 være opparbeidet i samsvar med godkjent landskapsplan og plan for overvannshåndtering.

Før det gis midlertidig brukstillatelse til bebyggelse i det enkelte felt på Tivolitomta, skal tilgrensende o_Torg1-3 og tilgrensende o_BG1-2 opparbeides i samsvar med godkjent utomhusplan, landskapsplan og plan for overvannshåndtering.

Før det gis midlertidig brukstillatelse til bebyggelse, skal parkering som angitt i pkt. 3.1.5 være opparbeidet.

Før det gis midlertidig brukstillatelse til bebyggelse i felt SF2-SF6, skal park som angitt i pkt. 5.8 være opparbeidet.

Før det gis midlertidig brukstillatelse for bebyggelse skal renovasjonsløsning jf. Pkt. 3.1.6 være etablert.

Før det gis midlertidig brukstillatelse innenfor planområdet, skal dryppsonen for forskriftseiker være sikret/beskyttet for eksempel ved bruk av gjerde, steiner eller lignende. For arealer innenfor hensynssone H560, som ligger utenfor bebyggelse, skal armert gress være etablert.

Før det gis midlertidig brukstillatelse til boliger i SF2 og SF5 skal uteoppholds- og lekearealer være opparbeidet.

Områdeplanen skiller mellom to typer rekkefølgekrav:

- **Krav til tiltak som skal være sikret opparbeidet før igangsettingstillatelse (IG):** Felles infrastruktur (torg, fortau, kjørevei, parkering og park) må være *sikret opparbeidet* før det gis tillatelse til tiltak i feltene SF2–SF5.
- **Krav om tiltak før IG/brukstillatelse:** innebærer at tiltakene må være gjennomført / fysisk ferdigstilt før bebyggelsen kan tas i bruk.

Rekkefølgekravene knyttet til igangsettingstillatelse kan oppfylles ved inngåelse av utbyggingsavtale med kommunen etter plan- og bygningsloven kapittel 17. Gjennom en slik avtale forplikter utbygger seg til å bekoste eller bidra til opparbeidelse av nødvendig infrastruktur, og rekkefølgekravene anses da som «sikret opparbeidet» i henhold til plan- og bygningsloven. SPV-ene vil på dette grunnlaget kunne få igangsettingstillatelse, eventuelt med dispensasjon etter § 19-2 dersom utbyggingsavtalen ikke dekker samtlige rekkefølgekrav og alle utbyggere som skal bidra til opparbeidelse av infrastrukturen. En slik dispensasjon forutsetter at vilkårene i § 19-2 er oppfylt, men erfaringsmessig vil det være tilstrekkelig for å få en dispensasjon at en utbyggingsavtale er inngått som dekker rekkefølgekravene.

Kravene før IG/brukstillatelse som ikke inngår i det som skal være «sikret» opparbeidet, krever derimot at tiltakene faktisk er utført. Dette innebærer at byggearbeidene kan starte tidlig, men at infrastrukturen må være ferdig før bebyggelsen tas i bruk. Det påløper derfor betydelige kostnader for selskapet som setter i gang utbygging først, og det er viktig å ha en plan for hvordan disse kostnadene skal fordeles utover på øvrige utbyggingsfelt. Dersom det er flere utbyggere, er det viktig å legge en plan for hvordan kostnader og ansvar skal fordeles, herunder hvordan øvrige skal betale kostnader til et infrastrukturselskap.

Videre er MVA-kostnaden for felles offentlige infrastrukturtiltak betydelig. Det er da sentralt å velge en gunstig gjennomføringsmodell for MVA. Det finnes to hovedmodeller for utbygging av infrastrukturtiltak (se nærmere om MVA-modellene i punkt 7.3):

- **Kommunestyrt gjennomføring (anleggsbidragsmodellen):** Kommunen koordinerer utbyggingen og krever bidrag fra utbyggere.
- **Utbyggerstyrt gjennomføring (justeringsmodellen):** Utbygger Fellesforetaket eller infrastrukturselskap bekoster og gjennomfører infrastrukturen selv og overdrar tiltakene til kommunen ved ferdigstillelse.

For Tivolitomta må det tas stilling til hvilken modell som skal legges til grunn. I kommunestyrt modell vil risikoen knyttet til etablering av infrastruktur være hos kommunen. Utbyggerstyrt modell innebærer at kommunen ikke tar risiko for infrastrukturkostnadene da dette gjennomføres av utbygger for senere overdragelse til kommunen.

Ved valg av utbyggerstyrt modell for Tivolitomta, og dersom det tidlig i prosessen etableres flere SPV-selskaper, anbefaler vi å opprette et koordinerende infrastrukturselskap (eid av Fellesforetaket) som kan stå for opparbeidelsen, håndtere kontakten mot kommunen og koordinere fordelingen av infrastrukturkostnader mellom de øvrige selskapene i strukturen. Dette vil fordele risikoen over flere selskaper.

Dersom det kun opprettes ett SPV-selskap, er det ikke behov for et eget infrastrukturselskap – T Eiendom AS kan da håndtere infrastrukturforpliktelsene direkte overfor kommunen.

Uavhengig av gjennomføringsmodell bør hvert SPV dekke sin forholdsmessige andel av de felles infrastrukturkostnadene, beregnet etter bruksareal (BRA)⁷. Ved salg av aksjer i et SPV må forpliktelsen til å betale infrastrukturbidrag sikres, enten ved tinglysing av heftelse på eiendommen SPV-et eier eller gjennom regulering i aksjesalgsavtalen, se punkt 7.2 om fordeling av kostnader per felt.

7.2 Fordeling av infrastrukturkostnader per felt

T Eiendom AS vil i utgangspunktet eie alle delområdene. Ved utfisjonering og salg tinglyses en forpliktelse til å bidra til infrastrukturkostnadene, som også reguleres i eventuelle aksjesalgsavtaler. Det enkelte SPV betaler sin andel til infrastrukturselskapet (dersom dette etableres) eller direkte til kommunen, basert på en fordelingsnøkkel som fordeler totalkostnaden mellom delområdene. Eventuell differensiering i kostnadsfordeling må vurderes opp mot statstøtteregelverket.

Dersom det etableres et eget infrastrukturselskap, må det opprettes avtaler mellom infrastrukturselskapet og SPV-ene. Alternativt reguleres forpliktelsene direkte i utbyggingsavtalen med kommunen. Avtalen bør klargjøre:

- Fordelingsnøkkel og hvilke kostnader som omfattes
- Når betalingsforpliktelsen inntreffer og forfaller
- Sikkerhet ved manglende betaling (pant eller aksjonærgaranti)

⁷ Vi har fått opplyst at alle infrastrukturtiltak er felles offentlig infrastruktur. Eventuell feltintern infrastruktur dekkes av det aktuelle SPV-et alene.

- Overføring ved videresalg (tinglysing og regulering i aksjesalgsavtaler)
- Finansiering og beslutningskompetanse

7.3 Merverdiavgiftsmodeller for infrastrukturtiltak

I dette prosjektet vil all infrastruktur være offentlig. Det enkelte SPV-selskap som skal ta sin andel av kostnadene vil være i ulike avgiftsposisjoner. Typisk vil utleie av næringsarealer ha fradrag rett direkte for merverdiavgiftskostnader som knytter seg til avgiftspliktig virksomhet. Motsatt vil oppføring av bolig ikke ha rett til å kreve fradrag for merverdiavgiftskostnader på sin andel av infrastrukturkostnader.

For håndtering av merverdiavgift ved opparbeidelse av felles offentlig infrastruktur finnes to sentrale modeller:

- **Anleggsbidragsmodellen:**

For eiendomsselskaper uten rett til MVA-fradrag (typisk boligselskaper) kan anleggsbidragsmodellen benyttes. Kommunen mottar fakturaen direkte fra infrastrukturleverandøren og krever kompensasjon for merverdiavgiften etter kompensasjonsloven eller fradrag etter merverdiavgiftsloven. SPV-selskapet yter deretter et anleggsbidrag til kommunen uten merverdiavgift, slik at merverdiavgiften ikke blir en endelig kostnad for prosjektet. Modellen er særlig aktuell for felles infrastruktur som skal overtas av kommunen. Vi har fått opplyst at kommunen har et administrasjonsgebyr. Se punkt 12 om eventuelle statsstøtterettslige implikasjoner dersom kommunen reduserer administrasjonsgebyret.

- **Justeringsmodellen:**

For infrastruktur som overtas av kommunen kan justeringsmodellen være aktuell. Hvis SPV-selskapet driver en hel eller delvis avgiftspliktig virksomhet, kan enten hele eller deler av merverdiavgiften kreves tilbake fra staten direkte. I et slikt tilfelle vil SPV-selskapet overføre en justeringsforpliktelse til kommunen gjennom en avtale om justeringsplikt.

Hvis SPV-selskapet ikke har fradagsrett for merverdiavgift, kan justeringsretten overføres til kommunen gjennom en justeringsavtale. Kommunen krever deretter kompensasjon for justeringsretten og tilbakebetaler merverdiavgiften til SPV-selskapet etter hvert som kompensasjonen mottas over justeringsperioden på 10 år. Ifølge det opplyste har kommunen ikke erfaring med justeringsmodellen, og vi er ikke kjent med om kommunen har praksis for å beholde deler av merverdiavgiften som refunderes.

Valget mellom modellene må vurderes konkret når plan for opparbeidelse av infrastrukturtiltak er nærmere klarlagt. Ved valg av modell må kommunen særlig vurdere ansvaret som følger av byggherrerollen ved bruk av anleggsbidragsmodellen, sammenlignet med justeringsmodellen.

For fellesarealer og infrastruktur som skal overtas av kommunen vil anleggsbidragsmodellen sikre MVA-fradrag på byggekostnader. Ved bruk av anleggsbidragsmodellen vil kommunens administrasjonsgebyr medføre en nettokostnad for prosjektet, men dette gir likevel betydelig besparelse sammenlignet med full MVA-kostnad. Dette forutsetter at kommunen er villig til å påta seg risikoen ved å være byggherre.

8 SKATTERETTSLIGE VURDERINGER

- Fritaksmetoden gir skattefrihet ved aksjesalg
- Skattefri utfisjonering av SPV-selskaper krever kontinuitet på selskap og eiernivå
- Konsernbidrag kan optimalisere skatteposisjoner

8.1 Skattemessig gjennomgang av selskapsstrukturen

Skattemessige forhold vil være sentrale gjennom hele prosjektet, både ved etableringen av selskapsstrukturen, ved gjennomføringen av kommunens og samarbeidspartnerens innskudd, og løpende i selskapenes virksomhet. Det rettslige rammeverket som er relevant for den skattemessige vurderingen, omfatter blant annet reglene om alminnelig selskapsskatt og fritaksmetoden i skatteloven, samt reglene om internprising i skatteloven § 13-1.

8.1.1 Utgangspunktet for gjennomgangen

Selskapsstrukturen som ligger til grunn for den skattemessige gjennomgangen, er nærmere beskrevet i punkt 3.1.

Nedenfor vurderes de skattemessige forholdene knyttet til det enkelte selskap i strukturen, herunder relevante skatteregler og eventuelle skattemessige risikoer eller særlige forhold.

8.1.2 Tivolitomta Holding AS

TH AS er det felles holdingselskapet på mellomste nivå i strukturen, eid 50 % hver av Sandefjord kommune og Samarbeidspartners Holding AS. TH AS eier eller vil bli eier av 100 % av aksjene i T Eiendom AS. Det er lagt opp til at T Eiendom AS på et senere tidspunkt skal fisjonere ut delfeltene til egne SPV-er, se nærmere omtale av fisjonsplanen og det planlagte T Eiendom AS nedenfor.

Selskapet er skattepliktig som ordinært aksjeselskap, men dette vil ikke få betydning ettersom utbytte og gevinst ved realisasjon av aksjene T Eiendom AS, som hovedregel omfattes av fritaksmetoden, jf. skatteloven § 2-38. Kostnader og eventuelle konserninterne tjenester mellom TH AS og eierne må prises på armlengdes vilkår, jf. skatteloven § 13-1.

8.1.3 Tivolitomta Eiendom AS

T Eiendom AS eies eller vil bli eid 100 % av TH AS. Som beskrevet i punkt 4.1, vil kommunen selge tomten til T Eiendom AS. Kjøpesummen gjøres ikke opp kontant, men blir liggende som en fordring som deretter gjøres opp ved kapitalforhøyelser gjennom strukturen. Samarbeidspartneren skyter inn et kontantbeløp tilsvarende tomteverdien. T Eiendom AS vil derfor i en periode være et «holdingselskap» for den samlede eiendomsmassen, før denne fisjoneres ut til de respektive SPV-ene.

Gevinst og utbytte ved eventuelt salg av aksjer i SPV-ene vil for T Eiendom AS som hovedregel omfattes av fritaksmetoden, jf. skatteloven § 2-38. Verdssettelsen av tomten ved salget til T Eiendom AS er sentral, både fordi den påvirker det skattemessige avskrivningsgrunnlaget for tomtene, og fordi en feilverdsettelse kan medføre en vederlagsfri verditilførsel mellom aksjonærene.

For Sandefjord kommune vil salget av tomten til T Eiendom AS innebære en realisasjon av fast eiendom. Så lenge overføringen skjer som del av kommunens ikke-skattepliktige forvaltning av kommunens eiendommer, jf. skatteloven § 2-30, vil realisasjonen ikke ha noen skattemessig effekt for kommunen.

8.1.4 SPV-selskaper

Anbefalt modell legger opp til at tomtene for ulike delfelt fisjonerer ut fra T Eiendom AS til de enkelte SPV-selskapene (SF1 AS, SF2 AS – SF5 AS, Parkering AS mv.) som skal oppføre, selge eller leie ut bygg i henhold til områdereguleringen.

Fisjonen må oppfylle vilkårene for skattefri fisjon i skatteloven kapittel 11, herunder kravet til skattemessig kontinuitet på selskaps- og eiernivå, jf. skatteloven §§ 11-7 og 11-8. Dette innebærer at aksjonærenes eierandeler og aksjenes skattemessige inngangsverdi og ervervstidspunkt videreføres uendret.

Nedenfor gjennomgås de skattemessige hovedlinjene for hvert underliggende SPV.

8.1.4.1 SF1 AS – Offentlig formål, kulturhus, bibliotek, annen næring mv.

SF1-området er satt av til offentlig formål (bla. bibliotek og kulturskole) og annen næring. Det legges til grunn at SF1 AS oppfører et offentlig bygg som leies ut til kommunen. Det kan også f.eks være mulig å legge til rette for høyskole på SF1.

Selskapet er skattepliktig etter de alminnelige reglene for utleie av fast eiendom. Ved et eventuelt fremtidig salg av bibliotek- og kulturskolearealene til kommunen eller annen næring vil gevinsten ved salget beskattes etter de ordinære reglene med mindre transaksjonen struktureres som et aksjesalg som omfattes av fritaksmetoden.

8.1.4.2 SF2 AS, SF4 AS og SF5 AS

SPV-selskapene skal stå for utviklingen av både nærings- og boligformål i delområdene SF2 og SF5. Selskapene er skattepliktig etter de alminnelige reglene, og den skattemessige behandlingen avhenger av om det gjelder nærings- eller boligdelen:

Næringsdelen: Gevinst ved aksjesalg av næringsdelen vil som hovedregel omfattes av fritaksmetoden, jf. skatteloven § 2-38. For å utnytte dette bør det avklares tidlig om næringsdelen skal skilles ut i et eget selskap.

Boligdelen: Salg av leiligheter til sluttbrukere beskattes som virksomhetsinntekt og faller utenfor fritaksmetoden. Det bør avklares tidlig om boligprosjektet skal realiseres gjennom direkte eiendomssalg, eller om det er hensiktsmessig å etablere egne prosjektselskaper som kan avhendes ved aksjesalg.

8.1.5 Parkering AS

I forbindelse med at eksisterende parkeringsplasser skal erstattes så skal det bygges en parkeringskjeller som skal dekke parkeringsbehovet for bebyggelsen på Tivolitomta (offentlig formål, næring og bolig mv).

Selskapet er skattepliktig etter de alminnelige reglene, og kostnader og investeringer i parkeringsanlegget avskrives etter de ordinære saldoreglene. Hvis parkeringsplasser selges sammen med salg av leiligheter så vil salget være skattepliktig. Ved utleie av parkingsplasser gjennom parkeringsselskap vil det være skattepliktige inntekter.

8.2 Kort om konsernbidrag mellom datterselskaper (SPV-selskaper)

De ulike datterselskapene vil ha ulik risiko for skattemessig underskudd eller overskudd, avhengig av om virksomheten knytter seg til boligsalg, næringsutleie eller parkering. Så lenge selskapene inngår i et konsern med tilstrekkelig eierandel (mer enn 90 %), jf. skatteloven § 10-4, åpner reglene om konsernbidrag i skatteloven §§ 10-2 til 10-4 for at skattemessige overskudd i ett datterselskap kan overføres til et annet datterselskap med underskudd, med fradragsrett for giverselskapet og skatteplikt for mottakerselskapet. Vi anbefaler at muligheten for konsernbidrag hensyntas i den løpende skatteplanleggingen for datterselskapene, særlig i perioder der enkelte selskaper genererer overskudd fra realisering mens andre fortsatt er i en investeringsfase med underskudd.

8.3 Kort om skatt ved salg av aksjeselskaper

Ved salg av aksjer i SPV-selskapene vil aksjegevinsten for selgende selskap som hovedregel omfattes av fritaksmetoden, jf. skatteloven § 2-38, se nærmere om dette under omtalen av det enkelte selskap i punkt 8.2.2 og 8.2.3 ovenfor. Realisasjonen av aksjene vil derfor normalt ikke utløse skatt på selgers hånd, forutsatt at vilkårene for fritaksmetoden for øvrig er oppfylt.

Fra kjøpers side vil skattemessig verdi på selskapets eiendeler normalt være lavere enn markedsverdien, ettersom eiendelene har vært avskrevet eller på annen måte redusert i verdi for skattemessige formål mens den underliggende markedsverdien har økt. Kjøper vil derfor overta et lavere skattemessig avskrivningsgrunnlag enn det eiendelenes reelle verdi tilsier, og vil følgelig få redusert fremtidig fradragsrett gjennom avskrivninger sammenlignet med et direkte erverv av eiendelene (mindreavskrivninger). Denne latente skatteforpliktelsen representerer en økonomisk kostnad for kjøper og vil normalt bli reflektert i en reduksjon av kjøpesummen for aksjene, sammenlignet med en tilsvarende transaksjon strukturert som et direkte eiendomssalg (innmatsalg).

9 AVGIFTSVURDERINGER

- Avgiftsposisjon for ulike selskaper må avklares tidlig før selskapsstrukturering gjennomføres for å sikre riktig avgiftsbehandling
- Frivillig registrering for utleie bør vurderes straks leiekontrakter med avgiftspliktig næringsdrivende eller kommunen inngås (for eksempel ved seksjonering av bygningsmasse mv)
- Ha kontroll på justeringsforpliktelser og rettigheter

9.1 Avgiftsmessig gjennomgang av selskapsstrukturen

Det rettslige rammeverket som er relevant for den avgiftsmessige vurderingen, omfatter blant annet merverdiavgiftsloven, herunder reglene om justeringsplikt i kapittel 9, samt lov om dokumentavgift. Dokumentavgift behandler vi særskilt i punkt nummer 10.

Fordi strukturen består av flere selskapsnivåer, oppstår det også spørsmål knyttet til fordelingen av merverdiavgiftsmessige rettigheter og plikter mellom selskapene. Vi gjennomgår nedenfor selskapsstrukturen og de avgiftsmessige forholdene knyttet til hvert enkelt selskap, jf. punkt 3.1 ovenfor for en nærmere beskrivelse av selskapsstrukturen.

Nedenfor vurderer vi selskapenes aktivitet og rolle i strukturen, relevante avgiftsregler, samt eventuelle avgiftsmessige risikoer eller særlige forhold knyttet til det enkelte selskap.

9.1.1 Tivolitomta Holding AS

Så lenge selskapets virksomhet er begrenset til å eie aksjene i T Eiendom AS, faller virksomheten i utgangspunktet utenfor merverdiavgiftsloven, og det oppstår ingen dokumentavgift på dette nivået ettersom selskapet ikke selv besitter hjemmel til fast eiendom.

9.1.2 Tivolitomta Eiendom AS

Som beskrevet i punkt 4.1, vil kommunen selge tomten til T Eiendom AS. Overføringen av tomten må vurderes opp mot merverdiavgiftsreglene. Overdragelse av ubebygd grunn er som hovedregel unntatt fra merverdiavgiftsplikt, men dersom tomten har vært, eller skal benyttes i, kommunens avgiftspliktige eller justeringspliktige virksomhet, må det avklares om justeringsforpliktelser eller rettigheter etter merverdiavgiftsloven kapittel 9 overføres til T Eiendom AS ved salget.

9.1.3 Datterselskaper (SPV-selskaper)

Som beskrevet i punkt 4, legges det opp til at tomtene fisjonerer ut fra T Eiendom AS til de enkelte SPV-selskapene når eiendomsgrensene og matriklene er endelig fastlagt. Fisjonen vil være skattefri, jf. punkt 8.1.5, og vil normalt ikke utløse merverdiavgiftskonsekvenser så lenge det foreligger kontinuitet i avgiftsposisjonen. Nedenfor gjennomgår vi de avgiftsmessige hovedlinjene for hvert SPV.

9.1.3.1 SF1 AS – Offentlig formål, kulturhus, bibliotek, annen næring mv.

SF1 AS skal oppføre bygg til offentlig formål (bibliotek og kulturskole) samt næringslokaler (ev. også utdanningsinstitusjoner). Den avgiftsmessige behandlingen avhenger av bruksformålet.

For arealene til bibliotek og kulturskole, som leies ut til kommunen, jf. punkt 3.2.1, vil frivillig registrering for utleie være mulig etter merverdiavgiftsloven § 2-3 første ledd bokstav c, ettersom bygget brukes av offentlig virksomhet der øverste myndighet er kommunestyret.

For eventuelle næringslokaler som leies ut til avgiftspliktige leietakere, bør det vurderes frivillig registrering etter merverdiavgiftsloven § 2-3 for å sikre fradragsrett for oppføringskostnadene. Utleie av lokaler til utdanningsinstitusjoner er unntatt fra merverdiavgiftsloven, jf. § 3-11 annet ledd, og gir dermed ikke grunnlag for frivillig registrering eller fradragsrett for inngående merverdiavgift.

9.1.3.2 SF2 AS – SF5 AS

SF2 AS, SF4 AS og SF5 AS skal utvikle delfelt med kombinert bolig- og næringsformål. Den avgiftsmessige behandlingen varierer etter bruksformål:

9.1.3.3 Næring

For næringsarealene (typisk gateplan) bør det vurderes frivillig registrering for utleie til avgiftspliktige leietakere, jf. merverdiavgiftsloven § 2-3, for å sikre fradragsrett for oppføringskostnadene knyttet til denne delen. For boligdelen vil omsetning av boliger være unntatt fra merverdiavgiftsplikt, jf. merverdiavgiftsloven § 3-11, og selskapet vil normalt ikke ha fradragsrett for inngående merverdiavgift på oppføringskostnader knyttet til boligdelen. Manglende fradragsrett innebærer en direkte kostnadsøkning for boligprosjektet og bør hensyntas i finansieringen og prisingen.

9.1.3.4 Bolig og Næring

Når byggene inneholder både avgiftspliktig næringsutleie og unntatt boligomsetning, må selskapet foreta en forholdsmessig fordeling av fradragsretten for inngående merverdiavgift på felleskostnader og oppføringskostnader. Fordi bruksformålet for SF4 ennå ikke er endelig avklart, foreligger det en viss usikkerhet knyttet til fordelingen av fradragsrett og eventuelle justeringsforpliktelser. Vi anbefaler at bruksformålet og en eventuell seksjonering av bygningsmassen avklares på et tidlig tidspunkt, slik at avgiftsbehandlingen kan innrettes riktig fra start.

9.1.3.5 Parkering AS

Parkering AS skal eie og drive parkeringskjelleren som etableres under terreng. Utleie av parkeringsplasser er som hovedregel avgiftspliktig virksomhet etter merverdiavgiftsloven § 3-11 annet ledd bokstav c, noe som normalt gir selskapet fradragsrett for inngående merverdiavgift på oppføringskostnadene.

Som anbefalt i punkt 3.2.2, bør parkeringsplassene leies ut fremfor å selges. Ved utleie vil selskapet ha rett til fradrag for inngående merverdiavgift på byggekostnadene, forutsatt at selskapet er registrert i Merverdiavgiftsregisteret. Dersom deler av anlegget benyttes til formål som ikke er avgiftspliktige, for eksempel dersom enkelte plasser knyttes til boligformål, må det gjøres en forholdsmessig fordeling av fradragsretten. Et alternativ er å leie ut hele parkeringsområdet til en parkeringsoperatør som driver

ordinær parkeringsvirksomhet. Dersom bruken av parkeringsanlegget endres i løpet av justeringsperioden på ti år, for eksempel ved at avgiftspliktig utleie erstattes av unntatt bruk, kan det utløse justeringsforpliktelser etter merverdiavgiftsloven kapittel 9.

9.2 Generelt om fradragsrett for merverdiavgift

I forbindelse med etableringen av selskapsstrukturen og gjennomføringen av salget fra kommunen til T Eiendom AS vil det påløpe kostnader til rådgivning, herunder juridisk og finansiell bistand samt verdivurderinger. Den avgiftsmessige behandlingen av disse kostnadene avhenger av hvilken tilknytning de har til avgiftspliktig virksomhet. I punktene nedenfor redegjør vi nærmere for reglene om fradragsrett.

Vi avgrenser mot reglene for fellesregistrering, men vi anbefaler at det vurderes nærmere om fellesregistrering er hensiktsmessig for deler av strukturen når eierandelene og den endelige selskapsinndelingen er avklart.

9.2.1 Hovedregel om fradragsrett

Utgangspunktet etter gjeldende praksis er at merverdiavgift på kostnader som er direkte og nært tilknyttet kapitalinnhenting og selve kapitalforhøyelsen, ikke er fradragsberettiget, selv om selskapet for øvrig driver avgiftspliktig virksomhet. Dette følger av at kapitalforvaltning og aksjetransaksjoner faller utenfor merverdiavgiftslovens virkeområde. Skattedirektoratet har i flere uttalelser presisert at kostnader til rådgivning i forbindelse med kapitalforhøyelser, fusjoner og fisjoner må vurderes konkret ut fra kostnadens tilknytning til avgiftspliktig virksomhet.

9.2.2 Typiske kostnader og avgiftsbehandling

Følgende kostnader vil typisk *ikke* være fradragsberettiget: (i) rådgivning knyttet til selve stiftelsen av selskapene, (ii) kostnader til utarbeidelse av åpningsbalanse og styrets redegjørelse ved kapitalforhøyelse, (iii) verdivurdering av tomten for formål med kapitalinnskudd, og (iv) juridisk bistand knyttet til aksjonæravtalen.

Følgende kostnader kan være fradragsberettiget, forutsatt at de har tilstrekkelig tilknytning til avgiftspliktig virksomhet: (i) rådgivning knyttet til den løpende eiendomsutviklingen og prosjekteringen, (ii) juridisk bistand knyttet til entreprisekontrakter og leiekontrakter, og (iii) avgiftsrådgivning knyttet til den avgiftspliktige virksomheten.

9.2.2.1 Særlig om rådgiverkostnader

Vi anbefaler at fakturaer fra rådgivere spesifiseres slik at kostnader knyttet til selve kapitaltransaksjonen kan skilles fra øvrig rådgivning. Dette gjør det enklere å dokumentere fradragsretten ved en eventuell avgiftskontroll. Videre bør det vurderes hvilket selskap i strukturen som skal bære de ulike kostnadene – kostnader bør så langt mulig faktureres til det selskapet som har størst tilknytning til avgiftspliktig virksomhet.

10 DOKUMENTAVGIFT

- Sørg for enighet om eiendomsverdi før tomten selges
- Dokumentavgift utløses ved hjemmelsoverføring
- Ingen dokumentavgift ved utfisjonering av eiendom
- For næring/offentlig formål bør hjemmel overføres raskt (før verdiskapende tiltak)
- Utsatt hjemmelsoverføring anbefales kun for boligeiendom.

Som beskrevet i punkt 4.1, vil kommunen selge tomten til T Eiendom AS. Overføring av hjemmel til tomten vil utløse dokumentavgift på 2,5 % av markedsverdien på tinglysningstidspunktet, jf. dokumentavgiftsloven § 7 første ledd. Ettersom T Eiendom AS er et kommersielt aksjeselskap, kommer ikke fritaket for overføringer til offentlige organer til anvendelse.

10.1 Beregningsgrunnlaget for dokumentavgiften

Dokumentavgiften beregnes av eiendommens markedsverdi på tinglysningstidspunktet. Et salg fra kommunen til T Eiendom AS etter at investoren har fastsatt tomteverdi vil gi markedsverdien som det skal beregnes dokumentavgift på med 2,5 %.

10.2 Utsatt hjemmelsoverføring

I enkelte boligutviklingsprosjekter unnlater man å overskjøte eiendommen til utviklingsselskapet, ettersom selskapet uansett skal overføre hjemmel direkte til de enkelte kjøperne ved ferdigstillelse (såkalt innmatsalg). Utviklingsselskapet slipper da å betale dokumentavgift for sitt erverv. For å sikre utviklingsselskapets råderett over eiendommen, inngås normalt en generalfullmakt fra hjemmelshaver kombinert med tinglysning av en urådighetssperre. Urådighetssperren hindrer imidlertid bare frivillige rettsstiftelser – den gir ikke vern mot utlegg eller andre tvangsstiftelser.

Utsatt hjemmelsoverføring innebærer en kreditorrisiko for utviklingsselskapet dersom hjemmelshaver blir insolvent eller utsatt for kreditorpågang. Modellen brukes derfor hovedsakelig der hjemmelshaver er særlig solid, slik tilfellet er når kommunen står som hjemmelshaver. Spørsmålet om utsatt hjemmelsoverføring vurderes for gjerne ved utbygging av rene boligfelt for å spare dokumentavgift. Dersom feltet inneholder både næring og bolig, bør hjemmelsoverføringen avvenne seksjonering slik at nærings- og boligdelen kan behandles separat. Bankene vil normalt akseptere at hjemmelen for boligdelen blir liggende hos selger, forutsatt at det etableres pant i boligdelen.

For næringseiendom anbefaler vi ikke utsatt hjemmelsoverføring. Årsaken er at næringseiendom normalt realiseres gjennom aksjesalg (ikke innmatsalg), og en kjøper vil forutsette at selskapet har hjemmel til eiendommen. Ettersom dokumentavgiften beregnes av markedsverdien på tinglysningstidspunktet, vil det lønne seg å overføre hjemmelen tidlig – før verdiskapende tiltak øker beregningsgrunnlaget. Vi anbefaler derfor å overskjøte næringsseksjonene så raskt som mulig.

10.3 Dokumentavgift ved fisjon til datterselskaper (SPV-er)

Når T Eiendom AS har fått hjemmel til eiendomsmassen, vil hjemmelen følge med ved fisjon til de enkelte SPV-ene. Slike «fisjonsskjøter» utløser ikke dokumentavgift, forutsatt at fisjonen gjennomføres med selskapsrettslig kontinuitet etter dokumentavgiftsforskriften § 2 første ledd bokstav i. Kontinuitetsvilkåret innebærer at det utfisjonerte selskapet må videreføre eierstrukturen fra det overdragende selskapet.

Dersom kommunen på et senere tidspunkt ønsker å kjøpe tilbake eiendom fra strukturen, vil dette utløse dokumentavgift på 2,5 % av markedsverdien. En slik tilbakekjøpstransaksjon bør derfor vurderes nøye opp mot alternative løsninger, for eksempel langsiktig leie.

10.4 Fastsettelse av eiendomsverdi

Som beskrevet i punkt 4.1, anbefaler vi at kommunen inngår avtale med samarbeidspartner, inkludert enighet om eiendomsverdi, før selskapsstrukturen etableres. Når samarbeidspartneren priser prosjektet og forplikter seg til å delta med 50 % av verdien, fastsettes omsetningsprisen på tomten gjennom denne markedsmekanismen. Den fremforhandlede verdien vil dermed uttrykke markedsverdien og danne beregningsgrunnlaget for dokumentavgiften.

11 ANSKAFFELSESRETTLIGE VURDERINGER

- Valg av samarbeidspartner omfattes ikke av regelverket
- Kommunen har bredt handlingsrom ved utforming av konkurransedokumenter
- Selskapsstrukturen bør innrettes slik at selskapene ikke anses som offentlige organer
- Kontrakt om leie av bibliotek/kulturhus vil være bygge- og anleggskontrakt underlag anskaffelsesreglene

11.1 Innledning

Kommunestyret har vedtatt at kommunen skal gjennomføre en konkurranse for valg av samarbeidspartner til Tivolitomta-prosjektet, jf. KST-sak 016/26.

Den valgte utviklingsmodellen, der det etableres et offentlig-privat eid Fellesforetak med tilhørende holdingstruktur og funksjonsbaserte datterselskaper, reiser tre anskaffelsesrettslige hovedspørsmål:

- i. om inngåelsen av avtaler for etablering av Fellesforetaket (valget av samarbeidspartner) utgjør en kontrakt i anskaffelsesregelverkets forstand,
- ii. om selskapene i strukturen selv må anses som offentligrettslige organer og dermed er omfattet av anskaffelsesregelverket som offentligrettslige organer, og
- iii. om etterfølgende avtaler, herunder leieavtalen med SF1 AS og utbyggingsavtaler med tredjepart, vil være omfattet av anskaffelsesregelverket, jf. punkt 11.5

Det første spørsmålet er om valg av samarbeidspartner må gjennomføres i samsvar med lov og forskrift om offentlige anskaffelser. Dette kan bero på om avtaleverket knytter samarbeidspartneren eller nærstående selskap til senere entrepriser, leieavtaler eller driftsoppgaver.

Videre er et viktig spørsmål om Fellesforetaket, og andre selskaper i samme struktur, vil være underlagt anskaffelsesregelverket. Nærmere bestemt om disse, som følge av kommunens rolle, skal regnes som offentligrettslige organer. Dette avhenger naturlig nok av hvordan de innrettes, og drøftes nedenfor under punkt 11.4. Merk også at dette kan variere mellom de ulike selskapene i strukturen. Hvis kommunen har ønske eller behov for sterkere styring med enkeltsselskaper, inngår dette i vurderingen. Dersom selskapene ikke er offentligrettslige organer, er de ikke underlagt anskaffelsesregelverket. Dermed skal ikke regelverket følges når de anskaffer varer, tjenester eller bygge- og anleggsarbeider.

Fellesforetaket skal realisere byutviklingen og dekke kommunens behov for bibliotek og kulturskole med et samlet arealbehov på 7 000 m². Kommunen har til intensjon å leie tilbake bibliotek og kulturskole etter en leieavtale på markedsmessige vilkår. Dermed oppstår spørsmålet om denne avtalen (eller settet med avtaler) innebærer at kommunen gjør en offentlig anskaffelse. Kort forklart blir spørsmålet her om det såkalte leieunntaket kommer til anvendelse, eller om man står overfor en bygge- og anleggsanskaffelse, slik dette er definert i anskaffelsesregelverket.

Vurderingene nedenfor reflekterer de forutsetningene som foreligger på dette tidspunktet. Senere beslutninger om selskapsstruktur, aksjonæravtale, konkurransegrunnlag, leieavtale og eventuelle infrastruktur- og entrepriseavtaler kan kreve oppdaterte og andre anskaffelsesrettslige vurderinger.

11.2 Noen viktige anskaffelsesrettslige utgangspunkt

Anskaffelsesregelverket kommer til anvendelse når det foreligger en «kontrakt» i regelverkets forstand, det vil si en gjensidig bebyrdende avtale mellom en offentlig oppdragsgiver og en leverandør om varer, tjenester eller bygge- og anleggsarbeider, jf. lov om offentlige anskaffelser («LOA») § 2. Det avgjørende er avtalens reelle innhold, ikke hvordan den er betegnet, og det har ingen betydning om ytelsen skjer ved kjøp, leie eller annen kontraktsmessig form, så lenge avtalen for øvrig oppfyller forskriftens definisjoner⁸.

I sammensatte utviklingsprosjekter som dette er vurderingen sjelden enkel. Avtalekonstellasjonen vil ofte inneholde både elementer som er omfattet og som er unntatt regelverket. Dette omtales som blandete kontrakter, og utløser vurderinger av om ytelsene «kan skilles fra hverandre på en objektiv måte». Dersom ikke, skal den blandete kontrakten inngås etter reglene som gjelder for ytelsen som utgjør kontraktens hovedelement, anskaffelsesforskriften § 6-2.

Flere avtaler må altså etter omstendighetene ses i sammenheng ved vurderingen, slik at regelverket ikke omgås ved kunstig oppdeling eller strukturering av avtaleverket. Risikoen øker særlig dersom samarbeidspartneren, et nærstående selskap eller et av selskapene i strukturen får en direkte eller indirekte forpliktelse, forventning eller økonomisk særstilling knyttet til å utføre bestemte bygge- og anleggsarbeider eller tjenester for kommunen.

Utvelgelsen av samarbeidspartner og gjennomføringen av prosjektet reiser i tillegg statstøtterettslige problemstillinger, som behandles særskilt i kapittel 12.

⁸ Anskaffelsesdirektivet 2014/24/EU fortalen premiss 4.

11.3 Er valg av samarbeidspartner en anskaffelse?

Dette punktet drøfter det første spørsmålet fra oversikten ovenfor: om utvelgelsen av samarbeidspartner / inngåelsen av aksjonæravtale om utviklingen av Tivolitomta, i seg selv utgjør en kontrakt i anskaffelsesregelverkets forstand.

11.3.1 Rettslig utgangspunkt

Etableringen av fellesforetak i samarbeid med privat aktør med formål om byutvikling er som utgangspunkt skilt fra kontraktsbegrepet i anskaffelsesretten. Det avgjørende er om avtalen om Fellesforetaket i realiteten innebærer kjøp av varer, tjenester eller bygge- og anleggsarbeider.

Når det gjelder de rettslige utgangspunktene, har etableringen av samarbeid blitt akseptert i rettspraksis, men ikke uten vilkår. Spørsmålet var tema for sak C-215/09 Mehiläinen, der EU-domstolen uttalte at:

*”Selv om en ordregivende myndigheds og en privat erhvervsdrivendes **oprettelse af en fælles virksomhed således ikke som sådan er omfattet** af direktiv 2004/18, kan en kapitaltransaksion **dog ikke i realiteten dække over tildeling til en privat partner af kontrakter**, der kan betegnes som offentlige kontrakter eller koncessioner. Den omstændighed, at en privat enhed og en ordregiver samarbejder i en offentlig-privat enhed, kan i øvrigt ikke begrunde nogen afvigelse fra reglerne om offentlige kontrakter, når der tildeles en sådan kontrakt til denne private eller offentlig-private enhed. Når nødvendigheden af at indgå en sådan blandet kontrakt således ikke er objektivt godtgjort, [gjelder regelverket for denne].»*

Når det gjelder ytelsene / aktivitetene som den private parten bidrar med i Fellesforetaket, og spørsmålet om disse utgjør tjenester, finnes også noen relevante avgjørelser. EU-domstolens uttalelser i sak C-451/08, Helmut Müller, indikerer at byplanlegging ikke er problematisk i så måte.

EFTAs overvåkningsorgan («ESA») har vurdert en sak fra Norge, med likhetstrekk til den aktuelle situasjonen. Drammen kommune ble klaget inn med påstand om at utvelgelsen av Ticon AS som samarbeidspartner i et felleseid utviklingsselskap (50/50) var en anskaffelse. Selskapets aktiviteter omfattet blant annet utarbeidelse og gjennomføring av en utviklingsavtale, samt styring av investeringer og fordeling av kostnader og utbytte mellom kommunen og Ticon. ESA konkluderte med at dette var byutviklingsaktiviteter, og ikke skulle kategoriseres som at kommunen anskaffet tjenester / inngikk en gjensidig bebyrdende kontrakt. ESAs konklusjon bygget også på vurderingen om at etableringen av fellesforetaket mv, ikke utgjorde en bygge og anleggskonsesjon fordi en slik konsesjon forutsetter eksistensen av «works» og «services», og at dette ikke var tilfellet når saken gjaldt etablering av et fellesforetak for byutvikling der ingen av partene fikk rett til å utnytte offentlige arbeider eller tjenester. Det ble fremhevet at avtalen innebar at verken «*MU nor Ticon receive a right to exploit any public works or services.*»

11.3.2 Fellesforetaket og grensen mot tjenester og bygge- og anleggsarbeider

Spørsmålet her er mer konkret om kommunens overføring av tomten, sett i sammenheng med motytelsene kommunen mottar, utgjør en «gjensidig bebyrdende» «offentlig kontrakt» eller om etableringen utgjør en kapitalinvestering/partnerskapsavtale som faller utenfor anskaffelsesregelverket.

Det er ikke endelig avklart hvilke ytelser de respektive partene skal bidra med inn i Fellesforetaket. Dersom samarbeidspartnerens bidrag skulle anses som en tjeneste, vil spørsmålet være om disse ytelsene kan skilles ut fra den øvrige samarbeidsavtalen, jf. omtalen av blandete kontrakter ovenfor. Etter vår vurdering vil partenes bidrag i et reelt fellesforetak for byutvikling normalt være så sammenvevd med den felles virksomheten at de ikke kan skilles ut som selvstendige anskaffelsespliktige ytelser. Andre momenter i vurderingen vil være om aksjonæravtalen legger føringer for valg av entreprenør, og om strukturen sikrer at partene deler risiko og avkastning på en måte som tilsier reelt medeierskap fremfor en skjult tjenesteanskaffelse. Vurderingen bør derfor kalibreres løpende etter hvert som avtaleinnholdet avklares nærmere slik at vi ev. kan foreslå risikoreduserende tiltak.

En foreløpig vurdering, basert på at Fellesforetakets virksomhet skal være byutvikling og kommersiell drift – og ikke en konstruksjon for bestilling av tjenester og bygge- og anleggsarbeider, taler mye for at etableringen av Fellesforetaket ikke utgjør en anskaffelse. Hensynene bør reflekteres ved utvelgelsen av samarbeidspartner, slik at dette gjøres på grunnlag av finansielle og kompetansemessige kriterier. Ved forhandling og inngåelse av aksjonæravtalen for Fellesforetaket må kommunen sikre at avtalevilkårene og aktivitetene som legges til selskapet, holder seg innenfor de ovennevnte rammene.

Dersom kommunen og samarbeidspartneren senere avtaler at samarbeidspartneren, eller et selskap denne kontrollerer, skal levere konkrete tjenester eller bygge- og anleggsarbeider til Fellesforetaket, oppstår et spørsmål om dette utløser anskaffelsesrettslige konsekvenser. En slik utvikling vil rokke ved grunnlaget for konkurransen om å bli samarbeidspartner, og ved vurderingen av om denne konkurransen skulle underlegges regelverket. Avhengig av avtalenes innhold, vil de etter omstendighetene kunne anses som offentlige anskaffelser, der manglende praktisering av anskaffelsesregelverket for inngåelse av dem kan møtes med sanksjoner.

I denne sammenheng nevnes det også at anskaffelsesregelverket kan gjelde for kontrakter som kommunen «ikke inngår selv», altså som inngås av f.eks. Fellesforetaket, men som kommunen «yter et direkte tilskudd til med mer enn 50 prosent». Vi antar at kommunen ikke har til hensikt å yte slike direkte tilskudd, og har derfor ikke gjort nærmere vurderinger dette. For øvrig antar vi at kommunens tomteinnskudd, kapitalforhøyelser m.m. ikke vil regnes som direkte tilskudd til bestemte kontrakter. Se imidlertid punkt 11.5.5 nedenfor.

Dersom kommunen ønsker et noe utvidet handlingsrom til å bestille ytelser fra samarbeidspartneren eller dens tilknyttede selskaper, bør det gjøres en nærmere vurdering av om dette kan sikres ved at utvelgelsen av samarbeidspartneren gjennomføres etter anskaffelsesregelverket. Størrelsen på handlingsrommet vil naturligvis påvirkes av hvilke ytelser som i så fall forespeiles i anskaffelsesdokumentene. Alternativt kan kommunen, som et mindre inngripende alternativ til å gjennomføre en full konkurranse, publisere en intensjonskunngjøring før aksjonæravtalen for Fellesforetaket inngås. Denne vil kunne beskytte mot senere anskaffelsesrettslige sanksjoner, men omfanget av beskyttelsen beror på flere faktorer.

11.4 Om selskapene i strukturen er offentligrettslige organer

Vurderingstemaet i dette punktet er om de aktuelle selskapene i holdingstrukturen under punkt 3.1 er «offentligrettslige organer» etter forskrift om offentlige anskaffelser («FOA») § 1-2 annet ledd, og dermed selv må følge anskaffelsesregelverket ved sine anskaffelser.

Et selskap regnes som et offentligrettslig organ når tre kumulative vilkår er oppfylt:

- a. er opprettet for å tjene allmennhetens behov og ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter,
- b. er et selvstendig rettssubjekt og
- c. har tilknytning til det offentlige ved at
 1. organet hovedsakelig er finansiert av offentlige myndigheter eller andre offentligrettslige organer,
 2. organets forvaltning er underlagt slike myndigheters eller organers ledelsesmessige kontroll eller
 3. organet har et administrasjons-, ledelses- eller kontrollorgan der over halvparten av medlemmene er oppnevnt av slike myndigheter eller organer.

Forkortet forklart kan Fellesforetaket og de underliggende selskapene være unntatt fra anskaffelsesregelverket enten fordi de «er av ... forretningsmessig karakter», eller fordi kommunen ikke har sterk nok tilknytning til dem.

*Vurderingen av **forretningsmessig karakter*** må gjøres konkret. Sentrale momenter er om selskapet opererer i et konkurranseutsatt marked, om det drives på normale markedsvilkår, om økonomisk vinning er virksomhetens hovedformål, om selskapet selv bærer risikoen for tap, og om virksomheten finansieres av det offentlige. Det er ikke avgjørende at selskapet *også* driver kommersiell virksomhet. Selv der en begrenset del av virksomheten dekker allmenne behov som ikke er av forretningsmessig karakter, kan selskapet være et offentligrettslig organ. For selskap i Tivolitomta-strukturen blir det sentralt om selskapet skal opptre som en ordinær markedsaktør, eller om selskapets formål, finansiering, eierstyring eller avtalemessige rammer innebærer at det kan la seg styre av kommunale eller andre samfunnsmessige hensyn ved sine anskaffelser.

Tilknytningsvilkåret er oppfylt ved ett av tre alternative grunnlag (1, 2 eller 3). Alternativene er ment å fange opp tilfeller der det offentlige har en slik økonomisk, organisatorisk eller styringsmessig tilknytning til organet at beslutningene, herunder anskaffelser, kan bli påvirket av andre enn kommersielle hensyn.

Finansieringsalternativet retter seg mot tilfeller der selskapet i hovedsak finansieres av det offentlige. Det skilles mellom offentlige tilskudd, støtte eller kapitaltilførsler som muliggjør virksomheten, og ordinær betaling for ytelser på markedsmessige vilkår. Særlig driftstilskudd og andre bidrag som reduserer selskapets markedsrisiko, trekker i retning av at tilknytningsvilkåret er oppfylt. Kontrollalternativet beror på om det offentlige har reell ledelsesmessig innflytelse over selskapets forvaltning (eierskap, stemmerettigheter, vedtektsbestemmelser, instruksjonsrett, godkjenningsrett, rapporteringskrav eller andre styringsmekanismer). Det sentrale er om tilknytningen gir risiko for at selskapet kan la seg styre av andre hensyn enn rent økonomiske ved sine anskaffelser. Oppnevningalternativet vil for aksjeselskaper typisk knytte seg til styret, men også andre organer med reell innflytelse på virksomheten kan være relevante.

I en konsern- eller holdingstruktur må tilknytningsvilkåret vurderes for hvert enkelt rettssubjekt. For Tivolitomta-strukturen innebærer dette at kommunens tilknytning til Fellesforetaket ikke automatisk avgjør vurderingen for de underliggende selskapene.

11.4.1 Fellesforetaket og eiendomsselskap (samt datterselskaper)

Fellesforetaket er et selvstendig rettssubjekt, slik at vilkåret om egen rettssubjektivitet er oppfylt.

Selv om det kan argumenteres godt for at Fellesforetaket ikke er et offentligrettslig organ basert på vilkåret om forretningsmessig karakter, er det ikke klart at dette er oppfylt.

Vi drøfter ikke oppfyllelsen av vilkår a) nærmere, da vi legger til grunn at selskapet vil innrettes slik at tilknytningsvilkåret ikke er oppfylt.

Vurderingen beror likevel på om kommunen gjennom aksjonæravtalen har avgjørende innflytelse over virksomheten, for eksempel gjennom vetorett, styreflertall eller godkjenningsrett for sentrale beslutninger. Dersom kommunen og samarbeidspartneren har likeverdig innflytelse i tråd med 50/50-eierandelene, og Fellesforetaket ellers opptrer på markedsmessige vilkår, taler dette for at selskapet ikke er et offentligrettslig organ.

For de underliggende eiendomsselskapene, vil den overordnede vurderingen for Fellesforetaket som utgangspunkt smitte nedover. Forutsetningen er naturligvis at disse innrettes på samme måte.

Når det gjelder vilkår a) (forretningsmessig karakter), vil dette kunne variere mellom de underliggende eiendomsselskapene, avhengig av hvilke aktiviteter og formål.

Når det gjelder vilkår c) (tilknytning), kan det tenkes at kommunen ønsker seg andre styringsmekanismer for SF1 AS, enn for søsterselskaper som utelukkende driver ordinær bolig-, nærings- eller parkeringsutvikling på markedsmessige vilkår. Dersom kommunen ønsker seg en annen innflytelse over selskapets formål, prosjektering, entrepriservalg, finansiering eller andre sentrale beslutninger, må det vurderes særskilt om SF1 AS har en slik offentlig tilknytning og et slikt ikke-kommersielt formål at selskapet selv blir et offentligrettslig organ

11.5 Om avtaler inngått med selskapene i strukturen kan utgjøre en anskaffelse

11.5.1 Kommunale formålsbygg

Tivolitomta er regulert til blant annet kulturformål, og kommunestyrets vedtak bygger på at prosjektet skal sikre kommunens behov for bibliotek og kulturskole med et samlet arealbehov på minst 7 000 m². Etter den foreslåtte modellen skal ikke byggene oppføres og eies direkte av kommunen, men av SF1 AS eller et annet selskap i strukturen, før kommunen eventuelt leier lokalene tilbake på markedsmessige vilkår.

Det sentrale spørsmålet er om kommunens leieavtale utgjør en anskaffelse av bygge- og anleggsarbeidene som nødvendigvis må utføres for å oppføre disse byggene. I så tilfelle vil inngåelse av leieavtalen (uten at bygge- og anleggsarbeidene er konkurranseutsatt) utgjøre en ulovlig direkte anskaffelse, og være eksponert for tilhørende anskaffelsesrettslige sanksjoner.

11.5.2 Rettslige utgangspunkter

Kontrakter om erverv eller leie av eksisterende bygninger eller annen fast eiendom er unntatt fra anskaffelsesregelverket, jf. FOA § 2-4 bokstav a. Retts- og nemndspraksis viser at unntaket også kan komme til anvendelse hvor bygget ikke er ferdigstilt eller må tilpasses før overtakelse. Dette forutsetter imidlertid at kontrakten etter sitt reelle innhold ikke må anses som en bygge- og anleggskontrakt.

Etter EU-domstolens praksis er det avgjørende om oppdragsgiver har hatt avgjørende innflytelse på byggets utforming. I Wiener Wohnen (C-537/19) uttalte domstolen:

“As regards the planned building, a decisive influence on its design may be identified if it can be demonstrated that that influence is exercised on the architectural structure of that building, such as its size, its external walls and its load-bearing walls. Requirements relating to interior fittings may be regarded as demonstrating a decisive influence only if they are distinguished by their specific character or scale.”

Det avgjørende er dermed ikke at det er SF1 AS, og ikke kommunen selv, som skal opptre som byggherre. Dersom kommunen utøver avgjørende innflytelse over prosjektets utforming, må kontrakten anses som en bygge- og anleggskontrakt og konkurranseutsettes i samsvar med anskaffelsesregelverket.

Grensen for når oppdragsgivers påvirkning blir «avgjørende», har vært behandlet i en rekke avgjørelser fra både domstoler og Klagenemnda for offentlige anskaffelser («KOFA»). I flere nyere KOFA-saker har nemnda lagt til grunn at krav til funksjonalitet, kvalitet, universell utforming, offentlige tilskuddsordninger og ferdigstillestidspunkt ikke nødvendigvis etablerer avgjørende innflytelse. Dette forutsetter imidlertid at utleier beholder et reelt handlingsrom ved oppfyllelsen av kravene, og at prosjektet ikke i hovedsak formes av oppdragsgivers behov eller bestilling.

Ved vurderingen har det også vært tillagt betydning om prosjektet allerede var utviklet eller under utvikling da leieforholdet ble etablert, om utleier bærer den økonomiske risikoen ved prosjektet, og om kravene ligger innenfor det en ordinær leietaker normalt vil kunne stille til et tilsvarende bygg.

Det er samtidig grunn til å være oppmerksom på at to av de nevnte KOFA-sakene gjaldt leilighetsbygg, altså bygninger med en relativt generell og fleksibel anvendelse, mens den tredje gjaldt ombygging av et eksisterende kontorbygg til helse- og omsorgshus. Felles for sakene er at de ligger nær kjernen av leieunntaket sammenlignet med situasjoner hvor det inngås leieavtale om bygg som ennå ikke er oppført.

Etter vårt syn befinner man seg ved leie av bygg som ikke eksisterer på kontraktsinngåelsestidspunktet i yttergrensen av leieunntaket. Det er derfor grunn til å utvise særlig varsomhet ved anvendelsen av unntaket i slike tilfeller. I denne sammenheng er det også grunn til å fremheve EU-domstolens uttalelser i Wiener Wohnen (C-537/19) premiss 95, som senere er trukket frem av KOFA. Domstolen la her vekt på byggets fremtidige fleksibilitet og anvendelighet som leieobjekt for andre aktører. Dersom oppdragsgivers krav er så spesifikke at bygget etter leieperiodens utløp i realiteten bare kan benyttes til samme formål eller av tilsvarende brukere, taler dette for at kontrakten reelt sett gjelder oppføring av et bygg for oppdragsgivers behov. Dette vil typisk kunne være tilfelle for formålsbygg som vanskelig kan tas i bruk av andre uten inngrep i byggets arkitektoniske struktur eller omfattende ombygging og tilpasning av de innvendige arealene.

11.5.3 Bibliotek og kulturhus | den konkrete vurderingen

Den aktuelle leieavtalen vil eventuelt bli inngått for å dekke kommunens behov for nytt bibliotek og kulturhus. Etter vår vurdering foreligger det flere forhold som trekker klart i retning av at kontrakten må anses som en bygge- og anleggskontrakt og dermed faller utenfor leieunntaket. Dette gjelder særlig for et kulturhus, men også for et bibliotek.

For det første vil byggene ha et tydelig formålsbestemt preg. Både utvendige og innvendige løsninger må i betydelig grad tilpasses den virksomheten som skal drives i lokalene. Slike tilpasninger vil i begrenset grad ha verdi for andre potensielle leietakere, og en alternativ bruk av byggene vil kunne forutsette omfattende endringer i både bygningsstruktur og innredning. Dette taler for at byggene i begrenset grad vil ha den fleksibiliteten og markedsmessige anvendeligheten som EU-domstolen har fremhevet som relevant ved vurderingen av leieunntaket.

For det andre synes etableringen av bibliotek og kulturhus å være et sentralt formål bak utviklingen av prosjektet på Tivolitomta. Kommunen har initiert prosessen og eier per i dag tomten. Slik vi forstår faktum, har kommunen også hatt en aktiv rolle i utviklingen av prosjektet og vil i stor grad definere hvilke behov og funksjoner byggene skal ivareta. Kommunens rolle fremstår dermed som mer omfattende enn rollen til en ordinær leietaker som etterspør lokaler i markedet.

På dette punktet skiller saken seg betydelig fra flere av avgjørelsene hvor leieunntaket er blitt ansett anvendelig. Vi kan særlig peke på at det i denne saken ikke dreier seg om generiske kontorlokaler, men om formålsbygg som i betydelig grad vil måtte utformes for å ivareta kommunale funksjoner. Samtidig fremstår kommunen som den sentrale initiativtakeren bak prosjektet helt fra starten. Disse forholdene trekker samlet sett klart i retning av at kommunen vil anses å ha hatt en slik innflytelse på prosjektets utforming at kontrakten reelt sett må klassifiseres som en bygge- og anleggskontrakt.

På denne bakgrunn vurderer vi det som lite sannsynlig at leieunntaket vil kunne påberopes for en slik avtale. Særlig gjelder dette sett i lys av kommunens rolle i prosjektutviklingen og byggenes begrensede anvendelighet for andre brukere uten omfattende ombygginger eller tilpasninger.

11.5.4 Konkurransenutsetting av formålsbyggene

Etter vår vurdering vil kommunens leie av bibliotek og kulturhus måtte anses som en bygge- og anleggskontrakt, jf. ovenfor at leieunntaket sannsynligvis ikke vil komme til anvendelse. Selve anskaffelsen av entreprisekontrakten må derfor kunngjøres og gjennomføres i samsvar med forskrift om offentlige anskaffelser del III. Tilsvarende vil gjelde for eventuelle andre formålsbygg som ikke enkelt kan omdisponeres til annen bruk.

Dette innebærer at selskapet som er etablert for å utvikle denne delen av prosjektet, må gjennomføre anskaffelsen i tråd med anskaffelsesregelverket som en forutsetning for kommunens senere leieforhold, dersom kommunen ikke skal risikere en ulovlig direkteanskaffelse.

At en privat juridisk enhet gjennomfører en anskaffelse i samsvar med anskaffelsesregelverket som følge av forhold på oppdragsgivers side, reiser etter vårt syn ingen prinsipielle problemer. Det kan i denne sammenheng blant annet vises til FOA § 1-3 om subsidierte bygge- og anleggskontrakter, hvor regelverket kommer til anvendelse på kontrakter som oppdragsgiver ikke selv inngår, men hvor det ytes tilskudd av en viss størrelse.

For å sikre nødvendig kontraktsrettslig forankring bør dette reguleres uttrykkelig i den aktuelle leie- eller kjøpsavtalen. Dette kan eksempelvis gjøres ved å fastsette at avtalen er betinget av at utbygger gjennomfører en anskaffelsesprosess i samsvar med anskaffelsesregelverket.

En slik modell er ikke til hinder for at kommunen stiller detaljerte krav til funksjonalitet, kvalitet og utforming av lokalene. Tvert imot vil kommunen kunne påvirke prosjektets innhold i den utstrekning det er ønskelig eller nødvendig, samtidig som anskaffelsen gjennomføres i samsvar med regelverket.

11.5.5 Utbyggingsavtaler og infrastrukturselskap

Det er ikke avklart i regelverket hvordan utbyggingsavtaler etter plan- og bygningsloven skal vurderes når kommunen både er planmyndighet og investor – slik tilfellet er for Tivolitomta.

Avgjørende er om avtalen i realiteten har bygge- og anleggsarbeider som hovedformål (hovedformåls læren), og om avtalen gir kommunen bestemmende innflytelse over arbeidene eller om dette overlates til utbygger på forretningsmessig grunnlag.

Dersom utbygger etter utbyggingsavtalen skal skaffe eller betale for infrastruktur kommunen krever i planvedtaket, og dette i realiteten innebærer at utbygger utfører bygge- og anleggsarbeider for kommunen, kan avtalen bli ansett som ulovlig direkte anskaffelse. Klagenemnda for offentlige anskaffelser har imidlertid lagt til grunn at utbyggingsavtaler som holder seg innenfor plan- og bygningslovens rammer, normalt faller utenfor anskaffelsesregelverket. Avtalene for Tivolitomta bør likevel utformes med dette for øye og kvalitetssikres anskaffelsesrettslig.

Vi legger til grunn at infrastrukturen følger av rekkefølgebestemmelser i områdereguleringsplanen, og at kommunen som planmyndighet kan kreve slik infrastruktur som vilkår for utbyggingen, jf. plan- og bygningsloven § 17-3. Vi har ikke gjort en selvstendig vurdering av om de konkrete rekkefølgekravene er nødvendig og forholdsmessig, jf. plan- og bygningsloven kapittel 17.

11.6 Anskaffelsesrettslig - oppsummering

Vi anbefaler følgende for å redusere den anskaffelsesrettslige risikoen ved etableringen av Fellesforetaket:

- Avtalene om etablering av Fellesforetaket og de funksjonsbaserte datterselskapene må utformes som reelle samarbeidsavtaler om eiendomsutvikling, ikke som en bestilling av bygge- og anleggsarbeider eller andre ytelser til kommunen.
- Kommunen bør velge samarbeidspartner på grunnlag av finansielle og kompetansemessige kriterier, og avtaleverket bør ikke binde opp hvilken entreprenør som skal utføre bygge- og anleggsarbeidene.
- Avtalene bør baseres på markedsmessige vilkår med klare prinsipper for kapital-, kostnads- og inntektsfordeling, og kommunale formålsbygg som bibliotek og kulturskole bør holdes utenfor avtaler som gir private investorer oppgaver på kommunens vegne.
- Utbygger bør pålegges at anskaffelser av kommunale formålsbygg konkurranseutsettes i samsvar med anskaffelsesregelverket

- Den samlede avtalestrukturen bør kvalitetssikres anskaffelsesrettslig løpende, både ved etableringen og ved senere avtaler.
- Kommunen bør uansett ta konkret stilling til om den, av hensyn til rettslig og prosessuell risiko, likevel vil gjennomføre utvelgelsen av samarbeidspartner etter anskaffelsesregelverket – selv om den foreløpige vurderingen tilsier at etableringen faller utenfor regelverkets virkeområde.

I punkt 11.7 under gir vi våre anbefalinger om gjennomføring av konkurransen i praksis.

11.7 Gjennomføring av konkurransen i praksis

Vi anbefaler at kommunen går så bredt og tidlig som mulig ut i markedet for å finne rett samarbeidspartner til utviklingen av Tivolitomta. En bred og tidlig prosess ivaretar anskaffelses- og statsstøtteregelverket, og legger til rette for reell konkurranse mellom investorer. Konkurranse om arealene kan virke prisdrivende og gi kommunen høyere avkastning enn om prosjektet bare gjøres kjent for en begrenset krets av interessenter. Nedenfor skisserer vi hvordan kommunen kan gjennomføre markedsdialogen og velge konkurranseform i praksis. Vi anser det mer hensiktsmessig at disse temaene drøftes i et møte mellom SANDS og kommunen.

11.7.1 Markedsdialog

Markedsdialog kan og bør gjennomføres uavhengig av om anskaffelsesregelverket kommer til anvendelse på etableringen av Fellesforetaket, jf. også FOA kap. 12. Dialogen bør uansett innrettes i tråd med likebehandling og gjennomsiktighet.

Dialogen bør brukes for å vise at prosjektet er attraktivt, at kommunen er en attraktiv samarbeidspartner, og for å forbedre utviklingsmodellen og konkurransegrunnlaget for valg av samarbeidspartner.

Vi anbefaler at kommunen vurderer følgende tiltak, som kan gjennomføres alene eller i kombinasjon:

- Forespørsel om informasjon (RFI) til aktuelle eiendomsutviklere og investorer, for å kartlegge markedets interesse, kapasitet og forventninger til den valgte selskapsstrukturen
- Dialogmøter med potensielle samarbeidspartnere, enten enkeltvis eller i grupper, for å presentere prosjektet og innhente tilbakemeldinger på den foreslåtte modellen og de foreløpige kravene
- Publisering av veiledende kunngjøring i Doffin/TED for å informere markedet om den planlagte konkurransen og eventuelt innhente interessetilkjennegivelser fra aktuelle aktører
- Tekniske møter eller besøk/demonstrasjoner på Tivolitomta, for å gi interessentene et bedre grunnlag for å vurdere prosjektets omfang, kompleksitet og rammer
- Bransjekonsultasjoner med aktører i eiendoms- og entreprenørbransjen samt relevante interesseorganisasjoner, for å innhente synspunkter på konkurransegrunnlaget, kvalifikasjonskravene og tildelingskriteriene

For å ivareta likebehandlings- og konkurranseprinsippene og redusere risikoen for inhabilitet eller urettmessig konkurransevridding, bør kommunen legge følgende til grunn ved gjennomføringen av markedsdialogen:

- All dialog bør dokumenteres skriftlig, slik at kommunen kan vise at prosessen har vært forsvarlig og etterprøvbar.
- Informasjon som gis til én aktør og som er relevant for konkurransen, bør gjøres tilgjengelig for alle interesserte aktører før kunngjøring
- Kommunens ansatte og innleide rådgivere som deltar i dialogen, bør vurderes opp mot forvaltningslovens habilitetsregler

11.7.2 Kort om konkurranseform, krav og kriterier

Markedsdialogen vil være sentral for utformingen av den etterfølgende konkurransen. Det er derfor ikke hensiktsmessig å gi detaljerte anbefalinger om prosess og virkemidler på nåværende tidspunkt. I det følgende omtales kun noen overordnede aspekter.

Konkurransen må inkludere dialog-/forhandlingsmulighet. Om prosessen anses underlagt anskaffelsesregelverket, vil konkurranse med forhandling være den mest egnede konkurranseformen. Dersom transaksjonen faller utenfor regelverkets virkeområde, står kommunen fritt til å velge konkurranseform, men vi anbefaler at kommunen likevel baserer prosessen på likebehandling, forholdsmessighet og gjennomsiktighet. En forhandlet prosedyre gir under begge spor rom for å avklare og tilpasse eierstruktur, styringsrett, risikofordeling og finansiering før tilbudene innhentes endelig, samtidig som den ivaretar kommunens behov for en forsvarlig og etterprøvbar prosess.

Konkurransedokumentene kan utarbeides parallelt med de øvrige avklaringene om selskapsstruktur, ansvarsfordeling og finansiering, samt markedsdialogen anbefalt ovenfor. Kvalifikasjonskrav bør omfatte krav til finansiell og økonomisk kapasitet, teknisk og faglig kvalifikasjon, og relevant erfaring fra eiendomsutviklingsprosjekter. Tildelingskriteriene må ivareta kommunens behov for en solid og seriøs samarbeidspartner og reell konkurranse om pris.

Et utkast til aksjonæravtale bør inngå som en del av konkurransegrunnlaget, slik at de vesentlige rammene for eierstyringen er klarlagt og kan legges til grunn for dialogen og tilbudsutformingen. Sentrale spørsmål som eierandeler, styresammensetning, vetorettigheter, finansieringsforpliktelser, utbyttepolitikk og exit-mekanismer bør derfor være avklart på et tilstrekkelig detaljert nivå før konkurransen kunngjøres, slik at det ikke oppstår behov for vesentlige endringer i eierstrukturen etter at tilbud er inngitt.

12 STATSSTØTTE

- Prosjektet kan gjennomføres uten forekomst av statsstøtte dersom kommunen og dens eventuelle heleide holdingselskap følger markedsaktørprinsippet i alle økonomiske disposisjoner.
- Markedsaktørprinsippet anses «automatisk» overholdt når kommunen og medinvestoren opptrer likt og foretar identiske disposisjoner.
- En konkurranse om utvelgelse av medinvestor sikrer korrekt markedsmessig verdsettelse av Tivolitomta og medinvestorens «inngangsbillett», forutsatt at konkurransen er prisbasert og premissene for investeringen og prosjektgjennomføringen er tilkjennegjort.
- Ved delt kontroll over fellesforetaket vil fellesforetakets egne disposisjoner som utgangspunkt ikke tilregnes kommunen i statsstøtterettslig forstand.
- Dersom kommunen treffer egne disposisjoner som ikke «matches» av tilsvarende disposisjon fra medinvestoren, eksempelvis tjenestekjøp fra fellesforetaket, eller egne lån eller garantier til fellesforetaket, må det påses at disse er på markedsvilkår.

12.1 Innledning og hovedkonklusjoner

12.1.1 Innledning

Den anbefalte modellen for utvikling av Tivolitomta må forholde seg til EØS-avtalens regelverk for offentlig støtte som legger føringer i en rekke sammenhenger og på flere nivåer i transaksjonskjedene. Statsstøtteretten vil være av betydning for eksempel i forbindelse med etableringen (som overføring av tomta til Fellesforetaket og valg av medinvestor), eventuelle senere kapitaltilførsler, kommunens eierstyring og Fellesforetakets virksomhet. Man må ikke bare unngå økonomiske fordeler (støtte) til den private medinvestoren og Fellesforetaket. Støtte må også unngås til den økonomiske aktiviteten kommunens egen investering i prosjektet utgjør.

Overtredelse av EØS-avtalens statsstøtteregelverk kan i ytterste konsekvens lede til at støttemottakere må betale tilbake mottatt støttebeløp. I tillegg kan overtredelse av statsstøtteregelverket være negativt for omdømmet til både støttegiver og -mottaker.

Nedenfor forklarer vi først når statsstøtte foreligger (se **punkt 12.2**). Deretter formidles vurderinger og anbefalinger knyttet til en rekke aktuelle disposisjoner mellom kommunen og Fellesforetaket (se **punkt 12.3 flg**).

For helhetens skyld nevnes at selv om dette notatet vil fokusere på hvordan man skal unngå at statsstøtte forekommer, finnes det en rekke hjemmelsgrunnlag for å kunne gi lovlig statsstøtte. Slik premissene for prosjektet er lagt gjennom politiske vedtak, fremstår unntaksgrunnlagene hverken som aktuelle eller hensiktsmessige. Notatet behandler derfor ikke statsstøtterettslige «unntaksgrunnlag» nærmere.

12.1.2 Hovedkonklusjoner

Prosjektet kan gjennomføres uten at det oppstår statsstøtte, forutsatt at kommunen opptrer på markedsvilkår i alle økonomiske disposisjoner, hvilket i statsstøtterettslig terminologi betegnes som «markedsaktørprinsippet».

Det vil ikke være i strid med markedsaktørprinsippet å invitere med en privat medinvestor, gitt at bedriftsøkonomisk rasjonelle betraktninger knyttet til risiko og avkastning tilsier det.

Overholdelse av markedsaktørprinsippet kan legges til grunn i alle situasjoner hvor kommunen og den private medinvestoren opptrer likt og treffer identiske disposisjoner. For eksempel dersom de underveis i prosjektet skyter inn samme mengde frisk kapital eller yter lån til Fellesforetaket på identiske vilkår. Om derimot kommunen foretar disposisjoner som avviker fra den private medinvestorens agering, må kommunen sørge for at disse er markedsmessige, eksempelvis tjenestekjøp fra Fellesforetaket, lån, garantier, opsjoner, kapitalinnskudd, utbyttebeslutninger og aksjesalg.

Ved å gjennomføre konkurranse om utvelgelse av privat medinvestor, sikres at Tivolitomta og medinvestorens «inngangsbillett» verdsettes korrekt (markedspris identifiseres) slik at hverken medinvestoren, Fellesforetaket eller kommunen selv får en økonomisk fordel i forbindelse med etablering og oppkapitalisering av Fellesforetaket. Forutsetningen er imidlertid at konkurransevilkårene, kravene til medinvestoren og vilkårene for prosjektgjennomføringen (reguleringer i aksjonæravtale mv.), konkretiseres mest mulig i konkurransegrunnlaget. Fra statsstøtterettslig ståsted anbefales at pris er det sentrale evalueringskriterium.

Ved kommunens investering i Fellesforetaket og kommunens senere eierstyring av Fellesforetaket, vil det klare utgangspunktet være at kommunen bare kan la seg influere av hensyn en privat markedsaktør ville ha vektlagt. All den stund Fellesforetaket er gjenstand for delt kontroll mellom eierne, settes imidlertid ikke dette på spissen hva gjelder Fellesforetakets disposisjoner. Sistnevntes disposisjoner kan da som utgangspunkt ikke tilregnes kommunen.

12.2 Vilårene for statsstøtte anvendt på saksforholdet

12.2.1 Om statstøttevilkårene

For at det skal foreligge statsstøtte i EØS-rettslig forstand, må samtlige vilkår i EØS-avtalen artikkel 61(1) være oppfylt.⁹

Med den prosjektstrukturen som anbefales ovenfor, er det først og fremst det såkalte fordelskriteriet som reiser statsstøtterettslig problematikk. Overført på vår sammenheng, er dette vilkårets innholdsmessige kjerne, at kommunens disposisjoner hverken må medføre økonomiske fordeler for kommunens egen økonomiske aktivitet eller for den private medinvestoren. Dette vilkåret omtaler vi grundig i neste punkt.

⁹ Oversikt over vilkårene etter EØS-avtalen artikkel 61(1): (i) Støtten må være gitt av offentlige midler (statsmiddelvilkåret) (ii) og kunne tilregnes det offentlige («imputabilityvilkåret»). (iii) Støtten må innebære en økonomisk fordel for mottaker i en eller annen form, (iv) Mottaker må drive økonomisk aktivitet, typisk ved å tilby, eller skulle tilby varer eller tjenester i et marked (foretaksbegrepet). (v) Støtten må favorisere enkelte foretak eller næringer (selektivitet) (vi) Støtten må vri eller ha potensiale til å vri konkurransen. (vii) Støtten må være egnet til å påvirke samhandelen mellom EØS-landene.

Det er allikevel også relevant å kort behandle øvrige vilkår etter EØS-avtalen artikkel 61(1).

Vi anbefaler at kommunen legger til grunn at det såkalte samhandelspåvirkningsvilkåret er oppfylt. Kort sagt vil prosjektet på ulike stadier kunne skape interesse fra utenlandske investorer, leverandører og kunder. Vi ser da hen til prosjektets størrelse/verdi, beliggenhet og innhold. I lys av relevante rettskilder anser vi det som unødvendig risikofylt å legge motsatt konklusjon til grunn.¹⁰

Til foretakskriteriet er det relevant å presisere at det i foreliggende sammenheng ikke bare er den private medinvestoren, Fellesforetaket og Fellesforetakets kontraktsparter som her utøver økonomiske aktivitet. Også kommunen selv vil sannsynligvis anses for å utøve økonomisk aktivitet i tilknytning til prosjektet,¹¹ hvilket prinsipielt sett betyr at hverken Fellesforetaket eller kommunens egen økonomiske aktivitet (på «nivåene» ovenfor) kan favoriseres gjennom kommunens disposisjoner.

Den økonomiske fordelene (støtten) må ikke bare være gitt av offentlige midler eller medføre avkall på inntekter for det offentlige («statsmiddelvilkåret»), den aktuelle disposisjonen må også kunne tilregnes/identifiseres (med) det offentlige («imputabilityvilkåret»).

Dette vilkåret er oppfylt når

- kommunen selv opptrer direkte overfor Fellesforetaket og dets datterselskaper,

Sistnevnte konklusjon bygger på at kommunen vil oppnevne sine styremedlemmer i Fellesforetaket, ha stemmerett i generalforsamlingen, kombinert med eventuelle foretatte og fremtidige politiske vedtak om hvorledes Tivolitomta skal utvikles.¹²

Imidlertid vil utgangspunktet være at vilkåret ikke er oppfylt for

- Fellesforetakets disposisjoner, typisk disposisjoner mellom Fellesforetaket og dets datterselskaper, mellom Fellesforetaket og andre rettssubjekter, herunder Fellesforetakets private medinvestor, samt Fellesforetakets kontraktsparter.

Sistnevnte konklusjon er en logisk konsekvens av at kommunen ikke har bestemmende kontroll over Fellesforetaket, som vi legger til grunn vil være kontrollert i felleskap av eierne.

Fellesforetakets disposisjoner vil allikevel tilregnes kommunen dersom det reelt sett er kommunen som står bak disposisjonen, typisk fordi kommunen har generell eller saksspesifikk kontroll via aksjonæravtale.

Dessuten vil imputabilityvilkåret være oppfylt ved eventuell indirekte støtte fra kommunen via Fellesforetaket til andre foretak, typisk Fellesforetakets private medeier, leverandører og kunder av

¹⁰ Sak T-582/20 *Ingolstadt* ville gi relativt god juridisk dekning for å anføre at samsamhandelspåvirkningsvilkåret ikke er oppfylt i foreliggende sammenheng. Samtidig peker ESA-praksis om sammenlignbare eiendomsprosjekter i motsatt retning, jf. senest ESAs åpningsvedtak i sak 052/19/*COL Farsund Vekst*, avsnitt 91 til 96, særlig avsnitt 94 og 95 med henvisninger til tidligere ESA-praksis.

¹¹ Jf. blant annet sak C-222/04 *Cassa di Risparmio di Firenze*.

¹² Se ESAs Notion of Aid-veiledning ("NoA") avsnitt 39 til 43 med videre henvisninger til rettspraksis, inkl. sak C-482/99 *Stardust Marine*, avsnitt 52 og 55 flg.

Fellesforetaket. Disposisjoner som utgjør indirekte støtte til tredjepersoner, vil gjerne samtidig innebære direkte støtte til Fellesforetaket.

Øvrige støttevilkår behandles ikke nærmere her, da vi anser det som klart at disse vil være oppfylt i situasjonene som behandles nedenfor.

12.2.2 Markedsaktørprinsippet er styrende (fordelskriteriet)

Fordelskriteriet omfatter enhver økonomisk fordel uansett form. I foreliggende sammenheng, hvor kommunen skal investere i og utvikle fast eiendom sammen med en privat medinvestor, vil relevant vurderingsperspektiv være det man i statsstøtteretten benevner som *markedsaktørprinsippet*.¹³ Vurderingstema er da om en sammenlignbar privat investor, kreditor, kjøper eller selger, under normale markedsforhold, hadde funnet det rasjonelt å foreta tilsvarende disposisjon.¹⁴ Overført på foreliggende situasjon, er markedsaktørprinsippetets kjerne et krav om at samtlige relevante disposisjoner må foretas på markedsvilkår, slik at hverken kommunens egen forretningsvirksomhet relatert til utnyttelsen av Tivolitomta, kommunens private medinvestor eller andre får økonomiske fordeler som følge av disposisjoner som kan tilskrives kommunen.

For eksempel må kommunens salg av Tivolitomta til Fellesforetaket være til markedspris, kommunens investering i Fellesforetaket må basere seg på et like strengt avkastningskrav som det private investorer operere med, eventuelle lån, garantier eller opsjoner må basere seg på de samme rentevilkår, garanti- eller opsjonspremier som private kreditorer/kontraktparter hadde krevd i sammenlignbare situasjoner.

Ved vurderingen av om en disposisjon er i henhold til markedsaktørprinsippet, kan ikke ellers legitime «*public policy objectives*» tas i betraktning.¹⁵ En kommune kan dermed ikke tilby en næringsaktør tomt til «underpris» for å stimulere til lokal næringsaktivitet og sysselsetting.

Vurderingen etter markedsaktørprinsippet skal finne sted basert på kunnskapen man hadde på disposisjonstidspunktet. Hvorvidt disposisjonen i ettertid viser seg å bli taps- eller gevinstbringende er ikke avgjørende, hverken i den ene eller andre retning.

ESA eller en privat aktør som påberoper statsstøttereglene for nasjonale domstoler, har bevisbyrden og må dermed sannsynliggjøre at den potensielle støttemottakeren «*would manifestly not have obtained a comparable advantage*» fra en normalt forsiktig og etterrettelig markedsaktør.¹⁶

¹³ Se til illustrasjon ESAs vedtak 108/24/COL i *Farsund Vekst*, avsnitt 275 og 278 flg., med videre henvisninger til forente saker C-331/29 P og C-343/29 P *Volotea*.

¹⁴ Se NoA, avsnitt 74 og 75.

¹⁵ *Farsund Vekst*, avsnitt 278, *Volotea* avsnitt 120. Når vi nedenfor benytter betegnelsen «*public policy*»-hensyn, sikter vi til legitime samfunnsmessige og lokalpolitiske hensyn som en kommune naturlig vektlegger, eksempelvis relatert til by- og næringsutvikling, sysselsetning mv. For å fremme slike hensyn vil en kommune delvis kunne utøve offentlige myndighet, eksempelvis etter plan- og bygningsloven, og delvis benytte sin (grunn)eierposisjon i eiendom, selskaper og formuesgoder, og delvis gjennom å bevilge penger eller gi økonomiske tilskudd.

¹⁶ *Farsund Vekst*, avsnitt 280, *Volotea*, avsnitt 113.

Sistnevnte innebærer at det i realiteten foreligger en ikke-ubetydelig materiell og bevismessig terskel som skal passeres før ESA eller nasjonale domstoler kan konstatere at markedsaktørprinsippet er brutt og fordelskriteriet er oppfylt.¹⁷ Av forsiktighetsgrunner anbefaler vi allikevel at denne terskelen ikke må medføre at kommunen influeres av hensyn som er markedsaktørprinsippet uvedkommende, jf. redegjørelsen ovenfor om hvilke hensyn som er relevante og irrelevante.

I kommende punkter anvender vi markedsaktørprinsippet konkret på relevante disposisjoner i utviklingsprosjektet.

12.3 Beslutninger om å utvikle Tivolitomta i felleskap med en privat medinvestor

Nedenfor kommer vi tilbake hvorledes kommunen må opptre for å sikre at verdsettelsen av Tivolitomta og valg av privat medinvestor skjer i tråd med markedsaktørprinsippet. Men allerede før vi kommer til sistnevnte stadium, gjør markedsaktørprinsippet sin entré; ved at også selve beslutningen om å ta med en privat medinvestor må være i tråd med markedsaktørprinsippet. For dersom en privat medinvestor inviteres med i et investerings- og utviklingsprosjekt det isteden hadde vært rasjonelt av kommunen å stå for alene, for å sikre høyere avkastning, har den private medinvestoren fått en økonomisk fordel han ikke ville ha fått fra en sammenlignbar privat, rasjonell markedsaktør.¹⁸

I kommunestyresak 016/26 slutter flertallet seg til kommunedirektørens anbefaling om å utvikle Tivolitomta sammen med en privat medinvestor. I kommunedirektørens anbefaling heter det blant annet

«[Å] utvikle Tivolitomta sammen med en privat aktør gjennom et fellesforetak (modell 2) vil dels tilføre prosjektet nødvendig kompetanse og kapital, dels medføre en deling av risiko og dels gi gode muligheter for utvikling av tomte. Kommunen vil også beholde muligheten til å ta del i fremtidig verdistigning og økonomiske resultater fra utleie og salg. Samtidig tar man en risiko både i forhold til projektkostnader, så vel som en markedsrisiko i forhold til salg av boliger og næringslokaler.»

Gitt at det er faktisk korrekt at det er nødvendig med risikodeling samt tilførsel av den kapital og kompetanse, virker det trygt for kommunen å konkludere med at en slik vurdering ikke klart bryter med den en sammenlignbar privat markedsinvestor hadde valgt.

12.4 Valget av modell for å oppkapitalisere Fellesforetaket

Likeledes må valget av modell for oppkapitalisering av Fellesforetaket være i tråd med markedsaktørprinsippet, slik at ikke Fellesforetaket gis en økonomisk fordel som vil innebære statsstøtte.

¹⁷ Samlesning av henholdsvis åpnings- og «no aid»-vedtak i ESAs *Farsund Vekst*-sak er meget illustrerende i så måte. I åpningsvedtaket stiller ESA seg i flere sammenhenger tvilende til om en rasjonell markedsaktør hadde opptrådt slik Farsund kommune gjorde. Mens når man kommer til ESAs avsluttende vedtak, hvor også saken har blitt bredere opplyst, medfører ovennevnte bevismessige og materielle terskel, at ESA ikke finner grunnlag for å konkludere med at markedsaktørprinsippet er overtrådt.

¹⁸ Se eksempelvis *Farsund Vekst*, punkt 7.1 og 7.2, avsnitt 287 til 290.

Ovenfor anbefales en modell hvor Tivolitomta selges til T Eiendom AS for den (markeds)pris høystbydende private investor er villige til å betale for sin halvpart av prosjektet og Fellesforetaket. Modellen innebærer videre at kommunen får en fordring mot T Eiendom AS som tilsvarer kjøpesummen for tomta, og som «dyttes» nedover i strukturen (som tingsinnskudd), for til slutt å gjeldskonverteres til egenkapital i T Eiendom AS. Sistnevnte får dermed to ganger salgssummen for tomta som egenkapital, siden den private investoren altså skyter et beløp tilsvarende tomtesalgssummen inn i Fellesforetaket. Et slikt opplegg er vanlig også for rent private samarbeidsprosjekter.

Nedenfor kommer vi tilbake til viktigheten av at Tivolitomtens verdi fastsettes basert på en korrekt framgangsmåte, slik at markedsverdi sikres. Gitt at den private medinvestoren skyter dette beløpet inn i Fellesforetaket, og ellers forpliktelser seg til gjennomføring av prosjektet på tilsvarende vilkår som kommunen – slik at begge dermed har likt risiko- og gevinstpotensial – går kommunen og medinvestoren inn i prosjektet på like vilkår, hvilket innebærer at man opptrer i samsvar med markedsaktørprinsippet.¹⁹

Dersom kommunen fra denne oppkapitaliseringen og fremover deltar i prosjektet på helt like økonomiske betingelser som den private medinvestoren, vil det ikke kunne oppstå statsstøtte på noe nivå. Men dette kommer i spill dersom kommunen på noe tidspunkt skal yte lån, stille garantier eller tilby opsjoner på andre vilkår enn den private medinvestoren. Dersom denne «vilkårssymmetrien» mellom partene brytes vil det måtte rettferdiggjøres hvorfor kommunen allikevel opptrer i samsvar med markedsaktørprinsippet, eksempelvis gjennom å kreve eksempelvis krever markedsmessig rente, garanti- eller opsjonspremie for ytelsen.

12.5 Om verdifastsettelse av Tivolitomta og valg av privat medinvestor

Oppkapitaliseringen må basere seg på en korrekt verdifastsettelse av Tivolitomta. Dersom Tivolitomta verdsettes for lavt, til under markedspris, vil medinvestorens inngangsbillett for 50 % av aksjene bli *for* lav. Det vil innebære en økonomisk fordel, ved at medinvestoren i prinsippet da skyter mindre kapital inn i Fellesforetaket enn kommunen, men får like stor eierandel, utbytte mv.

Fra ESAs veiledningsmateriale følger det at to minst alternative tilnærminger kan benyttes for å sikre at man oppnår markedspris på kommunal eiendom:²⁰

- Tilstrekkelig godt publisert og transparent anbudskonkurranse som gjennomføres i tråd med kunngjorte betingelser for tildeling og gjennomføring av samarbeidet.
- Å få markedsverdien vurdert av én eller to uavhengig takstpersoner, basert på anerkjent metodikk.²¹

¹⁹ Se NoA, avsnitt 86 og 87.

²⁰ Retningslinjedokumentet «Communication on State aid elements in sales of land and buildings by public authorities» er formelt opphevet, men prinsippene der er videreført i NoA, avsnitt 89 til 96 samt 101 til 105.

²¹ Siden kommunestyreflertallet allerede har bestemt at samarbeidspartner skal velges via en konkurranse, går vi ikke nærmere inn på dette alternativet hvor salg skjer uten konkurranse, bare basert på en eller flere verddivurderinger.

Markedspris kan også fastslås på andre måter, og en transaksjon som ikke følger ESA-retningslinjenes anbefalinger vil ikke automatisk anses å inneholde statsstøtte. Men dersom én eller begge av disse to metodene benyttes, kan man for alle praktiske formål legge til grunn at resultatet er innenfor markedspris.

Å velge samarbeidspartner via en konkurranse, slik kommunestyreflertallet har bestemt, er dermed en god og trygg løsning sett fra statsstøtterettslig ståsted.

Kommunen har allerede innhentet en verdivurdering som er offentlig tilgjengelig på kommunens internettside. Særlig dersom man gjennom konkurransen oppnår interesse fra flere potensielle medinvestorer, vil det være helt i tråd med markedsaktørprinsippet å akseptere en lavere pris enn den som fremgår av den innhentede verdivurderingen fra desember 2025. Skulle man bare ha én interessent, og dennes «bud» er lavere enn verdivurderingen, anbefaler vi at det vurderes konkret om dette budet allikevel kan anses som markedsmessig, eksempelvis gjennom å innhente en ny verdivurdering.

I den forbindelse vil det være relevant at det da har gått noe tid siden foreliggende verdivurdering ble innhentet, samt at premissene for henholdsvis foreliggende verdivurdering og kommunens konkurranse, ikke nødvendigvis er helt like.

12.6 Statsstøtterettslige krav til konkurranseformen

Ovenfor har vi allerede formidlet at en konkurranse om å få være kommunens medinvestor bør være godt annonsert/publisert, og være basert på et prinsipp om full transparens i den forstand at betingelsene for investeringen og evalueringen av tilbudene fremkommer mest mulig klart.

Som fremhevet i ESAs retningslinjer, vil en konkurranse som bygger på samme prinsipper som offentlige anskaffelser, være godt egnet til å sikre at medinvestoren trer inn i prosjektet på markedsvilkår. Statsstøtterettslig sett ikke er noe i veien for at man i forkant av selve konkurranseutlysningen gjennomfører en form for markedsdialog, og at konkurransen inneholder en forhandlingsfase.

Slike «spilleregler» for konkurransegjennomføringen vil ikke bare sikre statsstøtterettslig etterlevelse, men også gjøre valget av medinvestor minst mulig eksponert for kritikk om eventuell favorisering av eksempelvis lokale aktører.

For å sikre statsstøtterettslig robusthet bør konkurransen være prisbasert.²² Det klare utgangspunktet bør være, at den som er villig til å betale mest for «inngangsbilletten» blir kommunens medinvestor. Konstaterbare «kvalifikasjonskrav» som en enhver markedsaktør hadde stilt til en medinvestor kan konkurransegrunnlaget selvsagt stille, eksempelvis relatert til økonomisk soliditet og kompetanse/gjennomføringsevne. Sistnevnte kan typisk dokumenteres gjennom å vise til erfaring fra lignende prosjekter. Som vi kommer tilbake til nedenfor, åpner statsstøtteretten for at konkurransen også inkluderer «public policy»-baserte vilkår som den private medinvestoren og Fellesforetaket må forholde seg til.

²² NoA, avsnitt 95 og 96. ESAs opphevede retningslinjedokument «Communication on State aid elements in sales of land and buildings by public authorities», avsnitt 18B.2.1. nr. 1., som uttaler at konkurransen bør være “comparable to an auction”.

Sett fra rent statsstøtterettslig ståsted, er det fordelaktig at innslaget av kvalitative skjønnsmessige krav, eksempelvis relatert til ideer for prosjekttinnhold, unngås, fordi det vanskeliggjør evaluering basert på pris.

Inkludering av skjønnsmessige evalueringskriterier er likevel statsstøtterettslig akseptabelt.²³ I så fall bør utgangspunktet være at det kun oppstilles evalueringskriterier av verdifremmende art som en sammenlignbar markedsaktør hadde funnet det rasjonelt å stille ved valg av medinvestor til et slikt prosjekt.

Imidlertid utelukker ikke statsstøtteretten konkurranseevalueringskriterier basert på «public policy»-hensyn. Mange hensyn av offentlig interesse er dessuten av en slik art at også en privat markedsaktør kunne ha benyttet dem som evalueringskriterier, eksempelvis et konkurranseelement om ideer for god tomteutnyttelse.

Oppsummeringsvis er dermed anbefalingen at konkurransen om å få bli kommunens medinvestor så langt som mulig bør være prisbasert. Statsstøtteretten stenger ikke for skjønnsmessige evalueringskriterier, men det gir noe større statsstøtterettslig risikoeksponering.

I praksis må det statsstøtterettslige handlingsrommet uansett avstemmes mot hvilket handlingsrom anskaffelsesretten gir, jf. den anskaffelsesrettslige redegjørelsen ovenfor.

12.7 Konkurranses grunnlag må tydeliggjøre premissene som gjelder for prosjektet

For å sikre markedsmessigheten av inngangsbillettprisen medinvestoren som vinner konkurransen betaler, er det viktig at alle forutsetninger og forpliktelser som påvirker investeringens attraktivitet og markedspris, er tilkjennegjort i konkurransegrunnlaget.

Dette kan være vilkår som kommunen stiller med markedsaktørhatten på, i egenskap av å være eier av tomte som skal selges til Fellesforetaket. Ovenfor har vi allerede anerkjent at enhver grunneier som søker etter en medinvestor, vil selvsagt stille krav til økonomisk soliditet, kompetanse og gjennomføringsevne.

Videre må selvsagt både den private medinvestoren og Fellesforetaket forholdet seg til offentligrettslige krav, typisk vilkår i planverk kommunen har vedtatt i medhold av plan- og bygningsloven. Selv om dette er offentligrettslige krav som i utgangspunktet gjelder likt for enhver grunneier, anbefaler vi at konkurransegrunnlaget tydelig henviser til relevante planbestemmelser.

Det må også fremgå av konkurransegrunnlaget at kommunen skal være leietaker på SF1 med hensyn til bibliotek og kulturhus. Denne forutsetningen påvirker både investeringens attraktivitet og medinvestorens prising av inngangsbilletten, og må derfor være kjent for potensielle samarbeidspartnere før tilbud inngis.

Som redegjort for ved flere anledninger ovenfor, krever altså statsstøtteretten at når kommunen investerer i og deltar i Fellesforetaket, har den i utgangspunktet kun markedsaktørhatten på. Gitt at det adresseres allerede i konkurransegrunnlaget (typisk gjennom utkastet til aksjonæravtale), vil det i foreliggende sammenheng allikevel være mulig at kommunen parallelt stiller vilkår for å fremme «public policy»-hensyn.²⁴

²³ Se blant annet sak 470/09/COL *Slakterhustomten i Bergen*, side 8; Europakommisjonens vedtak i sak N 264/2002 *London Underground Public Private Partnership*.

²⁴ Rettsgrunnlaget for slike eventuelle vilkår vil være grunneierposisjonen kommunen ennå har på tidspunktet for konkurranseutlysningen. Innenfor statsstøtteretten vil man da konseptuelt sett gå fra markedsaktørprinsippet til

Eksempel på aktuelle «public policy»-baserte vilkår kan være byutviklingshensyn-motiverte vilkår relatert til estetikk og arkitektur, romprogram, tekniske krav og funksjonskrav, som går utover krav som følger av det kommunale planverket, og som går utover krav en sammenlignbar markedsaktør kunne ha stilt.

Når også eventuelle «public policy»-baserte plikter bekjentgjøres i konkurransegrunnlaget, vil den private medinvestoren kunne ta høyde for og prise inn premissene som gjelder for investeringen. Dermed unngår man at det oppstår eventuelle økonomiske fordeler for den private medinvestoren, kommunen og Fellesforetaket.

Implisitt i ovennevnte ligger samtidig at oppstilling av «public policy»-baserte vilkår kan redusere Fellesforetakets kommersielle frihet og gjøre det til et mindre attraktivt investeringsobjekt. Som redegjort for ovenfor, vil dessuten regelverket om offentlige anskaffelser kunne legge begrensninger på adgangen til å oppstille slike vilkår.

12.8 Kommunens disposisjoner ovenfor Fellesforetaket

Ovenfor har vi allerede formidlet at med mindre det via aksjonæravtale eller på annet vis, er slik at disposisjonen reelt sett kan tilskrives kommunen, vil ikke Fellesforetakets egne disposisjoner kunne medføre støttetildelinger. Dette fordi det legges opp til at kommunen og den private medinvestoren skal ha delt kontroll i Fellesforetaket. Dermed vil ikke dets disposisjoner kunne tilskrives kommunen, jf. redegjørelsen ovenfor for det såkalte «imputabilityvilkåret».

Dette stiller seg imidlertid annerledes for disposisjoner foretatt av kommunen selv. Om kommunen på noe tidspunkt skal kjøpe tjenester fra Fellesforetaket, eller overfor Fellesforetaket gi opsjoner, lån eller stille garantier, krever markedsaktørprinsippet at slike transaksjoner er på markedsvilkår, eksempelvis gjennom å betinge seg opsjons- eller garantipremier på markedsmessig nivå. Kommunen behøver imidlertid ikke å være «strengere» enn en sammenlignbar privat kreditor hadde vært. Spekteret for hva som kan anses som markedsmessig vil ofte være relativt bredt og situasjonsavhengig.²⁵

Tilsvarende prinsipper gjelder for kommunens utbyttepolitikk, og dersom det vurderes å skyte mer kapital inn i Fellesforetaket, herunder gjennom å utvide kommunens eierandel. Kommunen må operere med et avkastningskrav tilsvarende det en sammenlignbar privat aktør ville ha basert seg på, og kapitalinnskudd kan dermed kun gjennomføres dersom de kan anses som bedriftsøkonomisk rasjonelle, uten å være influert av rene lokalpolitiske hensyn («public policy»).

prinsippene for hvordan man unngår støtteelement når det offentlige yter vederlag til markedsaktører (offentlig eide eller rent private) for å utføre offentlige oppgaver, såkalte «Services of General Economic Interest» («SGEI»), jf. sak C-280/00 *Altmark*, avsnitt 95. Blant annet kan NoA og ESAs retningslinjer for salg av offentlige eiendommer, leses som bekreftelser av at markedsaktørprinsippet og SGEI-tankegang kan anvendes i parallellitet dersom tilstrekkelige grep tas for å utelukke støtte, jf. NoA, avsnitt 94 til 96, og særlig ESAs opphevede retningslinjedokument «Communication on State aid elements in sales of land and buildings by public authorities» avsnitt 18B.2.1 (c),

²⁵ Jf. *Farsund Vest*, avsnitt 288 til 299, og ESAs åpningsvedtak i *Farsund Vekst*, avsnitt 65. Se også sak E-12/11 *Asker Brygge*, avsnitt 57 og 58.

Merk imidlertid at sammenligningsgrunnlaget kan være solide private investorer med langsiktig perspektiv.²⁶ Eksempelvis kan det i en «tidligfase» være rasjonelt å skyte inn mer kapital eller gi avkall på utbytte.

Markedsaktørprinsippet gjelder også ved eventuelle kjøp og salg av aksjer mellom kommunen og Fellesforetaket (inkludert datterselskaper/SPV'er) eller andre. Oppnåelse av markedspris kan da sikres gjennom innhenting av verdivurderinger, gjerne kombinert med forhandlinger. Disse prinsippene vil eksempelvis gjelde dersom det senere blir aktuelt at kommunen kjøper aksjene i SPV'et hvor kulturskole og bibliotek er. For å unngå støtte til Fellesforetaket må det da sikres at kommunen ikke betaler mer enn markedspris for dette.

Disse problemstillingene oppstår ikke dersom kommunen og den private medinvestoren foretar helt like disposisjoner. Dersom begge avstår fra utbytte, skyter inn samme beløp med friske penger, gir lån eller stiller garanti på helt like vilkår, kan det legges til grunn at også kommunes agering er markedsmessig. Dette da det presumeres at en privat investor bare vil akseptere disposisjonen dersom den er bedriftsøkonomisk rasjonell.

I tilknytning til eventuell bruk av anleggsbidragsmodellen for realisering av pålagte infrastrukturtiltak, har kommunen reist spørsmål om man unnlater eller redusere det prosentvise administrasjonsgebyret kommunen vanligvis betinger seg fra utbyggere. Dersom kommunen krever prosentvis mindre i administrasjonsgebyr fra Fellesforetaket enn fra andre utbyggere, vil det kunne utgjøre en selektiv økonomisk fordel som potensielt utgjør statsstøtte. Vi anbefaler derfor at det foretas en nærmere statsstøtterettslig vurdering av et eventuelt slikt tiltak, dersom det blir aktuelt å gjennomføre.

12.9 Forholdet til den ikke-økonomiske aktiviteten til kommunale formålsbygg

Alle landets kommuner plikter å ha et bibliotek- og kulturskoletilbud til innbyggerne sine. Å tilby dette til borgerne er den del av kommunens ikke-økonomiske aktivitet hvor kommunen ikke har markedsaktørhatten på. Bibliotek- og kulturskoletilbudet finansieres over kommunebudsjettet.

I dette ligger samtidig at dersom en kommune ønsker det, kan eiendom og bygg som skal huse slik aktivitet finansieres uten å opptre i samsvar med markedsaktørprinsippet. Overført på foreliggende sammenheng, kunne kommunen ha valgt å selv bygge kulturskole og bibliotek på aktuell del av Tivolitomta og finansiert dette direkte over kommunebudsjettet. Isteden har kommunestyreflertallet valgt en annen vei der Tivolitomta *de facto* skal finansiere kommunens tilgang til nye bygg for kulturskole og bibliotek.

Kombinasjonen av pliktene markedsaktørprinsippet innebærer for kommunens forvaltning av sin eierandel i Fellesforetaket, den avkastningsforventning den private medinvestoren vil operere med, samt at kommunen uansett ikke vil ha enekontroll i Fellesforetaket, vil i praksis innebære at kommunen vil måtte betale markedsleie for lokalene kommunen skal benytte til kulturskole og bibliotek.

I tråd med redegjørelsene ovenfor om markedsaktørprinsippets krav, må det påses at kommunen ikke betaler «overpris» for kontrakten(e) med Fellesforetaket om leie av bibliotek og kulturskole. Dette for å unngå en økonomisk fordel til Fellesforetaket. Gitt at selve leiekontraktene ikke er gjenstand for konkurranse, anbefaler vi at det innhentes en ekstern vurdering av hvilket spekter adekvat markedsleie

²⁶ Jf. eksempelvis sak C-305/89 *Alfa Romeo*, avsnitt 19 og 20.

ligger innenfor, gjerne i kombinasjon med forhandlinger. Sistnevnte må imidlertid avstemmes mot de forpliktelser som følger av regelverket om offentlige anskaffelser, redegjort for ovenfor.

Tønsberg, 16. September 2026



John Olav Auran
Partner



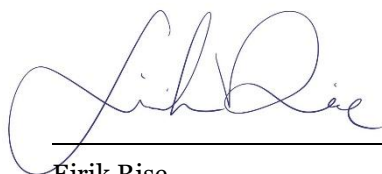
Cicilie Sørum Gregoire
Special Counsel



Christian Hartmann
Partner



Karl Erik Bernt
Special Counsel



Eirik Rise
Partner