

Til: Hordaland fylkeskommune

Fra: Kluge Advokatfirma AS
v/ advokat (H) Hans Ingvald Stensholdt

Ansvarlig advokat: Steffen Asmundsson

Vår ref.: 311125-003\1997697\v1\hast

Dato: Oslo, 11. mai 2018

SAKEN GJELDER: Bergen 2017 AS, dets konkursbo – Hordaland fylkeskommune

1 INNLEDNING

Hordaland fylkeskommune («**HFK**») har anmodet Kluge Advokatfirma AS («**Kluge**») om en redegjørelse for hvilke forpliktelser HFK har i forbindelse med inngått avtale med Bergen 2017 AS («**Bergen 2017**») datert 4. august 2015 («**Avtalen**»), der også er regulert andel av usikkerhetsavsetning stor kr 5 200 000 i forbindelse med verdensmesterskapet i landeveissykling i 2017 som ble avholdt i Bergen i perioden fra 16. til 24. september 2017. Arrangørselskapet var Bergen 2017.

Bergen 2017 ble tatt under konkursbehandling ved Bergen tingrett den 12. mars 2018. Advokat Arne Laastad ble oppnevnt som bostyrer for Bergen 2017 AS, dets konkursbo («**Konkursboet**»). Konkursboet har fremsatt søksmålsvarsel mot HFK og krevd fremleggelse av dokumentasjon.

2 DE AKTUELLE PROBLEMSTILLINGER OG VÅRE KONKLUSJONER

Saksforholdet reiser en rekke rettslige spørsmål, der de sentrale spørsmål er følgende;

- 1) Har HFK avgitt en ubetinget garanti knyttet til dekning av andel av usikkerhetsavsetningen stor kr 5 200 000 under Avtalen og derved forhåndsbundet sin bevilgningsmyndighet knyttet til forpliktelsen under Avtalen;
- 2) Hvilke forutsetninger og vilkår må eventuelt foreligge for at tilsagnet skal kunne gjøres gjeldende av Konkursboet mot HFK;
- 3) Har HFK sitt eventuelle tilsagn under Avtalen utløpt i henhold til Avtalens punkt 8; og
- 4) Har HFK rett til å motregne utgifter som er påført HFK tilknyttet reetablering av veinettet som følge av Bergen 2017 mislighold av kontraktsforpliktelse etter gjennomføringsavtalen av 7. september 2017 mot et eventuelt krav fra Konkursboet;

Basert på vår gjennomgang er det vår vurdering og konklusjon at;

- Avtalen inngått mellom HFK og Bergen 2017 innebærer ikke noe ubetinget garantistillelse fra HFK sin side;
- Avtalen innebærer ikke forhåndsbinding av bevilgningsmyndighet fra HFK sin side og HFK representert ved fylkestinget har etter ordlyden i vedtaket av 11. juni 2013 rett og plikt til å realitetsbehandle anmodning om utbetaling tilknyttet usikkerhetsavsetningen stor kr 5,2 millioner når det foreligger påkrav fra Bergen 2017 (eller fra dets Konkursbo som rettsetterfølger);
- HFK sin forpliktelse under Avtalen punkt 7 knyttet til dekning av andel av usikkerhetsavsetning er etter vår oppfatning forutsatt et vilkår om at det foreligger en overskridelse i prosjektet Bergen 2017. Den språklige og kontekstuelle forståelsen av vedtaket må innebære at HFK sin andel av usikkerhetsavsetningen er *betinget* av det foreligger en konstaterbar overskridelse av kostnadsbudsjettet for Bergen 2017. Det foreligger per nå ikke opplysninger som viser at et slikt vilkår er oppfylt;
- HFK sin forpliktelse under Avtalen punkt 7 og fylkestingets vedtak, herunder også fylkesrådmannen og fylkesadministrasjonens innstilling, viser at det var en *forutsetning* for at HFK skulle være forpliktet i henhold til usikkerhetsavsetningen at HFK sin samlede forpliktelse knyttet til Bergen 2017 totalt sett ikke skulle overstige kr 20 200 000 og dersom HFK må dekke forplikter som Bergen 2017 skulle dekket i henhold til det underliggende rettsforhold, så vil dette inngå i beregningen knyttet til denne forutsetningen.
- Til spørsmålet om HFK sin forpliktelse etter Avtalen er opphørt i tråd med Avtalen punkt 8 hefter det rettslig sett tvil, da ordlyden åpner for to ulike tolkningsalternativer. Hvem som i dette tilfellet skal bære risiko for uklarhet ved ordlyden er rettslig sett ikke avklart i dette tilfellet; og
- HFK har adgang til å utøve motregning etter dekningsloven § 8-1 med det krav HFK har meldt i Konkursboet stort kr 8 500 000 på bakgrunn av Bergen 2017 sitt mislighold av Gjennomføringsavtalen av 7. september 2017 mot det krav som gjøres gjeldende av Konkursboet med grunnlag i Avtalen.

3 KORT OM BAKGRUNN

3.1 Etableringen

Bergen 2017 ble opprettet i 2012 med Norges Cykleforbund som eier. Selskapet ble stiftet for å håndtere søknadsprosessen og deretter gjennomføringen av verdensmesterskapet i landeveissykling i Bergen i september 2017.

3.2 Den økonomiske ramme for Bergen 2017

Våren 2013 fikk Det Norske Veritas (DNV) i oppgave å gjennomgå kostnadsbudsjettet for arrangementet. Det følger av DNVs rapport at den totale kostnadsrammen for prosjektet var kalkulert til kr 156,4 millioner inkludert primær usikkerhet. I DNVs rapport ble det i tråd med alternativt scenario anbefalt at det ble gjort ytterligere en usikkerhetsavsetning på kr. 15,6 millioner kroner.

HFK var en av mange offentlige bidragsytere til arrangementet, der bidragene totalt skulle utgjøre kr 80 millioner. Av totalbeløpet på kr 80 millioner er det forutsatt at HFK i utgangspunktet skulle bidra med kr 15 000 000 i støtte.

3.3 Fylkestingets vedtak av 11. juni 2013

Fylkestinget fattet den 11. juni 2013 vedtak bl.a. om økonomisk støtte til arrangementet. Som grunnlag for vedtaket lå Fylkesrådmannens redegjørelse av 29. april 2013 som inngikk som saksunderlag for vedtaket.

Redegjørelsen og vedtaket er sentralt for å kunne etablere eventuelt hvilken forpliktelse HFK har påtatt seg i forholdet til Bergen 2017.

I fylkesrådmannens innstilling side 9 flg. er det en gjennomgang av kostnadsbudsjettet for arrangementet. I gjennomgangen et blir det avslutningsvis fastslått følgende premiss (side 10 første avsnitt):

«Det vert lagt fram det forventede kostnadsbiletet og styringsramme på kr 156,4 mill. Om det vert overskriding i prosjektet er det føreset at det vert handtert ved at staten, Hordaland fylkeskommune og Bergen kommune dekkjer 1/3 kvar, som vil utgjere kr. 5,2 mill.»

(vår understrekning)

Plasseringen av usikkerhetsavsetningen under kostnadsbudsjettet og valget av ordlyd knyttet til «overskriding i prosjektet» viser med tydelighet at HFK sin eventuelle forpliktelse er knyttet til kostnadsoverskridelser ved prosjektet.

HFK har ikke fått seg forelagt noen endelige prosjektreknskaper eller tilsvarende, men ut i fra de opplysninger som per nå er gjort tilgjengelig kjent synes ikke konkursen i Bergen 2017 å knytte seg til kostnadsoverskridelser. Tvert i mot synes det å foreligge indikasjoner på at årsaken til konkursen er knyttet til manglende inntekter til arrangementet. Her kan blant vises til opplysninger som er gitt av bostyrer Egil Horstad i boinnberetning for Possibility AS, dets konkursbo, til Bergen tingrett av 4. april 2018, der Bergen 2017 er et sentralt tema for bobehandlingen. Årsaken til konkursen i Bergen 2017 er ennå ikke redegjort for av bostyrer i Konkursboet.

I lys av det overnevnte synes det å være sviktende inntekter og avvik fra inntektsbudsjettet (post A2 til A10) som i hovedsak synes å ha forårsaket insolvenssituasjonen i Bergen 2017.

I vurderingene i forkant av mesterskapet er usikkerhetsavsetningen som HFK eventuelt skulle ta sin 1/3 andel av, alltid knyttet til økte kostnader til arrangementsavviklingen, ikke inntektsbortfall. Deltakelsen i usikkerhetsavsetningen kan således ikke likestilles med noen ren underskudds- eller tapsgaranti tilknyttet arrangementet.

At det forutsatt at usikkerhetsavsetningen skulle knyttes til overskridelser av prosjektet fremgår også av fylkesrådmannens innstilling (side 10 nest siste avsnitt):

«Rådmannen tilrår å støtte arrangementet med 15 mill. kr i samsvar med saksutgreiinga. Summen vert sett av på disposisjonsfond i samband med avsluttinga av rekneskapen for 2012. I tillegg vert sett av kr 5,2 mill til å dekke ei eventuell overskriding i prosjektet slik at samla avsetjing til disposisjonsfond vert kr. 20,2 mill.»

(vår understrekning)

3.4 Tilknytningen til det fylkesvegnettet og reetableringsforplikten for Bergen 2017 i fylkesrådmannens innstilling av 29. april 2013

Tilknytningen mellom fylkesvegnettet og HFK sitt bidrag til arrangementet ble tatt opp allerede i fylkesrådmannens innstilling av 29. april 2013, og det fremgår på side 11:

«Løypekostnader knytt til fylkesvegnettet

Det vil tilfalla løypekostnader ut over det som skal dekkjast over det ordinære fylkesvegbudsjettet. Tiltak vil her vera fjerning og reetablering av fartsdumpar, trafikkøyer, midtrabattar, trafikklys og maling av aktuelle tunellar.

...

Statens vegvesen vil over sine ordinære budsjett kunna forsera maling av dei aktuelle tunnellane i arrangementskommunane, og elles dekkja mindre tiltak som brosteinsdekke i Kong Oscarsgate. Ut over dette vil det tilfalla utgifter kring kr 9 mill. (talet er svært omtrentleg) i samla løypekostnader for heile løypenettet, uavhengig av vegeigar. Truleg vil størstedelen av løypenettet liggja til fylkesvegnettet. Utgiftene til løypekostnader vil verta dekkja av dei ulike bidragsytarane samla, og vil ikkje tilfalla den einskilde vegeigar.»

(vår understrekning)

Det var således forutsatt at HFK ikke skulle bære slike løypekostnader knyttet til fylkesvegnettet (herunder reetableringskostnader), men at dette skulle dekkes gjennom den alminnelige finansieringen av arrangementet.

3.5 Fylkesrådmannens innstilling og fylkestingets vedtak av 11. juni 2013

Fylkesadministrasjonens forslag til innstilling for punkt 4 lød:

«Hordaland fylkesting er positiv til å støtta arrangementet med kr 15 mill. i samsvar med saksutgreiinga. Summen vert sett av på disposisjonsfond i samband med avsluttinga av rekneskapen for 2012. I tillegg vert sett av kr 5,2 mill. til å dekke ei eventuell overskriding i prosjektet slik at samla avsetjing til disposisjonsfond vert kr 20,2 mill.»

(vår understrekning)

Det var dermed lagt til grunn at HFK sitt samlede bidrag maksimalt skulle utgjøre kr 20 200 000.

Imidlertid besluttet Fylkestinget i vedtaket den 11. juni 2013 å avvente finansieringen av bidraget til usikkerhetsavsetningen etter forslag fra Pål Kårbø, jf. punkt 4:

«Fylkestinget er positiv til å støtte arrangementet med kr 15 mill. i samsvar med saksutgreiinga. Summen vert sett av på disposisjonsfond i samband med avsluttinga av rekneskapen for 2012. Fylkestinget legg til grunn at den tilrådde usikkerhetsavsetjinga på 15,6 mill. kr ikkje vert finansiert no, men det vert føreset at den vert dekt i tråd med saksutgreiinga dersom den inntreff. Hordaland fylkeskommune sin del utgjer 5,2 mill. kr.»

(vår understrekning)

Av vedtakets ordlyd fremgår at usikkerhetsavsetningen ikke ble finansiert gjennom vedtaket av 11. juni 2013. Dette må forstås slik at krav under usikkerhetsavsetningen i så tilfelle krever ny politisk behandling. Dette tolkningen har også støtte i partenes etterfølgende atferd, jf. f. eks Avtalen av 4. august 2015 der politisk behandling er klart forutsatt.

3.6 Avtalen mellom Bergen 2017 og HFK av 4. august 2015

I Avtalen er det i punkt 7 lagt til grunn at HFK har en «andel» av en usikkerhetsavsetning i budsjettet for avviklingen av arrangementet på kr 5,2 millioner.

Ordlyden i avtalens punkt 7 siste avsnitt lyder:

«HFK sin andel av usikkerhetsavsetningen er også angitt i HFKs vedtak av 11. juni 2013 (saksnr. 201303800-1) og utgjør NOK 5'200'000. Denne er ikke finansiert nå, og det forutsettes sak til fylkestinget for behandling før denne kan løses ut.»

(vår understrekning)

Dette kommer i tillegg til direkte støtte på NOK 15 millioner.

Usikkerhetsavsetningen for Bergen 2017 lyd på totalt NOK 15,6 millioner og skulle i tråd med fordelingsnøkkel fordeles likt mellom stat, HFK og Bergen kommune.

Staten meldte tidlig om at en ikke ville være med på en slik dekning av merkostnader med forankring i usikkerhetsavsetningen. Motsatt har Bergen kommune meddelt og besluttet at de vil utbetale sin andel av usikkerhetsavsetningen på NOK 5,2 millioner. Verken staten eller kommunen står i samme stilling som HFK, og det er begrenset overføringsverdi å hente i de øvrige instansenes behandling.

Av Avtalens punkt 8 fremgår videre at avtalen opphørstidspunkt var som følger:

«..., og opphører 31.12.17 eller på det tidspunkt partenes rettigheter og plikter etter denne avtalen er oppfylt.»

Den valgte ordlyd skaper betydelig tvil knyttet til de to oppstilte sluttidspunkt, der kan anføres at endelig sluttdato er 31. desember 2017 eller først når forpliktelser etter avtalen er endelig oppgjort.

3.7 Gjennomføringsavtalen mellom Statens vegvesen på vegne av HFK og Bergen 2017 datert 7. september 2017

Den 7. september 2017 – 9 dager før mesterskapet i Bergen skulle begynne - ble det inngått en avtale («**Gjennomføringsavtalen**») mellom Statens Vegvesen («**SVV**») på vegne av HFK og Bergen 2017 der det fremgår klart under punkt 5 at alle fysiske tiltak på og i tilknytning til det angitte vegnettet skulle finansieres av Bergen 2017, og dette også omfattet forpliktelsen til reetablering når arrangementet var ferdig.

I avtalens punkt 13 fremgår det at frist for reetablering av veinettet skulle finne sted innen 1. desember 2017.

Bergen 2017 iverksatte aldri arbeider tilknyttet reetablering av veinettet slik de var forpliktet til i forholdet til HFK og Bergen 2017 har således vært i mislighold siden 2. desember 2017 hva gjelder oppfyllelsesforpliktelsen.

Hensyntatt de opplysninger som er gitt av bostyrer advokat Egil Horstad i boinnberetning for Possibility AS, dets konkursbo til Bergen tingrett av 4. april 2018 (særlig punkt 6.2), der Bergen 2017 er et sentralt tema for bobehandlingen, kan det fremstå som at Bergen 2017 på det aktuelle tidspunkt for inngåelsen av Gjennomføringsavtalen over en periode på tre måneder (siden 6. juni) hadde hatt kunnskap om sviktende inntekter tilknyttet arrangementet. Når Gjennomføringsavtalen ble inngått den 7. september 2017 synes

det klart at Bergen 2017 må ha hatt kunnskap om at arrangementet ville oppleve store økonomiske vanskeligheter i etterkant.

På tross av de alvorlige forhold knyttet sviktende inntektsgrunnlag for Bergen 2017 kan vi ikke se at HFK ble varslet om disse forhold og dertil den nærliggende risiko for sviktende oppfyllelse av forplikter fra Bergen 2017 sin side. Etter Avtalen punkt 5 følger at partene plikter å varsle hverandre om forhold av betydning for samarbeidet. I relasjon til inngåelse av Gjennomføringsavtalen må det stilles spørsmål ved om Bergen 2017 har misligholdt informasjonsplikten overfor HFK, da det synes svært nærliggende å hevde at HFK skulle blitt orientert om den vanskelige økonomiske situasjonen Bergen 2017 sto ovenfor. Hvis slik relevant informasjon hadde blitt gitt ville dette kunne resultert i en annen regulering av forholdet mellom reetablering av veinettet og usikkerhetsavsetningen enn den løsning som følger av Gjennomføringsavtalen.

4 DEN MATERIELLE RETTSLIGE VURDERING

4.1 Har HFK avgitt en ubetinget garanti knyttet til dekning av andel av usikkerhetsavsetningen under Avtalen og derved gitt forhåndsbinding av bevilgningsmyndighet?

Avtalens punkt 7 om «finansielle forhold» omtaler i hovedsak grunnbevilgningen på kr 15 millioner. Fylkeskommunens ansvar tilknyttet usikkerhetsavsetningen er noe mer uklart beskrevet i Avtalen. Usikkerheten knytter seg både til hvorvidt det gitt et bindende tilsagn til Bergen 2017 gjennom et dispositivt uttrykk, og hvis så er tilfelle, hvilke vilkår som oppstilles og i hvilket omfang forpliktelsen gjelder.

I Avtalen punkt 7 er det avtalt at HFK sin andel av usikkerhetsavsetningen «*er også angitt i HFKs vedtak*», at den ikke er finansiert, og at det «*forutsettes sak til fylkestinget for behandling*» før betalingen kan løses ut. Det fremgår dermed at en forpliktelse til utbetaling ennå ikke foreligger, i hvert fall ikke formelt, og at dette avhenger av ny behandling i fylkestinget.

Dette alene tilsier at det ikke foreligger noe rent garantitilsagn fra HFK sin side. Tvert i mot forutsettes en fullstendig politisk behandling av spørsmålet. Det har en sterk formodning mot seg at HFK skulle ønske å innta en slik ordlyd i Avtalen hvis forutsetningen og formålet var ønske om forhåndsbinding av bevilgningsmyndighet.

Ordlyden i Avtalen underbygger etter vår oppfatning derfor at HFK ikke har forhåndsbundet sin kompetanse knyttet til beslutning om utbetaling knyttet til usikkerhetsavsetningen. Tvert i mot forutsettes det at saken skal realitetsbehandles før HFK endelig beslutter å utbetale denne andelen.

En eventuell forhåndsbinding i form av en ren garantiavtale ville også måtte behandles og godkjennes av departementet etter kommuneloven § 51, noe som underbygger at HFK ikke rettslig sett har forpliktet seg til å fatte vedtak om utbetaling under usikkerhetsavsetningen Avtalen.

En slik ordlydsfortolkning har også støtte gjennom Samarbeidsavtalens henvisning til fylkestingets vedtak av 11. juni 2013, hvoretter vedtaket setter rammen for omfanget av fylkestingets forpliktelse.

Det fremgår av vedtakets punkt 4 at fylkestinget la til grunn at den anbefalte usikkerhetsavsetningen på totalt kr. 15,6 millioner «*ikkje vert finansiert no*», men det «*...vært føreset at den vært dekt i tråd med saksutgreininga dersom den inntreff*»

(vår understrekning).

Fylkestinget la dermed inn et uttrykkelig forbehold for dekning at den må være i tråd med saksutredningen. Dersom fylkestinget hadde ment å gi et uforbeholdent tilsagn, er det naturlig at man ville gitt fullmakt til fylkesrådmannen direkte for utbetaling dersom avsetning ble nødvendig. Når man ikke gjorde dette, og derimot la til grunn at det måtte treffes nytt vedtak, tilsier dette at det ikke utgjorde noen endelig tildeling.

Det fremgår som nevnt av vedtakets punkt 4 at man "fjoreset" at HFK sin andel av usikkerhetsavsetningen blir dekket i tråd med saksutredningen dersom "dersom den inntreff", og det selv om forpliktelsen ikke var finansiert på vedtakstidspunktet. Ordlyden kan isolert sett antyde at Fylkestinget i en viss utstrekning ønsker å binde fremtidig budsjettmyndighet, men at holdt endelig konklusjon åpen frem til et eventuelt krav faktisk ble fremsatt under usikkerhetsavsetningen, jf. vedtaket til at visse omstendigheter må "inntreff" før dekningen til usikkerhetsavsetning skal skje.

I *rettspraksis* (eks Rt-2007-651) er det oppstilt et klarhetskrav for forhåndstilsagn av den type som foreligger i vår sak, og der blant annet er uttalt:

«For å sikre at spørsmålet om fremtidsbinding er blitt tilstrekkelig grundig overveid, må det også stilles krav om at bindingen har et klart grunnlag i den avtale som måtte være inngått.»
(vår understrekning)

Kravet er videreført av Høyesterett i blant annet Rt-2012-1003. Etter vår oppfatning er den regulering som følger av Samarbeidsavtalen punkt 7 ikke tilstrekkelig klar til at HFK i det foreliggende tilfellet kan anses å ensidig ha bundet fremtidig bevilgningsmyndighet tilknyttet utbetaling under usikkerhetsavsetningen. Både det forhold at det er knyttet betingelser til utsagnet og ikke minst reguleringen av ny politisk behandling før utbetaling taler for dette.

Samlet sett er det derfor vår oppfatning at det ikke foreligger noen ensidig ubetinget garantiforpliktelse for HFK da det ikke foreligger noe dispositivt utsagn fra HFK sin side til at Bergen 2017 kan gjøre gjeldende krav om utbetaling før eventuell vedtak fra Fylkestinget er fattet og eventuelle vilkår og forutsetninger er oppfylt.

4.2 Hvilke vilkår og forutsetninger må eventuelt foreligge for at tilsagnet skal kunne gjøres gjeldende av Konkursboet mot HFK;

For det tilfelle at HFK har påtatt seg en forpliktelse etter Avtalen og dertil også bundet sin fremtidige bevilgningskompetanse, er det etter vår vurdering både knyttet vilkår og forutsetninger til HFK sin forpliktelse som p.t. ikke er oppfylt.

4.2.1 Vilkår om at usikkerhetsavsetningen eventuelt skal anvendes på skal brukes på overskridelser av kostnadsbudsjettet

Slik det fremgår av saksgrunnlaget for HFK i forkant av vedtaket fra fylkestinget fremgår det klart at det er overskridelser ved prosjektet som eventuelt skal dekkes ved usikkerhetsavsetningen.

Materielt sett er overskridelser utelukkende drøftet i relasjon til overskridelser av kostnadsbudsjettet, jf. redegjørelser for de faktiske forhold i punkt 3.3 over. Både vedtaket punkt 4 og innstillingen fra fylkesrådmannen viser tydelig at til usikkerhetsavsetningen skal knytte seg til en eventuell overskridelse underbygger dette. Det grunnlaget som dannet utgangspunktet for fylkestingets vedtak og den senere Avtale var følgelig knyttet til en usikkerhetsavsetning rettet mot kostnadsoverskridelser, og ikke mot underskudd eller tap tilknyttet arrangementet som sådan.

Anvendelse av begrepet overskridelser knyttet til manglende inntekter eller underskudd ved arrangementet totalt sett er etter vår oppfatning også i strid med en ren ordlydsfortolkning.

Hvorvidt det faktisk foreligger slik overskridelse av kostnadsbudsjettet har vi p.t. ikke informasjon om, utover det som er omtalt i innberetningen fra bostyrer Egil Horstad i boinnberetning for Possibility AS, dets konkursbo til Bergen tingrett av 4. april 2018 der relativt klart indikeres at årsaken til insolvenssituasjonen var knyttet til manglende inntekter, ikke kostnadsoverskridelser.

Tilsagnet gitt av HFK under avtalen med Bergen 2017 er i lys av det overnevnte etter vår vurdering begrenset av vilkår om at kravet som eventuelt fremsettes under usikkerhetsavsetningen må være knyttet til kostnadsoverskridelser ved arrangementet og Konkursboet har per i dag ikke sannsynliggjort at det foreligger slike overskridelser av kostnadsbudsjettet. Vilkåret knyttet til forpliktelsen etter vedtaket av Fylkestinget og Avtalen er da ikke oppfylt og HFK plikter ikke å utbetale under usikkerhetsavsetningen.

4.2.2 Forutsetning om at total økonomiske ramme for HFK ikke skal overstige kr 20 200 000

Som nevnt i punkt 3.3 og 3.4 over, er det klart forutsatt i Fylkesrådmannens innstilling av 29. april 2013 på s. 11 at «*Utgiftene til løypekostnader vil verta dekkja av dei ulike bidragsytarane samla, og vil ikkje tilfalla den einskilde vegeigar.*» Det må også være klart at fylkestingets vedtak punkt 4, særlig lest i sammenheng med den opprinnelige innstillingen til vedtak, forutsetter at de to postene på henholdsvis kr 15 000 000 og kr 5 200 000 utgjør en maksimal begrensning for HFK sin økonomiske eksponering.

For det tilfelle at man skulle komme til den slutning at HFK har bundet en fremtidig bevilgningsmyndighet har det en meget klar formodning mot seg at slik bevilgning skulle være ubegrenset beløpsmessig. Også det grunnleggende hensynet mot å binde fremtidig politiske beslutninger taler for at forpliktelsen bør begrenses der er gitt relativt klare forutsetninger i underlaget til vedtaket og den senere inngåtte Avtale.

HFK sitt vedtak fra 2013 om å holde igjen på finansieringen også av sin eventuelle andel av usikkerhetsavsetningen underbygger at man har en restriktiv holdning til fremtidig binding, og det ble dertil også klart forutsatt at dette ville avhenge av et senere vedtak fra fylkestinget når og hvis behovet inntraff.

Selv om det ikke uttrykkelig fremgår av ordlyden i vedtaket, er det klart av saksutredningen at det var en forutsetning at HFK ikke skulle dekke løypekostnader, herunder for reetablering av infrastruktur. Saksutredningen som det vises til i vedtaket er offentlig tilgjengelig, og forutsetningene var følgelig også synbare for Bergen 2017.

Vår vurdering er derfor at Avtalen bør forstås slik at fylkestingets vedtak om bidrag til usikkerhetsavsetning er betinget av at man ikke skal dekke øvrige kostnader, herunder løypekostnader, for Bergen 2017 og et øvre tak på kr 20 200 000. I et tilfelle der HFK likevel blir nødt til å betale for kostnader som Bergen 2017 klart skulle dekket i tråd med underliggende avtale er det ikke slik at Konkursboet kan se bort fra disse forutsetningene og kreve både oppgjør under usikkerhetsavsetningen og samtidig kreve at HFK dekker kostnaden til reetablering av infrastruktur på fylkesveinettet i størrelsesorden kr 8 500 000 dersom dette medfører at HFK sin samlede forpliktelse da overstiger kr 20 200 000.

4.3 Er et eventuelt tilsagn etter Avtalen utløpt?

I henhold til Avtalens punkt 8 er det regulert Avtalens varighet. Avtaleklausulen lyder som følger:

«Avtalen gjelder fra det tidspunkt den er signert av begge parter, og opphører 31.12.17 eller på det tidspunkt partenes rettigheter og plikter etter denne avtalen er oppfylt.»

Etter vår vurdering reiser ordlyden spørsmål om eventuelle rettigheter som Konkursboet kunne gjort seg gjeldende har bortfalt per 31. desember 2017, all den tid Bergen 2017 ikke gjorde gjeldende påkrav mot HFK før dette tidspunkt i henhold til usikkerhetsavsetningen slik følger av Avtalen punkt 7.

Ordlyden i Avtalens punkt 8 reiser imidlertid tolkningstvill, da det fremstår uklart etter ordlyden om 31. desember 2017 er en sistefrist, eller om det tross av dette kan reises krav etter Avtalen på et senere tidspunkt dersom denne ikke er oppfylt per årsskiftet.

Isolert sett er det gode grunner som taler for en tolkning av at krav ikke kan reises mot HFK etter 31. desember 2017 fordi HFK åpenbart har et behov for forutberegnelighet knyttet til den forpliktelse de potensielt har påtatt seg. Hvis 31. desember 2017 ikke var en sistefrist å gjøre gjeldende krav under Avtalen fremstår det også ganske så meningsløst å i det hele tatt innta en eksplisitt dato i Avtalen.

Basert på disse tolkningsmomentene er mest sannsynlige tolkningsalternativet at partene mente å regulere det slik at avtalen skulle opphøre på det tidspunkt partenes rettigheter og plikter etter denne avtalen var oppfylt, men i alle tilfeller senest 31. desember 2017.

Når ordlyden har fått et uklart innhold vil dette kunne medføre risiko for tap av rettsposisjoner. I en slik sammenheng vil det under norsk rett ved tolkningen ofte ble anvendt en tolkningsregel som tilsier at tvil ved ordlyden vil bli holdt i mot den som burde uttalt seg tydeligere, og særlig dersom denne parten også har nedfelt avtalen i skriftlig form. Dersom en domstol finner at begge tolkningsalternativer knyttet til ordlyden er like sannsynlig vil ofte slik tolkningsregler knyttes direkte til at risiko bør plasseres hos den som burde klargjort innholdet avgjørende. Dette kan bli benyttet mot HFK og således gjøre utfallet av spørsmålet om Avtalens varighet mer usikkert.

4.4 Har HFK rett til å motregne sitt krav mot Bergen 2017 som er meldt som fordring i Konkursboet med krav fremsatt av Konkursboet tilknyttet usikkerhetsavsetningen under Avtalen

4.4.1 Rettslig utgangspunkt for motregningsadgang - dekningsloven § 8-1

I den utstrekning Bergen 2017, og nå Konkursboet, fortsatt har krav i behold etter Avtalen i forbindelse med usikkerhetsavsetningen stor kr 5 200 000, så er det ikke tvilsomt at denne nå inngår i Konkursboets beslag, jf. dekningsloven § 2-2. Dette må gjelde selv om det ikke er fremsatt påkrav om utbetaling av usikkerhetsavsetningen.

I forlengelsen av dette oppstår spørsmålet om HFK kan motregne med krav HFK har mot Bergen 2017 når konkurs er åpnet.

Utgangspunktet for motregningsadgangen i konkurs følger av dekningsloven § 8-1 som lyder:

«Den som ved åpningen av bobehandlingen har en fordring på skyldneren som kan meldes i boet kan benytte den til motregning med dens fulle beløp overfor en fordring som da tilkommer skyldneren, men som inngår i boet.»

Motregning kan ikke skje dersom motregning på grunn av fordringenes beskaffenhet ville være utelukket selv om skyldneren var solvent. At motfordringen opprinnelig gikk ut på annet enn penger, eller at motfordringen forfaller senere enn skyldnerens fordring, utelukker likevel ikke motregning. Motregning kan imidlertid ikke kreves når skyldnerens fordring var forfalt før boåpningen, mens motfordringen først forfaller etter dette tidspunkt.»

4.4.2 Vurdering

For at HFK skal kunne utøve motregning i konkurs, må lovens oppstilte vilkår slik følger av dekningsloven § 8-1 oppfylles. Disse gjennomgås i det følgende;

(i) *Gjensidighetsvilkåret*

Gjensidighetsvilkåret, altså vilkåret om at motfordring og hovedfordring må bestå mellom de samme parter på konkursåpningstidspunktet er i det foreliggende tilfelle oppfylt. Konkursboets krav («hovedfordringen») utspringer av Avtalen der HFK er motpart. HFK sitt krav («motfordringen») springer ut av Gjennomføringsavtalen, der Bergen 2017 er motpart og pliktsubjekt.

Hva gjelder motfordringen tilhørende HFK kan det ikke ha betydning for motregningsadgangen at Statens Vegvesen formelt har inngått denne. Dette da fremgår av Gjennomføringsavtalen at Statens Vegvesen i denne forbindelse opptre på vegne av Hordaland Fylkeskommune, jf. ingressen i Gjennomføringsavtalen. Statens Vegvesen opptreden i basert på fullmakt fra HFK endrer ikke realiteten hvoretter HFK er part.

(ii) *Hovedfordringen må være en fordring som tilkom Bergen 2017 ved konkursåpningen*

Konkursboets krav (hovedfordringen) må videre være en fordring som tilkom Bergen 2017 ved konkursåpningen, jf. dekningsloven § 8-1 første ledd.

I dette tilfellet skriver hovedfordringen seg fra Avtalen og det kan stilles spørsmål om hovedfordringen hadde oppstått på Bergen 2017 sin hånd per konkursåpningstidspunktet. Så vidt vi kjenner til fremsatte Bergen 2017 ikke noe påkrav mot HFK under Avtalen forut for konkursåpning. Hvorvidt kravet likevel har oppstått i rettslig forstand er derfor tvilsomt.

Etter konkursåpning har Konkursboet ikke trådt inn i Avtalen, jf. dekningsloven § 7-3. All den tid det ikke foreligger noe selvstendig ensidige garantitilsagn i dette tilfellet, er det ikke slik at Konkursboet kan gjøre gjeldende krav i henhold til Avtalen, uten å tre inn i denne og dermed også påta seg forpliktelser i henhold til denne. Hvis fordringen ikke har oppstått per konkursåpning er det følgelig slik at Konkursboet per i dag ikke innehar noen rettsposisjon hvor de kan kreve oppgjør under Avtalen.

Etter vår oppfatning er dessuten Avtalen og Gjennomføringsavtalen så tett knyttet til hverandre at Konkursboet ikke kan tre inn i Avtalen uten at dette også må omfatte Gjennomføringsavtalen. Her vises blant annet til de klare forutsetninger som er synliggjort ved blant annet Fylkesrådmannens innstilling av 29. april 2013 på side 11. Etter vår oppfatning vil således Konkursboet ved inntreden etter dekningsloven § 7-3 trolig måtte anses også å ha pådratt seg de forpliktelser som påhviler Bergen 2017 i henhold til Gjennomføringsavtalen, herunder betalingsforpliktelsene knyttet til reetablering av infrastruktur.

Uavhengig av fordringen oppsto på Bergen 2017 sin hånd før konkursåpning eller om Konkursboet trer inn i Avtalen etter konkursåpning vil HFK ha sin motregningsposisjon i behold, da også reglene om boets inntreden må bygge på en forutsetning om rett til motregning som også stammer fra et annet mellomværende mellom partene (Gjennomføringsavtalen). Her vises til Andenæs; Konkurs (3. utg.) side 232.

(iii) *Motfordringen må utgjøre en dividendefordring i boet*

HFK har i henhold til Samarbeidsavtalen og den senere Gjennomføringsavtalen et krav mot Bergen 2017 om at veinettet skal reetableres senest 1. desember 2017, jf. Gjennomføringsavtalen punkt 13. Misligholdet av Gjennomføringsavtalen fant dermed sted senest 1. desember 2017 da reetableringen av infrastruktur skulle vært gjennomført på dette tidspunkt. Den manglende oppfyllelse av Gjennomføringsavtalen, altså Bergen 2017 sitt mislighold, innebar at HFK sitt krav på reetablering fra dette tidspunkt omdannes til et erstatningskrav i form av pengekrav. Dette da HFK nå i stedet må dekke denne kostnaden til reetablering selv.

Det forhold at HFK sitt krav i utgangspunktet gikk ut på noe annet enn penger vil anses som et avvik fra komputabilitetsvilkåret som gjelder ved motregning *utenfor* konkurs. Dette vilkåret gjelder imidlertid ikke ved motregning i konkurs da dekningsloven § 8-1 annet ledd utvider HFK sin motregningsrett til å gjelde selv om motfordringen opprinnelig gikk ut på noe annet enn penger, jf. Andenæs; Konkurs (3. utg.) side 233 med videre henvisning til den legislative begrunnelse som utledes fra regelen i dekningsloven § 6-4.

Statens Vegvesen har beregnet reetableringskostnaden som Bergen 2017 skulle utført til kr 10 000 000, hvorav kr 8 500 000 er tilknyttet fylkesveinettet der HFK vil måtte bære kostnaden. Dette utgjør det tap som HFK lider som følge av Bergen 2017 sitt mislighold av Gjennomføringsavtalen. Dette er meldt som fordring i Konkursboet og det er etter vår oppfatning ikke tvilsomt at dette kravet utgjør en dividendefordring i boet, og dermed oppfyller vilkåret etter dekningsloven § 8-1.

4.4.3 Oppsummering

Etter vår vurdering er samtlige vilkår for å utøve motregning mot det eventuelle krav som Konkursboet har mot HFK i henhold til Avtalen oppfylt i henhold til dekningsloven § 8-1.

Da kravet på HFK sin hånd utgjør kr 8 500 000 og dermed overstiger det eventuelle kravet på Konkursboets hånd (kr 5 200 000), vil effekten av motregning (nettoeffekten) innebære at HFK vil måtte justere sin anmeldte fordring i Konkursboet ved utøvelse av motregning.
