



Kommunal og  
moderniseringsdepartementet  
Postboks 8008 Dep  
0030 Oslo

Dato: 25.10.2019  
Vår ref  
Deres ref.: 18/3893

---

## **Høring – regulering av privatrettslig virkning av ugyldige disposisjoner etter kommunelovens økonomibestemmelser**

Finans Norge viser til departementets brev 20.06.19 med tilhørende høringsnotat med forslag til regulering av privatrettslig virkning av ugyldige disposisjoner etter kommunelovens økonomibestemmelser. Det vises også til e-post korrespondanse med departementet vedrørende utsatt høringsfrist.

### **Finans Norges hovedsynspunkter er:**

- Departementet foreslår særregulering av oppgjør etter ugyldige kontrakter mellom kommuner/fylkeskommuner og private aktører. En slik særregulering er av lovgiver tidligere kun gitt for å beskytte svakerestilte avtaleparter med begrenset evne til å ivareta sin rettsstilling, f.eks. i vergemålsloven. Det er ingen grunn til å gi kommuner en slik særstilling i norsk rett. Reglene bør følge av alminnelige privatrettslige regler.
- Virkeområdet for reglene om ugyldighet i kommuneloven kap. 14 er ikke tilstrekkelig presist og vil sammen med oppgjørsregelen øke kostnadene for kommuner og finansforetak som er aktsomme og oppfyller kravene til gyldighet. Det bør tas inn en forskriftshjemmel i § 14-14 slik at det kan gis nærmere utfyllende regler om dokumentasjonsplikten innhold. Det bør også utarbeides standarddokumentasjon som kan gi veiledning til kommunene for å oppfylle kravene.
- Gjeldende høyesterettspraksis innebærer allerede at restitusjonsoppgjør etter ugyldige avtaler kan begrenses dersom en tilbakeføring av ytelsene fremstår som urimelig etter en konkret vurdering. Forslaget innfører imidlertid dette som en

hovedregel uten en nærmere skjønnsmessig vurdering av partenes opptreden. Konsekvensen er at kommuner kan velte all risiko for tapsbringende avtaler over på motparten som følge av egne feil i behandling etter kommuneloven. Dette innebærer ingen «rimelig risikofordeling mellom kommunen og avtaleparten».

- Dersom det skal lovfestes regler om oppgjør, bør oppgjøret stipuleres med utgangspunkt i tidspunktet da ugyldighet inntrådte. Forslaget om oppgjørstidspunktet fraviker fra avtaleretten og kan bli svært utfordrende å praktisere.
- En regel om at evt. avkastning av ugyldige avtaler skal tilfalle statskassen strider mot normale obligasjons- og erstatningsrettslige prinsipper. En slik regel vil gi kommuner en vid spekulasjonsadgang i å sitte i «ulovlige avtaler» så lenge verdiendring og avkastning kun har betydning for motparten.
- Høringsnotatet gir i sin omtale av erstatning en noe unyansert beskrivelse av gjeldende rett og gjeldende høyesterettspraksis. Det gis her ingen utfyllende analyse av om kommunenes behov for beskyttelse allerede er tilstrekkelig dekket, som et alternativ til en absolutt og lite fleksibel regulering av tilbakeføringskrav.

#### **I. Innledende merknader**

Departementet legger i høringsnotat datert 20. juni 2019 frem et forslag til en ny lovbestemmelse om privatrettslige virkninger av ugyldige disposisjoner etter kommunelovens økonomibestemmelser. Forslaget er foranlediget av - og følger opp - vedtakelsen av de nye ugyldighetsbestemmelsene i kommuneloven, jf. Prop 46 L (2017-2018) pkt. 21.4.3. Disse nye bestemmelsene – som særlig fremgår av kommuneloven § 14-13 flg. – skal samlet gi et forsterket vern mot at kommuner inngår avtaler i strid med kravene til kommunenes økonomiregelverk.

Samtidig vil disse ugyldighetsbestemmelsene på grunn av sin utforming gi kommunenes kontraktsparter større usikkerhet knyttet til kontraktsinngåelsen ved at man knytter ugyldighet opp mot den ene avtaleparts «gode tro». En regulering av de avtalerettslige konsekvensene slik departementet foreslår vil forsterke denne ubalansen ytterligere.

Konsekvensene av en regulering som overfører all risiko for ugyldige avtaler - slik foreslått - er ikke utredet. Lovforslaget medfører at private parter må vurdere om kostnadene knyttet til å vurdere avtalens gyldighet står i forhold til inntjeningen. Forundersøkelsene vil kreve ressurser internt som også må tas igjen ved prising av de finansielle tjenestene. For mindre aktører vil konsekvensene kunne bli at man avstår fra å betjene kommunesektoren som kunder på grunn av risikoen ved ugyldige avtaler. I departementets analyse av forslaget

Økonomiske og administrative konsekvenser vises det til at forslaget innebærer at private parters ansvar for tap «klargjøres». Man har imidlertid ikke vurdert konsekvensene knyttet til økte kostnader og risiko for de private motpartene. Det er disse som må bære tapene som kommunenes «fordeler» innebærer.

Forslaget begrunnes med hensynet til å verne innbyggerne i kommunene mot tapsinnbringende avtaler. Finans Norge vil imidlertid minne om at også for den private part vil tap på grunn av en ugyldig kontrakt kunne ramme ansatte, kunder eller leverandører. Terra-saken – som departementet nevner som et eksempel på en slik ugyldig avtale - er for så vidt en god illustrasjon. Avtalen som det aktuelle verdipapirforetak inngikk med kommunene førte til tap av konsesjon og deretter selskapets konkurs. Eierne – en rekke mindre sparebanker lokalisert i de samme kommunene som hadde kjøpt verdipapirene – ble sittende igjen med betydelig økonomisk tap. På toppen ble bankene påført et renometap som bl.a. foranlediget en total virksomhetsomlegging i sparebankalliansen som bankene var en del av.

Finanssektoren i Norge er godt regulert og under tilsyn av Finanstilsynet. At profesjonelle aktører som kommuner og fylkeskommuner trenger et særskilt vern for inngåelse av avtaler med motparter som selv står under et strengt offentlig tilsyn er etter Finans Norges vurdering ikke tilstrekkelig begrunnet. Bl.a. savnes en mer grundig vurdering av om hensynet til vern av kommuner allerede ivaretas av gjeldende høyesterettspraksis om restitusjon og erstatningsretten.

## **II. Kommunenes dokumentasjonsplikt bør avklares nærmere i forskrift**

Både Kommunalbanken og Finans Norge påpekte i høringen av forslaget til ny kommunelov på at risikoen for flere ugyldige avtaler med kommuner øker som følge av de nye reglene. Gitt konsekvensene av ugyldighet for medkontrahenten er virkeområdet for reglene om ugyldighet i kommuneloven kap. 14 ikke tilstrekkelig presist. Risikoen for større tap hos medkontrahenten øker ytterligere med regler som avviker fra vanlige ugyldighetsoppgjør i avtaleretten, slik departementet nå foreslår.

Finans Norge er på denne bakgrunn positive til at det under departementets arbeid med kommuneloven ble tatt inn et nytt krav om at kommunen har en dokumentasjonsplikt overfor långiveren om at vilkårene for låneopptak er tilstede, jf. ny § 14-14 fjerde ledd. Departementet legger i Prop 46 L pkt. 21.4.2 til grunn at dersom kommunen dokumenterer overfor långiveren at vilkårene i loven er oppfylt, bør kommunens långiver i utgangspunktet kunne legge disse opplysningene til grunn, uten å måtte foreta noen nærmere undersøkelser. Det understrekes imidlertid at dersom opplysningene fremstår som mangelfulle eller feilaktige - for eksempel ikke viser hva låneopptaket skal benyttes til - må långiveren foreta nærmere undersøkelser av omstendighetene knyttet til låneopptaket for

eventuelt å kunne komme i aktsom god tro. Det gis også et eksempel som skal illustrere hvor denne grensen går.

Flere av reglene i kapittel 14 bygger imidlertid på skjønsmessige ord og uttrykk som det kan være vanskelig å fastslå rekkevidden av, selv med den dokumentasjonsplikt som er innført i loven. Det kan særlig pekes på kommuneloven § 14-13 jf. § 14-1 om at avtaler ikke må medføre en vesentlig kommunal risiko. Dersom opplysningene fremstår som mangelfulle eller feilaktige og avtaleparten ikke har foretatt tilstrekkelige undersøkelser, kan kommunen fortsatt påberope ugyldighet.

Departementets veiledning i forarbeidene gir ikke tilstrekkelig føringer for å eliminere denne risikoen ved kommunale avtaler. Blant annet savnes veiledning om hvor langt undersøkelsesplikten går - utover å føre en kontroll med at dokumentasjonen fremstår som tilfredsstillende. Dersom forarbeidene skal forstås slik at man også har en plikt til å påse at kommunens vedtak materielt er forsvarlige og med en tilstrekkelig lav risikoprofil, vil dette fordre betydelig forkunnskaper og ressurspådrag på medkontrahentens side.

Det er foreløpig ikke særlig veiledning om hvor langt denne plikten går, f.eks knyttet til risikoen ved en kortsiktig opplåning, plassering av store midler i kortsiktige plasseringer eller kontroll med refinansiering av gjeld. Noen av disse problemstillingene er tidligere tatt opp av Terje Christiansen i Kommunal Økonomi nr. 9/2016 (vedlagt høringsvaret). Selv om kommentarene knytter seg til lovutvalgets forslag er de fleste kommentarene dekkene for regelverket slik dette er vedtatt.

Finans Norge vil på denne bakgrunn be om at departementet foreslår en forskriftshjemmel til § 14-14 slik at det kan gis nærmere utfyllende regler om dokumentasjonspliktens innhold. Det forslås også at departementet utarbeider standarddokumentasjon som kan bidra til å gi veiledning til kommunene for å oppfylle kravene.

### **III. Om behovet for regulering av avtalerettslige konsekvenser i kommuneloven**

Norsk rett har en grunnleggende todeling mellom privat og offentlig rett. Kommuneloven er en klart offentligrettslig lov som regulerer kommunal og fylkeskommunal virksomhet. Ved å bringe regulering av privatrettslige spørsmål inn under loven bryter man med en grunnleggende lovsystematikk som norske lovgivere har fulgt i lang tid. Også nyere lovregulering bygger på dette skillet.

At ugyldighetsspørsmålet som sådan reguleres i kommuneloven følger redaksjonelt opp dette mønsteret - ettersom vurderingen av om en avtale mellom kommuner og en privat part preges av visse særlige forhold knyttet til tilblivelsen, jf. reguleringen av kommunenes avtalekompetanse og økonomiregelverk.

Hva derimot gjelder en regulering av konsekvensene av ugyldige avtaler mellom kommuner og private parter er dette forhold som allerede reguleres av privatrettslige regler. Å ta inn regulering av privatrettslige konsekvenser inn i en offentligrettslig lov vil etter Finans Norges vurdering bryte med grunnleggende lovsystematikk. Dersom man ønsker å lovfeste særregler innenfor dette området bør det av redaksjonelle hensyn gis i en egen lov.

Etter Finans Norges vurdering er det imidlertid ikke behov for en slik spesiallov. Konsekvenser av brudd på privatrettslige avtaler bør som en klar hovedregel reguleres etter de samme regler uansett hvem som er parter. Det bør ikke lages særlige regler for oppgjør etter ugyldige avtaler med mindre det er et særlig behov. Et eksempel på sistnevnte er vergemålsloven §§ 14 og 15 hvor hensynet til den umyndige er avgjørende. På andre områder er det derimot mindre behov for denne type regler. Vi er heller ikke kjent med andre eksempler hvor lovgiver har funnet det nødvendig med tilsvarende regulering av tilbakeføringen av ytelser etter ugyldige avtaler, som her foreslås.

Finans Norge kan heller ikke se at det er gitt noen utfyllende begrunnelse for at kommuner og fylkeskommuner rettslig sett skal sidestilles med mindreårige og umyndiggjorte, hva gjelder særskilte restitusjonsregler. Det er åpenbart hensynet til den umyndige som den svake part som har motivert vergemålslovens løsning. Mindreårige og umyndiggjorte har gjerne liten økonomisk evne, inngår relativt små og ubetydelige avtaler samtidig som det ofte er synlig for den annen part at han har med en umyndig å gjøre.

Kommuner og fylkeskommuner skiller seg på svært mange områder fra personer som faller under vergemålsloven. Offentlige parter – også kommuner – har tilgang på ressurser og allerede underlagt særlige regler som tilsier at det ikke er behov for at lovgiver griper inn i den generelle avtaleretten med å gi slike særlig beskyttelse. Motsatt vil mange distriktsbanker være små med begrenset spesialkompetanse på kommunenes regelverk om økonomiforvaltning.

Etter vår vurdering er derfor ikke behovet for klargjøring av rettstilstanden tilstrekkelig for å begrunne en særregulering etter mønster av vergemålsloven. Den manglende rettspraksis på dette området er nettopp en klar indikasjon på at både kommuner og finansnæringen har innrettet seg.

#### **IV. Om det nærmere forslaget til regulering av oppgjør ved ugyldige avtaler**

Den klare hovedregel i norsk rett er at begge parter må restituere ytelsene ved en ugyldig avtale. Det vises her til utgangspunktet om at begge parter skal stilles som om avtalen ikke var inngått. I lovforslaget på høring er disse utgangspunktene tatt inn i lovforslaget § 14-23 første ledd, første og annet pkt.

Etter forslaget på høring vil virkningen av en ugyldig avtale være at hver av partene skal tilbakeføre de mottatte ytelser, mens det for den ene parten innføres en begrensning ved at kommunene ikke skal tilbakeføre mer enn kommunens fordel, ref. forslaget til § 14-23 første ledd if. Departementet begrunner dette unntaket fra den alminnelige lære om full tilbakeføring med at en absolutt regel om full tilbakeføring best ivaretar hensynene bak kommunelovens ugyldighetsregler.

Finans Norge vil bemerke at i motsetning til det departementet anfører innebærer et slikt forslag ingen «rimelig risikofordeling mellom kommunen og avtaleparten». Forslaget legger opp til at kommunene skal kunne velte all risiko for tapsbringende avtaler over på motparten som følge av egne feil i behandling etter kommuneloven. Dersom kommunene lider et tap som følge av ugyldige avtaler bør hovedregelen være at et slikt tap fremmes via alminnelige erstatningsrettslige regler. I Terra-saken nevnt ovenfor ble kommunene tilkjent erstatning både fra verdipapirforetakets forsikringselskap og bankene som hadde finansiert avtalene. Manglende særregulering av restitusjonsplikten var således ikke avgjørende for om tapet ble erstattet eller ikke.

Samtidig minnes om at høyesterettspraksis har innført en sikkerhetsventil hvor tilbakeføring kan unnlates dersom det fremstår som urimelig (Nimbus-dommen). Gjeldende rett fordrer således en konkret vurdering av forholdene og derav langt mer treffsikre og rimelige resultater, enn lovbestemmelsen som departementet foreslår. I realiteten innføres med forslaget en variant av et objektivt ansvar for private parter for ugyldige avtaler med kommuner.

Det minnes også om at ved å la hovedsporet i slike saker fortsatt følge av alminnelige erstatningsrettslige regler vil også generelle regler om f.eks. tapsbegrensningsplikt mv. komme til anvendelse. Det fremstår uklart av høringsnotatet hvilke prinsipper som bl.a. skal ligge til grunn ved en beregning av kommunens «fordel», herunder hvordan skattemessige forhold, besparelser, negativ kontraktsinteresse mv. skal vurderes i en slik restitusjonsomgang.

#### **V. Tidspunkt for oppgjør**

Finans Norge viser til at norsk avtalerett tradisjonelt har benyttet to tidspunkter for vurdering av ugyldighet. Hovedregelen er at ugyldighet beregnes fra avtaletidspunktet (ex nunc), noe som passer best med utgangspunktet for ugyldighet. Alternativt har lovgiver også knyttet ugyldighetsvirkningen til tidspunktet fra da ugyldigheten gjøres gjeldende. Det kreves etter visse regler, bl.a. avtaleloven §§ 28 og 32. Også ellers er det i juridisk teori lagt til grunn at en part som vil påberope seg ugyldighet må gjøre det overfor den andre

avtaleparten innen rimelig tid, se bl.a. Hagstrøm, Obligasjonsrett s. 694 og Giertsen, Avtaler (2012) s. 142 flg.

Det vanlige har vært å låse virkningene til ett av de to ovennevnte tidspunktene. I forslaget på høring foreslås imidlertid et nytt tidspunkt «oppgjørstidspunktet». Dette begrunnes i hensynet til kommunen selv, kommunens innbyggere og at disse ikke bør bære verdifallet fra ugyldighet erklæres til oppgjøret finner sted.

Finans Norge vil bemerke at en slik regel legger opp til en speulasjonsadgang for kommuner som inngår avtaler som kan kjennes ugyldige. Dersom det blir en tvist om ugyldigheten vil hele risikoen for verdifall ligge på medkontrahenten i mange år. Som et eksempel kan det pekes på at i Bremanger -saken (HR-2106-476-A) gikk det nesten 10 år fra feilen skjedde til dom falt i Høyesterett.

Etter Finans Norges vurdering må det være best i samsvar med obligasjonsrettslige regler for øvrig å regulere oppgjørstidspunktet til da ugyldigheten fant sted på samme måte som når ugyldighet påberopes etter vanlig avtalerett. Når ugyldighet påberopes, vil mange av de samme hensyn som bærer oppe reglene som reklamasjon, gjøre seg gjeldende, se Hagstrøm Obligasjonsrett kap. 13.6.4. Oppgjøret bør skje med utgangspunkt i verdiene hos partene da ugyldigheten ble påberopt og at det skjer i samsvar med oppgjør av ugyldige avtaler i avtaleretten. En klar fordel ved en slik løsning er at man da kan benytte rettspraksis knyttet til vurdering av oppgjørstidspunkt som veiledning for nærmere stadfesting av dette tidspunktet.

## **VI. Om regulering av avkastning til statskassen**

Etter forslaget på høring foreslås at avkastning av det mottatte etter en ugyldig avtale skal tilfalle statskassen. En regel om at evt. avkastning av ugyldige avtaler skal tilfalle statskassen strider mot normale obligasjons og erstatningsrettslige prinsipper. Forslaget innebærer nærmest en inndragningsregel, slik man er kjent med fra strafferetten. I praksis vil neppe kommunene erklære en avtale ugyldig dersom avkastningen er positiv. Det er etter vår vurdering lite sannsynlig at en kommune vil påberope en gunstig avtale som ugyldig ettersom kommunen i slike tilfeller vil godta eller ratihabere de feil som er gjort og beholde fordelene. Dette kan også gjelde hvor avtalen er tapsbringende når ugyldighet påberopes, men senere verdiøkning eller avkastning innebærer fortjeneste.

Finans Norge støtter ikke at det lovfestes en inndragningsregel slik foreslått. Det får være opp til partene eller domstolene å finne en løsning på avkastnings-spørsmålet i forbindelse med eventuelt oppgjør etter en ugyldig avtale. Det vises til en slik løsning er best i samsvar med alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper.

## VII. Om forholdet til erstatning

Departementet gir i høringsnotat (s. 7) en kort omtale av erstatningsrettens mulighet for å søke kompensasjon for tap. Omtalen inneholder imidlertid ingen drøftelse av hvorvidt eksisterende erstatningsrettslige hjemler kan oppfylle de samme hensyn som ligger bak lovforslaget om regulering av tilbakeføringskrav. Etter Finans Norges vurdering burde høringsnotatet - som en del av konsekvensutredningen - foretatt en utfyllende analyse av om kommunenes behov for beskyttelse allerede er tilstrekkelig dekket, som et alternativ til en absolutt og lite fleksibel regulering av restitusjonsoppgjøret i loven.

Avsnittet om erstatning – slik det er utformet i høringsnotatet – gir derimot kun en kort konstatering av praksis knyttet til erstatningsoppgjør. En slik beskrivelse er ikke nødvendig for å vurdere eller begrunne forslaget om ugyldighet for brudd på kommunelovens økonomibestemmelser. Dersom det oppstår et erstatningsrettslig spørsmål i tilknytning til en ugyldig avtale, må det løses etter vanlige erstatningsrettslige på grunnlag av den konkrete sak.

Finans Norge mener at det ikke er grunnlag for den oppsummering som gis basert på de høyesterettsdommene som påberopes som grunnlag for oppsummeringen. Dette avsnittet bør således ikke tillegges noen særlig vekt som rettskilde.

Med vennlig hilsen

**Finans Norge**

Sign.  
Carl Flock  
juridisk direktør

Sign.  
Victoria Egeli  
juridisk rådgiver

Vedlegg: Kronikk fra Terje Christiansen i Kommunal Økonomi nr. 9/2016