

**KOMMUNSEKTORENS ORGANISASJON - KS ADVOKATENE - Advokater MNA**

Tor Allstrin - områdedir.
Marianne Bachke
Gry Brandshaug Dale
Stig Eidissen
Øyvind Gjelstad
Solfrid Vaage Haukaas
Anne-Lise Hellebostad

Beatrice Dankertsen Hennyng
Hakon Huus-Hansen
Martin Jonassen
Erna Larsen
Frode Lauareid (H)
Andreas Dag Nilsen
Anette Olsen

Øyvind Renslo
Jostein Selle
Johan Nyrerød Spiten - avd.dir
Cecilie R. Sæther
Siri Tofte
Kristine Vigander
Geir S. Winters

Erland Aamodt (advfm)
Kjersti Benum (adv.sek.)
Stig Dahlsveen (spes.kons.)
Linda Hansen (adv.ass.)
Stina Berg Nielsen (adv.sek.)
H = møterett for Høyesterett

Karmøy kommune

Statråd Vinjes gate 25
4250 KOPERVIK

Vår referanse: 22/02408-2
Ansvarlig advokat: Erna M. Larsen
Deres referanse:

Dato: 23.09.2022

Vurdering av om havneselskapet kan eie og drifte lufthavnvirksomhet

Innledning

Det vises til oppdragsbekreftelse av 19.09.22 og epostkorrespondanse 12.09.22 samt epostkorrespondanse 20.09. m.v.

Vi er bedt om å gi en vurdering av om Karmsund Havn IKS kan fortsette å eie og drifte selskapet Lufthavnutvikling AS sett opp mot bestemmelsene i havne- og farvannsloven. Styret i havneselskapet har anbefalt at eierskapet i lufthavnen bør løftes ut av havneselskapet.

Vi er også bedt om å vurdere hvilke endringer som bør foretas i selskapsavtalen dersom havneselskapet fortsatt kan eie lufthavnselskapet.

Til slutt er vi bedt om å ta med eventuelle andre relevante juridiske betraktninger relatert til saken.

Nedenfor gis min vurdering.

Oppsummering

Eierskap og eventuell drift av lufthavn faller som hovedregel utenfor havne -og farvannslovens regler. Det betyr at havnekapitalen ikke kan brukes til slik virksomhet. Den kan være unntak, eksempelvis sjøflyaktivitet dersom disse bruker havnens farvann og havner og det kan tenkes unntak dersom dette skaper økonomisk gevinst for havnevirksomheten.

Karmsund havn IKS kan eie aksjer i Lufthavndrift på visse vilkår. Den kan eie dersom alle kostnader og eventuelle inntekter holdes regnskapsmessig adskilt fra havnekapitalen. Det forutsetter at selskapet har økonomisk evne til dette. Dersom havnen har kostander forbundet med eierskapet, selskapet tilføres kapital fra deltagerkommunene. Kostandene kan ikke dekkes av havnekapitalen.

Unntak: Det kan brukes av havnekapitalen til å dekke utgifter knyttet til eierskap i Lufthavndrift AS dersom vilkårene for å ta utbytte fra havnevirksomheten er til stede. Deltagerkommunene kan da bestemme at utbytte skal benyttes til å dekke kostnadene.

Er det rimelig klart at eierskap i Lufthavndrift AS skaper økonomisk gevinst for havnevirksomheten, kan også havnekapitalen benyttes.

Selskapsavtalen tillater ikke at Karmsund Havn IKS eier Lufthavndrift AS. Skal dette fortsette, må formålsbestemmelsen i selskapsavtalen § 3 endres. Dette å gjøres slik at det går frem at dette er tillatt. Det gjelder enten selskapet bruker av havnekapitalen eller må holdes eierskapet adskilt fra havnekapitalen.

Kapitalen som ble benyttet til å kjøpe aksjene i Lufthavndrift i 2018, er å anse som del av havnekapitalen. I den grad aksjekapitalen ikke er tapt, tilhører dette havnekapitalen og kan ikke brukes til annet formål.

Bakgrunn

Her vises til opplysninger gitt i epost av 12.09 hvor følgende er opplyst om bakgrunn:

I 2018 gikk Karmsund Havn IKS inn på eiersiden i Lufthavndrift AS, via datterselskapet Karmsund Lufthavn Invest AS med en kapital på 15,1 millioner kroner. Inntreden i selskapet ble gjort etter at det oppstod en akutt situasjon hvor Widerøe Ground Handling AS trakk seg som investor i selskapet. Investeringen ble gjort etter en oppfordring fra ordførerne i eierkommunene i Karmsund Havn IKS.

Deltakelsen i Lufthavndrift AS ble sett på som midlertidig, og ble vurdert å være i grenselandet til formålet til Karmsund Havn IKS. Etter en eierskapskontroll av Karmsund Havn IKS initiert av kontrollutvalget i Haugesund kommune i 2021, ble det konkludert med at deltakelsen i Lufthavndrift AS var utenfor formålet i havneselskapet. Vedtaket i bystyret 29.09.2021, var:

1. *Bystyret tar den framlagte eierskapskontrollen av Karmsund Havn IKS til orientering*
2. *Rapporten oversendes kommunedirektøren og selskapet v/havnerådet for videre oppfølging av rapportens fire anbefalinger.*
3. *Kommunedirektøren gir tilbakemelding til bystyret via kontrollutvalget om oppfølging av rapportens anbefalinger innen seks måneder etter bystyrets vedtak.*

Forvaltningsrevisors fire anbefalinger innarbeides i forslag til vedtak pkt. 2, slik at det blir tydelig hvilke anbefalinger som skal følges opp.

Jmf. sak PS 056/21 i Haugesund kommune - 21/62244 - Eierskapskontroll Karmsund Havn IKS

De «fire anbefalingene» som det vises til er i kort trekk følgende (sitat):

- *Å forankre formålet, med tanke på lufthavndrift, i deltakerkommunestyrene*
- *Å etablere rutiner for rapportering til kommunestyret i samsvar med målsetningen i eierskapsmeldingen av 2017 (antar det vises til Haugesund kommunens eierstrategi for havneselskapet)*
- *Å etablere rutiner for å sikre korrekt formell behandling av økonomiplanen i samsvar med IKS-loven*
- *Å avklare omfanget av deltakelse i underselskaper*

I den grad formålet er ment å omfatte deltakelse eller investeringer i andre selskaper bør det tydeliggjøres i selskapsavtalen.

Styret i Karmsund Havn IKS har fulgt opp eierskapskontrollen og har gitt en tydelig anbefaling om at eierskapet i lufthavnen bør løftes ut av havneselskapet. I praksis vil dette bety at Karmsund Havn IKS overdrar aksjene Karmsund Lufthavn Invest AS til deltakerkommunene eller annen tredjepart.

Senere har bystyret i Haugesund kommune gjort nytt vedtak i saken den 20.04.2022, sak 023/22 «Oppfølging av eierskapskontroll - Karmsund Havn IKS». Vedtaket var følgende:

«Haugesund Bystyre ber kommunedirektøren/ordfører vurdere en vedtektsendring i KH IKS før videre eierskap i Lufthavnutvikling AS».

Med bakgrunn i saken i Haugesund kommune og anbefalingen fra Karmsund Havn IKS, står kommunestyrene i eierkommunene i havneselskapet (Karmøy, Haugesund, Tysvær, Bømlo, Sveio og Bokn) overfor to alternativer:

1. Vedta å utvide formålet til Karmsund Havn IKS til også å omfatte eierskap i drift av lufthavnvirksomhet.
2. Vedta å overta 33,34 prosent av eierskapet i Lufthavndrift AS, ved å overta eierskapet i Karmsund Lufthavn Invest AS, fra Karmsund Havn IKS.

I etterkant har situasjonen i Lufthavndrift AS tilspisset seg. Videre økonomisk drift forutsetter at «leiebetingelsene» i konsesjonsavtalen med Avinor reduseres fra dagens 16 MNOK til 9 MNOK. Et alternativ kan være at Lufthavndrift AS kjøper hele flyplass eiendommen av Avinor. Avinor har vist liten vilje å møte Lufthavndrift AS, og driften av selskapet kan komme til opphør. Da vil driften Haugesund Lufthavn Karmøy bli overført tilbake til Avinor.

Hvis derimot forhandlingene skulle løse seg, vil det oppstå et akutt kapitalbehov i Lufthavndrift AS. Da må aksjonærene være klare til å skyte inn ny kapital. Karmsund Havn IKS, via sitt datterselskap, Karmsund Lufthavn Invest AS, vil være forhindret fra å delta med dagens formål, jmf. selskapsavtalens §3.

Rådmennene i deltakerkommunene vurderer at situasjonen er for uoversiktlig, og ønsker å fremme et forslag til kommunestyrene i deltakerkommunene, hvor det foreslås en «utvidelse» av formålet i selskapsavtalen slik at styret i Karmsund Havn IKS får et handlingsrom til å følge opp sitt indirekte aksjonæransvar i Lufthavndrift AS. Rådmennene legger som forutsetning at «utvidelsen» av formålet skal vare i maksimalt 2 år. Det vil i praksis si fram til 01.01.2025.

Det rettslige bakteppe

Havnevirksomhet er styrt av lov om havner – og farvann av 2019-06-21-70 som trådte i kraft 01.01.20.

§ 1 Lovens formål

«Loven skal fremme sjøtransport som transportform og legge til rette for effektiv, sikker og miljøvennlig drift av havn og bruk av farvann, samtidig som det skal tas hensyn til et konkurransedyktig næringsliv. Loven skal ivareta nasjonale forsvars- og beredskapsinteresser».

I forarbeidene til formålsbestemmelsen Prop. 86 L (2018-2019) fremgår det at:

«Et hovedformål med loven er å fremme «sjøtransport som transportform». Med dette fremheves det at lovens bestemmelser skal bidra til å oppnå samfunnsmessig viktige målsetninger innen transportsektoren,

ved å fremme en ønsket transportform. Med «sjøtransport som transportform» menes både transport av gods og transport av personer.

Videre er det et hovedformål med loven å legge til rette for «effektiv, sikker og miljøvennlig drift av havn og bruk av farvann». Dels vil dette være selvstendige formål med loven, dels vil dette være delmål for å oppnå formålet om å fremme sjøtransport som transportform.

Formuleringen «samtidig som det skal tas hensyn til et konkurransedyktig næringsliv» fremkommer verken av havne- og farvannslovutvalgets lovforslag eller av havne- og farvannsloven (2009). Formuleringen innebærer at loven skal bidra til at de næringer som benytter, eller kan benytte, sjøtransport som del av sine logistikkjenester får tilgang til transporttjenester med tilstrekkelig kvalitet til lavest mulig pris. Det må samtidig tas hensyn til næringer som benytter eller kan komme til å benytte farvannet til annet enn transport av personer og gods.

Å legge til rette for «effektiv [...] drift av havn», vil være av stor betydning for det overordnede formålet om å styrke sjøtransporten som transportform. Havnene er viktig for å koble sjøtransporten til annen transport. Loven skal derfor bidra til at havnen tilbyr konkurransedyktige tjenester som brukerne etterspør.»

I loven § 32 annet og tredje ledd reguleres forvaltningen av havnekapitalen som lyder slik:

«Kommunen skal holde inntekter og kapital i havnevirksomheten regnskapsmessig adskilt fra kommunens øvrige virksomhet. Fo havnevirksomhet som ikke er omfattet av [regnskapsloven § 1-2](#) eller av særlige regnskapsregler fastsatt i eller i medhold av kommuneloven eller annen lovgivning, skal det utarbeides årsregnskap og årsberetning etter reglene i regnskapsloven.

Det kan deles ut verdier fra den kommunale havnevirksomheten dersom det er avsatt tilstrekkelige midler til drift og vedlikehold av havn, samt midler til investeringer som er direkte knyttet til tjenesteyting rettet mot fartøy, gods- og passasjerhåndtering. Som utdeling regnes enhver overføring av verdier som direkte eller indirekte kommer eieren til gode.

Uttak av overskudd eller annen utdeling av midler fra kommunal havnevirksomhet organisert som aksjeselskap, interkommunalt selskap eller kommunalt foretak kan bare besluttes av virksomhetens eierorgan etter forslag fra styret.»

Vurdering

For å avgjøre om havneselskapet kan eie og drive lufthavnvirksomhet, må det avklares om dette faller inn under havne- og farvannslovens formålsbestemmelse, da denne bestemmelsen angir hva havnen kan drive med. Med dette menes hva havneselskapet kan bruke havnekapitalen til.

Det går frem av formålsparagrafen § 1 og forarbeidene til havne og farvannsloven at havnene skal drifte, sikre og legge til rette for en spesiell transportform; sjøtransport. Lufthavnvirksomhet er en egen transportform, og faller derfor som utgangspunkt utenfor havnelovens virksomhet. Eierskap i et rent lufthavndriftsselskap som det å drifte en lufthavn kan ikke i seg selv å anse å bidra til drift av havnevirksomheten. Det må noe mere til.

Dersom lufthavnvirksomheten omfatter sjøtransportfly, kan dette stille seg annerledes. Sjøtransportfly er avhengige av å benytte farvannet ved både landing, opphold ved et kaianlegg og ved take-off. Denne type

transport må derfor kunne sies å falle inn under sjøtransport, selv om dette er en svært begrenset bruk av farvannet, da transporten i det vesentligste foregår i luften.

Som alminnelig hovedregel må det likevel legges til grunn at lufthavnvirksomhet faller utenfor formålsbestemmelsen i havne- og farvannsloven og derfor utenfor hva et havneselskap kan eie og drive med bruk av havnekapitalen.

Legges det til grunn at selskapet Lufthavndrift AS driver ordinær lufthavnvirksomhet på land, er dette virksomhet som faller utenfor havne- og farvannsloven. Det vil derfor være i strid med loven at havneselskapet bruker havnekapitalen som aksjekapital i dette selskapet. Havne- og farvannsloven trådte i kraft 01.01.2020, men reglene på dette området ble ikke endret ved overgangen til ny havne- og farvannslø. Dette var derfor også gjeldende da Karmsund Havn IKS kjøpte seg inn på eiersiden i Lufthavndrift AS. Utgangspunktet er derfor at deltagerne i havne- selskapet ikke kan eie lufthavnselskapet via havneselskapet.

Det følger av havne- og farvannsloven § 32 annet ledd at inntekter og kapital fra havnevirksomheten skal holdes adskilt fra kommunens øvrige virksomhet. Med øvrige virksomhet, mens alt kommunen driver med som ikke er havnevirksomhet, også eierskap i andre virksomheter. Dette er et krav til hvordan havnekapitalen skal behandles, men utelukker ikke at havneselskapet også eie og drifte virksomhet som faller utenfor havne- og farvannsloven. Kravet er at havseselskapet ikke disponerer av havnekapitalen til denne type virksomhet. Disponerer havneselskapet inntekter og kapital som kommer fra annen type virksomhet, eksempelvis alminnelig lufthavndrift, faller dette utenfor den beskyttede havnekapitalen.

Regnskapsmessig adskillelse oppnås blant annet ved at havnen organisatorisk er plassert utenfor kommunen i eget rettssubjekt. Selv om havnevirksomheten er plassert i eget selskap som Karmsund havn IKS, er det ikke noe i veien for at deltagerne (eierne) i selskapet kan bestemme at havneselskapet skal ha ansvar også for virksomhet som faller utenfor havne- og farvannsloven. Det forutsetter da at alle utgifter og eventuelle inntekter knyttet til dette holdes adskilt fra havnekapitalen jf. § 32 som betyr at selskapet må føre to adskilte regnskaper.

Eksempelvis kan man ikke lønne ansatte som utfører arbeid knyttet opp mot eierskapet i Lufthavnselskapet med inntekter fra havnekapitalen. Klarer man holde «vanntetteskott» her, så kan havneselskapet fortsette å eie Lufthavndrift AS.

Jeg vil anta at aksjekapitalen som nå er plassert i Lufthavndrift AS er betalt med havnekapital. I så fall er dette kapital som benyttet i strid med havne- og farvannsloven. Det innebærer uansett at man ikke kan fortsette å bruke nye midler fra havnekapitalen inn lufthavnselskapet dersom selskapet har behov for tilførsel av ny kapital. Er det behov for å legge inn ny kapital i lufthavnselskapet, må midlene hentes utenfor havnekapitalen.

Et unntak er utbyttmidler fra havneselskapet. Er det mulig å ta ut utbytte fra havneselskapet, kan deltagerne i havneselskapet bestemme at utbytte helt eller delvis skal gå inn som kapital i Lufthavndrift AS.

I motsetning til tidligere, kan deltagerne i havneselskapet nå ta ut utbytte fra havnevirksomheten dersom visse vilkår er oppfylt. Dette følger av havne- og farvannsloven § 32 tredje ledd. Bestemmelsen åpner for at det kan deles ut verdier fra havnevirksomheten dersom det er avsatt tilstrekkelige midler til drift og

vedlikehold av havn, samt midler til investeringer som er direkte knyttet til tjenesteyting rettet mot fartøy, gods- og passasjerhåndtering. Som utdeling regnes enhver overføring av verdier som direkte eller indirekte kommer eieren til gode. Aksjekapitalen i Lufthavndrift AS er et eksempel på overføring av verdier som etter ny lov anses som et utbytte til deltagerne.

Opphører havneselskapets nåværende eierskap i Lufthavndrift AS enten ved salg eller på annen måte, og det er noe igjen av aksjekapitalen, skal denne kapitalen tilbakeføres til havnekapitalregnskapet. Velger deltagerkommunene å skyte inn midler til havneselskapet som øremerkes lufthavnselskapet via havneselskapet, og aksjene i Lufthavndrift AS senere selges eller selskapet opphører, skal verdiene fordeles forholdsmessig mellom havnekapitalregnskapet og det øvrige «kommunale regnskapet» i havneselskapet.

I formålet til selskapet Karmsund Lufthavn Invest AS fremgår det at dette selskapet blant annet skal bidra til «havnens mål om å bli et attraktivt og moderne logistikknutepunkt». Dette handler om fremme havnens interesser. Eierskap i dette selskapet må kunne sies å ha en viktig betydning for havnevirksomheten og dermed for havnekapitalen. Eierskap i dette selskapet kan derfor ligge innenfor hva man kan bruke havnekapitalen til. Det må i så fall avgjøres etter en nærmere konkret vurdering. Jeg har ikke kunnskap nok om dette selskapet til å ta stilling dette spørsmålet. Det ligger heller ikke inne i bestillingen.

Det skal imidlertid ikke helt utelukkes at drift av lufthavnvirksomhet kan sies å ha en slik betydning for havnevirksomheten at det ligger innenfor å benytte havnekapitalen, også uten at det inngår sjøflytransport i virksomheten. Er det en slik sterk avhengighet at havnens inntekter påvirkes vesentlig dersom Lufthavndrift AS legges ned, kan det argumenteres for at det vil være til beskyttelse av havnekapitalen å eie og drifte lufthavnen.

At det i sin alminnelighet påvirker næringslivet og havnen vil ikke være tilstrekkelig. Det må dokumenteres mer avhengighet utover dette. Det er opplyst at «rederier legger "mobilisering" (mannskapsskifter, m.m.) til havner som havneselskapet opererer». Hvilken effekt eller betydning dette har for havneselskapets virksomhet og økonomi er ikke oppgitt.

Bidrar denne «mobiliseringen» vesentlig til havneselskapets økonomiske aktivitet, kan det bety at havnekapitalen kan brukes inn i Lufthavndrift AS. Det være en forventning om at eierskapet vil skape høyere inntekter enn utgifter for selskapet og slik sett sikre havnens inntekter. Jeg har ikke tilstrekkelig opplysninger til å kunne si om det dette er tilfelle her utover at det er opplyst at det nærheten til Haugesund Lufthavn Karmøy og aktuelle rutetilbud har en positiv synergi med økt aktivitet i havneselskapet og det som er nevnt ovenfor om mobilitet. At det er en viss synergieffekt, anses nok ikke tilstrekkelig.

Havnekapital ble benyttet i strid med tidligere havne- og farvannslov til kjøp av aksjene i Lufthavndrift AS med mindre dette eierskapet har eller gir en økonomisk gevinst til havneselskapets egen virksomhet.

Kan Karmsund Havn IKS fortsette å eie aksjer i Lufthavndrift AS, via Karmsund Lufthavn Invest AS?

Dersom situasjonen ikke ser slik ut fremover og heller ikke var det ved kjøp av aksjene i 2018, betyr det at havnekapitalen ble brukt i strid med havne- og farvannsloven da aksjene ble kjøpt 2018.

Noe absolutt krav om å selge seg ut, kan jeg likevel ikke se følger av havne- og farvannsloven, men ettersom havne og farvannsloven § 32 angir klart at havnekapitalen skal holdes adskilt fra kommunens virksomhet, taler dette for at havneselskapet som utgangspunkt bør selge seg ut at Lufthavndrift AS. Den aksjekapitalen som måtte være igjen om ikke alt er tapt, tilbakeføres som del av havnekapitalen.

Dersom eierskapet beholdes, er det likevel klart at Karmsund Havn IKS ikke kan bruke av havnekapitalen. Ny kapital må hentes fra andre inntekter.

Er det imidlertid en slik sterk tilknytning som nevnt i konklusjonen ovenfor, altså at eierskapet i Lufthavndrift AS gir økonomisk gevinst for havnen, kan antagelig eierskapet fortsatte også med tilskudd fra havnekapitalen, men her har jeg ikke nok kunnskap om selskapene til å kunne konkludere.

Ellers kan havneselskapet uansett fortsatte å eie og drifte Lufthavndrift AS under forutsetning av at alt av inntekter og utgifter fra havnevirksomheten holdes regnskapsmessig adskilt fra alt som relaterer seg til eierskapet knyttet til lufthavnvirksomheten. Dersom dette ikke er mulig, og man er avhengig av tilførsel fra havnekapitalen for å drifte lufthavnselskapet, må eierskapet opphøre med mindre det er klart at dette skaper økonomisk gevinst for havnen.

Hva må til dersom Karmsund havn skal fortsette å eie aksjene i lufthavnvirksomheten?

Dette er det delvis svart på ovenfor, men uansett må virksomheten være innenfor selskapets formål. Selskapets formål angir hva et selskap kan drive med. Fra selskapsavtalen § 3 siteres:

«Selskapets formål er effektiv og sikker forvaltning av havnevirksomhet på vegne av de kommuner som er deltakere, jfr. selskapsavtalens §4, og ivareta disse kommuners oppgaver, rettigheter og forpliktelser i samsvar med den til enhver tid gjeldene havne- og farvannslovgivning. Selskapets skal arbeide for framtidsrettet og konkurransedyktig utvikling av sjøtransportsystemet for personer og gods, tilrettelegge for sjøbasert næringsutvikling, herunder naturlig tilhørende eiendomsutvikling, og tilrettelegge for synergier med landbasert næringsutvikling».

Selskapets formål tillater ikke at havnen skal drive med lufthavnvirksomhet verken direkte eller indirekte gjennom eierskap. Unntak vil nok være sjøflytransport som må legge til havn som drives av Karmsund Havn IKS.

Skal Karmsund havn IKS eie aksjer i Lufthavndrift AS må uansett om det er innenfor eller utenfor havnekapitalen, må selskapsavtalen endres slik at det står at dette skal være en del av selskapets virksomhet – det å eie et driftsselskap som driver lufthavnvirksomhet.

Bør havneselskapet eie og eventuelt drifte Lufthavndrift AS

Dersom Lufthavndrift AS er et selskap som vil trenge kapitaltilførsel med jevne mellomrom, og havneselskapet ikke har andre inntekter enn havnekapitalen eller inntekter gjennom overføringer fra deltagerkommunene bør ikke havneselskapet eie Lufthavndrift AS.

Er det heller ikke rimelig klart at eierskapet i Lufthavndrift AS skaper økonomisk gevinst for Karmsund Havn IKS, anbefales heller ikke eierskapet. Det kan være vanskelig å holde to adskilte regnskaper. Havneselskapet bør ikke drive med virksomhet som faller utenfor havne- og farvannsloven, da dette kan skape uklarheter om bruk av havnekapitalen.

Med vennlig hilsen

Erna M. Larsen

Erna M. Larsen
advokat

Telefon: 90 18 35 27

E-post: Erna.Larsen@ks.no