

Høringsnotat 20. juni 2019

Forslag til ny lovbestemmelse om privatrettslige virkninger av ugyldige disposisjoner etter kommunelovens økonomibestemmelser

1	Bakgrunn	2
2	Gjeldende rett	3
2.1	Kort om ugyldighetsreglene i kommunelovens økonomiregler	3
2.1.1	Hensyn.....	3
2.1.2	Vilkåret om ond tro	3
2.1.3	Finans- og gjeldsforvaltning	4
2.1.4	Vilkår for å ta opp lån	4
2.1.5	Leie av varige driftsmidler for kommuner i ROBEK-registeret.....	4
2.1.6	Garantier	4
2.1.7	Overdragelse av krav på skatter og avgifter	5
2.1.8	Pantsetting for andres gjeld.....	5

2.1.9	Motregning	5
2.2	Ulovfestete obligasjonsrettslige prinsipper	5
2.2.1	Partenes plikter og rettigheter etter avtalen faller bort	5
2.2.2	Hovedregelen om full tilbakeføring	5
2.2.3	Unntak fra hovedregelen om full tilbakeføring	6
2.2.4	Erstatning.....	7
3	Kommunelovutvalget	8
4	Departementets vurdering.....	8
4.1	Er det behov for å regulere de privatrettslige virkningene av ugyldighet?	8
4.2	Partenes plikter og rettigheter etter avtalen faller bort.....	9
4.3	Hovedregelen om full tilbakeføring.....	9
4.4	Unntak fra hovedregelen om full tilbakeføring	10
4.5	Andre spørsmål	11
4.5.1	Tidspunktet for beregning av kommunens fordel	11
4.5.2	Hvem skal ha rett avkastningen av en ugyldig avtale eller disposisjon?	12
4.5.3	Foreldelse, tvangsfullbyrdelse og renter	12
4.5.4	Forholdet til reglene om tilbakeføring av statsstøtte	12
4.5.5	Forholdet til Longyearbyen lokalstyre	12
5	Økonomiske og administrative konsekvenser	13
6	Merknader til lovforslaget	13
7	Lovforslag	14

Bakgrunn

Lov 22. juni 2018 nr. 83 om kommuner og fylkeskommuner (heretter kommuneloven) kapittel 14 og 28 inneholder bestemmelser om at visse avtaler og disposisjoner inngått av en kommune eller fylkeskommune kan erklæres privatrettslig ugyldig. Et eksempel er der kommunen tar opp lån til ulovlige formål eller kjøper verdipapirer som innebærer vesentlig finansiell risiko.

Ugyldighetsreglene i den nye kommuneloven trer i kraft 1. januar 2020. De nærmere virkningene av ugyldighet er ikke regulert i loven. I Prop 46 L (2017–2018) kapittel 21.4.3 framgår det at departementet så raskt det lar seg gjøre vil legge fram lovforslag om tilbakeføring av ytelser ved ugyldige avtaler. Inntil disse reglene er på plass, vil det være opp til domstolene å ta stilling til etteroppgjøret etter ulovfestede obligasjonsrettslige prinsipper. Når en avtale eller disposisjon erklæres ugyldig etter kommuneloven, må det klargjøres hvilke privatrettslige virkninger dette har for partenes plikter og rettigheter:

1. Faller partenes plikter og rettigheter bort?
2. Skal ytelser som ble mottatt før avtalen/disposisjonen ble erklært ugyldig tilbakeføres?
3. Skal ytelser tilbakeføres fullt ut når kommunen har hatt et tap og sitter igjen med en fordel som er lavere enn den mottatte ytelsen eller skal det gjøres unntak slik at kommunen kun har plikt til å tilbakeføre fordelene som fortsatt er i behold?

Punkt 1 gjelder ugyldighetens virkning fremover i tid. At det ikke kan utledes privatrettslige plikter og rettigheter av en ugyldig avtale kan framstå som en opplagt virkning av ugyldighet. I punkt 2 og 3 er spørsmålet om ugyldigheten også skal ha virkning tilbake i tid (retroaktiv virkning). Hovedproblemstillingen i høringsnotatet er punkt 3. Problemstillingen er for

eksempel aktuell der en kommune har inngått en ulovlig låneavtale for å kjøpe aksjer som senere har falt i verdi. I slike tilfeller vil et krav om full tilbakeføring kunne ramme kommuneøkonomien på en måte som undergraver hensynene bak ugyldighetsbestemmelsene.

I høringsnotatet benyttes for enkelhets skyld betegnelsen *avtale*, selv om enkelte ugyldighetsregler retter seg mot *ensidige disposisjoner* fra kommunens side, for eksempel § 14-19 om kausjon eller annen økonomisk garanti. I forslag til lovtekst er imidlertid uttrykket *disposisjon* benyttet slik at både avtaler og ensidige disposisjoner uttrykkelig omfattes. Kommuneloven regulerer både kommunenes og fylkeskommunenes virksomhet. For å forenkle framstillingen bruker departementet i det følgende *kommune* som en fellesbetegnelse for *kommune* og *fylkeskommune*.

Utover en kort omtale av gjeldende rett, berører ikke høringsnotatet erstatningsrettslige spørsmål.

Gjeldende rett

Kort om ugyldighetsreglene i kommunelovens økonomiregler

Hensyn

I forarbeidene til kommuneloven viser departementet til kommunelovutvalgets omtale av hensynene bak ugyldighetsreglene i kommunelovens økonomiregler, jf. Prop. 46 L (2017–2018) s. 243:

For det første skal økonomibestemmelsene bygge opp under det kommunale selvstyre. De skal bidra til å sikre at kommunene over tid har økonomisk handlingsrom, kan finansiere sine lovpålagte oppgaver og til at kommunene er betalingsdyktige overfor sine kreditorer.

For det andre bør reglene virke preventivt og stimulere partene til å unngå regelbrudd. Utgangspunktet er at det først og fremst må være kommunens eget ansvar å følge økonomireglene.

For det tredje bør reglene gi en rimelig risikofordeling mellom kommunen og kontraktspartene. Kontraktsretten bygger på at avtaler skal holdes, slik at partene kan stole på at kontrakter blir oppfylt. Regler som gir en kommune mulighet til å unnlate å oppfylle sine forpliktelser, vil svekke tilliten til kommunene. Dersom markedsaktørene ikke kan verne seg mot vesentlige tap i avtaler med kommuner, vil dette også kunne få negative konsekvenser for kommunenes posisjon i markedet. Det vil for eksempel kunne føre til at kommuner får mindre gunstige rentebetingelser.

Kommuneloven inneholder en rekke ugyldighetsbestemmelser, men regulerer altså ikke virkningen av ugyldighet. I det følgende gis en kort oversikt over ugyldighetsbestemmelsene. For en nærmere omtale vises det til Prop. 46 L (2017–2019) kapittel 20.6 og 21 samt merknadene til den enkelte lovbestemmelse.

Vilkåret om ond tro

Hovedvilkåret for ugyldighet etter kommuneloven 2018 bestemmer i §§ 14-13 (Finans- og gjeldsforvaltning), 14-14 (Lån), 14-19 annet ledd (Garantier) og 28-3 fjerde ledd første punktum (Lån) er at kommunens avtalemotpart «*forstod eller burde ha forstått*» (ond tro) at avtalen var i strid med kommuneloven. Ettersom ugyldighet her er avhengig av ond tro hos kommunens avtalemotpart, omtales disse ugyldighetsbestemmelsene som svake ugyldighetsgrunner.

Vilkåret om ond tro framgår ikke av ordlyden i §§ 14-19 første ledd (Garantier), 14-20 (Pantsetting) og 14-21 (Overdragelse av skatter og avgifter). Disse regnes derfor som sterke ugyldighetsregler. Det betyr at ugyldighet inntreffer uavhengig av om kommunens avtalemotpart har vært i god eller ond tro om avtalens gyldighet.

Finans- og gjeldsforvaltning

§ 14-1 tredje ledd stiller krav om at finans- og gjeldsforvaltningen skal skje uten vesentlig finansiell risiko. Etter ny kommunelov må denne bestemmelsen forstås som en materiell begrensning av kommunenes kompetanse, og ikke bare en pliktregel for kommunene, jf. Prop. 46 L (2017–2018) s. 380.

Før kommuner inngår avtaler, skal de dokumentere ovenfor avtaleparten at avtalen ikke innebærer vesentlig finansiell risiko i strid med § 14-1 tredje ledd, jf. § 14-13 fjerde ledd. Ifølge merknaden til bestemmelsen vil dette typisk kunne skje ved å legge fram kommunens vurdering av avtalens lovlighet, kommunens vedtak i saken og kommunens finansreglement, jf. Prop. 46 L (2017–2018) s. 391. Ugyldighetsbestemmelsen framgår av § 14-13 femte ledd som fastslår at en avtale som innebærer vesentlig finansiell risiko ikke er gyldig hvis kommunens avtalemotpart forsto eller burde ha forstått dette.

Vilkår for å ta opp lån

§ 14-14 inneholder vilkårene for at kommuner kan ta opp lån. Kommuner kan kun ta opp lån til de formålene som er nevnt i loven §§ 14-15 til 14-17, når særlov gir uttrykkelig hjemmel til det eller når låneopptaket refinansierer et eksisterende lån. Lånet skal også være innenfor rammene for kommunestyrets vedtak og kommunens finansreglement.

§ 14-14 fjerde ledd stiller krav om at kommuner skal dokumentere overfor avtaleparten at lånet oppfyller disse reglene. Dette skal skje før låneavtalen inngås. Etter § 14-14 femte ledd er en avtale om lån ikke gyldig, hvis kommunens långiver forsto eller burde ha forstått at låneopptaket er i strid med bestemmelsene i § 14-14 første eller andre ledd.

Ugyldighetsregelen i § 28-3 fjerde ledd gjelder kun for kommuner som er registrert i ROBEK etter reglene i § 28-1. Ugyldighetsregelen slår fast at avtaler om lån som går utover lånerammen som er fastsatt av departementet eller som er i strid med vilkår for bruk av lånerammen, ikke er gyldige dersom långiver forsto eller burde ha forstått dette.

Leie av varige driftsmidler for kommuner i ROBEK-registeret

Ugyldighetsregelen i § 28-3 femte ledd gjelder kun for kommuner som er registrert i ROBEK etter reglene i § 28-1. Ugyldighetsregelen innebærer at avtaler om leie av varige driftsmidler hvor leieavtalen kan påføre kommunen utgifter utover de fire neste budsjettårene, ikke er gyldig før departementet har godkjent kommunens vedtak om å inngå avtalen.

Garantier

Etter § 14-19 første ledd kan kommuner ikke stille garantier for virksomheter som drives av andre enn kommunen selv, dersom garantien innebærer en vesentlig økonomisk risiko eller er stilt for næringsvirksomhet. Garantens gyldighet er avhengig av departementets godkjenning. En garanti som er godkjent av departementet vil alltid være gyldig selv om garantien skulle vise seg å være i strid med bestemmelsen over.

Garantier for små beløp er unntatt kravet om departementets godkjenning, jf. § 14-19 andre ledd. Slike garantier er ikke gyldige dersom mottakeren av garantien forsto eller burde ha forstått at garantien var i strid med første ledd.

Overdragelse av krav på skatter og avgifter

Etter § 14-21 andre punktum er en avtale hvor kommunen overdrar sine krav på skatter og avgifter til andre, ikke gyldig.

Pantsetting for andres gjeld

Etter § 14-20 andre punktum er en pantsetting av kommunens eiendeler til sikkerhet for andres økonomiske forpliktelser, ikke gyldig.

Motregning

§ 14-22 første ledd fastsetter et forbud mot motregning for den som skylder skatt, avgifter eller gebyrer til kommunen, dersom det ikke foreligger samtykke til motregning fra kommunen. Etter andre ledd kan en bank kun motregne dersom det foreligger samtykke fra kommunen. Etter § 14-22 tredje ledd er motregning i strid med disse reglene ikke gyldig.

Ulovfestete obligasjonsrettslige prinsipper

Partenes plikter og rettigheter etter avtalen faller bort

Den første virkningen av ugyldighet er at avtalen også blir privatrettslig ugyldig partene imellom slik at det ikke kan utledes plikter eller rettigheter etter avtalen. Dette følger av ulovfestede obligasjonsrettslige prinsipper og anses som gjeldende rett etter kommuneloven. Denne rettsvirkningen inntreffer fra det tidspunkt avtalen erklæres ugyldig. I punkt 2.2.2 og 2.2.3 er problemstillingen i hvilken grad ugyldigheten også skal ha virkninger tilbake i tid (retroaktiv virkning).

Hovedregelen om full tilbakeføring

Den andre virkningen er at ytelser som er allerede er oppfylt etter en ugyldig avtale, som utgangspunkt må *restitueres* ved at hver av partene må tilbakeføre det som er mottatt i henhold til avtalen.

Det første hovedhensynet bak hovedregelen om tilbakeføring er å bringe partene tilbake i den tilstanden de var i før den ugyldige avtalen ble inngått slik at kommunen og kommunens avtalepart stilles økonomisk som om avtalen aldri hadde vært inngått. Dette hensynet omtales som *gjenopprettelseshensynet*.

Det andre hovedhensynet bak tilbakeføring er ugyldighetsreglenes effektivitet. Hvis avtalepartene har gått utover kommunelovens rammer for avtalevirksomheten ved lån, kjøp av verdipapirer, pantsetting, garantier, mv., bør situasjonen nullstilles.

Eksempel: En bank og en kommune har inngått avtale om lån av penger. Før avtalen erklæres ugyldig, har banken overført hele gjeldsbeløpet til kommunen. Kommunen er dermed forpliktet til å tilbakeføre pengebeløpet. Banken vil på sin side være forpliktet til å tilbakeføre påløpte renter og omkostninger.

Den vanlige oppfatningen i norsk og nordisk rett er at det gjelder en ulovfestet regel om rett og plikt til å tilbakeføre ytelser som er oppfylt i henhold til en ugyldig avtale.¹ Blir ugyldighet konstatert *etter* at avtalen helt eller delvis er oppfylt, må mottatte ytelser derfor gå tilbake til hver av partene.

Utgangspunktet er at det er den samme ytelsen som hver av partene har mottatt, som skal leveres tilbake til avtaleparten. Den som mottar penger leverer penger tilbake mens den som har mottatt bestemte formuesgoder som ting, aksjer, immaterielle rettigheter og annet leverer den samme ytelsen tilbake. Tilbakeføring av annet enn penger kalles naturalrestitusjon eller tilbakelevering *in natura*.

Dersom ytelser er gitt i form av andre formuesgoder enn penger, og naturalrestitusjon ikke kan skje, følger det av de ulovfestede regler at det i stedet vil bli tale om et etteroppgjør i form av penger. Dette kalles *verdirestitusjon*.²

Unntak fra hovedregelen om full tilbakeføring

Den tredje mulige rettsvirkningen er kun aktuell når hele eller deler av avtalen er gjennomført, men det ikke er mulig med full tilbakeføring etter punkt 2.2.2 fordi kommunen sitter igjen med en fordel som er mindre verdt enn den mottatte ytelsen. De lånte midlene kan for eksempel være investert i aksjer som deretter har falt i verdi. I slike tilfeller må en ta stilling til hvilken avtalepart – kommunen eller långiver – som skal bære det økonomiske tapet eller om tapet skal fordeles mellom partene.

Departementet vil i det følgende benytte ordet *fordel* i stedet for ordet *berikelse*, som ofte er brukt i juridisk teori.

En regel om at tilbakeføringsforpliktelsen avgrenses til bevart *fordel*, plasserer hele tapet på kommunens avtalepart, mens kommunen skjermes for tapet. En slik regel må etter gjeldende rett begrunnes særskilt i det enkelte tilfellet. Høyesterett har på ulovfestet grunnlag slått fast at tilbakeføring kan unnlates helt eller delvis hvis det fremstår som urimelig, jf. Rt 1995 s. 46 (Nimbus-dommen). Saken gjaldt en ugyldig stemmegivningsavtale etter aksjelovens bestemmelser. Spørsmålet var om det partene hadde utvekslet basert på den ugyldige stemmegivningsavtalen skulle tilbakeføres. Høyesteretts flertall fant at investeringsdelen av avtalen var lovlig, og på den bakgrunn kunne det etter omstendighetene ikke bli tale om tilbakeføring. Høyesteretts mindretall mente avtalen i sin helhet var ugyldig på grunn av dens rettsstridige innhold, men fant at tilbakebetalingskravet likevel ikke kunne føre frem. Både flertallet og mindretallet kom dermed til at tilbakebetalingskravet ikke kunne føre frem. Høyesterett har i Rt 2013 s.1601 sluttet seg til mindretallsvotumet i Nimbus-dommens syn på spørsmålet om tilbakeføring:

I hvilken utstrekning en part som har foretatt en ytelse i henhold til en ugyldig avtale kan kreve sin ytelse tilbake fra medkontrahenten må, mener jeg, avgjøres konkret ut fra en vurdering av partenes forhold og hva som best tjener de hensyn som har medført at avtalen erklæres ugyldig.

¹ Samme utgangspunktet gjelder også etter tysk, fransk og engelsk rett, jf. Kåre Lilleholt, *Kontraktsrett og obligasjonsrett*, Oslo 2017 s. 467

² Se Thomas Keiserud, *Rettsvirkningene av ulovlig utdeling fra aksjeselskaper*, kap. 2.43.4 på [Konkursrådets hjemmesider](#)

I den såkalte Bremanger saken erklærte Oslo tingrett (TOSLO-2012-185313) en rekke finansavtaler mellom Bremanger kommune og Danske bank som ugyldige. Domstolen tok også stilling til kommunens tilbakeføringsforpliktelse overfor banken:

Retten legger (...) til grunn at når avtalen er ugyldig kan den ikke gjennomføres etter sitt innhold. Retten viser i den forbindelse (...) til Viggo Hagstrøms artikkel i Tidsskrift for Rettsvitenskap hvor det fremkommer at verken dom på naturaloppfyllelse eller krav på erstatning for den positive kontraktsinteresse er aktuelt. Hagstrøm viser bl.a. til Rt-1995-46 (...) hvor både rettens flertall og mindretall nektet restitusjon.

Ved vurderingen må de hensyn som har medført at avtalen erklæres ugyldig veie tungt. En tilbakebetalingsplikt som er begrenset til berikelsen kan heller ikke sees å være urimelig overfor banken. (...) Banken må forventes å kjenne de begrensninger som kommuneloven setter for kommuners finansielle disposisjoner og er etter rettens syn nærmest til å bære risikoen for at de inngåtte avtalene var spekulative og ikke egnet som sikringsinstrumenter for kommunen. Det beskyttelsesbehov som ligger til grunn for legitimasjonsreglene og kommunelovens regler vil bli kraftig svekket dersom Bremanger kommune skulle pålegges å betale tilbake mer enn berikelsen.

Kommunen er dermed kun forpliktet til å tilbakebetale opsjonspremiene som de mottok i 2006 og 2007.

Borgarting lagmannsretts flertall (LB-2014-7766) kom til samme resultat som tingretten, altså at kommunen ikke kunne pålegges å betale tilbake mer enn fordelen kommunen sitter igjen med. Høyesterett fant i motsetning til underinstansene, at avtalene var gyldige og tok derfor ikke stilling til om kommunens tilbakeføringsforpliktelse skulle begrenses til kommunens berikelse. Det er derfor ikke endelig avklart om unntaket for tilbakeføringsforpliktelsen etter Nimbus-dommen, kan komme til anvendelse ved ugyldighet etter kommuneloven.

Erstatning

Erstatning er ikke en rettsvirkning av at avtalen er erklært ugyldig, men en rettsvirkning av at de alminnelige vilkårene for erstatning foreligger. Erstatning har derfor et selvstendig grunnlag. Erstatningsspørsmålet er særlig relevant i de tilfellene kommunens tilbakeføringsforpliktelse er begrenset til den bevarte fordelen og kommunens avtalemotpart dermed har lidt et økonomisk tap. Det kan for eksempel foreligge uaktsomhet fra kommunens side i forbindelse med avtaleinngåelsen slik at kommunen bør ta et medansvar for følgene av ugyldigheten. Et annet eksempel kan være at kommunens uaktsomhet er årsaken til tapet eller skaden på den mottatte ytelsen.

Erstatningsutmålingen behøver ikke bety at partene stilles i samme stilling som om det hadde foreligget en gyldig avtale, jf. Rt 1992 s. 1642. Her kommer for eksempel reglene om skadelidtes medvirkning og adgangen til å lempe erstatningsansvaret inn. Kommunens erstatningsansvar i forbindelse med ugyldige avtaler er behørig behandlet i høyesterettspraksis, jf. Vadsø-dommen i Rt 1995 s. 1688, KLP-dommen i RG 1994 s.117 (voldgift), Lofoten Trål-dommen i Rt 1992 s. 1235 og Gamvik-dommen i Rt 1992 s. 1642. Oppsummert kan det sies at Høyesterett hittil har vært lite tilbøyelig til å pålegge kommunene et erstatningsansvar da det vil kunne uthule hensynene bak ugyldighetsgrunnene i kommuneloven.³

³ Bent Liisberg, "Det offentlige erstatningsansvar for ugyldige men reparerte forvaltningsvedtak" i *Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og velferdsrett* 2012 s. 153-191 og Viggo Hagstrøm, "Arbeidsgiveransvar ved overskridelse av fullmakt – refleksjoner etter en høyesterettsdom", *Tidsskrift for rettsvitenskap* 1996 s 1-20.

Kommunelovutvalget

I NOU 2016:4 *Ny kommunelov* peker kommunelovutvalget på at hovedregelen i privatretten om full tilbakeføring i mange tilfeller vil være den løsningen som best beskytter hensynene som kommunelovens ugyldighetsregler skal ivareta, jf. kapittel 20.3.3 s. 281. Utvalget peker samtidig på at det kan være grunner til å gi unntak fra hovedregelen om full tilbakeføring⁴:

I enkelte tilfeller vil situasjonen kunne tenkes å være slik at full restitusjon påfører kommuneøkonomien mer skade og går på bekostning av de hensyn ugyldighetsreglene skal ivareta. I så fall kan dette begrunne unntak fra utgangspunktet om at mottatte ytelser skal tilbakebetales fullt ut. Eksempelvis vil full tilbakebetaling av et lån som er plassert i verdipapirer som har falt stort i verdi, som i Terra-saken, kunne ha store negative konsekvenser for kommunen. Slike og lignende forhold kan tilsi at virkningen av ugyldighet bare skal være tilbakebetaling av det beløpet som er i behold og kan gjenvinnes («change of positions»). Slik delvis restitusjon bygger på at tilbakebetalingene bare gjennomføres så langt det er mulig, og ikke går på bekostning av de hensyn som ugyldighetsreglene skal ivareta. Dette vil gi et bedre vern for kommuneøkonomien, men innebærer samtidig større økonomisk risiko for kommunens medkontrahent.⁵

Utvalget gikk ikke nærmere inn i disse vurderingene og fremmet heller ikke noe lovforslag om dette. Utvalgets vurdering var likevel at det er behov for å fastsette særlige regler om tilbakeføring av ytelser for tilfeller hvor avtaler er ugyldige etter kommuneloven.

Departementets vurdering

Er det behov for å regulere de privatrettslige virkningene av ugyldighet?

Ifølge kommunelovutvalget er formålet med kommunelovens ugyldighetsregler å *"bidra til forutberegnelighet for kommunene og deres medkontrahenter og sikre at løsningene samsvarer med de hensyn som lovgiver ønsker å vektlegge"*. Videre uttaler utvalget at regler om privatrettslige virkninger av ugyldighet vil *"ha betydning for hvor godt bestemmelsene i kommuneloven kan beskytte kommuneøkonomien"*.⁶

Lund og Co skriver i sin utredning følgende om behovet for lovgivning:

Som nevnt, er rettstilstanden om kommuners restitusjonsplikt når disposisjoner er ugyldige som følge av brudd på kommunelovens økonomiregler uklar. At rettstilstanden på et så vidt sentralt område innenfor kommunalretten er uklar, tilsier at rettstilstanden bør klarlegges av lovgiver. Alternativet er at lovgiver overlater rettsutviklingen til domstolene, med utgangspunkt i den praksis som foreligger. En domstolskapt rettsutvikling har imidlertid den ulempe at rettsavgjørelsene bare tar stilling til konkrete forhold, og bare de konkrete forholdene som blir forelagt domstolen. I hvilken utstrekning det kan utledes mer generelle prinsipper av enkeltavgjørelser, beror på den enkelte domstol og den enkelte sak, og gir et usikkert grunnlag for å etablere noen form for forutberegnelighet. Kommunelovutvalget har foreslått å lovfeste rettsvirkningene av brudd på økonomireglene i kommuneloven. Et hovedmotiv er at slike regler vil virke preventivt, både overfor kommunesektoren og overfor kontraktsparter. Vi er enige i det, men mener en slik lovregulering styrker behovet for også å lovregulere *virkningene* av at det foreligger ugyldighet. Vi mener det vil styrke forutberegneligheten og redusere sannsynligheten for ressurskrevende rettsprosesser. Erfaringene fra de mange og omfattende rettssakene i

⁴ Åtte norske kommuner (de såkalte Terra-kommunene) og DnB NOR Bank ASA (DnB NOR) og Depfa ACS Bank, London (Depfa Bank) hadde inngått «rentebytteavtaler». Kommunen hadde etter omfattende rådgivning fra Terra Securities ASA gått inn på finansielle arrangementer med flere bestanddeler. Investeringene var sterkt tapsbringende.

⁵ NOU: 4 s. 281

⁶ Jf. NOU 2016:4 s. 281

Terra-komplekset viser at det hersker stor uenighet og uklarhet rundt reglene om kommuners restitusjonsplikt.

Fra praksis er det begrenset med eksempler på etteroppgjør etter at avtaler er blitt kjent ugyldige etter kommuneloven. Det mest kjente eksempelet var den tidligere nevnte Terra-saken som også Lund og Co viser til i sin utredning til departementet.

Her hadde i alt åtte kommuner store verdier ved å inngå finansielle avtaler der de byttet framtidige kontantstrømmer mot et engangsbeløp, som så hadde blitt plassert i amerikanske kredittderivater. De berørte fylkesmennene vurderte om de kommunenes finansreglement og finansplasseringer hadde vært i samsvar med loven. Konklusjonen fra fylkesmennenes lovlighetskontroller var at kommunene hadde brutt kommuneloven ved å ta for stor finansiell risiko og at investeringene var ulovlige.

Det andre eksempelet er fra Bremangers-saken som nevnt overfor i pkt. 2.2.3. I saken hadde kommunen inngått en avtale om såkalte derivater eller swapsjoner som er en opsjon på å inngå en rentebytteavtale. Disse avtalene ble i 2005 konvertert fra fast til flytende rente på en slik måte at finansieringsforetaket sikret seg mens kommunen tok en vesentlig finansiell risiko ved å spekulere i renteutviklingen. I saken konkluderte Fylkesmannen i Sogn og Fjordane som følger:

Bremanger kommune har brote kommunelova § 52 med tilhørende finansforskrift ved å inngå avtaler om derivat (swapsjoner) som har vesentlig finansiell risiko.

Finansreglementet som vart vedteke av Bremanger kommunestyre i møtet 12.12.2002, omfattar ikkje bruk av opsjonar i gjeldsforvaltninga. Det er såleis ikkje lagt fram noko godkjent finansreglement som omfattar opsjonshandel. Administrasjonen hadde derfor ikkje fullmakter til å inngå opsjonsavtaler. Det er ikkje lagt fram finansrapportar som er blitt behandla av kommunestyret. Kommunestyret har ikkje følgd opp sitt overordna ansvar finansforvaltninga i kommunen. Ein av avtalane er å betrakte som eit lån med tilhørende opsjon, og er derfor brot på kommunelova § 50.

Avgjerslene om derivatavtalane er etter dette ulovlege.

Det er lite eller ingen praksis med de øvrige ugyldighetsbestemmelsene i kommuneloven. Departementet slutter seg til kommunelovutvalgets vurderinger og konklusjonen til Lund og Co. Selv om det er lite praksis på området mener departementet at det er uheldig at det ikke er klarhet om rettsvirkningen av ugyldighet for en så stor sektor som kommunesektoren. En regel om virkningen av ugyldighet vil kunne skape forutberegnelighet for alle parter og bidra til å skjerpe aktsomhetsnivået både i kommunesektoren og blant kommunenes medkontrahtenter.

Partenes plikter og rettigheter etter avtalen faller bort

Hvis en avtale erklæres ugyldig faller partenes forpliktelser etter avtalen bort. Tilsvarende kan det ikke utledes rettigheter eller plikter etter ensidige disposisjoner som er ugyldige. Dette følger av gjeldende rett og kan anses som en opplagt virkning av ugyldighet. Etter departementets vurdering er derfor ikke noe stort behov for å lovfeste denne rettsvirkningen. Departementet ber likevel om høringsinstansenes syn på om det er hensiktsmessig at denne rettsvirkningen framgår av den nye bestemmelsen i § 14-23 første ledd.

Hovedregelen om full tilbakeføring

Utgangspunktet om rett og plikt til å tilbakeføre ytelser som er oppfylt etter en ugyldig avtale foreslås kodifisert i kommuneloven § 14-23 første ledd første punktum. Bestemmelsen innebærer ingen endring av gjeldende rett da hovedregelen om tilbakeføring følger av

ulovfestede obligasjonsrettslige prinsipper. Dersom kommunen har mottatt et pengebeløp av avtaleparten, skal penger tilbakeføres. Har kommunen mottatt en realytelse, vil kommunen i utgangspunktet være forpliktet til å levere tilbake realytelsen til avtaleparten.

Dersom realytelsen er solgt, forbrukt eller liknende, vil ugyldighet innebære at kommunen betaler avtaleparten verdien av realytelsen. Dette forslås regulert i første ledd andre punktum.

Unntak fra hovedregelen om full tilbakeføring

Hensynet til gjenopprettelse kan ikke gjennomføres fullt ut. For eksempel kan et lånt pengebeløp investeres i aksjer som faller kraftig i verdi. En regel om full tilbakeføring vil i slike tilfeller kunne undergrave de hensyn ugyldighetsreglene skal ivareta. Dette taler for å begrense kommunens tilbakeføringsforpliktelse når fordelen kommunen sitter igjen med, er lavere enn verdien av den mottatte ytelsen.

Viggo Hagstrøm har illustrert hvordan hovedregelen om full tilbakeføring kan innebære at kommunen blir stilt i en enda dårlige stilling enn om den ugyldige avtalen hadde blitt oppfylt ved å vise til den såkalte Terra-saken:

Overtredelse av kommuneloven § 50 medfører i første omgang at vedtaket om låneopptak er ugyldig. Når et forvaltningsvedtak er ugyldig, innebærer det at det ikke kan gjennomføres. Dersom kommunene som eksemplifisert ved Terra-saken, skal tilpliktes å tilbakebetale penger som i det alt vesentlige ikke er i behold (Terra-kommunene har betalt bankene det de har mottatt av Terras konkursbo, etter tvangsrealisasjon av verdipapirene), vil dette faktisk ha samme virkning som om vedtaket allikevel skulle opprettholdes.

Forskjellen er bare at kommunene blir stillet enn mer ugunstig. Mens opprettholdelse av lånevedtaket medfører at lånet kan tilbakebetales over den avtalte avdragstid, vil en full restitusjonsplikt i realiteten bety at lånet må tilbakebetales med en gang. Full restitusjonsplikt undergraver dermed hele bestemmelsen i § 50. Dette skulle i seg selv utelukke full restitusjonsplikt.

Etter departementets vurdering må et unntak fra hovedregelen om full tilbakeføring bygges på de hensyn som ligger til grunn for økonomireglene i kommuneloven kapittel 14 og ugyldighetsgrunnene. Ugyldighetsgrunnene skal:

- sikre kommuneøkonomien,
- virke preventivt og stimulere partene til å unngå regelbrudd, og
- gi en rimelig risikofordeling mellom kommunen og avtalemotparten.⁷

Som det framgår av punkt 2.1.2 vil kommunens avtalepart som regel ikke ha vært i aktsom god tro ved avtaleinngåelsen når avtalen er ugyldig etter kommunelovens svake ugyldighetsregler. Dette taler for at avtalepartene må bære tapet og at kommunene derfor kun må tilbakeføre den fordelen som kommunen sitter igjen med.

En slik regel om tilbakeføring avgrenset til bevart fordel, plasserer risikoen på kommunens avtalemotpart.. Ved ugyldighet vil i mange tilfeller heller ikke kommunen kunne sies å ha vært i aktsom god tro om avtalens gyldighet. At også kommunene bør kjenne til kommunelovens økonomiregler og derfor også vil kunne være i ond tro om avtalens gyldighet, kan tale for at kommunen bør dele tapet med avtalemotparten.

Det avgjørende er imidlertid det andre momentet som trekkes frem i Nimbus-dommen: «*hva som best fremmer de hensyn som har medført at avtalen erklæres ugyldig*». Dersom kommuners tilbakeleveringsplikt ikke begrenses til bevart fordel, vil kommunene kunne komme i samme økonomiske situasjon som om avtalen var gyldig. I siste instans kunne det

⁷ Prop.77 L (2017–2018). kap. 5.3.13 og NOU 2017:1 kapittel 6.5.2 og 6.14.2.

bety at kommunens innbyggere må bære hele eller deler av tapet for de ulovlige disposisjonene, enten i form av høyere skatter og avgifter eller redusert velferdstilbud. Formålet med kommunelovens økonomiregler generelt og kommunelovens ugyldighetsregler spesielt er nettopp å unngå en slik situasjon. Departementet mener dette understreker behovet for å begrense kommunens tilbakeføringsforpliktelse til bevart fordel og at full tilbakeføring eller en regel om at kommunen og avtalemotparten skal fordele tapet seg imellom, vil kunne uthule ugyldighetsreglenes formål om å beskytte kommuneøkonomien. En regel om at tilbakeføringsforpliktelsen avgrenses til kommunens bevarte fordel, vil også kunne styrke den preventive effekten av kommunelovens ugyldighetsregler. Dersom kommunens avtaleparter må bære et eventuelt tap kan det medvirke til at finansinstitusjoner og andre avtaleparter må skjerpe sine egne undersøkelser før avtaler inngås. For kommunesektoren sett under ett, kan det ikke utelukkes at det vil kunne resultere i noe høyere renter og andre transaksjonskostnader. Departementet mener like fullt at dette er en bedre løsning enn at innbyggerne i enkeltkommuner må bære tapet for ugyldige avtaler og disposisjoner.

Departementet konkluderer på denne bakgrunn med at de beste grunner taler for at en lovbestemmelse om kommuners tilbakeføringsforpliktelse begrenses til bevart fordel der avtaler er ugyldige etter §§ 14-13 femte ledd, 14-14 femte ledd, 14-19 første og andre ledd, 14-20, 14-21 og 28-3.

Det understrekes at lovbestemmelsen ikke er ment å ta stilling til noen erstatningsrettslige spørsmål.

Andre spørsmål

Tidspunktet for beregning av kommunens fordel

Et særlig spørsmål er tidspunktet for beregning av den fordelen kommunen skal tilbakeføre: Skal kommunens tilbakeføringsforpliktelse avgrenses til den fordelen kommunen sitter med når avtalen erklæres ugyldig eller skal fordel beregnes på oppgjørstidspunktet?

Dersom kommunens fordel beregnes på oppgjørstidspunktet, vil et eventuelt tap i perioden mellom avtalen erklæres ugyldig og oppgjørstidspunktet, måtte bæres av kommunens avtalepart. Gjøres beregningen når disposisjonen erklæres ugyldig vil tapet måtte tas av kommunen selv og kommunens innbyggere.

Et argument for å benytte tidspunktet da disposisjonen ble erklært ugyldig, er at kommunen langt på vei selv vil ha kontroll over oppgjørstidspunktet. Det kan derfor hevdes at regelverket bør bidra til at oppgjøret skjer så raskt som mulig, og ikke bør gi rom for noen form for spekulasjoner fra kommunens side.

En slik løsning innebærer at ugyldighetsreglenes hensyn om å beskytte kommuneøkonomien tillegges mindre vekt og innebærer at kommunens innbyggere må bære verdifallet i denne perioden. Departementet mener det kan være gode grunner til at det vil kunne gå noe tid mellom avtalen/disposisjonen erklæres ugyldig og oppgjøret kan gjennomføres. En regel hvor fordelen beregnes på tilbakeføringstidspunktet vil også sikre at kommunens innbyggere i minst mulig grad blir berørt. Departementet foreslår derfor at fordelen beregnes på oppgjørstidspunktet, men ber om høringsinstansenes syn.

Hvem skal ha rett avkastningen av en ugyldig avtale eller disposisjon?

Dersom situasjonen er motsatt av pkt. 4.4 og kommunen har hatt en avkastning som følge av den ugyldige disposisjonen, må det vurderes hvordan en eventuell avkastning skal reguleres. For eksempel kan kommunen ha tatt opp et lån i banken for å kjøpe aksjer som har økt i verdi. Det reiser spørsmål om hvem av partene som skal beholde den eventuelle avkastningene som har oppstått som følge av den ugyldige avtalen.

I henhold til hovedregelen om full tilbakeføring kan det hevdes at kommunen bør tilbakeføre avkastningen til avtaleparten. Formålet med tilbakeføringen er imidlertid at partene skal bringes tilbake til den tilstanden de var i før disposisjonen ble foretatt. Hensynet til gjenopprettelse innebærer derfor at verken kommunen eller kommunens avtalepart bør ha rett til avkastningen. I samme retning trekker hensynet til prevensjon. Regelverket bør verken åpne for at kommunen selv eller kommunens avtalepart sitter igjen med en gevinst som et resultat av at kommunelovens økonomiregler er budt. Dette taler for at en eventuell avkastning bør gå til statskassen. Departementet ber imidlertid om høringsinstansenes syn på om en slik regel lar seg gjennomføre.

Foreldelse, tvangsfullbyrdelse og renter

I utredningen til Lund & Co reises det spørsmål om det er grunn til å særregulere spørsmålet om renter. Etter ny høyesterettspraksis må det avgjøres konkret i den enkelte saken om økonomiske etteroppgjør uten forsinkelsesrenter skal suppleres av avsavnsrenter, jf. Rt-2014-501. I likhet med Lund & Co mener departementet at kommuneloven ikke er noe egnet sted for videre regulering av dette spørsmålet. Departementet ser heller ingen grunn til å presisere at den restitusjonspliktige må betale forsinkelsesrenter hvis utestående beløp ikke betales i tide, slik dette eksempelvis er presisert i kjøpsloven § 71. Vi ber likevel om høringsinstansenes syn på disse spørsmålene.

Departementet ser heller ingen grunn til å særregulere spørsmålet om tvangsfullbyrdelse eller foreldelse. Krav om tilbakeføring av penger vil foreldes etter reglene i foreldelsesloven og adgangen til tvangsfullbyrdelse reguleres i tvangsfullbyrdsesloven § 1-2.

Forholdet til reglene om tilbakeføring av statsstøtte

Departementene skal etter utredningsinstruksen sørge for at beslutninger fattet i EØS-organene gjennomføres nasjonalt. Lund & Co har vurdert konsekvensene av en særregulering av spørsmålet om tilbakeføring og betydningen av EØS-reglene om statsstøtte. Ifølge artikkel 14 til ODA-avtalen skal ulovlig statsstøtte med tillegg av rente restitueres. Lund & Co anser mulighetene for motstrid med disse reglene som små, ettersom tilbakeføringsplikten etter statsstøtteregelverket retter seg mot foretakene som har mottatt offentlige midler eller fordeler fra det offentlige. Det at et foretak, for eksempel en bank har gitt et lån til en kommune, kan måtte ta et tap som følge av en ulovlig lånetransaksjon, vil ikke reguleres av støtteregelelene siden det ikke foreligger noen fordel. Departementet er enig i denne vurderingen, men ber om høringsinstansenes eventuelle synspunkter på spørsmålet. For en nærmere omtale av forholdet til statsstøtteregelverket vises det til vedlagte notat fra Lund & Co pkt. 5.

Forholdet til Longyearbyen lokalstyre

Forslaget til ny § 14-23 i kommuneloven om virkninger av ugyldige avtaler, vil med mindre det gjøres særskilt unntak, gjelde tilsvarende for Longyearbyen lokalstyre på Svalbard. Det

følger av henvisningen i Svalbardloven § 40 til kommuneloven kapittel 14, jf. kgl. res. 24.05.2019 nr.17. Vurderingen er at et regelverk som bidrar til en sunn kommuneøkonomi, også er et godt regelverk for økonomien i Longyearbyen lokalstyre. Se nærmere Prop. 43 L (2018–2019) kapittel 3.15. Når det nå foreslås å regulere virkningene av ugyldige avtaler som følge av brudd på økonomireglene i kommuneloven, er det naturlig at også denne bestemmelsen blir omfattet av henvisningen i Svalbardloven § 40, i likhet med hoveddelen av økonomikapitlet for øvrig.

Økonomiske og administrative konsekvenser

Hvis en avtale erklæres ugyldig etter ny kommunelov §§ 14-13 femte ledd, 14-14 femte ledd, 14-19 første og andre ledd, 14-20, 14-21 og 28-3 innebærer forslaget at kommunen ikke plikter å tilbakeføre mottatte ytelser utover bevart fordel. Det må derfor forventes at reglene både vil virke preventivt og stimulere partene til å unngå ugyldighet, i tråd med de hensyn som ligger til grunn for ugyldighetsreglene. De nye lovbestemmelsene vil derfor kunne bidra til å effektivisere økonomibestemmelsene i kommuneloven og dermed sikre at kommunenes økonomiske handleevne blir ivarettatt over tid, jf. § 14-1 første ledd. Dette vil kunne være en fordel både for kommunesektoren og for finanssektoren.

En regel om å begrense kommunenes tilbakeføringsforpliktelse til bevart fordel innebærer at kommunens avtaleparter, som regel profesjonelle finansinstitusjoners ansvar for tapene klargjøres. Ifølge kommunelovutvalget vil dette kunne ha en viss betydning for kommunesektorens posisjon i markedet. Departementet mener like fullt at det for kommunesektoren sett under ett og for kommunens avtaleparter, vil være en fordel at rettstilstanden blir avklart.

Merknader til lovforslaget

§ 14-23 regulerer de nærmere *rettsvirkningene* ved at en avtale eller disposisjon erklæres ugyldig etter §§ 14-13 femte ledd, 14-14 femte ledd, 14-19 første og andre ledd, 14-20, 14-21 og 28-3.

Første ledd første punktum, slår fast hovedregelen om at begge parter i avtalen er forpliktet til å tilbakeføre mottatte formuesgoder. For pantsetting i strid med § 14-20 innebærer dette at pantet i kommunens eiendeler skal slettes. Ettersom pantsettingen stilles for andre enn kommunens egne forpliktelser, vil rettsvirkningen av ugyldighet i første omgang være at pantet ikke er gyldig og at långiveren derfor ikke kan tiltre pantet, jf. også lov 8. februar 1980 nr. 2 om pant (panteloven) § 1-2 andre ledd. Ettersom pantet ikke er stilt som sikkerhet for kommunens egne forpliktelser, er en eventuell tilbakeføring av et lånebeløp en sak mellom långiver og låntaker. Dersom långiveren (panthaver) likevel har tiltrådt pantet, vil ugyldighet innebære at kommunen må få tilbakelevert panteobjektet.

Etter *første ledd andre punktum* skal verdien av det mottatte tilbakeføres dersom kommunen har mottatt en realytelse som ikke lenger kan tilbakeføres fordi de er solgt, forbrukt eller liknende. I slike tilfeller kan kommunen isteden betale avtaleparten verdien av realytelsen. Etter bestemmelsen i *første ledd tredje punktum* plikter ikke kommunen å tilbakeføre mer enn kommunens fordel på oppgjørstidspunktet. Med fordel menes her det samme som berikelse. Ifølge konkurslovutvalget er berikelsesbegrepet et forholdsvis festnet begrep.⁸

⁸ Jf. NOU 1972:20 s. 300

Etter alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper er det den parten som hevder at fordelene er mindre enn mottatt beløp som har bevisbyrden.⁹ Bevisbyrden ligger derfor på kommunen. Dersom en kommune har benyttet mottatt pengebeløp til dekning av løpende kostnader eller til nedbetaling av gjeld, må beløpet anses å være i behold. Kommunen må derfor tilbakeføre beløpet fullt ut til avtalemotparten.

Bestemmelsens *andre ledd* fastslår at en eventuell avkastning/gevinst kommunen har hatt av det mottatte tilfaller statskassen.

Lovforslag

§ 14-23 Virkninger av ugyldige disposisjoner

Hvis en ugyldig disposisjon etter §§ 14-13 femte ledd, 14-14 femte ledd, 14-19 første og andre ledd, 14-20, 14-21 eller § 28-3, helt eller delvis er oppfylt fra noen av partene, skal det mottatte tilbakeføres. Hvis dette ikke kan skje, skal verdien av det mottatte tilbakeføres. Kommunen eller fylkeskommunen skal likevel ikke tilbakeføre mer enn kommunens eller fylkeskommunens fordel på oppgjørstidspunktet.

En avkastning av det mottatte etter en ugyldig disposisjon etter første ledd, tilfaller statskassen.

⁹ Jf. Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, 2. utgave, 2011, side 711 med videre henvisninger til Rt-1908-774