Fylkesmannen i Vest-Agder
Embetsledelsen

	Deres ref:. 21.06.2012	Vår dato: 12.11.2012
Saksbehandler: Lene Holtskog	Vår ref.: 2012/3748	Arkivnr: 323

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.

Besøksadr.	Tordenskjoldsgate 65	E-post	postmottak@fmva.no
Postadr.	Postboks 513 Lundsiden, 4605 Kristiansand	Hjemmeside	http://www.fylkesmannen.no/va
Telefon	38 17 60 00 Telefaks 38 17 60 13	Org.nr. NO974 762 994	

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 lovlighetskontroller 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 bekrivelse 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 argumenterer 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 markedsrentene. 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 markedsrente 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 registeret 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 skjønnsmessig 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