

UiT

**NORGES
ARKTISKE
UNIVERSITET**

Gyldig avtale på tross av kompetansebrudd – en analyse av Norges Høyesteretts avgjørelse i Bremanger kommune-saken fra februar 2016 (HR-2016-476-A)

Foredrag på nettverksmøte i Nordisk forskernettverk i kommunalrett i Uppsala 12. mai 2016

Av førsteamanuensis Markus Hoel Lie

Det juridiske fakultet



Introduksjon - overblikk

- Temaet i saken var om Bremanger kommune var bundet avtaler om finansielle instrument med Danske bank.
- Avtalene var inngått av rådmannen (leder av administrasjonen) i strid med kommunens finansreglement.
- Tingretten (førsteinstans) og Lagmannsretten (andreinstans) kom til at avtalene var ugyldige, og ga kommunen medhold. Et enstemmig Høyesterett kom derimot til at avtalene var gyldige, og ga banken medhold. Banken ble tilkjent over åtte millioner kroner i saksomkostninger.
- Høyesterett bygget resultatet på en passivitetsregel. Prinsipielle bemerkninger om rekkevidden av kombinasjonsfullmakt.
- Stikkord: Fallende rentemarked, dårlige beslutninger, potensielt store økonomiske tap. Per i dag vil det koste ca 180 millioner kr for kommunen å komme seg ut av avtalene.

Faktum i HR-2016-476-A

- I januar 2005 hadde Bremanger fire rentebytteavtaler med DnB og Nordea. Avtalene innebar at bankene dekket kommunens flytende rente mot at kommunen betale fast rente i henhold til rentebytteavtalens hovedstol. Det fallende rentenivået i markedet på den tiden gjorde avtalen lite gunstig, og avtalen ble derfor terminert i mars 2006 mot at kommunen betalte kr 13,5 millioner. Beløpet ble finansiert ved samtidig inngåelse av en rentebytteavtale – en swap – med den irske banken Depfa. Avtalen med Depfa gikk ut på at kommunen betalte NIBOR (Norwegian InterBank Offered Rate) pluss 0,5 % av en hovedstol på NOK 192 millioner mot å motta NIBOR av samme hovedstol. I tillegg fikk banken opsjon på en swapsjon hvor banken fikk anledning til å kreve 4,6% rente minus NIBOR, gjeldende hvert kvartal fra mars 2016 og til avtalen utløp i 2031. Også denne avtalen ble ansett lite gunstig, og den ble i september 2006 erstattet av tre avtaler med Fokus bank (nå Danske bank).

Forts. faktum

- Avtale nr. 1: Kommunen kjøpte et rentegulv fra banken med en hovedstol på kr 192 millioner. Kommunen fikk en bermudaopsjon på en fastrente på 4,6 % fra samme tidspunkt Depfa fikk anledning til å benytte sin opsjon. Formålet var å nøytralisere Depfa-transaksjonen. For denne swapsjonen betalte kommunen kr 15,8 millioner.
- Avtale nr. 2: Kommune solgte et rentegulv til banken med samme hovedstol som Depfa-avtalen, men med en høyere rente, 5,75%, og lengre løpetid, 10 pluss 20 år. Dette var en europeisk swapsjon, som bare kan utløses i mars 2016. Dette betyr at med lavere tyveårsrente enn 5,75% på opsjonstidspunktet, vil Danske bank ved å utøve sin rett motta differansen mellom NIBOR-rente og 5,75% i 20 år. Banken betalte en opsjonspremie på kr 21,2 millioner for avtalen.
- Avtale nr. 3: Kommunen forpliktet seg til å betale NIBOR-rente pluss 0,5% til banken mot å motta NIBOR-rente av hovedstol på kr 192 millioner i fem år fra 19. mars 2031. Kommunen mottok 1,35 millioner i vederlag for denne avtalen.

Forts. faktum

- I februar 2007 inngikk kommunen en ny swapsjonsavtale med Fokus bank, som avløste avtale nr. 2. Den faste renten ble økt til 6,5% og hovedstolen til kr 252 millioner. Vilkårene var ellers de samme. Banken betalte kr 10,7 millioner for denne avtalen. (Terra, som formidlet avtalen, fikk kr 5 millioner i honorar, hvilket ble utbetalt direkte fra banken til Terra.)
- Høsten 2007 oppsto det uro i kapitalmarkedet og verdien av investeringene kommunen hadde plassert gjennom Terra sank. Midlene var plassert i kompliserte fondsprodukter med høy risiko. Kommunen fremmet krav mot Terra. Kredittilsynet varslet at Terras konsesjon ville bli inndratt, og Terra meldte deretter oppbud. Det forelå da krav mot selskapet på 600 millioner kr.
- 27. november 2007 varslet Wassum Consulting, som var engasjert av kommunen, at swapsjonene foreløpig hadde en mindre verdi på kr 25,8 millioner. I rapport 29. mai 2009 ble det konkludert med at det ville koste kr 55 millioner å gå ut av de finansielle derivatene, og kommunen ble anbefalt å se an utviklingen. Det ble nevnt at kommunens finansreglement syntes overtrådt i forbindelse med inngåelsene av avtalene. 20. oktober 2010 gjorde kommunen gjeldende at avtalene var ugyldige.

Tidslinje

DnB/
Nordea

Depfa

Danske bank
(tidl. Fokus
bank)

Jan. 2005

Mars 2006

Sept. 2006

Feb. 2007

Lån med
Hovedstol
192 mill.
Fastrente

NIBOR pluss 0,5%
med opsjon
4,6% minus NIBOR
(Bermudaswap)
2006-2031

1. Kommunen kjøpte rentegulv på 4,6% til kr 15,8 mill.
2. Kommunen solgte rentegulv på 5,75% med opsjon 10 pluss 20 år til kr 21,2 mill (europeisk swap)
3. Banken betalte kr 1,35 mill mot at kommunen betaler NIBOR pluss 0,5 i fem år fra 2031

Ny swap avløser avtale nr 2 fra sept 06. Hovedstol økes til 252 mill, renten øker til 6,5%. For øvrig like betingelser. Kommunen mottar kr 10,7 mill.

Forts. Tidslinje

Høst 2007

Finanskrise.
Verdien av kommunes
investeringer sank.
Terra melder oppbud.
Swapsjonene har en
mindre verdi på kr 25,8
millioner kr.

November 2009

Swapsjonene har en
mindre verdi på 55
millioner kr.
Kommunen anbefalt å
se an utviklingen

Oktober 2010

Kommunen gjør
gjeldende at
avtalene er ugyldige.
Swapsjonene har
en mindre verdi på
80 millioner kroner

Kommunelovens beslutningsmodell

- *Koml. § 6: Kommunestyret og fylkestinget er de øverste kommunale og fylkeskommunale organer. De treffer vedtak på vegne av kommunen eller fylkeskommunen så langt ikke annet følger av lov eller delegasjonsvedtak.*
- *Koml. § 23 nr. 4: Kommunalt og fylkeskommunalt folkevalgt organ kan gi administrasjonssjefen myndighet til å treffe vedtak i enkeltsaker eller typer av saker som ikke er av prinsipiell betydning, hvis ikke kommunestyret eller fylkestinget har bestemt noe annet.*

Kommunens delegasjonsreglement og finansreglement

- Rådmannen (administrasjonssjefen) var delegert kompetanse til å inngå innkjøpsavtaler og til å refinansiere kommunens låneportefølje dersom det var mulig å oppnå bedre lånevilkår. Hva som for øvrig kunne foretas, fremgikk av finansreglementet.
- Finansreglementet åpnet ikke for bruk av opsjoner som renteinstrument, og rådmannen hadde derfor ikke kompetanse (rett) til å inngå avtaler om opsjoner.
- Rådmannen vedtok forelegg for dokumentfalsk i forbindelse med oversendelse av kommunens finansreglement til bank/megler i 2006. Han hadde endret dette slik at det så ut som det åpnet for bruk av opsjoner.

Ulovfestet passivitet

- Dommens avsnitt 75: «*Jeg går så over til bankens anførsel om at kommunen har gjort ugyldighetsinnsigelsen gjeldende for sent til at avtalene kan anses ugyldige nå.*» Regelen verken presiseres eller hjemles.
- Det aktuelle tidsintervallet som ble lagt til grunn at kommunen hadde vært passiv, var fra kommunestyret ble klar over innholdet i avtalene til ugyldighetsinnsigelsen ble fremsatt. Ikke helt klart når dette tidligst kunne vært avklart, men det ble lagt til grunn at kommunen burde avklart om avtalene var gyldige senest 29. mai 2009 da Wassum konkluderte med at finansreglementet syntes overtrådt. Ugyldighetsinnsigelsen fremsatt over ett år senere, 20. oktober 2010, var for sent fremsatt.
- Det ble forutsatt at kommunestyret var kjent med (burde vært kjent med) at finansreglementet forbød bruk av opsjoner.
- Ugyldighetsinnsigelsen knyttet til overskridelse av finansreglementet ble derfor ansett tapt. Det forelå ingen materielle kompetansebrudd. Avtalene var derfor gyldige.

Kombinasjonsfullmakt

- Regelen utlegges slik i dommens avsnitt 68, med henvisning til Lassen (Kontraktrettslig representasjon, Oslo 1992, s. 36):
- *Uttrykket kombinasjonsfullmakt er brukt som betegnelse på forhold der det etter de vanlige fullmaktsregler vanskelig kan sies å foreligge fullmakt, men der rettsreglene beskytter forventningene hos en tredjemann som ut fra forskjellige omstendigheter i samvirke har hatt grunn til å tro at han handlet med en representant som kunne binde en oppdragsgiver.*
- Bevistemaet var kommunestyrets passivitet *forut* for avtaleinngåelsen.
- Regelen fikk ikke anvendelse fordi kommunestyret ikke ble ansett å ha bidratt tilstrekkelig til å ha skapt en berettiget forventning om at rådmannen var legitimert til å inngå denne type avtale (dommens avsnitt 71-74).
- Prinsipielt avklart at kombinasjonsfullmakten kan anvendes overfor kommunen ved disposisjoner på formuerettens område.

Refleksjon

- Passivitetsregelen verken hjemles eller presiseres. Rekkevidden av regelen er uklar.
- Gir kommuneloven kommunen tilstrekkelig vern?
- Modellen for avtaleinngåelse skaper behov for bruk av en legitimasjons- og passivitetsregel. Men det er betenkelig å gi en slike regler et vidt anvendelsesområde.
- Dommens resultat verner tredjemanns (her bankens) behov for innrettelse, men er ikke uproblematisk sett i lys av behovet for kontroll med kommunekassen og den allmenne tillit til bruk av offentlige midler.
- Modellen for hvordan beslutninger i kommunen treffes, bør endres slik at kommunekassen vernes i større grad (jf. min kommentar i Lov og Rett i 2015).
- Bremanger er en liten kommune i Sogn og Fjordane fylke med 3900 innbyggere. Bør kommunene blir større og mer profesjonelle?
- Kommunen er vertskommune for kraftutbygginger, og brutto driftsinntekter var i 2012 på over NOK 312 millioner.