

Kommunal- og moderniseringsdepartementet
Postboks 8112 Dep
0032 Oslo

25. oktober 2019

HØRINGSSVAR – FORSLAG TIL NY LOVBESTEMMELSE OM PRIVATRETTLIGE VIRKNINGER AV UGYLDIGE DISPOSISJONER ETTER KOMMUNELOVENS ØKONOMIBESTEMMELSER

Vi viser til Kommunal- og moderniseringsdepartementets brev av 20. juni 2019 om høring av ny lovbestemmelse om privatrettslige virkninger av ugyldige disposisjoner etter kommunelovens økonomibestemmelser. Vi viser videre til e-post til departementet fredag 18. oktober hvor det ble varslet at Kommunalbankens høringssvar ville komme noe forsinket og departementets tilbakemelding av 21. oktober med aksept av utsettelse til fredag 25. oktober.

Kommunalbanken AS er et kredittforetak med konsesjon etter finansforetaksloven som eies 100 % av staten ved kommunal- og moderniseringsdepartementet, og som har som vedtektsfestet formål å yte lån til kommunal sektor samt til andre som utfører kommunale oppgaver mot kommunal garanti.

Synspunkter til lovforslaget

Overordnede betraktninger

Kommunalbanken ser det overordnet sett som positivt at departementet foreslår å regulere restitusjonsoppgjøret for å bidra til å klargjøre rettstilstand og skape forutberegnelighet for partene. Det er også, slik departementet forutsetter, viktig å anspore til et rimelig aktsomhetsnivå i sektoren og hos kommunenes medkontrahenter.

Selv om det isolert sett er positivt at rettstilstanden avklares, mener Kommunalbanken at flere av de foreslåtte løsningene representerer en lite rimelig risikofordeling, ved at kommunene langt på vei fritas økonomisk fra sitt primæransvar for å etterleve regelverket de er underlagt, siden konsekvensene av kommunenes egne ulovlige disposisjoner foreslås veltet over på kommunens medkontrahenter. Kommunalbanken er bekymret for at noen få (selv om de er alvorlige) eksempler på uetisk forretningspraksis i finansnæringen tillegges uforholdsmessig vekt i avveiningene av hvordan risiko bør fordeles, ref. gjentatte henvisningene til eksempler fra Terra-saken i høringsnotatet. Etter Kommunalbankens vurdering vil høringsforslaget gi seg utslag i at medkontrahentene vil bli holdt ansvarlig selv i tilfeller hvor kommunen er parten som har opptrådt svært klanderverdig og medkontrahentens «onde tro» nærmest skyldes en villfarelse eller er av teknisk karakter. En konsekvens av dette er også at de foreslåtte reglene bare stimulerer medkontrahenten og ikke kommunen selv til å etterleve lovens krav.

Kommunalbanken vil i det følgende gi noen mer detaljerte kommentarer og innspill til forslaget til regulering av virkninger av ugyldige disposisjoner.

Unntak fra hovedregelen om full tilbakeføring

Departementet har foreslått å regulere virkninger av ugyldige disposisjoner for nærmere angitte bestemmelser i kommuneloven. Forslaget rammer avtaler som kommunens avtalepart forsto eller burde forstått at innebar en vesentlig finansiell risiko (§ 14-14 femte ledd), avtale om lån som kommunens avtalepart forsto eller burde forstått var i strid med kommunelovens lovlige låneformål eller var utenfor vedtakets rammer eller manglet hjemmel i investeringsbudsjettet (§ 14-14 femte ledd), avtaler om garanti som innebærer vesentlig økonomisk risiko, mangler godkjennelse eller er stilt for næringsvirksomhet (§ 14-19 første og andre ledd), avtaler om pantsetting av kommunens eiendeler til sikkerhet for andres økonomiske forpliktelser (§ 14-20), avtaler om overdragelse av kommunens krav på skatter og avgifter (§ 14-21) og avtaler om lån som kommunens avtalepart forsto eller burde forstått var i strid med lånerammen eller vilkår for bruk fastsatt av departementet (§ 28-3).

Hovedvilkåret for ugyldighet er at kommunens avtalepart «forsto eller burde ha forstått», altså at kommunens avtalepart ikke har gjort de forhåndsundersøkelser som må kunne forventes og dermed er i ond tro.

Departementet foreslår at hovedregelen skal være full tilbakeføring i tråd med ulovfestede obligasjonsrettslige prinsipper. Etter første ledd tredje punktum skal kommunen ved ugyldighet imidlertid ikke tilbakeføre mer enn kommunens fordel når fordelen kommunen sitter igjen med er lavere enn verdien av den mottatte ytelsen. Departementet begrunner regelen med at avtaleparten ikke har vært i aktsom god tro der ugyldigheten skyldes en svak ugyldighetsgrunn, og at det taler for at avtaleparten må bære kommunens tap. Departementet argumenterer samtidig for at det ikke bør legges vekt på kommunens uaktsomhet under henvisning til at det vil kunne gå utover kommunens innbyggere.

Kommunalbanken mener at departementets foreslåtte unntaksregel fremstår som prinsipielt problematisk i relasjon til låneforhold. Det er kommunen som er pliktsubjektet for kommunelovens regler og som i utgangspunktet skal sørge for at kommunelovens regler følges ved inngåelse av avtaler. Samtidig mener Kommunalbanken at det ikke legges tilstrekkelig vekt på årsakssammenheng mellom ugyldighet eller tap, eller problematiseres at tap i låneforhold primært er aktuelt dersom det er inngått en parallell avtale (i de fleste tilfeller med en annen medkontrahent enn långiver) hvor lånemidler anbringes i en tapsbringende investering som godt kan ligge innenfor det som etter kommuneloven er lovlige låneformål.

Dette kan illustreres med en situasjon hvor det er inngått ulovlig låneavtale som gjelder finansiering av ulovlig avtale om kjøp av aksjer (f.eks. knyttet til vesentlig finansiell risiko). Det er for begge avtalers del kommunen som har begått lovbrudd,

mens medkontrahentene kan ha vært i ond tro. Kjøp av aksjer som faller kraftig i verdi har også gjennomgående blitt brukt som eksempel for å begrunne foreslått løsning i høringsnotatet. Kjøp av aksjer og innskudd av egenkapital i selskaper faller utenfor de lovlige låneformålene i kommuneloven som finansieringsinstitusjoner kan låne penger til. Unntaket er dersom kommunen kjøper alle aksjene i et single-purpose eiendomsselskap. Det vil si at kommunen lånefinansierer anskaffelse av eiendom hvor kjøpet skjer i form av en selkapstransaksjon i stedet for en eiendomstransaksjon.

Resultat i denne illustrasjonen bør være at låneavtalen blir ugyldig og at aksjekjøpsavtalen blir ugyldig. Det skal dermed prinsipielt sett skje to restitusjonsoppgjør. Långiver får i sitt restitusjonsoppgjør tilbake utbetalte lånemidler minus betalte avdrag, kommunen får tilbake renter og omkostninger. Långiver bærer da tap knyttet til verditap på lånemidlene dersom aktuelt (f.eks. inflasjon, kursfall på valutalån). Aksjeselger får i sitt restitusjonsoppgjør tilbake aksjer, kommunen får tilbake kjøpesummen. Aksjeselger bærer tap knyttet til redusert aksjekurs.

Kommunalbanken mener at det prinsipielt sett fremstår som galt at långiveren i et slikt tilfelle, i tillegg til tap på lånemidlene, også må bære tap knyttet til restitusjon i form av den reduserte aksjeverdien som måtte være i behold. Lovforslaget synes imidlertid å være utformet slik at dersom aksjeselger er i stand til å tilbakelevere hele kjøpesummen, vil verdien av det som skal tilbakeføres långiver likevel måtte begrenses til verdien av aksjene som var i behold da restitusjon skulle gjennomføres selv om dette innebærer at kommunen vil ende opp med en tilfeldig berikelse. Samtidig mener Kommunalbanken at det kan tenkes mange tilfeller hvor det vil være lite rimelig å kreve at långiveren skal bære risikoen for at aksjeselger ikke er i stand til å oppfylle sin restitusjonsplikt og tilbakebetale hele kjøpesummen til kommunen. Alternativt eller i tillegg er det også mulig lovforslaget må forstås slik at dersom både långiver og aksjeselger er i stand til å gjøre opp sine restitusjonsforpliktelser, kan kommunen holde begge sine medkontrahenter solidarisk ansvarlig for tap knyttet til sine egne ulovlige disposisjoner og velge hvem av medkontrahentene som ikke skal få full restitusjon. Det kan i tilfelle reises spørsmål om det bør reguleres et regressoppgjør mellom kommunens medkontrahenter. I motsatt fall vil en av dem kunne bli sittende med en tilfeldig fordel basert på hvem kommunen valgte å kreve oppgjør fra.

Kommunalbanken vil på bakgrunn av de prinsipielle og praktiske hensynene som det er vist til ovenfor, foreslå at høringsforslaget endres i tråd med forslaget som er inntatt i dette høringssvaret. Dersom departementet fastholder høringsforslaget, mener Kommunalbanken at det er behov for at departementet supplere forslaget med regler om regressoppgjør mellom ulike medkontrahenter til kommunen. Se i den forbindelse også merknadene nedenfor knyttet til utfordringer med å vurdere finansiell risiko på porteføljebasis, og forholdet mellom ulike kreditorer til en gjeldsportefølje. Alternativt kunne departementet presisere at ugyldighetsvirkninger bare skal gjelde i relasjon mellom långiver og kommunen. Ved tap som skyldes bruken av lånemidlene til å inngå avtale med annen motpart som medfører tap bør

kommunen i relasjon til den andre motparten være henvist til å søke kompensasjon for eventuelt verditap etter alminnelige erstatningsrettslige regler.

Kommunalbanken mener for øvrig at en part som ikke har opptrådt kvalifisert klanderverdig som den klare hovedregel bør ha krav på avsavnsrenter, ev. med et snevert unntak for tilfeller hvor det vil være uforholdsmessig og urimelig byrdefullt for den andre parten å bli pålagt å dekke avsavnsrenter. Departementet bør vurdere å presisere dette i lovforslaget.

Betydningen av vesentlig finansiell risiko for restitusjonsoppgjøret

Når kommuner søker om lån skal de dokumentere overfor långiver at formålet med lånet er i tråd med kommunelovens lovlige låneformål.

Departementet synes å legge opp til at låneformål kan leses ut av kommunens vedtak om opptak av lån. Utvalget uttaler i forarbeidene at *«det neppe kan kreves stort mer enn at långiver undersøker kommunens vedtak om låneopptak og kommunens budsjett. Dette vil långiver mulighet for å kunne se om låneopptaket er med på å finansiere andre formål enn det kommuneloven tillater»* jf. Prop. 46 L (2017-2018). Kommunens praksis er imidlertid å foreta årlige eller samlede låneopptak for ulike formål. Av vedtaket fremgår derfor ikke hva lånet skal brukes til, men bare en samlet ramme for hvor stort lån som kan tas opp.

Når det gjelder kravene til investeringsbudsjettet følger de av budsjett- og regnskapsforskriften. Etter denne forskriften skal utgifter, inntekter, avsetninger og bruk av avsetninger stilles opp i forhåndsdefinerte poster. Det er ikke krav om at utgiftene til investeringer skal spesifiseres i oppstillingen etter utgiftsart (lønn, vare- og tjenestekjøp mv.). Det skal utelukkende angis bruttobeløp for hver post. I de forhåndsdefinerte postene inngår utgifter/avsetninger til både lovlige låneformål og ulovlige låneformål. Eksempelvis skal det angis utgifter/avsetninger til investeringer i aksjer og andeler i selskaper. Kommuner har generelt ikke anledning til lånefinansiere kjøp av aksjer med unntak av lån til kjøp av aksjene i et single-purpose eiendomsselskap. Å avdekke rammene for aksjekjøp det er lovlig å lånefinansiere kontra aksjekjøp det ikke er adgang til å lånefinansiere vil ikke være mulig slik oppstillingen er forutsatt i forskriften.

Når det ikke er noen kobling mellom investeringsformålene som kan finansieres med lån kontra øvrige investeringsformål, blir det i praksis ikke mulig for långiver å kontrollere låneformål ved å undersøke vedtaket og budsjettet. Långiver vil dermed være henvist til å pålegge kommunen å fremlegge særskilt dokumentasjon for hva som er formålet med lånet. Ettersom kommunene normalt gjør ett samlet låneopptak for å dekke årets investeringer, vil låneformål måtte angis på et overordnet nivå eksempelvis lån til videre utlån eller lån til kjøp av alle aksjene i et eiendomsselskap.

Når låneformålet angis på et overordnet nivå, vil långiver ikke ha oversikt over hva lånemidlene skal brukes til på prosjektnivå. Dette har betydning for hva det er mulig for långiver å forstå. Kommunalbanken viser imidlertid til at det vil ha betydelige

økonomiske og administrative konsekvenser for sektoren og for dens medkontrahenter dersom opplegget for finansiering og budsjettering må legges om fordi låneformål må dokumenteres på prosjektnivå. Kommunalbanken legger til grunn at loven ikke er ment å ha som konsekvens at dagens praksis skal omlegges dramatisk, og antar derfor at det ikke er slik loven er å forstå.

Kommunalbanken vil for øvrig peke på at kommunelovens § 14-1 tredje ledd og § 14-13 første og annet ledd gjelder forvaltning som innebærer vesentlig finansiell risiko, mens kommunelovens § 14-13 fjerde og femte ledd gjelder avtaler som innebærer vesentlig finansiell risiko. Det er ingen nødvendig sammenheng mellom disse konseptene. Avtaler som innebærer vesentlig finansiell risiko kan ha en risikoreduksjon i en forvaltningsstrategi, og dermed inngå i kommunens finansreglement. Samtidig så kan avtaler som ikke innebærer vesentlig risiko brukes på en slik måte at kommunens samlede porteføljeforvaltning må sies å innebære vesentlig finansiell risiko, herunder at betalingsforpliktelser ikke kan innfris ved forfall. Kommunalbanken mener ut fra en ordlydsfortolkning at det kun er avtaler som har vesentlig finansiell risiko som en iboende egenskap som vil rammes av ugyldighet etter kommuneloven § 14-13 femte ledd. De beste grunner taler for en slik løsning. Kommunalbanken viser til at de låneprodukter banken tilbyr ikke har vesentlig finansiell risiko som iboende egenskap.

Det er for øvrig uansett helt upraktisk for en långiver å bli holdt ansvarlig for en skjønnsmessig vurdering av et lavrisiko produkts virkning i en konkret samlet portefølje, for ikke å snakke om en vurdering av om forvaltningen foregår på en slik måte at betalingsforpliktelser kan innfris ved forfall. Selv om departementet ev. skulle være uenig i Kommunalbankens tolkning av hvilke avtaler som kan innebære vesentlig finansiell risiko etter kommuneloven § 14-13 fjerde og femte ledd, så bør standarden for hva en långiver forstod eller burde ha forstått etter § 14-13 femte ledd uansett ikke strekke seg lenger enn til å undersøke om produktet som tilbys er innenfor skrankene kommunen har vedtatt i finansreglementet, herunder f.eks. om finansreglementet åpner for bruk av sertifikatlån og om opptaket er innenfor skrankene kommunen har satt for andel sertifikatlån i reglementet. Siden långiver ikke har noen realistisk mulighet til å ha løpende oversikt over kommunens andel sertifikatlån, vil også en vurdering av om finansreglementets skranker er overholdt måtte baseres på å innhente en egenerklæring fra kommunen. Kommunalbanken har vanskelig for å se hvordan undersøkelsesplikten lar seg operasjonalisere ut over dette. Långiver bør dersom ovennevnte kontroller er overholdt ikke kunne bli møtt med at långiver burde ha overprøvd kommunens egen vurdering av hvilket risikonivå som anses forsvarlig, og som ligger til grunn for kommunens finansreglement.

Dersom departementet skulle mene at en långiver må vurdere det tilbudte låneproduktets betydning for kommunens samlede portefølje, har Kommunalbanken dessuten vanskelig for å se hvordan et restitusjonsoppgjør skal være gjennomførbart i praksis i tilfeller hvor vesentlig finansiell risiko er knyttet til helheten i kommunens gjeldsportefølje. For det første så vil det i en slik situasjon oppstå spørsmål om det er den eller de avtalene som på marginen dytter porteføljen over grensen til å samlet sett

utgjøre vesentlig finansiell risiko som vil være i strid med loven. For det annet er det, gitt også praksisen med samlede låneopptak som det er redegjort for ovenfor, vanskelig å se hvordan enkelte låneopptak i den samlede gjeldsporteføljen skal kunne tilordnes de ulike investeringene som er finansiert. Det vil dermed i praksis ofte kunne være uklart hvilke lån som er knyttet til verdier som ikke er i behold, hvilket også vil kunne gjøre det svært krevende i praksis å avgjøre hvilke långivere som skal få restituert hvilke verdier. Dersom det ikke avdekkes at et låneopptak var ugyldig før det har blitt refinansiert en rekke ganger, ev. med bytte av långivere underveis, er det også uklart hvilken avtalepart i kjeden av långivere som har vært involvert i perioden hvor tapet har påløpt, som bør bære risikoen for tapet som skal dekkes på oppgjørstidspunktet (eller ugyldighetstidspunktet).

Kommunalbanken vil ut fra disse forholdene gjenta at de beste grunner taler for å forstå vesentlig finansiell risiko i avtaler etter § 14-13 fjerde og femte ledd som noe annet enn vesentlig finansiell risiko i relasjon til forvaltning som reguleres av kommuneloven § 14-1 tredje ledd og § 14-13 første og annet ledd, slik at finansiell risiko etter § 14-13 fjerde og femte ledd ikke skal vurderes på porteføljebasis, men må vurderes ut fra de iboende risikoegenskapene til hver enkelt avtale. Dersom departementet anser dette som en uriktig tolkning av vilkåret i § 14-13 fjerde og femte ledd så mener Kommunalbanken at det bør vurderes å endre loven på dette punktet. Dersom departementet ikke støtter tolkningen og heller ikke mener at det er grunnlag for å foreslå en lovendring så mener Kommunalbanken at restitusjonsregelen bør utformes slik at det i hvert fall ikke skal gjøres unntak fra hovedregelen om full restitusjon fra opprinnelig ugyldighetstidspunkt i tilfeller hvor risikoen som gir opphav til ugyldighetsvirkningen ikke er knyttet til risiko i en enkeltavtale men til den samlede risikoen i en portefølje.

Kommunalbanken oppfordrer departementet i den sammenheng også å avklare forholdet mellom ulike representanters beslutningsmyndighet i relasjon til långivers dokumentasjonsplikter, slik at det presiseres om det, eksempelvis for vedtak som hører under kommunestyret, kan oppstå spørsmål om ugyldighet knyttet til at rådmann eller økonomisjef i et saksfremlegg til kommunestyret ikke har inntatt eller gjengitt en fullstendig og detaljert fremstilling av opplysninger de har mottatt fra långiver dersom rådmann eller økonomisjef i den konkrete saken fremstår som legitimerte til å representere kommunen overfor långiveren.

Kommunalbanken mener ellers at det er behov for at man ved utforming av restitusjonsregelen, tar hensyn til at verdifall er normal utvikling for realinvesteringer, herunder i de fleste typene investeringer som ligger innenfor de lovlige låneformålene etter kommuneloven, enten det gjelder bygninger, infrastruktur, maskiner mv. Realinvesteringer vil bl.a. være utsatt for slitasje, utidsmessighet osv. Slikt verdifall skal i teorien reflekteres i avskrivninger, men regnskapsmessige avskrivningssatser er ofte vilkårlige sammenlignet med reell verdireduksjon, og basert på en vilkårlig fastsatt levetid. I tillegg til denne typen verdifall kan det også for realinvesteringer være verdifall knyttet til endringer i

markedsbetingelser, fall i produksjonskostnad for tilsvarende investeringer, redusert etterspørsel mv.

Det fremstår som lite rimelig at långiver skal bære tapet for slikt verdifall dersom kommunen har benyttet et ugyldig lån til en ellers legitim investering, hvor avkastningen på investeringsobjektet (som er motstykket til verdifallet), for eksempel i form av bruken av en bygning eller ny infrastruktur, har tilfalt kommunen og dens innbyggere i perioden fra låneopptaket og frem til restitusjonsoppgjøret gjennomføres.

Kommunalbanken mener derfor at det må stilles krav til en rimelig sammenheng mellom «den onde troen» som ligger til grunn for ugyldigheten og grunnen til at tapet har oppstått som vilkår for ev. å gi unntak fra hovedregelen om full tilbakeføring, noe som vil være hensyntatt med Kommunalbankens innspill til alternativ utforming av bestemmelsen nedenfor.

Tidspunktet for beregning av kommunens fordel

Departementet foreslår oppgjørstidspunktet som tidspunktet verdien av kommunens fordel skal beregnes. Ugyldighetstidspunktet vil normalt være avtaleinngåelsestidspunktet mens oppgjørstidspunktet vil være tidspunktet hvor restitusjon faktisk gjennomføres. Disse to tidspunktene må anses for å utgjøre ytterpunktene. I mellom ytterpunktene vil det være tidspunkter hvor forholdet blir avdekket, rettslige skritt initiert mv. Prinsipielt sett så fremstår ugyldighetstidspunktet som det riktige tidspunktet for beregning av hva som skal tilbakeføres. Disposisjonen anses som en nullitet, og har dermed i en forstand juridisk sett ikke blitt foretatt. Det som skal tilbakeføres basert på en slik betraktning vil være det som faktisk har blitt utvekslet basert på avtalen, forutsetningsvis basert på ugyldighetstidspunktet.

Skal dette prinsipielle utgangspunktet fravikes, bør det gjelde et prinsipp om at partene har plikt til å avgrense sitt tap. Typisk vil både ugyldighet og det at man sitter med en risiko for verditap knyttet til en ugyldig disposisjon bli kjent for parten lenge før det skjer et oppgjør på bakgrunn av en endelig og/eller rettskraftig avgjørelse om ugyldighet. Dersom kommunen blir sittende på en risikabel eiendel eller annen investering som er basert på en ugyldig disposisjon etter at kommunen blir kjent med at det kan påberopes ugyldighet eller etter at det kan konstateres tap eller risiko for kommende tap, bør kommunen bære risikoen for å ikke iverksette tiltak, f.eks. å avhende en ulovlig investering eller avvikle en risikoposisjon. Tidspunktet for beregning av fordel bør derfor uansett ikke settes senere enn tidspunktet hvor det kan konstateres at kommunen hadde foranledning til å vurdere slike tiltak. Dersom departementet opprettholder oppgjørstidspunktet som riktig beregningstidspunkt, bør det dessuten stilles krav til at kommunen gjør rimelige vurderinger med tanke på valg av oppgjørstidspunkt. Det kan løses ved å lovfestes en plikt for kommunen til å gjennomføre og dokumentere vurderinger og beregninger knyttet til sannsynlighet for verdiøkning og verdifall som legges til grunn for valg av oppgjørstidspunkt. Dette vil redusere risikoen for at kommunens valg av

oppgjørstidspunkt styres av tilfeldigheter. En annen løsning kan være at kommunen må bære noe av tapet ved ugyldigheten. Det kunne for eksempel lovfestes at kommunen må bekoste avtalemotpartens kostnader ved utsatt oppgjørstidspunkt.

Avsluttende betraktninger

Slik lovforslaget er utformet, kan Kommunalbanken som nevnt ikke se at det vil stimulere andre enn kommunens avtalepart til å unngå ulovlige disposisjoner. Slik Kommunalbanken ser det, forsterker de foreslåtte reglene også konsekvensene av at kommuner ikke har full privatrettslig avtaleinngåelseskompetanse, noe som vil bidra til økte kostnader og at kommuner blir mindre attraktive som kontraktspartner. Ut fra samfunnsøkonomisk teori så bør økning i renter og transaksjonskostnader svare til forventede tap knyttet til risiko for ugyldighet med påslag for buffere som långivere vil betinge seg i tillegg. Kommunesektoren kollektivt sett vil ut fra et slikt perspektiv økonomisk sett komme dårligere ut av at tilbakeføringsplikten avgrenses. Manglende klarhet i om gyldighet kan dokumenteres og hvordan restitusjonsoppgjør praktisk vil gjennomføres vil også kunne medføre at långivere i enkelte tilfeller ikke vil være villig til å gi finansiering i det hele tatt.

Kommunalbankens innspill til justeringer i lovforslaget

Merknader til Kommunalbankens foreslåtte endringer

Endringene sammenlignet med høringsforslaget har til hensikt å avgrense unntaket fra prinsippet om full tilbakeføring til tap som skyldes risiko eller egenskaper ved den konkrete ytelsen kommunen eller fylkeskommunen har mottatt gjennom den ugyldige disposisjonen, f.eks. tap på aksjer som kommunen har kjøpt eller redusert verdi på eller lånemidler som kommunen eller fylkeskommunen har mottatt ved et låneopptak. Endringen avgrenser således mot tap som skyldes at kommunen eller fylkeskommunen har benyttet ytelsen til å foreta andre tapsbringende disposisjoner i tillegg til den ugyldige disposisjonen, f.eks. inngå avtale om en tapsbringende investering i tillegg til avtalen om å låne midler til å finansiere den tapsbringende investeringen. Dersom disse andre tapsbringende disposisjonene også er ugyldige så bør restitusjonen skje mellom partene i disse disposisjonene ved at de gjennomfører et separat restitusjonsoppgjør. Den andre partens ansvar for kommunens tap bør ikke reguleres som en ugyldighetsvirkning, men følge alminnelige erstatningsrettslige prinsipper, herunder krav til ansvarsgrunnlag og årsakssammenheng. I tillegg foreslår Kommunalbanken som unntak fra unntaket at kommunen eller fylkeskommunen skal tilbakeføre verdien av fordelene dersom denne er større enn gjenværende verdi av ytelsen, dette for å sikre at kommunen eller fylkeskommunen ikke oppnår en tilfeldig og uberettiget berikelse gjennom restitusjonsoppgjøret.

Som nytt annet ledd foreslås det at kommunen eller fylkeskommunen får en selvstendig plikt til å begrense ytterligere tap etter at den forstod eller burde forstå at disposisjonen var ugyldig. Dersom kommunen eller fylkeskommunen ikke treffer rimelige tiltak for å begrense slike ytterligere tap, f.eks. selge aksjer som den ugyldig

har investert i for å avverge tap knyttet til potensielt ytterligere kursfall, bør den bære disse ytterligere tapene selv.

Det foreslås at forslaget til annet ledd videreføres uendret som nytt tredje ledd.

§ 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. *Dersom ytelsen kommunen eller fylkeskommunen mottok har lavere verdi på oppgjørstidspunktet enn da den ble mottatt så skal kommunen eller fylkeskommunen ~~skal~~ likevel ikke tilbakeføre mer enn denne lavere verdien med mindre kommunen eller fylkeskommunen gjennom avhending, ombytting eller annen disponering av ytelsen har vunnet en større fordel enn ytelsens verdi på oppgjørstidspunktet, i hvilket tilfelle verdien av fordelten på oppgjørstidspunktet skal tilbakeføres.*

Kommunen eller fylkeskommunen plikter straks den forstår eller burde forstå at disposisjonen er ugyldig, å treffe rimelige tiltak for å begrense ytterligere tap som kan oppstå frem til oppgjørstidspunktet, og skal erstatte tap den andre parten lider som følge av at slike rimelige tiltak ikke treffes.

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

Med vennlig hilsen
Kommunalbanken AS