

NOTAT

Til: Bergen 2017 AS konkursbo
Fra: Advokatfirmaet Steenstrup Stordrange DA

Bergen, 11. juni 2018

Ansvarlig advokat:

Erik Myhr Nilsen

Advokatfirmaet
Steenstrup Stordrange DA

Org.nr.:
NO 960 716 647

T +47 55 30 10 00
F +47 55 30 10 01
post@sands.no
www.sands.no

Krav mot Hordaland fylkeskommune – kommentar til notat fra Kluge advokatfirma datert 11. mai 2018

1 Innledning

Kluges notat behandler to spørsmål:

(1) Foreligger det en forpliktelse til å utbetale kr 5,2 mill.

(2) Kan Hordaland fylkeskommune motregne med et beløp Statens Vegvesen har budsjettert med eller lagt ut for tilbakeføring av veianlegg.

For begge spørsmål vil avtaleforholdet mellom Bergen 2017 og fylkeskommunen stå helt sentralt. Dette er svært ensidig omtalt i Kluges notat.

Utgangspunktet for dette notatet er at konkursboet ennå ikke har fått tilstrekkelig oversikt over de faktiske forhold. Dette notatet kommenterer notatet fra advokatfirmaet Kluge fordi boet mener dette notatet gir et galt bilde og et mangelfullt grunnlag for Hordaland fylkeskommunes vurdering av sine forpliktelser overfor konkursboet.

2 Spørsmålet om det foreligger en forpliktelse

2.1 Innledning

Spørsmålet om Hordaland Fylkeskommune («HFK») er forpliktet til å utbetale usikkerhetsavsetningen på kr 5,2 mill til Bergen 2017 AS må vurderes ut fra avtaleforholdet mellom partene. Den sentrale avtalen ble inngått mellom partene 4. august 2015 («Avtalen»). I avtalens pkt 7 fjerde avsnitt heter det:

«HFK sin andel av usikkerhetsavsetningen er også angitt i HFK sitt 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.»

Etter vår oppfatning er det en generell svakhet ved notatet fra Advokatfirmaet Kluge at det ikke er foretatt noen nærmere analyse av innholdet i avtalen mellom Bergen 2017 og HFK. Det er ikke foretatt noen vurdering av avtalens formål, partenes forutsetninger og de berettigede forventninger avtalen skapte hos Bergen 2017 AS.

Etter vår oppfatning er det videre et viktig utgangspunkt at denne avtalen er inngått mellom arrangørene av sykkel-VM. Som det fremgår, blant annet av Fylkesrådmannens saksfremstilling av 4. august 2015, var det Norges Cykleforbund som ble tildelt sykkel-VM med Hordaland fylkeskommune og fem kommuner som medarrangør.

Avtalen er således en avtale som fordeler ansvar mellom medarrangører, det er ikke vilkår som settes av HFK for støtte som ensidig ytes fra det offentlige til arrangøren. Avtalen var videre en av flere viktige forutsetninger for at arrangementsselskapet fant å kunne påta seg oppgaven med å arrangere sykkel-VM i 2017 på vegne av arrangørene.

På denne bakgrunn må avtalen forstås som en ordinær gjensidig bebyrdende avtale mellom likestilte parter. Etter vår oppfatning bærer advokatfirmaet Kluges notat preg av at avtalen oppfattes som et sett vilkår for en ensidig økonomisk støtte fra HFK til B2017.

2.2 De konkrete anførselene

Kluge har fremført 4 forhold som skal tale for at det ikke foreligger en forpliktelse:

- (1) Avtalen med B2017 av 4. august 2015 innebærer ikke forhåndsbinding av bevilgningsmyndighet. Fylkestinget har rett og plikt til å realitetsbehandle utbetaling under usikkerhetsavsetningen på nytt.*

I Kluges gjennomgang legges det ensidig vekt på at usikkerhetsavsetningen ennå ikke var finansiert og skulle behandles i Fylkestinget. Deres oppfatning er at dette er tilstrekkelig til å fastslå at det ikke foreligger noen forhåndsbinding.

Vi oppfatter ikke at dette er et tilstrekkelig grunnlag for å konkludere med at HFK ikke har bundet seg til å utbetale usikkerhetsavsetningen. HFK, og andre offentlige organer, inngår en rekke avtaler med forpliktelser som er bindende selv om bevilgningen skal foretas i fremtiden.

Vi oppfatter at spørsmålet om HFK er bundet av usikkerhetsavsetningen avhenger av hvilke berettigete forventninger som er skapt hos Bergen 2017 gjennom avtalen. Den formulering som er benyttet i avtalen er ikke noe klart forbehold om finansiering. Det kan like gjerne ha fremstått som en redegjørelse for den praktiske bevilgningsprosessen og en orientering til Bergen 2017 om dette.

Konkursboet har selv ikke foreløpig foretatt noen grundig gjennomgang av avtalen av 4. august 2015 og forholdene rundt avtaleinngåelsen. Vi har derfor ikke konkludert med om avtalen binder HFK eller ikke. Vårt poeng i denne sammenheng er at heller ikke advokatfirmaet Kluge har undersøkt de relevante

forhold rundt avtaleinngåelsen. Av den grunn kan heller ikke advokatfirmaet Kluge konkludere med at avtalen ikke binder HFK, og Fylkeskommunen har heller ikke saklig grunnlag for å konkludere med at avtalen ikke binder HFK.

(2) Usikkerhetsavsetningen gjelder bare dersom det er kostnadene som overskrides, ikke hvis tapet skyldes sviktende inntekter.

Vi oppfatter dette som en svært usikker fortolkning av avtalen. Det fremgår ikke noe av avtalen om at usikkerhetsavsetningen kun er gyldig om underskuddet har bestemte årsaker. Slik avtalen er formulert synes den å dekke tapet uavhengig av årsak.

De kilder advokatfirmaet Kluge viser til for å underbygge at avsetningen kun skal dekke kostnadsoverskridelser fremgår kun som enkle kommentarer i saksforberedelsen der det to steder brukes ordene «overskriding i prosjektet». Det er ikke underbygget at HFK faktisk ønsket å legge inn en slik begrensning i avtalen da den ble inngått.

I notatet til advokatfirmaet Kluge fremstilles usikkerhetsavsetningen som en garanti som kun er knyttet til utgiftssiden. Det innebærer at HFK skulle betale ut denne usikkerhetsavsetningen ved overskridelse på kostnadssiden selv om sykkel-VM gikk med overskudd. Et slikt tolkningsresultat ville fremstå som irregulært og urimelig i sitt resultat.

Nå viser det seg uansett at det er kostnadene som har ført til underskuddet, jf borevisors rapport av 16. mai 2018, og innsigelsen er dermed uansett uaktuell.

(3) Fylkeskommunens forpliktelser skulle ikke under noen omstendighet overstige kr 20 000 000. Andre forpliktelser for fylkeskommunen konsumerer totalbeløpet og det blir ikke rom for dekning av usikkerhetsavsetningen.

Denne påståtte begrensningen i HFKs totale forpliktelser fremgår ikke av avtalen mellom HFK og Bergen 2017, men advokatfirmaet Kluge hevder at dette er en forutsetning som fremgår av HFKs egen saksbehandling og derved er bindende i forhold til Bergen 2017.

Vi oppfatter at en slik begrensning ikke har kommet til uttrykk på en måte som kan være bindende for avtalen med Bergen 2017, og det kan derfor konkluderes med at denne innsigelsen ikke er rettslig holdbar.

(4) Forpliktelsen etter usikkerhetsavsetningen er muligens opphørt fordi krav ikke er fremsatt i tide.

Vi merker oss at dette er en anførsel som advokatfirmaet Kluge selv anser som tvilsom i sitt notat. Vi går ikke nærmere inn på det, utover å vise til at en så uklar formulering uansett vil ramme fylkeskommunen i og med at det var de som hadde oppfordringen til å klargjøre dette punktet ved avtaleinngåelsen. Vi antar

videre at fylkeskommunen ikke vil komme til å påberope seg et så usikkert grunnlag.

3 Spørsmålet om HFK kan motregne med Statens Vegvesen sitt krav mot Bergen 2017 AS om tilbakeføring av fylkesveinettet

3.1 Innledning

Kluge har vedrørende spørsmålet om motregning konkludert med følgende:

Fylkeskommunen har adgang til å utøve motregning med krav kr 8 500 000 ved at Statens Vegvesen har måttet ta kostnaden med tilbakeføring av fysiske tiltak på veianlegg som Bergen 2017 selv skulle ha besørget.

Denne innsigelsen er det som fortjener en behandling. Kluge har – beklageligvis – unnlatt å drøfte det som er kjernen i spørsmålet, med den følge av Fylkesutvalget, etter vår oppfatning på feilaktig grunnlag, har innstilt til Fylkestinget å nekte utbetaling med henvisning til motregningsrett.

Det er særlig to forhold ved Kluges notat vi finner problematisk. For det første er vurderingen av om krav og motkrav består mellom de samme parter i punkt 4.4.2 (i) – gjensidighetsvilkåret - i Kluges notat alt for enkel, og etter vår oppfatning uriktig. For det annet har Kluge unnlatt å vurdere om de spesielle kontraktsmessige forhold som gjør seg gjeldende i saken utelukker motregning.

3.2 Gjensidighetsvilkåret

Som Kluge påpeker i punkt 4.4.2 (i), gjensidighetsvilkåret i sitt notat av 11. mai, er det et vilkår for motregning at motfordring og hovedfordring består mellom de samme parter på konkursåpningstidspunktet.

Kluge har konkludert med at vilkåret er oppfylt. Vi er ikke enig i dette, ettersom krav og motkrav ikke består mellom de samme parter.

Det krav som er betegnet som «*hovedfordringen*» er konkursboets krav mot HFK på kr 5 200 000 i henhold til usikkerhetsavsetningen. Dette krav springer ut av avtalen mellom Bergen 2017 og HFK datert 4. august 2015.

Det krav som er betegnet som «*motfordringen*» er Statens vegvesen, Region Vest sitt krav mot Bergen 2017 på reetablering av fylkesveinettet, som utgjør kr 8 500 000. Dette krav springer ut av gjennomføringsavtalen mellom Statens vegvesen, Region Vest og Bergen 2017 AS datert 7. september 2017.

Kluge anfører at det ikke kan ha betydning for motregningsadgangen at det er Statens Vegvesen som formelt har inngått denne, ettersom det fremgår av ingressen i avtalen at Statens vegvesen opptrer på vegne av HFK. Ut fra dette har Kluge trukket den slutning at Statens vegvesen har opptrådt på fullmakt fra HFK, og at det er HFK som er part.

Til dette må det innledningsvis bemerkes at det avtalerettslig ikke er noe i veien for at et rettssubjekt (fullmektigen) i henhold til fullmakt fra et annet rettssubjekt (fullmaktsgiver), inngår avtale med tredjemann på fullmaktsgivers vegne. Statens vegvesen Region Vest kunne i lys av dette opptrådt som fullmektig for HFK, og inngått avtale med Bergen 2017 AS på vegne av HFK. Avtaleparter ville i tilfelle vært Bergen 2017 AS og HFK.

Det er imidlertid ikke det som er situasjonen her. Det fremgår med all tydelighet av avtalen at det er Statens vegvesen som er part i avtalen, og ikke HFK.

De to organisasjonsnummer som er oppgitt i ingressen er organisasjonsnummeret til henholdsvis SVV Region Vest og SVV. HFK sitt organisasjonsnummer fremgår ikke, noe som ville vært å forvente dersom HFK var part.

I selve avtalen er det i punkt 2 oppgitt en prosjektleder og kontaktperson hos SVV. Dersom HFK var part, ville det vært naturlig at det fremgikk hvem som i tilfelle var kontaktperson hos HFK. Videre fremgår det av punkt 4.2 hva som var SVVs ansvar etter avtalen. Dersom HFK var part, ville det vært naturlig at det her stod HFK i stedet for SVV.

Basert på ovennevnte er det vår konklusjon at gjensidighetsvilkåret ikke er oppfylt, og at vilkårene for motregning ikke er til stede. HFK kan da ikke utøve motregning med SVV sitt krav mot Bergen 2017 AS om reetablering av veinettet, mot Bergen 2017 AS sitt konkursbo sitt krav mot HFK i henhold til usikkerhetsavsetningen.

3.3 Vurdering av om motregning er utelukket på grunn av fordringens beskaffenhet

Motregning kan ikke erklæres som følge av at krav og motkrav ikke består mellom de samme parter, jf punkt 3.2 over. Men selv for det tilfellet at krav og motkrav hadde bestått mellom de samme parter, er det knyttet betydelig usikkerhet til om motregning i dette tilfelle også er utelukket av andre grunner. Kluge har i sitt notat unnlatt å vurdere dette, noe som er en betydelig svakhet ved notatet.

Det er *avtaleforholdet* mellom partene som regulerer om den ene parten kan gjøre opp sin betalingsforpliktelse ved å motregne med en fordring som går motsatt vei. Motregningsrett er bare en forenkling av måten å gjøre opp på. Det vil finnes en rekke situasjoner hvor avtaleforholdet tilsier at de to betalingsforpliktelsene må gjøres opp hver for seg. Eksempler fra dagliglivet er at den ene parten har et *behov for likviditet* som vil innebære at motregning vil frata den andre parten den likviditeten han trenger for sin drift. Slik er det med typiske driftskonti i bank, men det er også praksis fra andre livsområder. Skylder man for eksempel penger til et forsikringsselskap for et lån, og man skal ha ut en erstatning for et nedbrent hus, kan ikke forsikringsselskapet motregne forsikringserstatningen mot sin lånefordring mot samme kunde.

Et annet typetilfelle hvor man av kontraktsforholdet kan utlede at den ene part har krav på uavkortet utbetaling er hvor *hensynet til en tredjepart* tilsier det. Hvis den som skal betale et beløp er kjent med at det samme beløpet skal anvendes til et rettsforhold med en tredjepart, er det underforstått at betaleren ikke kan la beløpet gå til seg selv gjennom motregning med en fordring man selv har.

Situasjonen for sykkel-VM var at offentlige instanser i 2013 påtok seg finansieringen. HFK var en partner i prosjektet, ikke en utenforstående tjenesteleverandør. Bergen 2017 AS ble så stiftet, ikke som en kommersiell aktør, men som et redskap for partnerskapet som HFK var en vesentlig del av. Finansieringen fra offentlige instanser var ikke en finansiering av et forretningsforetak, men en sikring for leverandørene. Leverandørene kontraherte i tillit til bevilgningene. Bevilgninger og tilsagn eller garantier ble gitt av HFK til fordel for et kreditorfellesskap. Et konkursbo som fremmer kravet gjør det på vegne av det samme kreditorfellesskapet – ikke på vegne av en aksjonærinteresse.

Statens vegvesen viste seg fire år senere å bli en del av dette kreditorfellesskapet. Fylkeskommunen kan ikke ha hatt noen tanker om å bli leverandør eller kreditor for et slikt krav som nå har dukket opp. Da tilsagnet om usikkerhetsavsetningen ble gitt i 2013 kan fylkeskommunen naturlig nok ikke ha hatt noen tanker å få et motkrav mot Sykkel-VM eller det senere stiftede Bergen 2017 AS. Det kan således utelukkes at dette kan ha vært en del av forutsetningene da avtalen med Bergen 2017 ble gjort i 2015.

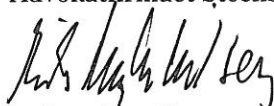
På den annen side må det ha vært klart for HFK at Bergen 2017 og kreditorfellesskapet oppfattet tilsagnet som det det var; nemlig et tilsagn om en sikring for kreditorene.

En eventuell motregning fra HFK sin side i 2017 eller 2018, sågar med et motkrav som tilkommer Statens Vegvesen, innebærer at selve formålet med tildelingen eller garantien faller bort. Motregning vil da innebære at bare denne ene kreditoren får glede av bevilgningen. Ved avtaletolkning står *formålet* svært sentralt, og vi antar at en domstol vil finne formålsbetraktningene tilstrekkelig til å konkludere med at avtalesituasjonen forhindrer motregning.

Det skal likevel tilføyes at en forståelse som hevdes av Kluge også vil bryte med andre regelsett og viktige samfunnsinteresser. Hensynet til likebehandling av kreditorer er sentralt innenfor konkursretten, og en motregning i dette tilfellet vil bryte med dette hensynet.

Slik vi ser det tilsier de spesielle forhold som gjør seg gjeldende i denne saken at motregningsrett ikke foreligger, uavhengig av at det alminnelige vilkår for motregning om at krav og motkrav må bestå mellom de samme parter, heller ikke foreligger.

Med vennlig hilsen
Advokatfirmaet Steenstrup Stordrange DA


Erik Myhr Nilsen
Partner | Advokat (H)

Bjørn Tore Steffensen
Senioradvokat