Notat

Til: Birkeland Innovasjon AS

Kopi:

Fra: Advokatfirmaet Hjort DA v/Kristin Veierød, Kristel Heyerdahl og Ragnar Østensen

Dato: 27. oktober 2009

ALTERNATIVE FREMGANGSMÅTER FOR SAMMENSLÅING - OPPSUMMERINGSNOTAT

Det vises til våre notater av 12. oktober og 23. oktober 2009. Vi har utarbeidet et notat hvor vi kortfattet oppsummerer våre vurderinger knyttet til de alternative fremgangsmåtene for å etablere en felles eierstruktur mellom Birkeland AS (BIAS) og Medinnova AS (MEAS).

De fremgangsmåtene som har vært vurdert er:

- En mor-datterselskapsmodell hvor det ene selskapet kjøper aksjene i det andre mot et vederlag i form av kontanter, en fordring (selgerkreditt) eller oppgjør i form av aksjer i det oppkjøpende selskapet.
- En holdingmodell hvor det etableres et holdingselskap, "Holding AS", hvor UiO og OUS er eiere og hvor Holding AS eier alle aksjene i BIAS og MEAS.
- En fusjon hvor det ene selskapet overtar aksjene i det andre mot at aksjonæren i det overdragende selskapet mottar aksjer i det overtakende selskapet.

Om hvordan disse modellene rent teknisk etableres viser vi til vårt notat av 23. oktober 2009 hvor ulike måter for sammenslåing og oppgjørsformer er nærmere beskrevet.

I henhold til mandatet for oppdraget har vi vurdert de rettslige implikasjoner de ulike alternativene har innenfor enkelte rettsområder. Våre vurderinger kan kort oppsummeres slik:

Samtlige av de tre modellene for sammenslåing som vi har vurdert vil selskapsrettslig, forvaltningsmessig og forfatningsmessig la seg gjennomføre. Heller ikke statstøtte- eller anbudsrettslige forhold gir klare føringer for valg av modell, med unntak for at tildeling av enerett vil kunne forutsette at eneretten tildeles ett selskap. Når det gjelder anbudsrettslige forhold, viser vi til at det antagelig vil være en nødvendig forutsetning for å kunne yte tjenester til helseforetakene at det sammenslåtte selskapet/selskapene, i tillegg til UiO, legges under Helse Sør-Øst, og ikke OUS. Vi viser til vår redegjørelse om dette i punkt 4.5 i notatet av 12. oktober 2009. Vi viser videre til at egenregi som unntak fra anskaffelsesreglene forutsetter at oppdragsgiver utøver en kontroll over det

ADVOKATFIRMAET HJORT DA – MNA
Akersgaten 51
Postboks 471 Sentrum, NO-0180 Oslo
Telefon: (+47) 22 47 18 00
Telefaks: (+47) 22 47 18 18
Bankgiro: 6001 05 31880
Org.nr.: 946 129 356 MVA
www.hjort.no
TERRALEX

sammenslåtte selskapet/selskapene som over egen virksomhet, og at den vesentligste delen av omsetningen til selskapet/selskapene er knyttet til den kontrollerende oppdragsgiveren.

Det er enkelte komplikasjoner ved en fusjonsmodell som vi antar at vil gjøre denne mindre aktuell.

For det første antar vi at risikoen for at også MEAS vil bli skattepliktig dersom de to selskapene fusjonerer er stor.

For det annet kan en fusjon reise særlige verdsettelsesmessige utfordringer. En fusjon mellom selskap med ulike eiere skal som utgangspunkt skje etter transaksjonsmetoden. Det innebærer at hver enkelt eiendel i det overdragende selskapet må verdsettes særskilt med tanke på den regnskapsmessige åpningsbalansen i det fusjonerte selskapet. Etter det vi forstår vil det være særskilt komplisert å foreta en slik verdsettelse, nesten uavhengig av hvilket selskap som skal være det overdragende selskapet.

For det tredje kan en fusjon medføre at BMI-avtalen får anvendelse på "Birkeland-prosjekter" med mindre man før fusjonen får i stand en avtale med BMI som klargjør/begrenser BMI-avtalens virkeområde ved en fusjon. Hensynet til BMI-avtalen kan også innebære begrensninger for eventuell overføring av innovasjonsvirksomheten fra MEAS til BIAS i en konsernstruktur. Etter vår vurdering vil alminnelige avtalerettslige lojalitetsbetraktninger innebære at MEAS ikke vil komme fri fra sine forpliktelser etter BMI-avtalen ved å overføre den delen/sentrale deler av den virksomhet som avtalen er knyttet til til et annet rettsubjekt.

Etablering av en mor-datterselskapsmodell er selskapsrettslig og skatterettslig uproblematisk. Vi legger til grunn at det er en forutsetning for aksjonærene i begge selskaper at de begge skal være eiere i morselskapet etter overdragelsen. Dette forutsetter at det gis vederlag for aksjene i datterselskapet i form av aksjer i morselskapet, altså ved bruk av tingsinnskudd. Etter aksjeloven vil tingsinnskudd i form av aksjer ved kapitalutvidelse ikke kreve en 100 % "riktig" fastsettelse av markedsverdien på de overtatte aksjene, forutsatt at aksjene ikke er priset for høyt. Regnskapslovens vilkår om verdsettelse til markedsverdi vil neppe skape problemer i praksis dersom partene er enige om verdifastsettelsen, da vi antar at det ikke vil komme noen innvendinger mot verdifastsettelsen all den tid man ikke har overvurdert verdien av tingsinnskuddet.

Dersom UiO skal bruke aksjene i Birkeland som tingsinnskudd må dette forelegges Kunnskapsdepartementet, som eventuelt forelegger spørsmålet for Stortinget. Rundskriv F-20-07 pkt 4.4 som fastsetter at bruk av aksjer som tingsinnskudd ikke er tillatt uten samtykke, gjelder for universiteter og høyskoler og kommer ikke til anvendelse ved eventuell bruk av aksjene i Medinnova som tingsinnskudd. Vi er ikke kjent med om det foreligger tilsvarende beskrankninger for eier av Medinnova i annet regelverk.

Erling Hole Dietrichson i Kunnskapsdepartementet har opplyst at samtykke til bruk av eiendeler som tingsinnskudd ikke gis rutinemessig, og at det er en viss skepsis til dette, men at man i et tilfelle hvor to statlige selskaper benytter aksjer som tingsinnskudd mot vederlag i aksjer i et nytt statlig selskap, kan anta at departementet vil se pragmatisk på dette, også på grunn av muligheten for å unngå foreleggelsesplikten ved først å skyte inn egenkapital i form av kontanter i et holdingselskap, jf. nærmere nedenfor. I utgangspunktet er dette også en sak som departementet vil forelegge Stortinget,

og Hole Dietrichson kunne ikke si med sikkerhet om departementet likevel kunne anse et samtykke for å ligge innenfor sine fullmakter.

Saken vil i tilfelle kunne forelegges Stortinget i tilleggsproposisjon, omgrupperingen med frist ultimo oktober 2009, nysalderingen med frist medio november 2009, revidert nasjonalbudsjett med frist primo april 2010 eller i Prop. 1 S (2010-2011) med frist juni 2010.

I Prop. 1 S (2009-2010) fremgår under Del IV "Diverse fullmakter "at Kunnskapsdepartementet bl. a. kan gi universiteter og høyskoler fullmakt til å bruke overskudd av oppdragsvirksomhet til kapitalinnskudd ved oppretting av selskap, og å bruke inntekt fra salg av aksjer i selskap til kapitalinnskudd. Under henvisning til dette har Hole Dietrichson stilt spørsmål ved om bruk av aksjene i BIAS for å kapitalisere et nytt selskap kan tenkes omfattet av universitetets fullmakter. Det nevnte tilfellet sammenfaller ikke helt med hva som er situasjonen ved bruk av aksjer som kapitalinnskudd, og Hole Dietricshon uttaler også at vurderingen av om de transaksjonene universitetet i tilfellet ser for seg faller inn under universitetets fullmakter, bør avgjøres av departementet, slik at departementet også kan vurdere om saken må forelegges Stortinget.

Etablering av et holdingselskap vil også være selskapsrettslig og skatterettslig uproblematisk. Et holdingselskap kan etableres ved at UiO og OUS betaler inn aksjekapitalen i Holding AS ved å benytte sine aksjer i MEAS og BIAS som tingsinnskudd, jf. ovenfor om verdsettelse og krav om samtykke.

Alternativt kan UiO og OUS stifte Holding AS og betale inn aksjekapitalen i kontanter som benyttes til å kjøpe aksjene i MEAS og BIAS. Ved denne fremgangsmåten brukes ikke aksjene som tingsinnskudd, og det er ikke nødvendig å innhente departementets/Stortingets samtykke. Dette bekrefter Erling Hole Dietrichson i Kunnskapsdepartemenet.

Etter Rundskriv F-20-07 er UiO forpliktet til å ivareta UiOs økonomiske interesser i alle former for eksternt samarbeid. Salg av aksjer skal skje på forretningsmessige vilkår, noe som i utgangspunktet betyr markedsverdi. Disse retningslinjene vil gjelde ved alle de alternative sammenslåingsmodellene. Hole Dietrichson opplyser at departementet nok i utgangspunktet vil be om en ekstern verdsettelse ved bruk av aksjer som tingsinnskudd, men at departementet antagelig ville være tilbakeholden med å overprøve en verdsettelse som to statlige parter er enige om, så fremt den ikke fremstår som åpenbart uriktig.

Vi viser for øvrig til det vi i notatet av 12. oktober d.å. har anført om statsstøtterettslige problemstillinger knyttet til verdsettelse.

Dersom BIAS ønsker å unngå å måtte forelegge spørsmålet om bruk av aksjene som tingsinnskudd for Kunnskapsdepartementet, vil etablering av et holdingselskap, der aksjekapitalen betales som kontanter, være et egnet alternativ. Vi understreker for ordens skyld det vi tidligere har anført om betydningen av kontroll i en holdingselskapsmodell, hensett til bestemmelsene om egenregi, jf. vårt notat av 12. oktober 2009 punkt 4.5.3.

De selskaps- og skatterettslige vurderingene vi har redegjort for ovenfor, endres ikke dersom situasjonen skulle bli at Helse Sør-Øst, og ikke OUS, blir eier av det sammenslåtte selskapet sammen med UiO.

BIAS har reist spørsmål ved om det er noe til hinder for at all innovasjonsaktivitet i den sammenslåtte virksomheten samles i ett selskap. Vi forstår det slik at en i tilfelle ser for seg at den eksisterende virksomheten/avtalene forblir i BIAS og MEAS, men at en i tilfelle etablerer nye prosjekter/avtaler på holdingselskaps-/morselskapsnivå. Vi kan i utgangspunktet ikke se at de er noe til hinder for en slik løsning, med forbehold for de konsekvenser en slik "overføring" av sentral virksomhet i MEAS vil kunne få ift. den inngåtte BMI-avtalen og eventuelle øvrige avtaler. Det vil i prinsippet heller ikke være noe til hinder for å samle sentrale administrasjonsoppgaver på morselskaps-/holdingselskapsnivå. Eventuelle transaksjoner mellom konsernselskaper vil imidlertid måtte skje på vanlige forretningsmessige vilkår og prinsipper.