

SYKKYLVEN KOMMUNE  
Kontrollutvalet

**MØTEINNKALLING**

15.11.2012

Kopi til: Ordføreren  
Revisor  
Rådmann

Medlemene av  
Kontrollutvalet

**INNKALLING TIL MØTE I SYKKYLVEN KONTROLLUTVAL**

Det blir med dette kalla inn til møte i kontrollutvalet

**torsdag, den 22. november 2012 kl. 14.00 i Formannskapsalen/ev. Blåsalen**

**FORELØPIG SAKLISTE:**

- Sak 40/12 - Godkjenning av møtebok frå møte 23. oktober 2012
- « 41/12 - Derivatkontraktar mellom Sykkylven kommune og Nordea Bank ASA
- « 42/12 - Plan for forvaltningsrevisjon 2011 til 2015 – Sykkylven kommune

Eventuelt

Dersom det er vanskeleg å møte, gje melding på telefon 70 17 21 58 eller 97 60 57 83 til dagleg leiar eller e-post [kontrollutval@kontrollutval.no](mailto:kontrollutval@kontrollutval.no).

Odd Jostein Drotninghaug  
leiar  
(sign.)

**KONTROLLUTVALET I  
SYKKYLVEN KOMMUNE**

**MØTEBOK**

Møtedato: 23.10.2012, kl.14.00

Møtestad: Blåsalen

Møtet vart leia av: Odd Jostein Drotninghaug

Elles tilstades:

Sigmund Valbø, Grethe Melseth, Ole Bjørn Roald og Anita Søvik

**= 5 voterande**

Frå kontrollutvalsekretariatet møtte dagleg leiar Harald Rogne og advokat Kjetil Kvammen.  
Frå kommunerevisjonen møtte dagleg leiar Kjetil Bjørnsen og revisjonsrådgjevar Kurt Løvoll.  
Frå Sykkylven kommune møtte rådmann Ole Johan Lillestøl og økonomisjef Arild Bergstrøm i sak 37/12 og 39/12. Ordførar Petter Lyshol var tilstades i heile møtet.

Leiar i NU, Bjørn Idar Lyngvær, hadde bedt om å få kome synspunkt på kontrollutvalsak 31/12. Dette vart imøtkome og han framførte sine synspunkt. Det vart bestemt å gi kommunen høve til å gi ny høyringsuttale i saka.

Det kom ikkje fram merknader til innkalling eller sakliste.

**SAK 37/12  
GODKJENNING AV MØTEBOK FRÅ MØTE 9. OKTOBER.2012**

**Kontrollutvalet sitt samrøystes vedtak:**

Møtebok frå møte 9. oktober 2012 blir godkjent.

**SAK 38/12  
DERIVATKONTRAKTAR MELLOM SYKKYLVEN KOMMUNE OG  
NORDEA BANK ASA**

**Kontrollutvalet sitt samrøystes vedtak:**

Kontrollutvalet tek saka til forløpig orientering.

**SAK 39/12**

**TERTIALRAPPORT 2. TERTIAL 2012 – SYKKYLVEN KOMMUNE**

Saksdokument datert 19.10.2012 frå kontrollutvalsekretariatet.

**Kontrollutvalet sitt samrøystes vedtak:**

Kontrollutvalet tek saka til orientering.

Odd Jostein Drotninghaug  
leiar  
(sign.)

Sigmund Valbø  
nestleiar  
(sign.)

Grethe Melseth  
medlem  
(sign.)

Ole Bjørn Roald  
medlem  
(sign.)

Anita Søvik  
medlem  
(sign.)

**SUNNMØRE  
KONTROLLUTVÅLSEKRETARIAT IKS**

Kontrollutvalet i  
Sykkylven kommune

Dato: 15.11.2012

**SAK 41/12  
VURDERING AV SYKKYLVEN KOMMUNE SINE FINANSIELLE AVTALAR MED  
NORDEA BANK NORGE ASA**

**1. Innleiing**

Kontrollutvalet har gjort vedtak om at sekretariatet skal gå igjennom den viktigaste dokumentasjonen i høve kommunen sine avtalar med banken når det gjeld mellom anna swapsjonar.

Avtalane har den 05.09.2011, sak PS45/11, for så vidt vore tema i kommunestyret. Men i nemnte møte valgte kommunestyret å utsette spørsmålet om korvidt kommunen bør bestride gyldigheita av avtalane med Nordea Bank Norge ASA.

Advokat Kjetil Kvammen har på vegne av sekretariatet utarbeidd notat av 12.11. d.å. vedkomande desse spørsmåla. Notatet gir ein del relevant faktisk og rettsleg informasjon som er nyttige for vurderingane. Dessutan framkjem foreløpige konklusjonar i saka. Det som vert opplyst kan tyde på at sentrale sider ved desse spørsmåla tidlegare ikkje har vore vurdert særleg grundig eller lagde fram for Nordea Bank Norge ASA.

**2. Hovudfokus ved ein ny gjennomgang**

Ein ny gjennomgang av sakskomplekset er denne gongen ikkje retta inn mot kommunen sin handlemåte. Dei interne tilhøva og dei reaksjonane og tiltak som internt følgte av kommunestyrevedtaket av 05.09.2011 er såleis ikkje tema her. Dei spørsmåla som no skal drøftast er den rettslege stillinga mellom kommunen og Nordea Bank Norge ASA i eigenskap av avtalepartar. Dette blir spørsmål som langt på veg vil kvile på bankfaglege og juridiske vurderingar. Men då tilhøvet til lovreglar ser ut til å vere sentrale, kan kommunen på fritt grunnlag gjere seg opp ei sjølvstendig meining med omsyn til banken sin handlemåte i forhold til det regelverket som det vert gjort greie for.

**3. Avtaleinngåinga**

Sekretariatet tek til vitande at kommunen mest sannsynleg har brote både kommunelova og anna regelverk gjennom inngåing av desse avtalane. Spørsmålet er om det vernet som lova skulle gi kommunen er tilsidesett av den andre parten i avtaleforholdet.

Utgangspunktet er at kommunen var interessert i å oppnå rentesikringsavtalar, men sit att med noko anna, nemleg spekulasjonsavtalar som medfører tap og risiko for tap. Når reglane synest

å vere brotne er det prinsipielt viktig at den avtaleparten kommunen burde kunne stole på får høve til å svare for feil som synest å liggje i dagen.

Når det gjeld saksbehandlinga for kontrollutvalet og vidare saksgang vil det verken vere kontrollutvalet eller revisjonen si oppgåve å handtere tilhøvet til Nordea Bank ASA. Det er naturleg at kommunen som skadeliden eller tapande kontraktspart gjennomfører denne oppgåva med assistanse av sine hjelparar og sitt eige nettverk.

#### **4. Grunnlaget for reaksjon mot banken**

Hovudgrunnlaget for kritikken mot banken går fram av pkt. 3 og 6 i advokat Kjetil Kvammen sitt notat.

Det kjem her fram at banken har klassifisert Sykkylven kommune som "Ikke-profesjonell" i høve til det såkalla MiFiD-regelverket som går fram av verdipapirforskrifta.

I eit eige brev datert 11.03.2011 har banken bekrefta at Sykkylven kommune skulle få "største grad av informasjonssikkerhet" i samband med inngåing av avtalane.

Dette er eit investorvern som kommunen dessverre gjekk glipp av. Svikten skjedde truleg på grunnlag av feil og dårlege kvalitetssikra rutinar hjå Nordea Bank Norge ASA. Like sannsynleg synest det å vere at dersom den lov-og forskriftsfesta informasjonen var blitt gitt, så ville både administrasjonen og politikarane i Sykkylven kommune ha vurdert avtalane på ein annan måte. Sagt med andre ord ville avtalane mest sannsynleg aldri blitt inngått. Mykje kunne då vere spart for Sykkylven kommune.

Tidspunktet for når denne kunnskapen skulle gjevast til kommunen er sentralt for saka. Den kunnskapen ein må ha for vurderingane vil kome for seint dersom den først blir kjent etter at avtalane er inngått, slik det mest sannsynleg var tilfellet i desse sakene.

På grunn av dokumentasjonsplikta vil banken vere den som har bevisbyrda i desse spørsmåla.

#### **5. Kravet som bør stillast**

Etter det sekretariatet kan sjå, bør det klart stillast spørsmål til Nordea Bank Norge ASA om å erkjenne ansvar for at desse feila vart gjort. Vi kan ikkje sjå at Nordea Bank Norge ASA har fått denne saka framlagd for seg på ein slik måte tidlegare eller at slike sentrale spørsmål om gyldigheit eller ansvar er retta mot banken. Det er viktig at banken får gjere greie for korleis ein har oppfylt pliktene i høve til lova, herunder m.h.t. pliktig dokumentasjon.

Saka er på grunn av sin art og beløpa sin storleik, samanhalde med eit klart regelverk som ser ut til å vere brote, som så alvorleg at kommunen også kan vere tent med å få ei rettsleg prøving av spørsmålet om gyldigheit og ansvar.

#### **6. Vidare tiltak**

Desse spørsmåla vil det vere naturleg å kome tilbake til etter at motparten sitt syn er klarlagd og dersom ein då mislukkast i å oppnå semje. Både gjennom semje og som resultat av ei domstolsprøving kan løysinga også gå ut på at avtalane blir modifisert, dvs. lempa til fordel for den parten som har blitt urimeleg behandla. Advokat Kvammen peikar på dette som ei mulegheit etter avtalelova.

Ut frå at Nordea Bank Norge ASA er eit verdipapirføretak, som på visse vilkår har konsesjon til å drive slik verksemd, er det nærliggande å vurdere innrapportering av denne alvorlege svikten til bankane sitt tilsynsorgan, Finanstilsynet. Manglande internkontrollsystem i bank er

styret sitt ansvar. Den renomme-og omdømerisikoen ei sak medfører for den andre parten vil kunne vere betydeleg. Dette alternativet bør inngå i dei vidare vurderingane i saka.

Det er likevel viktig for ei rett vurdering og vidare handsaming at kommunestyret får saka til ny førehaving når bankens sine svar ligg føre.

Med det som er nemnt ovanfor som bakgrunn legg ein saka fram for kommunestyret med slik

### **innstilling:**

1. Kommuneadministrasjonen blir bedt om å utgreie og vurdere nærare om dei aktuelle finansielle avtalane med Nordea Bank Norge ASA er gyldige, om kommunen kan krevje lemping av innhaldet i avtalane eller om kommunen kan kreve erstatning.
2. Til avgjerd av spørsmålet om vidare saksgang ber kommunestyret om å få seg førelagt ei nærare utgreiing når Nordea Bank Norge ASA sin uttale litt føre.
3. Kommunestyret vil kome tilbake til kva for endelege rettslege krav Sykkylven kommune eventuelt bør gjere gjeldande i denne saka.

Harald Rogne  
dagleg leiar

## NOTAT

Til  
Kontrollutvalgssekretariat: SKS IKS

Dato for utarbeidelse av notatet: 12.11.2012

Sak: Sykkylven kontrollutval, sak nr.: 38/12

Saken gjelder: Finansielle avtaler inngått av Sykkylven kommune

### Innhold

1.	Tidligere vedtak.....	2
1.1.	Kontrollutvalget .....	2
1.2.	Kommunestyret.....	2
1.3.	Mulige grunner til at saken har stanset opp .....	3
2.	En illustrasjon av kompleksiteten i de finansielle produktene .....	3
3.	Regelverk til beskyttelse av kunder .....	4
3.1.	Kommuneloven.....	4
3.2.	Verdipapirhandelloven.....	4
3.3.	Verdipapirforskriften og MiFID .....	4
3.4.	Finanstilsynets rundskriv nr. 4/08 .....	5
3.5.	Sanksjoner ved regelbrudd.....	5
4.	Partsforholdet og avtalene .....	5
4.1.	Kommunen.....	5
4.2.	Opptakten og de første avtalene.....	5
4.3.	Kundekategoriseringen .....	6
5.	Nærmere om inngåelsen av avtalene.....	7
5.1.	Tidspunktet for avtalenes bindende rettsvirkning .....	7
5.2.	Tidspunktet for bankens meddelse av ulike avtalevilkår .....	7
5.3.	Rammeavtalens manglende betydning for tidligere avtaler.....	7
6.	Feil begått av Nordea Bank Norge ASA .....	8
6.1.	Manglende kundeinformasjon til rett tidspunkt – forut for at beslutninger tas .....	8
6.2.	Øvrige spørsmål som det er naturlig å stille .....	8
6.3.	Dokumentasjonsplikten.....	9
6.4.	Forholdet til Finanstilsynet som fagetat, jfr. vilkår for verdipapirforetakets konsesjon	9
7.	Spørsmål om rettsvirkninger av begåtte feil .....	9

7.1. Spørsmål om ugyldighet .....	9
7.2. Spørsmål om erstatning.....	9
8. Kommuneadvokatens råd, den bestilte rapporten fra investeringsrådgiver .....	10
9. Foreløpig konklusjon.....	10

## **1. Tidligere vedtak**

### 1.1. Kontrollutvalget

I sak nr. 2/11 gjorde kontrollutvalget følgende **vedtak**:

- På bakgrunn av flere formelle feil som er gjort i denne saka, mellom anna brot på finansreglementet vedteke av kommunestyret, vil kontrollutvalet ha utgreidd om kommunen er bunden av avtalen som er inngådd med Nordea Bank ASA. Kontrollutvalet vil om kort tid ha et nytt møte for vidare behandling av saka.

Under sak 05/11, den 16.03.2011 **vedtok** kontrollutvalget følgende:

- Før endeleg behandling av saka vil kontrollutvalet ha seg førelagd ei vurdering av korleis konkuransesetninga av finansielle instrument som bruk av renteswap-avtalar og swapsjonar er gjennomført.
- Med utgangspunkt i m.a. brevet frå Nordea Bank ASA datert 11.03.2011 vil kontrollutvalet også ha seg førelagd ei vurdering av om rådmannen i Sykkylven kommune, samla sett i si sakshandsaming, har handla innanfor sine fullmakter.
- Kontrollutvalet vil vidare få vurdert om banken har oppfylt sine forpliktingar når det gjeld informasjon til kommunen som følge av kundeklassifisering og om resultatet av kundeklassifiseringa i forkant av at avtalane vart gjort.

### 1.2. Kommunestyret

I møte 05.09.2011, sak PS45/11, gjorde kommunestyret slikt **vedtak** (21 mot 8 stemmer):

- Rådmannen sine administrative tiltak innanfor område økonomi så langt, vert teke til orientering. Kommunestyret viser til kritikk av administrasjonen i sak PS45/11, pkt. 3, og pålegg rådmannen å gjere ytterlegare administrative tiltak/omorganiseringar med frist 03.10.2011.
- Innspel frå Gabler Wassum AS til endringar i finansreglementet, vert innarbeidd.
- Ut frå ei totalvurdering vert det ikkje på dette tidspunkt gått vidare med å bestride dei gjeldande avtalane med Nordea Bank Norge ASA.



Virkningene av siste punkt i kommunestyrets vedtak er noe uklare. Vedtaket er dessuten ikke særlig utfyllende begrunnet.

På den ene side er det sannsynlig at bakgrunnen for vedtaket var at forholdet til Nordea Bank Norge ASA ikke var tilstrekkelig belyst til at kommunestyret kunne ta et endelig standpunkt. Gyldighets- og ansvarsspørsmålet ble m.a.o. antagelig ikke ansett for å være tilstrekkelig utredet.

På den andre side gir kommunestyrevedtaket ingen føringer for om hvorvidt, og eventuelt når og hvordan, det langsiktige avtaleverket med banken skulle forfølges videre. Politikerne kan ha hatt ønske om å se an utviklingen/de reelle økonomiske virkningene av avtalene, men en synes da å ha oversett nødvendigheten av å unngå passivitetsvirkninger, dersom forholdet til Nordea Bank Norge ASA skulle prøves videre. "På dette tidspunkt" kan likevel tyde på at kommunestyret senere er åpen for å få seg forelagt avtaleforholdet med Nordea Bank Norge ASA som egen sak. En må tolke kommunestyrevedtaket slik at en overlater det til administrasjonen å ta opp dette.

### 1.3. Mulige grunner til at saken har stanset opp

Administrasjonen har imidlertid så vidt jeg vet ikke foretatt seg noe i det året som er gått når det gjelder spørsmål om avtalenes gyldighet og ansvarsforholdene. Begrunnelsen for dette er jeg usikker på. Både sakens omfang og de forhold som ble avdekket internt i kommunen kan være årsak til at ytterligere fokus sett fra en side ikke er ønskelig. Men dette er naturligvis i seg selv en lite holdbar grunn til å la saken ligge uavklart. Jeg anser for min del dette for å være bakgrunnen for at kontrollutvalget anmoder om at saken nå blir tatt opp.

Jeg vil nevnte at jeg i det etterfølgende ikke kommer nærmere inn på forhold i Sykkylven kommune da jeg ikke anser slike forhold relevant i forhold til det som jeg av kontrollutvalget er anmodet om å drøfte.

## **2. En illustrasjon av kompleksiteten i de finansielle produktene**

Jeg skal kort og unøyaktig forsøke å illustrere den swapsjon som kommunen har inngått: Swapsjon er en opsjon på å tre inn i en renteswap (rentebytteavtale) på et fremtidig tidspunkt. Hensikten med en renteswap er å etablere stabilitet i finanskostnader og/eller -inntekter. Partene avtaler bytte av rentebetingelser f.eks. på lån i en nærmere bestemt periode. Byttet innebærer at den ene part får byttet sin flytende rente mot fast rente, mens den andre part får flytende rente i bytte mot fast rente.

Salg av en swapsjon gir motparten en rett, men ikke plikt (opsjon), til på et eller flere fremtidige tidspunkt å inngå en på forhånd avtalt rentebytteavtale (swap). I dette ligger at kommunen har solgt (bundet seg til) å stå ved en opsjon for motparten som under gitte forutsetninger påfører kommunen forpliktelser i fremtiden. Swaper finnes i utallige varianter.

Dersom 10 års markedsrente pr. februar 2011 er lavere enn 4,05 %,

- da har kommunen **plikt** til innen 5 år (regnet fra februar 2011)

- å betale en rente på 4,05 % på en 10 års rentebytteavtale knyttet til et underliggende beløp på NOK 300 mill. (uten at dette er knyttet til et konkret lån som kommunen har).

Som kompensasjon for salget av denne opsjonen mottar kommunen NOK 7,7 mill. i opsjonspremie (2,4 - 2,8 % premie).

Forutsetning:

Dersom 10 års markedsrente (pr. februar 2011) er høyere enn 4,05 %, vil kommunens plikt til å bli part i rentebytteavtalen ikke bli effektiv (fordi motparten da vil få bedre betalt fra andre). Kommunen beholder opsjonspremien uansett om avtalen blir effektiv.

Som adskilt transaksjon skjer så følgende:

Kommune bruker opsjonspremien til å redusere en del dyre låneavtaler (solgt renteswapper med løpetid 5-10 år og kjøpt nye renteswapper med løpetid 3-5 år). Effekten er at kommunens løpende rentekostnader er blitt redusert.

Scenariet er en form for rentegaranti, rentesikkerhet til en som man har lånt penger fra. 10 års markedsrente pr. februar 2011 ble 3,5 %. Da må kommunen innen 5 år likevel betale 4,05 % rente av NOK 300 mill. i 10 år.

Ovenstående illustrerer noe av kompleksiteten og usikkerheten ved slike produkter. Den er på ingen måte en uttømmende beskrivelse av problemstillingene.

### **3. Regelverk til beskyttelse av kunder**

#### 3.1. Kommuneloven

I kommuneloven § 52 tredje ledd stilles det krav om at kommunen skal ha slik finansforvaltning at det oppnås tilfredsstillende avkastning, ikke vesentlig finansiell risiko og at krav til likviditet er oppfylt. Finansforvaltningsforskriften (forskrift 9. juni 2009 nr. 635 om kommuners og fylkeskommuners finansforvaltning) § 3 utdyper dette. Et verdipapirforetak vil være en profesjonell aktør som både kjenner til og vektlegger dette sentrale regelverket som gjelder for kunden og som også oppfyller kravene til god forretningsskikk.

#### 3.2. Verdipapirhandelloven

Lov om verdipapirhandel ble vedtatt 29. juni 2007 og trådte endelig i kraft 1. januar 2008. Loven gjennomfører blant annet EUs direktiv 2004/39/EF om markeder for finansielle instrumenter (MiFID). I § 10-11 har loven regler om god forretningsskikk. Kravet om god forretningsskikk er en av de mest sentrale rettslige standarder for den virksomhet som et verdipapirforetak driver. Lovens kap. 10 regulerer beskyttelse av investorer.

#### 3.3. Verdipapirforskriften og MiFID

I forbindelse med implementeringen av EU-direktivet Markets in Financial Instruments Directive (MiFID), i kraft fra 01.11.2007, ble det den 29.06.2007 også vedtatt ny forskrift. Direktivet

regulerer på ufravikelig måte de rammebetingelsene som gjelder for verdipapirforetak og investeringsvirksomhet.

EUs direktiv 2006/73/EF er gjennomført i verdipapirforskriften (vpf.) kapittel 10.

#### 3.4. Finanstilsynets rundskriv nr. 4/08

I dette rundskrivet kom (daværende) Kredittilsynet den 12.02.2008 med nye retningslinjer for salg av sammensatte eller garanterte produkter. I rundskrivet slås det fast at "Kredittilsynet legger til grunn at en ikke-profesjonell kunde normalt ikke vil ha nødvendig erfaring og kunnskap til å forstå risikoen ved sammensatte produkter". I tillegg uttaler Kredittilsynet at "...sammensatte produkter i liten grad bør anses hensiktsmessig for en ikke-profesjonell kunde". Sammen med uttalelser fra bl.a. finansministeren ble dette i markedet oppfattet som et totalforbud mot salg av sammensatte produkter. Bakgrunnen for denne innskjerpingen var bl.a. en rekke negative presseopplag om denne type produkter, og spesielt i de tilfeller det var tale om lånefinansiering. Jeg viser til sakene vedrørende de såkalte "Terra-kommunene".

#### 3.5. Sanksjoner ved regelbrudd

Dersom det er oppnådd vinning ved en uaktsom eller forsettlig overtredelse av bl.a. verdipapirhandelloven § 10-11 jfr. lovens § 17-2 og forskrifter gitt i medhold av lovens bestemmelser, kan den som vinningen er tilfalt, pålegges helt eller delvis å avstå denne.

Slik vinningsavståelse kan komme i tillegg til straffesanksjoner i medhold av verdipapirhandelloven § 17-3.

Sanksjonene kan være så byrdefulle at en part i gitte tilfeller kan se seg best tjent med en frivillig løsning i en tvist.

### **4. Partsforholdet og avtalene**

#### 4.1. Kommunen

Etter alt å dømme var Sykkylven kommune ikke spesielt godt rustet m.h.t. kompetanse når det gjaldt rekkevidden av kompliserte finansielle produkter. I så måte adskiller Sykkylven seg neppe særlig fra primærkommuner flest.

#### 4.2. Opptakten og de første avtalene

Det kan bringes i erindring at verdipapirforetaket er den profesjonelle part i avtaleforholdet. I 2008 hadde Sykkylven kommune lån i størrelsesorden kr. 300 mill i Kommunalbanken. I januar 2008 ble det i spørsmålet om reduksjon av renteutgiftene konkludert i kommunen med at det antagelig var lite å vinne ved å foreta endringer på dette området.

Sykkylven kommune hadde pr. 2008, i de relasjoner som her omtales, ikke kundeforhold til Nordea. Høsten 2008 ble det, angivelig etter initiativ fra banken, avholdt et info-/ salgsmøte i

kommunen. Formålet var å få i stand innsalg av bankens produkter. Der foreligger ikke referat fra møtet.

Den 03.11.2008 og 13.02.2009 ble det inngått rentebytteavtaler for h.h.vis NOK ca 181 mill. og NOK 78,5 mill. Den 01.12.2009 ble det inngått avtale om swapsjon.

Det kan reises spørsmål om noen implisert medarbeider i banken ble godskrevet særskilt vederlag for angjeldende oppnådde avtaler med Sykkylven kommune.

#### 4.3. Kundekategoriseringen

Verdipapirhandelloven stiller krav til banken og verdipapirforetaket om å inngå en kundeavtale ved handel i finansielle instrumenter.

Videre stiller loven krav til hvordan verdipapirforetaket skal opptre overfor sine kunder.

I forbindelse med inngåelse av kundeavtalen innhenter banken informasjon om erfaring og kunnskap, finansiell informasjon, investeringsformål, regelverket hos investor, risikoprofil og annet. Innhentet informasjon skal sikre at bankens kunder får tilpasset rådgivning.

I forhold til regelverket har banken i brev av 11.03.2011 meddelt at Sykkylven kommune er klassifisert som "Ikke-profesjonell" kunde, hvilket for så vidt også ville være uunngåelig og utvilsomt i forhold til regelverket. Jeg minner om at dette er den av tre ulike kundekategorier som loven gir den høyeste grad av investorbeskyttelse. I dette ligger bl.a. at banken i ettertid skal kunne dokumentere at kommunen hadde kunnskap og erfaring til å forstå investeringstjenesten, og at banken har vurdert produktet til å være et riktig råd/produkt for kommunen som kunde. I tillegg foreligger det lovpålagte krav m.h.t. hvilken informasjon kommunen skulle motta fra banken, samt hvilken informasjon banken på sin side, også det på en etterviselig måte, skulle innhente fra kommunen som potensiell kunde.

#### Denne dokumentasjonen synes fullstendig fraværende

MiFID-regelverket og virkningene av det må forutsettes å ligge innenfor bankens spisskompetanse, jfr. verdipapirforskriften. Banken har som ledd i egen internkontroll selv et ganske nitid regelverk på dette området.

Jeg kan ikke se at kommunen har anmodet om å få fremlagt Nordeas rutine- og prosessbeskrivelse som gjaldt i 2008 på dette spesifikke området.

Jeg nevner for ordens skyld at jeg har mottatt kopi av Nordeas ovennevnte brev av 11.03.2011 til kommunerevisjonen, signert Ottar Strompdal. I brevet bekrefter banken sin egen plikt til å gi Sykkylven kommune "*største grad av informasjonssikkerhet*" i forbindelse med at avtaleforpliktelsene pådras. Det redegjøres imidlertid ikke tilstrekkelig for hvordan dette kan ha skjedd. Ingen lovpliktig dokumentasjon er fremsendt.

Kommunen bør etter mitt skjønn sørge for at dokumentasjonsplikten ettergås nå, da det klart vil kunne være av betydning for avtalers gyldighet og ansvarsspørsmålet.

## 5. Nærmere om inngåelsen av avtalene

### 5.1. Tidspunktet for avtalenes bindende rettsvirkning

I brev av 05.11.2008 til Sykkylven kommune bekreftet Nordea Bank Norge ASA handel med NOK 181.208.230.- samme dag på basis av kontrakt nr. 790218/953038 med angivelig kontraktsdato 03.11.2008. Brevet er bekreftet ved påskrift gitt av kommunalsjef Dag Flackè og rådmann Erling Solsletten. Nordea har ikke fremlagt noen dokumentasjon som godtgjør at noen av disse hadde **fullmakt** til å inngå en slik avtale, verken i begynnelsen av november 2008 eller senere. Om kommunens ansatte utad kunne være legitimert til å handle er tvilsomt på grunn av at kravet til den profesjonelle medkontrahentens gode tro er skjerpet på slike felt. Banken kunne uansett ha satt fokus på de ansattes **materielle kompetanse**, særlig i forhold til kommunens finansreglement.

Kontraktsdokumentet ble forelagt formannskapet først 24.11.2008.

### 5.2. Tidspunktet for bankens meddelse av ulike avtalevilkår

Først i april 2010 får Sykkylven kommune seg forelagt Nordeas **kundekontrakt** for derivattransaksjoner. Denne avtalen for valuta- og derivathandler ble oversendt Sykkylven kommune v/ordfører ved bankens ekspedisjon av 14.04.2010, innstemplet den 21.04.2010 i Sykkylven kommune.

I svarbrev av 22.04.2010 til Nordea Bank Norge ASA, avd. Sykkylven, ber kommunens stabssjef om mer informasjon. Videre anmoder han om et møte med banken i anledning avtalene.

Jeg kan ikke se at brevet er besvart skriftlig av Nordea Bank Norge ASA.

Til dette har for øvrig nåværende økonomisjef i kommunen gitt følgende opplysning:

*"På forespurnad frå kommunen, svarte Nordea at dette var ein standardavtale som ved ein lapsus ikkje var sendt ut og underteikna før inngåing av kontraktane. Det vart teke opp om underskriving av avtalen ville ha innverknad på avtalar gått inn før underteikning, men det fekk vi avkrefstade svar på. – Som alle avtalar ville dei gjelde frå underskriftsdato, dvs. framtidige handlar."*

### 5.3. Rammeavtalens manglende betydning for tidligere avtaler

Nordea har altså selv bekreftet at den formelle kundekontrakten ikke er virksom med tilbakevirkende kraft, dvs. for avtaler inngått før 26.04.2010. Etter mitt skjønn ville dette for øvrig uansett ha vært rettsfølgen, slik de ulike tidspunkt for avtaleinngåelsene her var.

Avtalen er formulert som en rammeavtale. Den er datert, signert og stemplet av ordfører Jan Kåre Aurdal 26.04.2010 samt av Nordea Bank Finland Plc v/Ole Petter Solnørdal denne nevnte dagen. I avtalen heter det bl.a.:

"Handel i Derivatinstrumenter innebærer risiko slik handel fordrer derfor spesiell kunnskap fra Kundens side."

Dette avtales ca. fire måneder etter inngåelsen av den seneste avtalen.

Ovenstående kan se ut som et alvorlig brudd på det regelverk som er nedfelt med hjemmel i bl.a. verdipapirhandelloven.

## **6. Feil begått av Nordea Bank Norge ASA** (Oppregningen er ikke fullstendig/uttømmende)

### 6.1. Manglende kundeinformasjon til rett tidspunkt – forut for at beslutninger tas

Etter mitt syn begikk verdipapirforetaket (banken) en alvorlig feil ved ikke å informere i Sykkylven kommune i samsvar med regelverket senest forut for den politiske behandling av spørsmålet om avtaler. En kommune må ha lov til å stole på at en profesjonell medkontrahent i et slikt tilfelle følger loven.

For det første hadde verken rådmannen, noen av hans underordnede eller formannskapet materiell kompetanse til å fravike finansreglementet, og langt mindre kommunelovens spesialbestemmelser om kommuners finansforvaltning. Ei heller Sykkylven kommunestyre kunne uten videre tilsidesette finansreglementet.

For det andre må Sykkylven formannskap antas å ha vært uten tilstrekkelig kunnskap om hva angjeldende avtaler i virkeligheten innebar, herunder det reelle risikoaspektet. Informasjon om dette manglet. Hvilke drøftelser som foregikk i formannskapet lar seg kanskje langt på veg ettervise gjennom bevisførsel. Men den naturlige uvitenhet eller villfarelse som der rådet lå utvilsomt innenfor bankens lovfestede oppgave å fjerne som ledd i den "investorbeskyttelse" banken var lovpålagt å gi og har bekreftet seg innforstått med. Misforståelsene gikk så langt at Sykkylven formannskap la til grunn at kommunen med avtalene hadde skaffet seg en reduksjon fra 6 % til 4 % og således ville spare NOK 1,6 mill, dvs. en umiddelbar gevinst som formannskapet sågar kunne disponere over. I formannskapet var det etter det opplyste svært få motforestillinger mot avtalene.

De faktiske forhold var imidlertid at "markedet", dvs. swap markedsrente i denne perioden, i andre sammenhenger, var definert av banken selv og andre til å synke til ned mot 2 % i utviklingens medfør, og det uten noen form for avtaler eller tiltak. Dette kom etter det opplyste ikke fram da det burde.

### 6.2. Øvrige spørsmål som det er naturlig å stille

Det er naturlig å be om å få dokumentert hvordan Nordea Bank Norge ASA som verdipapirforetak har oppfylt sine plikter etter loven forut for inngåelsen av angjeldende avtaleforhold.

Det er videre naturlig å be om å få oversendt kopier av eventuelle avtaledokumenter signert av kompetent person i kommunen etter at verdipapirforetakets (bankens) egne selvstendige informasjonsrutiner angivelig er blitt gjennomført overfor kommunen.

Det må i mangel av andre opplysninger antas at slik dokumentasjon ikke foreligger.

### 6.3. Dokumentasjonsplikten

I følge verdipapirforskriften § 9-21 stilles det følgende krav til oppbevaring av dokumentasjon, herunder oppbevaringstid:

- (1) Verdipapirforetak skal oppbevare den dokumentasjon som kreves etter verdipapirhandelloven og forskrifter fastsatt i medhold av verdipapirhandelloven i minst 5 år.*
- (2) Dokumenter som viser verdipapirforetakets og kundens respektive forpliktelser og rettigheter i tilknytning til avtale om tjenesteyting eller vilkårene for denne, skal likevel oppbevares så lenge kundeforholdet varer.*

### 6.4. Forholdet til Finanstilsynet som fagetat, jfr. vilkår for verdipapirforetakets konsesjon

Det er naturlig senere å vurdere hvorvidt saken bør forelegges for Finanstilsynet til uttalelse når det gjelder de verdipapirfaglige spørsmål denne saken måtte reise.

## **7. Spørsmål om rettsvirkninger av begåtte feil**

Noen av disse er omtalt ovenfor under 3.5.

### 7.1. Spørsmål om ugyldighet

I dette ligger spørsmålet om kommunen kan gå fra avtalene, dvs. at Nordea/partene må avstå fra å gjøre rett gjeldende etter de inngåtte kontraktene.

Til dette kreves en ugyldighetsgrunn. Det kan tenkes at avtalerevisjon, og endog ugyldighet, vil være hjemlet i avtaleloven § 36 om ikke annen ugyldighetsgrunn kan påvises.

Dette spørsmålet hører under en nærmere og mer omfattende gjennomgang å ta stilling til.

### 7.2. Spørsmål om erstatning

I den grad Sykkylven kommune lider tap så er det naturlig å drøfte vilkårene for erstatning. Her synes å være klar årsakssammenheng mellom bankens handlemåte og kommunens inngåtte avtaler. Banken synes på flere punkt å måtte sidestilles med en skadevolder. Her er flere tapsbringende og "skadelige" utvikling hadde sannsynligvis ikke hadde inntrådt om banken hadde fulgt regelverket som gjelder for bankens virksomhet.

## **8. Kommuneadvokatens råd, den bestilte rapporten fra investeringsrådgiver**

Det er opplyst at kommunen har vært bistått av advokat Reidar Andresen.

Jeg kan imidlertid ikke se at kommunens juridiske hjelper har berørt særlig de spørsmål som forholdet til Nordea innbyr til i den situasjonen kommunen har stått. Det fremkommer at advokaten har tilrådd å sende saken over til Gabler Wassum AS, uten selv å gjøre egne vurderinger. I e-post av 01.04.2011 skriver han bl.a.:

*"Basert på det som her fremkommer, er mitt råd nå at vi engasjerer Gabler Wassum AS, herunder at disse avgir en uttalelse før svar avgis fra vår side til Nordea. Dette for å sikre et best mulig presisjonsnivå..."*

Dette selskapet har avgitt rapporten "Handel med finansielle instrumenter i Sykkylven kommune", datert 15.08.2011. Men heller ikke Gabler Wassum AS har i denne rapporten særlig inngående drøftet den rettslige stilling i forhold til Nordea Bank Norge ASA sin handlemåte. Det heter at "Sannsynligheten for å vinne frem synes [også] å være beskjedent", uten at dette er begrunnet i annet enn at kommunen nærmest har seg selv å takke. Også dette finner jeg noe underlig all den stund foretaket trekker frem følgende hovedprofil på sin hjemmeside:

*Som ledende pensjons- og investeringsrådgiver er Gabler Wassum opptatt av å være bidragsyter i diskusjoner som omhandler tema innenfor vårt virksomhetsområde.*

Jeg må presisere det forbehold at her kan det være informasjon som Gabler Wassum AS har gitt kommunen, som jeg til nå ikke er blitt kjent med.

Investeringsrådgiverens konklusjon er imidlertid at "På denne bakgrunn kan det fremstå som lite fordelaktig å bestride de inngåtte avtaler".

Gabler Wassum AS har imidlertid ikke berørt det forhold at rammeavtalen først ble sendt fra Nordea til banken ca. 4 måneder etter at siste avtalen ble inngått. Det er en åpenbar mangel ved rapporten at dette synes å være oversett. Den sentrale avtalerettslige virkningen av disse forhold sees i alle fall ikke drøftet. Jeg merker meg ellers at rapporten ikke er signert av advokat, men av seniorkonsulent Lasse Sørensen som i oppdragsavtale av 07.04.2011 oppgis å være siviløkonom. Hvilken juridisk vurdering sakskomplekset har fått hos Gabler Wassum AS er derfor usikkert.

I disse spørsmålene er imidlertid de avtalerettslige sidene særlig betydningsfulle. Det kan likevel se ut som om Gabler Wassum AS ikke har undergitt spørsmålene en særlig grundig gjennomgang med henvisning til loven, forvaltningspraksis, rettspraksis, juridisk teori osv. slik som vanlig.

## **9. Foreløpig konklusjon**

Det er reist spørsmål om hvordan Sykkylven kommune, i kraft av å ha plikt til å forvalte fellesskapets verdier på en trygg måte, har utredet og løst gyldighets- og ansvarsspørsmålene i



forhold til den annen avtalepart, verdipapirforetaket Nordea, i forbindelse med salget av kompliserte finansielle produkt.

Undertegnades syn er at disse sentrale spørsmålene ikke kommer særlig godt fram i det som til nå er forelagt Sykkylven kommunestyre. Argumentasjon og vurderinger av om kommunen bør vurdere å bestride gyldigheten av de inngåtte avtaler, og ellers vurdere å fremme slike krav som følger av ugyldigheten og bankens handlemåte for øvrig, har ikke hatt hovedfokus. Alternativet til ansvar synes å være at banken dokumenterer at lovens krav er blitt oppfylt, gjerne etter at de ulike spørsmålsstillinger er blitt utredet og besvart også av motparten, dvs. Nordea Bank Norge ASA.

Banken bør etter mitt syn få stilt de spørsmål og presentert de krav som det er naturlig at Sykkylven kommune må stille i sakens anledning. Jeg presiserer at nærværende notat gjør ikke krav på å være fullstendig i så måte, men det peker på en del forhold som kommunen bør utrede og ta selvstendig standpunkt til.

Flere forhold peker i retning av ansvar for verdipapirforetaket. Disse kan ikke sees isolert fra gyldighetsspørsmålet.

Finanstilsynets og Finansdepartementets praktisering av loven er sentrale rettskilder som ikke er undersøkt.

Jeg presiserer at mine syn i nærværende notat er foreløpige.

Kjetil Kvammen  
advokat

**SUNNMØRE**  
**KONTROLLUTVÅLSEKRETARIAT IKS**

Kontrollutvalet i  
Sykkylven kommune

Dato: 15.11.2012

**SAK 42/12**  
**PLAN FOR FORVALTNINGSREVISJON – SYKKYLVEN KOMMUNE**

Forvaltningsrevisjon er i forskrift om revisjon § 7 første ledd definert som systematiske vurderingar av økonomi, produktivitet, måloppnåing og verknadar ut frå kommunestyret sine vedtak og føresetnader, herunder om:

- a) Ressursar blir brukt til å løyse oppgåver i samsvar med vedtak og føresetnader
- b) Ressursbruk og verkemiddel er effektive i forhold til måla som er sett
- c) Regelverket blir etterlevd
- d) Styringsverktøy og verkemiddel er tenlege
- e) Grunnlaget for vedtak i politiske organ samsvarar med offentlege utgreiingskrav
- f) Resultata i tenesteproduksjonen er i tråd med føresetnadane og om resultata er nådd

Forvaltningsrevisjon er med andre ord meint å vere ein reiskap for det øvste politiske organet i samband med å føre tilsyn og kontroll med forvaltninga og dei resultata som blir oppnådd.

Avleia seier desse punkta noko om kva forvaltningsrevisjon bør halde fokus mot. Fokuset bør vere å sikre tenlege styringssystem som igjen sikrar ei målretta og kostnadseffektiv drift. Det sentrale ved forvaltningsrevisjon, er vurderingar om resultata er i tråd med vedtak og føresetnader. I denne forstand er den resultatorientert, og ikkje avgrensa til undersøkingar av økonomi. Ein slik forvaltningsrevisjon er i stor grad ei evalueringa av kommunen si administrative leiing med vektlegging av tema som organisasjonen sitt kontrollmiljø, risikovurderingar, interne kontrollaktivitetar og tilsyn med desse.

I samanheng med dei siste endringane i kommunelova knytt til internt tilsyn og kontroll, §§ 74-81, vart det laga nye forskrifter til § 77 (kontrollutval) og § 78 (revisjon).

I forskrift om kontrollutval § 10 første ledd vart kontrollutvalet pålagt å lage ein plan for gjennomføring av forvaltningsrevisjon minst ein gong i valperioden, og seinast innan utgangen av året etter at kommunestyret er konstituert. Andre setning første ledd krev at kommunestyret sjølv vedtek denne planen, medan kontrollutvalet kan gjere endringar i planperioden etter delegering.

Andre ledd krev at kommunen identifiserar behovet for forvaltningsrevisjon i dei ulike kommunale verksemdene med utgangspunkt i ei *overordna analyse* basert på *risiko- og vesentlighetsvurderingar*.

Planverket skal vere basert på ei overordna analyse med det føremål å skaffe fram relevant og nødvendig informasjon slik at kontrollutvalet kan legge ein plan over kva for teneste- og temaområde som har behov for ein systematisk gjennomgang. I lovforarbeidet vart det sagt at analysen skal vere overordna og heilskapleg, samt gjennomført på kort tid med ein beskjeden ressursinnsats. Analysen er sett på som internt arbeidspapir som kan haldast unna offentlegheit.

I kraft av å ha det overordna tilsynsansvar i kommunen, kan kommunestyret gi instruksar om igangsetting av prosjekt. I mangel av slike avgjer kontrollutvalet sjølv områda som skal vere gjenstand for forvaltningsrevisjon. Kravet om at kommunestyret sjølv skal vedta innhald og omfang av forvaltningsrevisjon er knytt til ein intensjon om at kommunestyret bør ha ei aktiv og bestemmande rolle. Det at kommunestyret har ein rett til å gi detaljerte instruksar er likevel ikkje det same som ei plikt. Om kommunestyret legg opp til ein omfattande bruk av instruksar bryt ein med intensjonen bak det å opprette eit utval der forvaltningsrevisjon er ei viktig arbeidsoppgåve.

Oppgåvene til kontrollutvalet med forvaltningsrevisjon følgjer av kapittel 5 i forskrift om kontrollutval, §§ 9-12. I § 9 er det presisert at:

*”Kontrollutvalget skal påse at komunens eller fylkeskommunens virksomhet årlig blir gjenstand for forvaltningsrevisjon i samsvar med bestemmelsene i dette kapittel.”*

Kjerneoppgåvene til kontrollutvalet i samband med forvaltningsrevisjon er:

- Plan for gjennomføring av forvaltningsrevisjon, § 10.
- Rapportar om forvaltningsrevisjon, § 11.
- Oppfølging av forvaltningsrevisjonsrapportar, § 12.

Den type av revisjonstenester som forvaltningsrevisjon sorterer under, har både nasjonalt og internasjonalt endra seg mykje dei siste åra. Eit risikobasert utgangspunkt for val av prosjekt er ei tilnærming som sikrar god og nyttig revisjon. Av den grunn stiller forskrifta krav om val av prosjekt basert på *risiko- og vesentlighetsvurderingar*.

Plan for forvaltningsrevisjon skal bygge på dei prinsippa som regelverket føreset og det er gjennomført spørreundersøkingar med tanke på å finne dei mest optimale revisjonsområda.

Det blir lagt opp til at planen blir ettersendt. Det same vil måtte skje med forslag til innstilling overfor kommunestyret.

Harald Rogne  
dagleg leiar

**SUNNMØRE  
KONTROLLUTVÅLSEKRETARIAT IKS**

Kontrollutvalet i  
Sykkylven kommune

Dato: 19.11.2012

**TILLEGGSSAK – ORIENTERINGSSAK**

**SAK 43/12  
LOVLEGGKONTROLL AV FARSUND KOMMUNE - SWAPSONAR I  
KOMMUNEREKNESKAPEN FOR 2011**

Som vedlegg følger:

- Brev av 12.11.2012 frå fylkesmannen i Vest-Agder

Saka blir lagt fram til orientering utan nærare kommentarar.

Harald Rogne  
dagleg leiar



Farsund kommune  
Postboks 100  
4552 Farsund

## **Lovlighetskontroll av Farsund kommunes regnskap 2011**

Vi viser til kommunens oversendelse av saken 21.6.2012, samt ettersending av opplysninger, bl.a. 30.7 og 25.9.2012. Vi beklager lang saksbehandlingstid.

**Fylkesmannen har foretatt lovlighetskontroll etter kommuneloven § 59 nr. 1 av kommunestyrets vedtak 12/43, regnskap 2011. Fylkesmannen finner at kommunestyrets vedtak i sak 12/43 om regnskap for 2011 er i strid med kl. § 48 nr. 2, jf. regnskapsforskriftens § 7. Kommunestyrets vedtak oppheves.**

### **Sakens bakgrunn**

Farsund kommunestyre fattet den 15. mai 2012 følgende vedtak:

*"Farsund kommunestyre vedtar regnskap for 2011 som vedlagt denne sak. Overskuddet for 2011 (kr 296.221,-) avsettes i budsjettet for 2012 til formannskapets disposisjonskonto. Kommunestyret innskjerper rådmannens plikt til å orientere i tråd med kommunelovens krav og kommunens finansreglement."*

Vedtaket ble fattet med 23 mot 6 stemmer og fremkom etter et todelt (alternative) forslag til vedtak: Å vedta regnskapet slik det var fremlagt av rådmannen. Dette alternativet innebærer et regnskapsmessig mindreforbruk på kr 296 221. Og alternativt: å vedta forslag om å føre en finanskostnad som følge av et beregnet tap på rentebytteavtaler på 5,7 mill. kroner. Dette alternativet innebærer et regnskapsmessig merforbruk på 5,4 mill. kroner.

Bakgrunnen for det alternative forslaget, er at administrasjonen ikke har tatt revisjonens anvisning til bokføring til følge. Kommunestyret valgte å vedta regnskapet slik det er fremlagt av rådmannen og ikke i henhold til revisors anvisning. Kommunerevisjonen Vest har bedt rådgivningsselskapet Gabler og Wassum om en uavhengig verdivurdering av swapsjonene. Gabler og Wassum har utarbeidet en rapport, som er vedlagt saken, der tapet er estimert til om lag 5,7 mill. kroner.

Det ble krevd lovlighetsklage av regnskapsvedtaket i samme møte. Krav om lovlighetsklage er signert av 17 bystyrerepresentanter.

Lovlighetsklagen er gjengitt i sin helhet:

*"I tillegg til en gjennomgang av revisjonens og Kontrollutvalgets anførsler, bes følgende lovlighetskontrollert:*

*Er rentebytteavtale med opsjon for banken i det hele tatt et instrument for rentesikring, og var det i så fall en lovlig avtale for kommunen å inngå på inngåelsestidspunktet? Det kan i utgangspunktet se ut som at en slik konstruksjon kun "sikrer kommunen mot rentereduksjon" forutsatt at banken opptrer rasjonelt.*

*Ble reglene for kommunal finansforvaltning på noe tidspunkt i avtaleperioden endret slik at en i utgangspunktet lovlig avtale derigjennom ble ulovlig å videreføre?*

*Dersom avtalen var lovlig på inngåelsestidspunktet, ble banken gjennom sine reguleringer gitt av Finanstilsynet m.m. på noe tidspunkt forpliktet til å informere kommunen om at avtalen ikke lenger kunne anbefales videreført?*

*Da kommunen inngikk ny avtale/videreførte gammel avtale med nye betingelser, var den nye/videreførte avtalen da balansert?*

*Hvis avtalen med nye betingelser ikke var balansert, hvor stor var avtalens negative verdi for kommunen på tidspunktet for endring av betingelsene/inngåelse av ny avtale?*

*Forutsatt at ny avtale/videreført avtale ikke var balansert, var kommunen på noen måte forpliktet til å inngå/videreføre en slik avtale?"*

Saken ble på nytt fremsatt i kommunestyrets møte 19.5.2012, slik kommuneloven § 59 nr. 2 krever. Administrasjonens forslag om å opprettholde vedtak 12/43 av 15.5 2012 ble vedtatt med 25 mot 4 stemmer. Administrasjonen forslag om at saken oversendes Fylkesmannen i Vest-Agder for lovlighetskontroll, vedlagt de spørsmål som ble innlevert samtidig med at lovlighetskontroll ble krevet, ble enstemmig vedtatt.

### **Krav om lovlighetskontroll**

Ifølge kommuneloven § 59 skal Fylkesmannen ved lovlighetskontrollen vurdere om en avgjørelse:

- a) er innholdsmessig lovlig, dvs. om den har tilstrekkelig lovhjemmel og ikke strider mot lovgivningen eller andre rettsregler, bygger på en riktig lovtolking eller om den kan være utslag av myndighetsmisbruk.
- b) er truffet av noen som har myndighet til å treffe slik avgjørelse, dvs. om vedtaksorganet har myndighet til å treffe avgjørelsen.
- c) er blitt til på lovlig måte, dvs. om saksbehandlingsreglene er fulgt og om avgjørelsen bygger på et korrekt og fullstendig faktum.

Dersom Fylkesmannen ved lovlighetskontrollen finner at det ved avgjørelsen er gjort slike feil at avgjørelsen må sies å være ugyldig, skal vedtaket oppheves. Det ligger imidlertid utenfor Fylkesmannens lovlighetskontroll å vurdere kommunens skjønnsutøvelse. Fylkesmannen har ikke kompetanse til å fatte ny avgjørelse, bare til å oppheve vedtaket dersom det er ugyldig på grunn av saksbehandlingsfeil, er truffet av feil organ eller fordi vedtaket mangler lovhjemmel eller er i strid med loven.

Det er bare de forvaltnings- og offentlighetsrettslige sider ved en avgjørelse som er gjenstand for lovlighetskontroll, ikke de rent privatrettslige sider. Spørsmål om det eksisterer, og

eventuelt innhold og omfang av en kommunes privatrettslige forpliktelser med kontraktsrettslig, erstatningsrettslig eller tingsrettslig grunnlag, inngår ikke i kontrollen etter kl. § 59.

### **Fylkesmannens vurdering**

Regnskapsvedtaket er truffet av kommunestyret. Utgangspunktet i kommuneloven er at all myndighet ligger hos kommunens øverste organ, jf. kl. § 6. Etter kl. § 48 nr. 3 skal kommunestyret selv vedta årsregnskapet. Fylkesmannen legger derfor til grunn at avgjørelsen er fattet av rett organ. Videre legger Fylkesmannen til grunn at saksbehandlingsreglene er fulgt og at vedtaket således er blitt til på lovlig måte.

I det følgende vil Fylkesmannen vurdere om vedtaket er innholdsmessig lovlig.

Det er vedtak om fastsettelse av regnskap 2011 som er klaget inn for lovlighetskontroll. Lovlighetsklagen viser til de anførsler som revisjonen og kontrollutvalget har kommet med. Videre listes det opp i klagen en rekke spørsmål knyttet til kommunens finansforvaltning og finansielle plasseringer.

Fylkesmannen skal lovlighetskontrollere selve regnskapsvedtaket. Dette innebærer at det kun er anførsler og spørsmål knyttet til konkrete forhold til fastsettelsen av regnskapet som vil bli vurdert. Spørsmål og anførsler knyttet til kommunens finansforvaltning og andre vedtak anser vi for å ligge utenfor selve lovlighetskontrollen av regnskap 2011. Vi vil imidlertid avslutningsvis drøfte problemstillingene som det er reist spørsmål ved.

Regnskapsføring av kommunens utgifter og utbetalinger er bestemt av reglene i kommuneloven, forskrift om årsbudsjett (budsjettforskriften) og forskrift om årsregnskap og årsberetning (regnskapsforskriften), begge av 15. desember 2000.

Det følger av kommuneloven § 48 nr. 2 at årsregnskapet *”skal omfatte alle økonomiske midler som disponeres for året, og anvendelsen av midlene. Alle kjente utgifter og inntekter i året skal tas med i årsregnskapet for vedkommende år, enten de er betalt eller ikke når årsregnskapet avsluttes. Årsregnskapet skal føres i overensstemmelse med god kommunal regnskapsskikk.”*

Andre punktum innebærer at årsregnskapet skal føres etter anordningsprinsippet. Det vil si at en utgift eller inntekt som hovedregel skal registreres i årsregnskapet når den oppstår, selv om ut- eller innbetalingen først skjer på et senere tidspunkt. I regnskapsforskriften § 7 gjengis også disse grunnleggende regnskapsprinsippene og krav til god kommunal regnskapsskikk.

I rammeverket utarbeidet av GKRS er det i notat (des. 2011) om «Tidspunkt for regnskapsføring av utgifter, utbetaling og tap i kommuneregnskapet.» gitt nærmere beskrivelse av bokføring av renteutgifter.

Her går det fram at renteutgifter skal regnskapsføres i kommunens bevilgningsregnskap etter hvert som de i henhold til avtale skal godskrives kreditor, det vil si når de er påløpt.

Ved en rentebytteavtale vil driftsregnskapet normalt belastes med betalingsstrømmene (utgiftsførte renter) etter hvert som terminene forfaller. Ved årets slutt korrigeres dette slik at regnskapet viser påløpte renter.

Når det gjelder noteføring er det i KRS nr. 6 angitt følgende: Noter utover de som følger av lov og forskrift utarbeides og tas inn i den grad de er vesentlige og nødvendige for å bedømme og få et fullstendig og utfyllende bilde av kommunens stilling ved årsskiftet. Dette betyr at endringer i markedsverdien av en rentebytteavtale noteføres i den grad endringen vurderes som vesentlig og nødvendig for å bedømme kommunens stilling ved årsskiftet.

Den regnskapsmessige håndteringen av finansielle instrumenter er kompleks og som Foreningen for god kommunal regnskapsskikk (GKRS) selv har uttalt, i begrenset grad regulert av gjeldene regler. Foreningen arbeider med å utarbeide en finansiell standard om regnskapsføring av finansielle eiendeler og forpliktelser i kommuneregnskapet, herunder tidspunkt for regnskapsføring av finansielle instrumenter, spørsmål om periodisering av f.eks. over-/underkurs, opsjonspremier og sikringsbokføring. I merknadene til regnskapsforskriften § 7 heter det at inntil det foreligger kommunale regnskapstandarder bør en ta utgangspunkt i kommunelovgivningens bestemmelser om årsbudsjett og årsregnskapet, samt de prinsipper som ligger til grunn for disse bestemmelsene, jf. Ot.prp.nr.43 (1999-2000).

Hovedspørsmålet i lovlighetsklagen er hvorvidt to finansielle derivater, i form av swapsjoner er å betrakte som avsluttet i regnskapsåret 2011. Revisjonen argumenterer for at kontraktene er avsluttet og at verdiendringen skal regnskapsføres. Administrasjonen på sin side argumenterer for at kontraktene ikke er avsluttet, men endret ved at opsjonselementet er tatt bort, i tillegg er rentevilkårene og avtaleperiode endret. Det vises også til at avtalenumrene ikke er endret. Kontrollutvalget støtter revisjonens syn om at kontraktene er avsluttet, og at tapet skal utgiftsføres i driftsregnskapet. Det politiske flertallet har imidlertid lagt til grunn administrasjonens syn, ved å vedta regnskapet uten å korrigere for verdiendringen.

Fylkesmannen legger til grunn at de to omtalte swapsjonene som ble inngått i hhv. 2007 og 2008 ble avsluttet i 2011, og erstattet med to nye rentebytteavtaler. De nye avtalene har lengre løpetid enn de opprinnelige avtalene. De nye avtalene er å betrakte som ordinære rentebytteavtaler. Avtalene er vesentlig forskjellige i og med at opsjonselementet er fjernet. En swapsjon og en rentebytteavtale er av karakter to ulike typer finansielle derivater. Vår vurdering er at det gjelder et «å holde til forfall»-prinsipp der den finansielle kontrakten ikke kan avsluttes eller endres under levetiden uten at virkningen resultatføres. Det at avtalene har samme kontraktsnummer kan ikke gjøres gjeldene som argument slik vi vurderer det.

Kontrakter om finansielle derivater som er inngått for å sikre en rente ved gjeldsforpliktelser kan betraktes som en form for sikringskontrakt. Ut fra et forsiktighetsprinsipp er det vår vurdering at endring av slike sikringskontrakter innebærer at man har avsluttet den opprinnelige avtalen og inngått en ny avtale, og virkningen må resultatføres. I motsatt fall vil eventuelle tap på finansielle derivater kunne skyves frem i tid ved at det gjøres fortløpende avtaleendringer.

Betydningen av om avtalene anses som avsluttet er sentral. Dersom avtalene anses som avsluttet må kommunen utgiftsføre tapet i driftsregnskapet. Dette vil gjelde både for swapsjoner og for rentebytteavtaler. Slik avtalene fremstår er det Fylkesmannens vurdering at kostnaden ved å fjerne opsjonselementet, samt endring av avtaleperiode, er tatt inn i de nye avtalene ved at kommunen betaler en høyere fastrente enn det som hadde vært mulig dersom kommunen hadde stått helt fritt. Vurderingen vår bygger på opplysningene som fremkommer i revisjonsberetningen og i oppsummeringsbrevet, begge datert 15.4.2012 fra Kommunerevisjonen til kontrollutvalget, samt rapporten fra Gabler og Wassum. Sistnevnte har i sin rapport vist at de to nye rentebytteavtalene har vilkår som avviker fra markedet.



Revisjonen konkluderer på grunnlag av dette at kommunen betaler en høyere fastrente enn det markedet tilsier.

Kommunerevisjonen og Gabler og Wassums vurdering er at kommunens kostnad med å fjerne opsjonselementet og å endre avtaleperioden er innbakt i vilkårene i de to nye rentebytteavtalene. Gabler og Wassum har beregnet kostnaden til henholdsvis 4,4 mill. kroner og 1,3 mill. kroner, til sammen 5,7 mill. kroner.

Det er et sentralt poeng fra administrasjonen at avtalene er ordinære rentebytteavtaler, men med en kanselleringsrett til Nordea. I følge kommunen ble ikke kanselleringsretten sett på som potensiell risiko for forskyvning av utgifter, men sier at avtalene om kanselleringsrett ble inngått for å oppnå en noe lavere fastrentesats for kommunen. Kommunens argumenter for avtalene skal håndteres regnskapsmessig som ordinære rentebytteavtaler, der det er den årlige rentekostnaden som skal registreres i regnskapet. Ved at avtalene ikke er avsluttet skal det ikke registreres noe tap eller gevinst som følge av over/underkurs.

Fylkesmannen legger til grunn at gjeldene regnskapsregler ikke stiller krav om å regnskapsføre over/underkurs ved ordinære rentebytteavtaler, som er knyttet til gjeldsporteføljen, før ved en innfrielse. Det innebærer at så lenge avtalene ikke avsluttes før avtalt utløpstidspunkt, er det kun den årlige rentekostnaden som skal utgiftsføres i driftsregnskapet.

I sin redegjørelse av saken skriver kommunen at dersom avtalene er å betrakte som avsluttet så skal tapet bokføres i regnskapet. Imidlertid argumenterer kommunen for at det ikke er oppstått noe tap som er dekket inn i de nye betingelsene i 2011. De nye markedsvilkårene er ikke knyttet til bortfall av opsjonselementet, men fremkommer som følge av endring i markedrentene. Kommunen argumenter for at rentevilkårene i de nye avtalene er høyere fordi renteforpliktelsen er knyttet til allerede inngåtte avtaler. Kommunen har innhentet uttalelse fra Nordea som sier at: «negativ markedsverdi innbakt i ny avtale og fremkommer som hovedforklaring til forskjellen mellom markedrente på avtaletidspunktet og renten i ny avtale».

Når det gjelder vurderingene av hva som er verdien av swapsjonen på avslutningstidspunktet har Gabler og Wassum stipulert et tap på 5,7 mill. kroner. Nordea har på sin side gjort en beregning av kostnaden ved å fjerne opsjonselementene i avtalene. Dette beløper seg til 72 744 kroner. Slik vi vurderer opplysningene har Nordea da ikke tatt med kostnadene knyttet til å avslutte rentebytteavtalene.

Størrelsen på verditapet på avslutningstidspunktet har ikke betydning for hvordan dette skal håndteres regnskapsmessig. Det er vår vurdering at kommunen også kan innhente en ny vurdering av hva som var verdien av avtalen ved avslutningstidspunktet fra et nytt eksternt finansrådgivningsselskap. Eventuelt kan kommunen gå i dialog med kommunerevisjonen for å komme frem til en enighet om hvor stort tapet er, all den tid at Gabler og Wassums beregninger er gjort med visse forbehold.

### **Oppsummert**

Det er Fylkesmannens vurdering at de to omtalte swapsjonene som ble inngått i hhv. 2007 og 2008 ble avsluttet i 2011, og erstattet med to nye rentebytteavtaler. Avtalene ble avsluttet før

avtalt utløpstidspunkt. Når en avtale er avsluttet må virkningen resultatføres. Kommunen må derfor registrere tapet i driftsregnskapet, jf. kl § 48 nr. 2. og regnskapsforskriftens § 7.

### **Vedtak**

Fylkesmannen har foretatt lovlighetskontroll etter kommuneloven § 59 nr. 1 av kommunestyrets vedtak 12/43, regnskap 2011. Fylkesmannen finner at kommunestyrets vedtak i sak 12/43 om regnskap for 2011 er i strid med kl § 48 nr. 2, jf. regnskapsforskriftens § 7. Kommunestyrets vedtak oppheves.

### **Om klageadgang**

Fylkesmannens vedtak er endelig og kan ikke påklages, jfr. forvaltningsloven § 28.

Fylkesmannen ber om at kommunen formidler kopi av vedtaket til de kommunestyrerepresentanter som har begjært lovlighetskontrollen.

### **Øvrige forhold knyttet til kommunens regnskapsføring og finansforvaltning**

#### *Noteføring:*

Fylkesmannen registrer at kommunen og kommunerevisjonen ikke er enige i hvorvidt det i noter skal opplyses om endringer i markedsverdien av rentebytteavtaler. I KRS nr. 6 er det ikke et absolutt krav til dette slik vi vurderer det. Standarden viser til merknadene til regnskapsforskriftens § 5 der KRD presiserer at kommunen kan ta med ytterligere noter til årsregnskapet dersom dette anses nødvendig. Noter utover de som følger av lov og forskrift utarbeides og tas inn i den grad de er vesentlige og nødvendige for å bedømme og få et fullstendig og utfyllende bilde av kommunens resultat og stilling ved årsskiftet. I denne vurdering skal det tas hensyn til det behov profesjonelle regnskapsbrukere vil ha for informasjon. Dette betyr at endringer i markedsverdien av en rentebytteavtale noteføres i den grad endringen vurderes som vesentlig og nødvendig for å bedømme kommunens stilling ved årsskiftet. Dette vil være en skjønsmessig vurdering som faller utenfor en lovlighetskontroll etter kl. § 59, slik vi ser det.

Fagkomiteen i GKRS startet i august 2012 arbeidet med gjennomgang av standarden om noter og årsberetning og gikk gjennom et første utkast til standard om finansielle instrumenter. Utkast til standard er forventet å foreligge våren 2013. Fylkesmannen anser det derfor som lite hensiktsmessig å gå videre inn i denne problemstillingen.

#### *Finansreglementet*

Revisjonen mener at swapsjonene som ble inngått med Nordea i 2007 og 2008 ikke var tillatt. Kontrollutvalget mener at finansreglementet ikke er brutt på dette tidspunktet.

I finansforskriften fra 2001 som gjaldt fram frem til 1.7.2010, er det i § 3 angitt at kommunestyret skal ta stilling til generelle rammer og begrensinger bl.a. for gjeldsforvaltningen. I merknadene til § 3 heter det at «*Kommunestyret bør derfor bestemme hvilke typer av finansielle aktiva/instrumenter som kan benyttes i finansforvaltningen...*»

I ny finansforskrift som trådte i kraft 1.7.2010 er det i § 4 pkt. c presisert at reglementet skal omfatte rammer og begrensinger bla. for gjeldsforvaltningen, herunder *tillatte finansielle instrumenter*.

Fylkesmannens vurderer forskriftsendringen til å være en reell innstramming av regelverket. Etter endringen er det ikke tilstrekkelig å kun angi ulike typer /kategorier av tillatte finansielle instrumenter. Kravet i ny forskrift er at reglementet skal angi hvilke finansielle instrumenter som er tillatt. Dette taler for at reglementet ikke ble brutt i 2007 og 2008. Etter 1.7.2010 og fram til reglementet ble revidert 21.6.2011 var det ikke tillatt i reglementet å inngå avtaler om swapsjoner. I gjeldene reglement tillates rentebytteavtaler, renteopsjon og fremtidige renteavtaler. Fylkesmannen har lagt til grunn at swapsjoner inngår i begrepet renteopsjon. Følgelig er det vår vurdering at reglementet ble brutt i en kort periode. Forholdet har imidlertid ikke betydning for selve vurdering av den regnskapsmessige håndteringen av transaksjonene i regnskapet for 2011.

#### *Kommunens finansforvaltning*

I lovlighetsklagen er det i tillegg til revisjonens og kontrollutvalgets anførsler stilt spørsmål om kommunens finansforvaltning.

Et spørsmål er hvorvidt en rentebytteavtale med opsjon for banken er et instrument for rentesikring. Vår vurderinger er at salg av renteopsjoner egner seg dårlig til å sikre rentekostnader på gjeld. I dette tilfellet er det vår vurdering av det er banken som har sikret seg ved at den kan si opp avtalen dersom markedsrenta blir høyere enn det kommunen betaler i fastrente. Lovligheten av å selge en swapsjon må ta utgangspunkt i hvorvidt finansreglementet tillater denne typen finansielle derivater og hvorvidt vilkårene i avtalen er i strid med kommunelovens forbud i § 52 om å ta på seg vesentlig finansiell risiko.

Det er bare de forvaltnings- og offentlighetsrettslige sider ved en avgjørelse som er gjenstand for lovlighetskontroll, ikke de rent privatrettslige sider. Spørsmål om det eksisterer, og eventuelt innhold og omfang av en kommunes privatrettslige forpliktelser faller utenfor kontrollen etter kl. § 59. Når det gjelder spørsmålet om selgers plikter og ansvar i forhold til kjøper stiller verdipapirhandelloven krav om at det skal gis god informasjon til kunden. Videre skal produktene være tilpasset kundens behov. Kravene er gradert etter virksomhet, ut fra kunnskap og erfaring. Kommuner blir normalt definert som «ikke-proffe» Dette gir kommunene en sterkere beskyttelse ved at tilbyder i større grad har ansvar for å kartlegge kommunenes kompetanse. Det foreligger ikke tilstrekkelig med opplysninger i saken til å gjøre en vurdering av hva slags informasjon som er gitt i forkant av kommunens kjøp og terminering av swapsjonene.

En vurdering av om de nye avtalene er balansert og hva slags forpliktelse kommunen eventuelt har hvis ikke, ligger også utenfor en lovlighetskontroll etter vår vurdering.

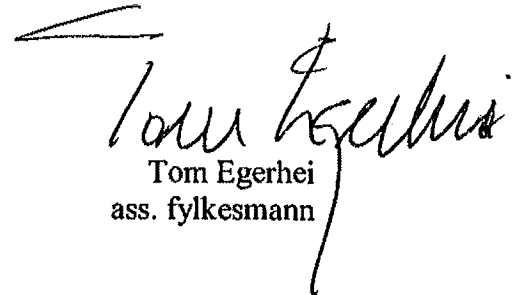
Når det gjelder kommunens finansforvaltningsreglement vil Fylkesmannen understreke at dette skal kvalitetssikres av uavhengig kompetanse, jf. finansforvaltningsforskriften § 5. Dette vil også gjelde dersom reglementet endres. Kommunens finansforvaltningsreglement skal vedtas minst én gang i hver kommunestyreperiode. Kommunen skal i tråd med finansforskriften § 8 etablere administrative rutiner som sørger for at finansforvaltningen utøves i tråd med finansreglementet, gjeldende lover og forskrift, og at finansforvaltningen er gjenstand for betryggende kontroll. Det skal herunder etableres rutiner for vurdering og håndtering av finansiell risiko, og rutiner for å avdekke avvik fra finansreglementet.

Kommunestyret skal påse at uavhengig instans med kunnskap om finansforvaltning vurderer rutinene. Kommunestyret skal påse at slike rutiner er etablert og etterleves.

Fylkesmannen ber om at kommunen gjennomgår sin finansforvaltning for å sikre at denne er i tråd med regelverket.

Med hilsen

  
Ann-Kristin Olsen

  
Tom Egerhei  
ass. fylkesmann

Kopi: Kommunerevisjonen Vest, Vest-Agder  
Kirkegaten 50, 4400 Flekkefjord

Kontrollutvalget i Farsund kommune  
Postboks 100  
4552 Farsund