



-helheten.

# Klassifisering og finansiering av OPS-avtaler for bygg

Holmsbu, 4. september 2014

Advokat Kjell-Andre Honerud  
Advokatfirmaet Torkildsen & Co AS

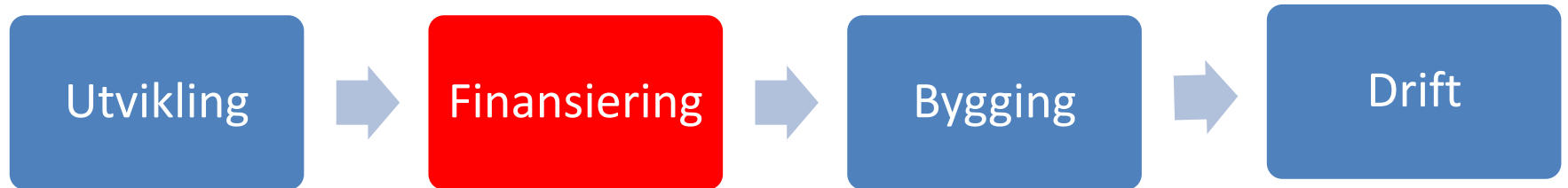
En leieavtale er ikke nødvendigvis en  
leieavtale.....



# Agenda

1. Presentasjon av dagens situasjon
2. Klassifisering av OPS avtalen
  1. Håndtering av merverdiavgift
  2. Håndtering av skatt
  3. Regnskapsmessige spørsmål
  4. Finansieringen
3. Finansieringen av OPS avtalen

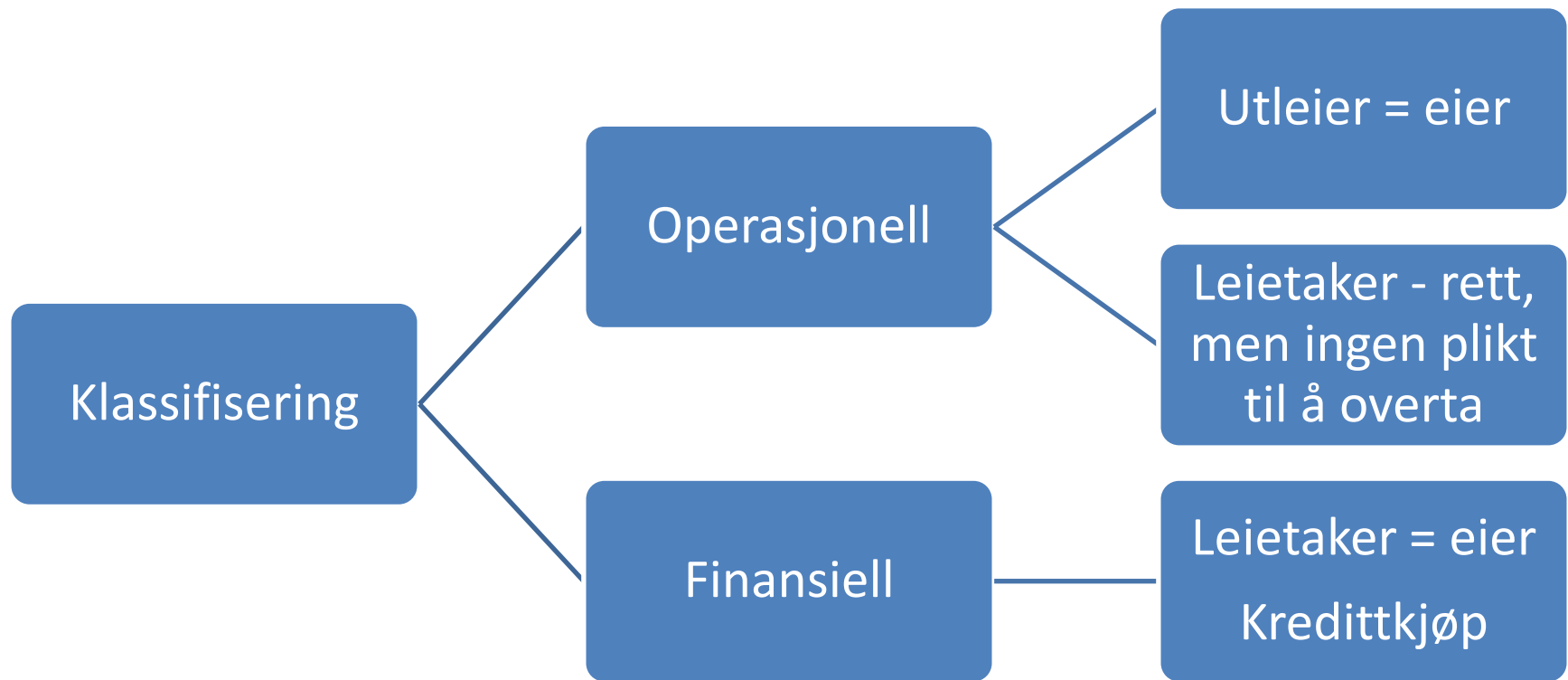
# OPS leveransen



# Særtrekk ved OPS leveransen

1. Offentlige oppdragsgiverne ønsker å foreta en bestilling i det private markedet hvor den private leverandør skal forestå utvikling, utbygging, finansiering og drifting av **leieobjektet** .
2. Langsiktig leiekontrakt (25- 40 år).
3. Både operasjonelle og finansielle leieavtaler
  1. Operasjonell: Rett til overtakelse av leieobjektet til markedspris (ofte = prosjektkostnaden)
  2. Finansiell: Pliktig til å overta leieobjektet vederlagsfritt ved utløp av leieperioden eller til angitt pris. Dette er en kredittkjøpsavtale.

# Rettslig klassifisering av leieavtalen



# Hvorfor må man klassifisere leieavtalen?

- Skatte- og regnskapsmessige eier
  - Operasjonell:
    - Utleier fører leieobjektet i sin balanse som en eiendel
    - Utleier oppnår skattemessige avskrivninger
  - Finansiell:
    - Leietaker må føre leieobjektet i egen balanse som en eiendel, og tilsvarende låneforpliktelse til utleier
    - Leieavtalen er en låne-/kredittavtale hvor husleien må inndeles i avdrag og renter
- Merverdiavgift: Risiko for 25 % merkostnad
- Finansieringen av prosjektet
  - Lånegiverne i markedet vurderer attraktiviteten ulikt ut fra om det er en finansiell eller operasjonell leieavtale



# Dagens situasjon



# Dagens situasjon

- Frem til høsten 2013 - Inngått en rekke en rekke OPS avtaler på offentlige formålsbygg med lite fokus på den skatte- og avgiftsmessige klassifiseringen av avtalene, dvs om leieavtalene er å anse som en operasjonell eller finansiell leieavtale.
- Offentlige oppdragsgivere og OPS leverandørene har liten eller ingen bevisst holdning til klassifiseringen.
- Offentlige – lagt til grunn operasjonell. OPS anvendt i kommunen for å slippe å ha prosjektet i egen balanse som en gjeldsforpliktelse. Bokført som løpende driftskostnader.

# Dagens situasjon

- Kjøp og salg av OPS prosjektene i annenhånds markedet satte fokus på klassifiseringen. Stort behov for å få klarhet i dette spørsmålet. En usikkerhet som nærmest er umulig å håndtere i markedet. Vårt kontor har derfor, på vegne av offentlige oppdragsgivere, innhentet flere bindende forhåndsuttalelser fra skatteetatene.
- Situasjonene i dag – mye av usikkerheten er avklart. Vi skal nå gjennomgå ulike typetilfeller og uttalelser

# Forholdet til merverdiavgift

25%

# Merverdiavgift

- Problemstilling: Kan OPS-selskapet frivillig registrere seg for sitt uteleieforhold til kommunen.
- Svar: JA.
- Skatteetaten/Skattedirektoratet har i flere BFU konkludert med at utleier/OPS-selskapet kan frivillig registrere seg for sitt uteleieforhold til kommunen.
- Særlig vurdert leietakers eksklusive bruk til leieobjektet, øvrige typiske leiebestemmelser, samt at partene har hatt en klar intensjon om å inngå en leieavtale.

# Merverdiavgift

- Klassifiseringen finansiell/ operasjonell leie er ikke avgjørende, jf. mval. § 3-6 bokstav (b)
  - finansiell leie anses ikke som en finansieringstjeneste.
- Merverdiavgiftshåndboken utg. 10 s. 179 ”Finansiell leie anses som en utleietjeneste og vil være avgiftspliktig

# Forholdet til skatt



# Skatt

Hvorfor viktig å skille mellom finansiell og operasjonell leasing:

- **Finansiell leasing** likestilles med et kredittkjøp, hvor leietaker vil bli ansett for å være skattemessig eier. Leietaker må balanseføre leieobjektet og anses å ha lånefinansiert kjøpesummen. Utleier anses å ha solgt leieobjektet og totalsum leie i leieperioden vil bli ansett som salgssum.
- **Operasjonell leasing** likestilles med et ordinært leieforhold, hvor leietaker ikke anses som eier, men leietaker. Utleier fører leieobjektet i sin balanse, gis rett til avskrivninger og leien anses som skattepliktig inntekt.



# Hvordan avgjøre hvem som anses som eier av leieobjektet?

- **Utgangspunkt:** *”Den som privatrettslig er eier vil som utgangspunkt også skattemessig anses som eier. Ved avgjørelsen av hvem som er skattemessig eier må det gjøres en helhetsvurdering, hvor det bl.a. legges vekt på partenes rettigheter, plikter og risiko etter avtalen i forhold til leasinggjenstandens markedsverdi ved utløpet av denne perioden og avtalens forhold for øvrig”.*
- Lignings ABC – typetilfeller, hyppig bruk som referanse i BFU
- Leaser blir eier av eller har plikt til å kjøpe leieobjektet etter leasingperioden – leaser blir eier.

# Hvordan avgjøre hvem som anses som eier av leieobjektet?

- Leaser har rett, men ikke plikt til å kjøpe – ”altoverveiende sannsynlig” at leaser vil tiltre sin opsjon – leaser blir eier.

Ikke tilstrekkelig at det har formodningen for seg at leaser vil benytte sin rett. Kjøpesummen må være meget lav – nærmest symbolsk – for å kunne legge til grunn at det er et kjøp på avbetaling, jf. Skattedirektoratets uttalelse av 4.5.1982. Modifisert i senere BFU. Krever noe mer enn vanlig sannsynlighets overvekt.

- Vanskelig tema når opsjonen først inntreffer om 25 eller 40 år.
- Leasing av bygg som oppføres på leasers egen grunn - antas at leaser er eier.
- Leasing gjenstanden har ubetydelig eller ingen verdi ved leasingperiodens utløp – leaser blir eier - formålsbygg

# Gjennomgang av BFU-praksis



# BFU 19.12.2013 – Rykkinn Skole

Faktum: Tilbudsgrunnlaget åpnet for 2 alternativer.

- a) 25 års leiekontrakt hvor leieobjektet tilfaller kommunen vederlagsfritt etter endt leieperiode.
  - b) 25 års leiekontrakt hvor kommunen gis rett til å kjøpe leieobjektet til markedspris eller forlenge med nye 15 år og deretter kjøpsopsjon til 50% av prosjektkostnad.
- Innsender opplyste at restverdien er ca. MNOK 65-75

# BFU 19.12.2013 – Rykkinn Skole

## Skatteetatens vurdering:

Alternativ a) kommunen anses som skattemessig eier

Alternativ b) Rett til kjøp til markedspris etter 25 år – Utleier skattemessig eier

Rett til kjøp etter 40 år til 50 % av prosjektkostnad – Utleier skattemessig eier.

Begrunnet med at:

- Risikoen for byggets tilstand påhviler utleier, med henvisning til forsikringsplikt og utleiers drifts- og vedlikeholdsansvar.
- Ikke altoverveiende sannsynlig at kommunen vil benytte sin opsjon.
- Bygget har en ikke ubetydelig restverdi

# BFU 28.03.2014 – Sykehjem Henrik Sørensens vei

## Faktum:

- Leiekontrakt med 30 års varighet med rett til ytterligere 10 års forlengelse.  
Dersom opsjonen ikke tiltres går disposisjonsretten over til utleier.  
Tiltres opsjonen gis kommunen en rett til å kjøpe leieobjektet til markedspris etter 40 år.  
Markedspris fastsettes ved særskilt takst.
- Skatteetatens vurdering:
  - Utleier anses som skattemessig eier.

## Begrunnet med at:

- Risikoen for bygget ligger hos utleier med bl.a. henvisning til forsikringsplikt og utleiers drifts- og vedlikeholdsansvar.
- Markedspris er ikke gunstig pris – ikke altoverveiende sannsynlig at kommunen vil kjøpe
- Bygget har en ikke-ubetydelig restverdi

# BFU 13.5.2014 (Skattedirektoratet)

## Bodø Brannstasjon

### Faktum:

- Leiekontrakt med 25 års varighet med rett til ytterligere 15 års forlengelse.  
Dersom opsjonen ikke tiltres går disposisjonsretten over til utleier.  
Tiltres opsjonen gis kommunen en rett til å kjøpe leieobjektet til 50 % av prosjektkostnad.
- Restverdi etter 40 år på ca. MNOK 25-30. Kjøpsopsjon MNOK 82.5.  
Prosjektkostnad ca MNOK 165.
- Skatteetatens vurdering:
  - Utleier anses som skattemessig eier.

### Begrunnet med at:

- Risikoen for bygget ligger hos utleier med bl.a. henvisning til forsikringsplikt og utleiers drifts- og vedlikeholdsansvar.
- 50 % av prosjektkostnad er ikke gunstig pris – ikke altoverveiende sannsynlig at kommunen vil kjøpe
- Bygget har en ikke-ubetydelig restverdi

# Finansiering av OPS prosjekter





# Hva består finansieringen av?

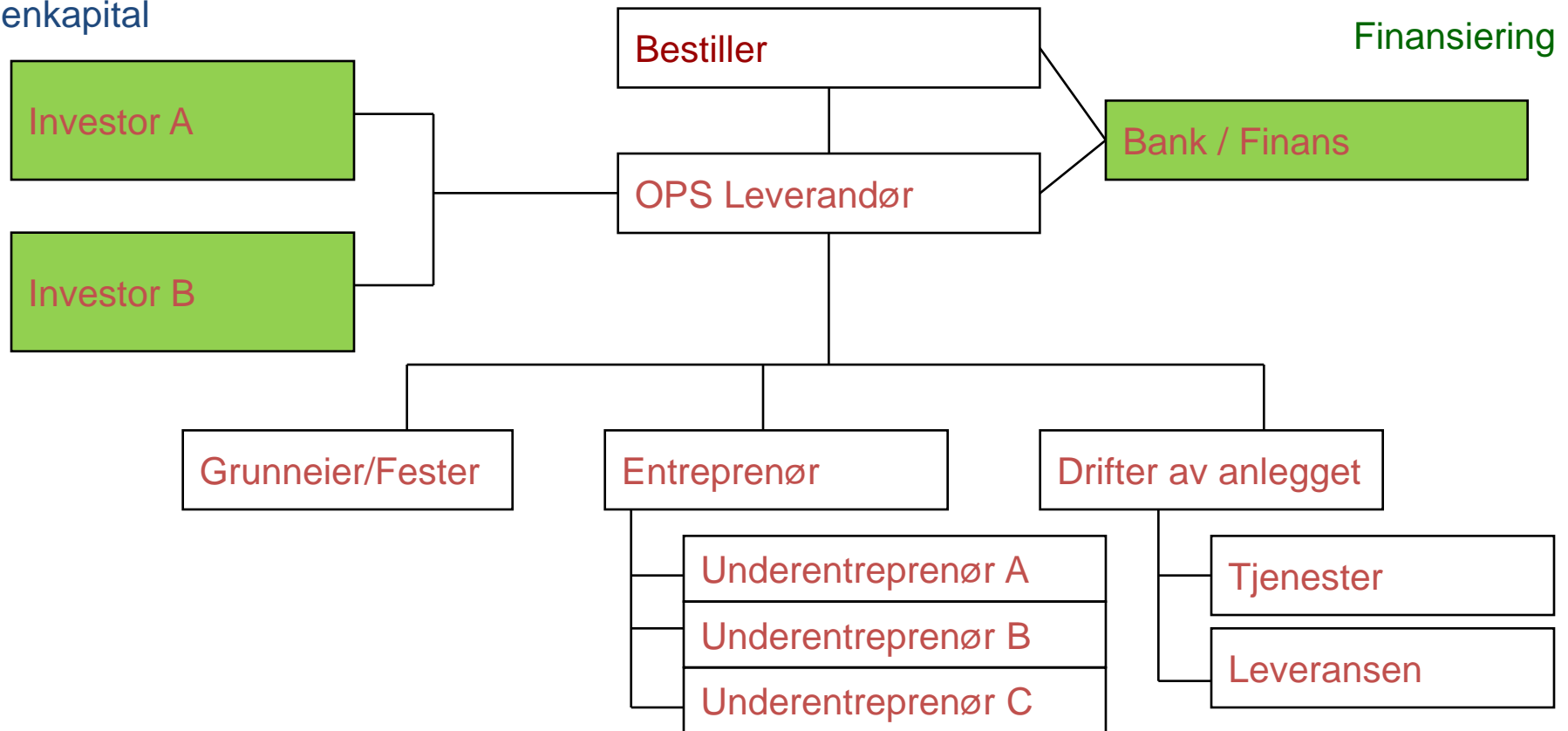
- Prosjektering - og byggefasen:
  - Byggelånsfinansiering
- Driftsfasen: Langsiktig finansiering
  - Egenkapital
  - Fremmedkapital

# Långivere

- Bygggelån fra kommersiell bank
- Langsiktig lån fra:
  - Livselskap,
  - Husbanken (Sykehjem og omsorgsboliger),
  - Nordiske Investeringsbanken,
  - Europeiske investeringsbanken
  - Andre utenlandske aktører
  - Prosjektobligasjon

# Normal kontraktsstruktur

Egenkapital



# Hva er viktig for lånegiverne?

## Vilkårene i leieavtalen!

- Sikkerhet i leieobjektet er av mindre interesse –
  - offentlige bygg som normalt vil ha lavere annenhåndsverdi

## Derfor:

- Leieavtalen må utformes med særlig fokus på å optimalisere den for ulike lånegivere.

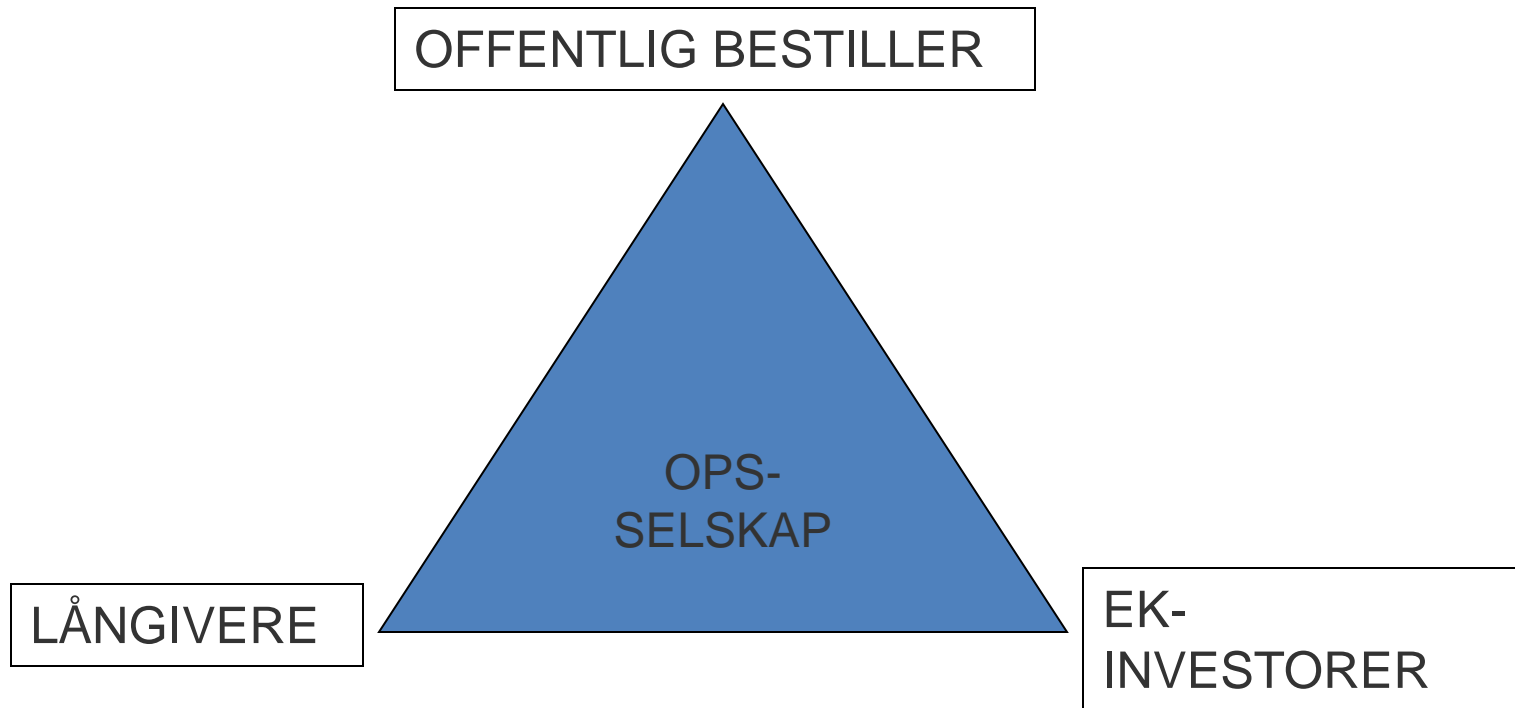
# Vilkårene i leieavtalen

- Normalt ingen rett for utleier til tilbakehold av kapitalleien
  - Tilbakeholdsretten reguleres i FDV avtalen
- Avslutningen av leieforholdet må være klart definert
  - Plikt til å overta
    - Uten vederlag
    - Definert vederlag
  - Rett, men ingen plikt til å overta
    - Definert kjøpesum
    - Markedspris
  - Rett til videreleie
- Færrest mulig opsjoner underveis i definert leieperiode

# Konkret vurderer lånegiverne følgende:

- Kontantstrømsanalyse
- Balanse – OPS selskapets egenkapital
- Skatteberegning
- Nåverdi og internrente
- Oppstarts- og byggekostnader
- Kostnader driftsfase
- Inntekter driftsfase

# Finansieringsløsningen gir et skjebne fellesskap mellom privat og offentlig sektor



- OFFENTLIGE BETALER FULL LEIE FOR OBJEKTET KUN OM AVTALT KVALITET OPPRETTHOLDES
- LÅNGIVERE OG EK-INVESTORER VIL PÅSE AT OPS-SELSKAPET LEVERER FOR Å OPPRETTHOLDE FULL LEIEINNTÉKT FRA OFFENTLIGE

# Hvordan håndterer OPS-selskapet finansieringsrisikoen?

- OPS-selskapet vil i utgangspunktet ikke være kredittverdig eller ha risikobærende evne (Normalt single purpose selskap)
- Eneste eiendel er avtalen med bestiller som kun har verdi dersom leveransen oppfylles
  - ⇒ OPS-selskapet fører risiko videre til sine avtalemotparter
- For å være konkurransedyktig må OPS-selskapet gjøre avtaler med de aktørene som håndterer hver type risiko billigst og best
  - ⇒ anskaffelsesformen bidrar til at alle risikomomenter må plasseres mest mulig optimalt for at et konsortium skal vinne anbudsprosessen



# Den finansielle avtalen mellom lånegiver og OPS selskapet

- 30-40 sider + vedlegg
- Definisjoner
- Lånebetingelser
- Finansielle betingelser (f.eks soliditet, gjeldsbetjeningsevne)
- Regulering bufferkapital
- Utbytteregulering
- Inntrederett i OPS-avtale
- Garantier fra entreprenør
- Eierskap i OPS-selskap
- Forpliktelser til partene
- Egenkapitalavkastning
- Oppfølging i driftsperiode
- Finansiell rapportering
- Vedlegg:
  - Økonomisk modell
  - OPS-avtale mv

# Er privat finansiering fordyrende for offentlige leietakere?

- Isolert sett – ja
- Sett i sammenheng med prosjektkostnaden og FDV ansvaret i minimum 25 år - nei

# LAWYER



What my friends think I do



What my mom thinks I do



What society thinks I do



What I think I do



What clients think I do



What I actually do

Takk for oppmerksomheten!