

GRETTE

Entreprenørkonkurs

– oppgjør og nyanskaffelse

Entrepriserettsforeningen
Oslo, 7. november 2013

*Marie Braadland og Marius S. Langnes,
Advokatfirmaet Grette*





Foto: Marita Lundsrud Berg

Faktor Eiendom er konkurs

Styret har ikke klart å finne løsning for selskapets finansiering

Elin M. Rud

Anbefal 4

Tweet 0

+1 0

Publisert 27.09.2011 kl 09:52 Oppdatert 27.09.2011 kl 14:29

Styret i Faktor Eiendom har besluttet å begjære oppbud i selskapet, ifølge en melding fra selskapet tirsdag.

Faktor Eiendom varslet i sin halvårsrapport at



Konkurs stopper smarthotell



Stein Arild Iglebæk
sai@travelnews.no
07 Dec 2011 12:12

Smarthotels bygging av et 230 roms hotell i Oslo sentrum har stoppet opp etter konkursen i modulselskapet Bau-How.

I St. Olavs gate, ikke langt fra slottet, bygger hotellkjeden Smarthotel et nytt hotell med 230 rom til rundt 200 millioner kroner. Etter planen skal det stå ferdig til sommeren, men med konkursen i Bau-How, som leverte byggemoduler til hotellkroppen, er byggingen stoppet opp, skriver Finansavisen.



Foto: Lars Erik Skrefsrud / NRK

Anlegg Øst er konkurs - 90 mister jobben

Entreprenørselskapet Anlegg Øst AS er konkurs, og 90 ansatte mister jobben. Selskapet har en samlet gjeld på 78 millioner kroner, skriver [GD.no](#).

Publisert 03.02.2012, kl. 15:12

Oppdatert 03.02.2012, kl. 17:05



Anlegg Øst har i lengre tid jobbet for å få til en frivillig akkord med sine leverandører uten at dette



AV



Journalist
Linda Vespestad
E-post



HALVFERDIG: Nes bru står halvferdig etter konkursen.
FOTO: STATENS VEGVESEN.

Gigantkonkurs stopper brubygging

HARRAN

Konkursen hos den øst-errikske entreprenøren Alpine Bau gir tap for entreprenører i Nord-Trøndelag.

Håkon Okkenhaug
hokkongs-a.no / Tlf. 93 20 22 20

I går slo entreprenørgiganten Alpine Bau seg konkurs. Selskapet bygger blant annet Nes bru på E6 i Harran i et samarbeid med DSD Brückenbau. Statens vegvesen visste i går ettermiddag ingenting på hvilke konsekvenser konkursten ville få for dem.

Kontrakten de har i Harran går ut på å bygge den 220 meter lange nybrua over Namsen i stål og betong. Verdien er 60 millioner kroner. I forrige uke ble stålemelentene til midtdelen av brua løftet på plass.

– Vi har tatt opp de økonomiske problemene til konser-

en del tid tilbake, sier daglig leder Jon Sellæg i Røstad entreprenør.

Han er mildt sagt oppgitt og forbannet over møtet med den internasjonale entreprenøren.

– Vi har fått et helt nytt regime som ikke er vant til å gjøre opp for seg. De går alt for å unngå å betale for seg. Det var en helt ny opplevelse for oss, sier han.

Sellæg sier tapet de nå får ikke er stort, men irriterende likevel.

– Norske myndigheter og politikere har et stort ansvar når de inviterer utenlandske selskaper til å komme hit for å gjøre oppdrag. I næringslivet ville vi sagt at det politikerne og oppdragsgiverne her har gjort er uaktsomt. Statens vegvesen burde ha sjekket soliditeten til selskapet før de engasjerte dem, sier Sellæg.

Sarens kranservice i Verdal har også hatt oppdrag på anlegget. De har jobbet for DSD Brückenbau som har hatt stålarbeid på brua.

Entreprenør-konkurs

kan føre til forsinkelse for Hålogalandsbrua

AKTUELT

BYGG OG ANLEGG

Konkurs kan ramme Hardanger-mastene

Selskapet som bygger kraftlinjen i Hardanger er nær konkurs. En milliardgjeld kan velte kroatisk Dalekovod.



KONKURS: Rosenhoff fabrikk i Trondheimsveien 139 var starten på konkursene i NGE-systemet da det gikk konkurs i desember i 2009.

Foto: SOLBERG, TROND

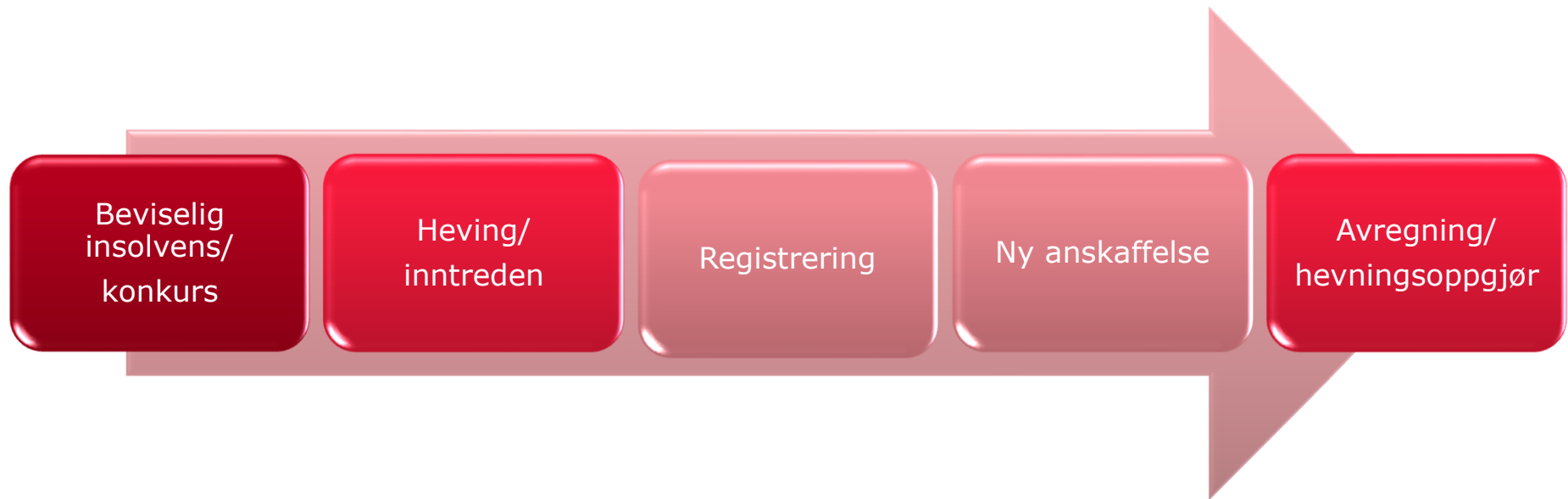
Boligigigant konkurs

Investorene kan tape så mye som 500 millioner kroner når boligigiganten NGE går konkurs.

GRETTE

Tema og avgrensninger

- Scenarioet: Hovedentreprenøren går konkurs under utførelsen av et entrepriseprojekt
- Utgangspunkt i situasjonen mellom BH og boet
 - Enkelte konsekvenser for UE og Es garantist
- Utgangspunkt i NS 8405 og 07



Utvalgte problemstillinger

1. Byggherrens hevingsrett og boets inntredelsesrett
2. Eiendomsrettens overgang
3. Reglene om offentlige anskaffelser ved entreprenørkonkurs
4. Hvis tid; BHs adgang til direktekrav mot UE

Oversikt - parter og interesser

Part	Interesse
Byggherre	Ferdigstille i tide, kvalitet på leveransen, lavest mulig merkostnad
Underentreprenørene	Oppgjør for utført arbeid og merkost. Sikre egne eiendeler mot beslag Ny kontrakt med ny hovedentreprenør eller Direktekontrahering med byggherre Fristforlengelse og dekning av merkostnader ved boets inntreden (boet vil imidlertid som regel kontrahere på nytt for å komme rundt)
Sideentreprenør	Dekning av evt. merkostnader Fristforlengelse Sikre egne eiendeler mot beslag
Konkursboet	Beslagsrett Ivaretagelse av entreprenørens posisjoner Ryddig og effektiv avvikling av boet
HEs garantist	Begrense eget ansvar, verifisere tap
HEs bankforbindelse	Realisering av pant

INNTREDEN vs. HEVINGSRETT

Byggherrens hevingsrett

- Ubetinget hevingsrett ved konkurs eller beviselig insolvens, med mindre det godtgjøres at arbeidet blir utført i samsvar med kontrakt jf. pkt. 39.1
 - «konkurs»: Enkelt å fastslå - konkurskjennelse
 - «*beviselig* insolvens»: Klar sannsynlighetsovervekt (oppbudsbegjæring, generell betalingsinnstilling, konkret vurdering)
- Beviselig insolvent → lik vurdering som ved behandling av konkursbegjæring
- Kkl. § 64: Sikkerhetsstillelse vekter ut evt. insolvens
 - Konkurs skal ikke åpnes etter begjæring av en fordringshaver dersom «*fordringshaverens fordring er sikret ved betryggende panterett i skyldnerens eiendeler*»
 - Likestilt med panterett er annen tilsvarende sikkerhetsrett.
 - Gjennomføringsgaranti?

Byggherrens hevingsrett

- Gjennomføringsgaranti (solidaransvarsgaranti)
 - Vil kunne avhjelpe hevingsgrunnen dersom den innebærer «*betryggende*» sikkerhet, sml. konkursl. § 64
 - Vil også kunne innebære en godtgjørelse av at kontrakten vil bli gjennomført, jf. NS 8405 pkt. 39.1
 - Vil ved offentlig BH → spørsmål om det er en «*vesentlig endring*» dersom ansett som en transport av kontrakten (ny kontraktspart)
- Kan tenkes konstruksjoner som ikke er en transport, f eks dersom en annen E erklærer at de vil fullføre – men at fakturering/betaling av praktiske årsaker skjer utenom opprinnelig E (direkte mellom BH og ny E) → **MEN**; omgåelse?
 - **NB:** Vil kunne innebære krav fra boet dersom E går konkurs
 - omstøtelig disposisjon av E
 - Betaling til feil kreditor = krav om ny betaling

Entreprenørens godtgjørelse av evnen til ferdigstillelse

- Kun praktisk ved «*beviselig insolvens*» (ved konkurs er det spørsmål om boets inntreden)
 - Tilførsel av kapital fra eiere eller bank
 - Refinansiering
 - Ettergivelse av gjeld
 - Avdragsfrihet
 - Konkret vurdering

Boets inntredelsesrett - utgangspunkter

- Boet har inntredelsesrett i alle skyldnerens avtaler, jf. deknl. § 7-3.
 - Dersom BH har hevet forut for konkurs (beviselig insolvent → ingen kontrakt å tre inn i)
- Sjelden aktuelt i entrepriser fordi:
 - Ressurskrevende
 - Forutsetter kyndig administrasjon (kostnader til innleie)
 - Uoversiktlig risikobilde ved konkursåpning – liten sjanse for oppside
- Kan likevel tenkes der prosjektet er svært nær ferdigstillelse

Hevingsrett eller inntredelsesrett?

- **MEN;** Utgangspunktet i dekl. § 7-3 begrenser ikke kontraktspartens rett til å påberope insolvensen som hevingsgrunn «*etter avtalens art*», jf. § 7-3 (2).
- Eks. fra forarbeidene :
 - Kontraktens art gjør **insolvens til en relevant bristende forutsetning**, (eks. kredittavtaler, garantiavtaler og avtaler om stiftelse av et ansvarlig selskap)
 - Oppfyllelse forutsetter bestemt **personlig innsats/ytelse** (f.eks. arkitekt)
- Entreprisavtaler: Boets inntredelsesrett går foran
 - Sjeldent snakk om person-/selskapsavhengige ytelser
 - MEN; Bau-How → eneste leverandør for denne løsningen (patentert)
- Forutsetning for inntreden → midler til gjennomføring
- Partene kan ikke avtale en snevrere inntredelsesrett for boet
→ kun «*avtalens art*» kan utelukke inntreden

Boets inntredelsesrett

- Dersom BH hever → registreringsforretning
- Gode grunner for at lojalitetsplikten tilsier at boet og garantisten skal kalles inn til registreringsforretning ved heving
 - I motsatt tilfelle fratas boets/garantistens mulighet til å ivareta egne interesser
 - Kostnader boet/garantisten har til å selv konstatere hvilke arbeider som var gjennomført pr. konkurs kan komme til avkortning i BHs krav

Hevingsrett eller inntredelsesrett?

- Boets inntredelsesrett bortfaller ikke automatisk ved heving
- BH kan kreve at boet tar stilling til evt. inntreden «uten ugrunnet opphold» etter konkursåpning, jf. deknl. § 7-3
 - Uten slikt varsel tapes ikke boets inntredelsesrett ved passivitet jf. Andenæs.
 - Forarb. jf. også Brækhus: Forsinkelser pr. konkurs = kortere frist.
 - «avtalens art» vil også ha betydning for fristen → beror også på kontraktens egne klausuler
 - Dagmulktsbelagte milepæler
 - Evt. bestemmelser om boets frist (men kun som veileder for hva som er UUO)
- Boet må normalt avgi en uttrykkelig erklæring, jf. forarb.
 - Konkludent adferd kan unntaksvis binde boet; for eksempel ved brudd på deknl. § 7-9 (boets tilbakeleveringsplikt av ytelser fra UE etter konkursåpning)

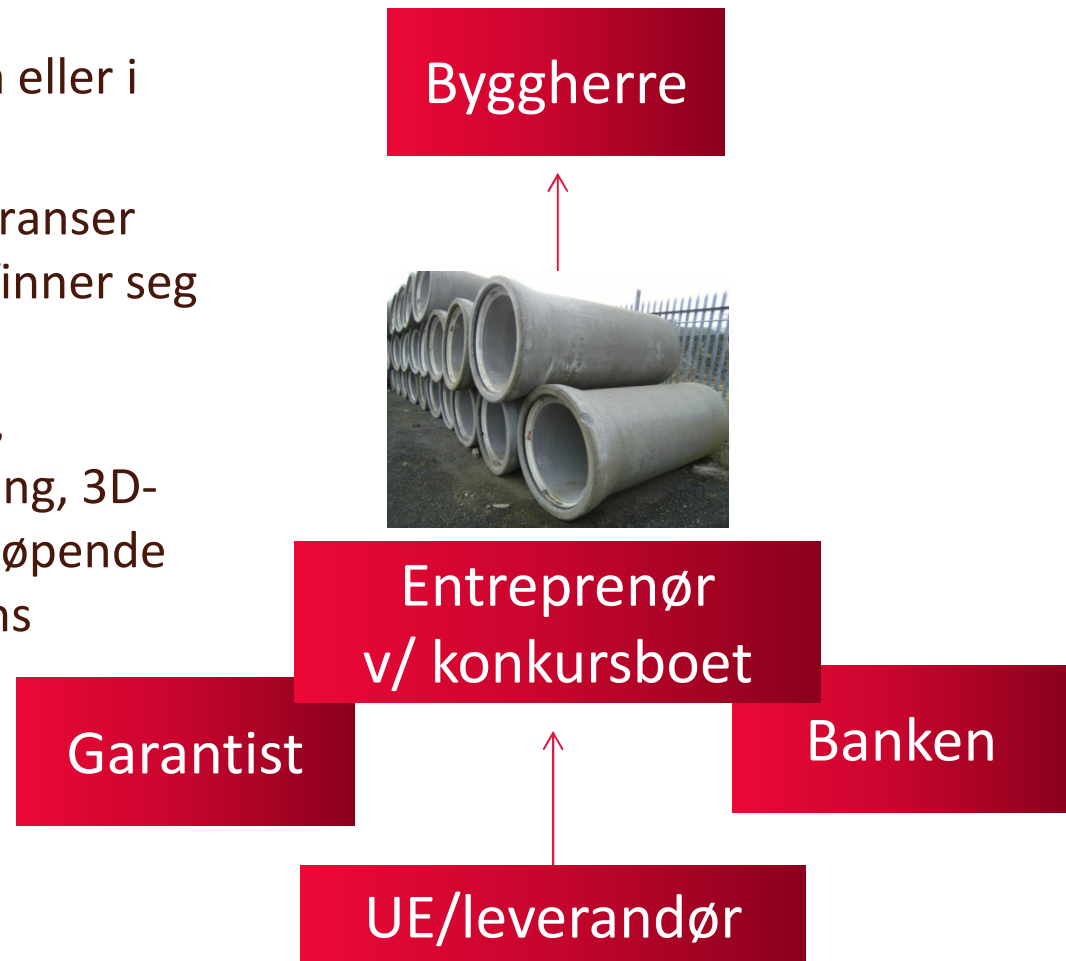
EIENDOMSRETTENS OVERGANG

Hvorfor interessant?

- Boet har beslagsrett i «*alt debitor eier på konkursåpningstidspunktet*», jf. deknl. § 2-2
- Dersom eiendomsretten er gått over til BH = boet har ikke beslagsrett
- Dersom eiendomsretten ikke har gått over fra UE til E = boet har ikke beslagsrett.
- **Praktisk:** UE henter ut eiendeler hvor eiendomsretten var gått over
 - Ulovlig (selvtekt?). BH har krav mot UE
- **Praktisk:** Boet selger eiendeler som er urettmessig beslaglagt/banken realiserer pantet (etter abandonering)
- BH/UE kan ha erstatningskrav mot boet for urettmessig beslag
- **Praktisk:** BH retter krav mot garantisten for eiendeler hvor eiendomsretten har gått over
- Kan redusere BHs krav mot garantisten

Overordnede problemstillinger

- Hvem som ved konkurs har eiendomsretten til **materiell** på eller i «randsonen» til byggeplass?
- Hvem har eiendomsrett til leveranser som er **produsert** men **ikke** befinner seg på byggeplass?
- Hva med **dokumentasjon** (FDV, produktblader, egenprosjektering, 3D-modeller etc.) som utarbeides løpende og som er del av entreprenørens kontraktsforpliktelse?



Eiendomsrettens overgang

- NS 8405: **40.1 Eiendomsrettens overgang**

Kontraktarbeidet blir byggherrens eiendom etter hvert som det utføres. Materialer som er tilført byggeplassen, og som skal bygges inn, blir byggherrens eiendom når han har betalt dem.

2.6

kontraktarbeid

bygg, arbeid eller anlegg som omfattes av kontrakten mellom byggherren og entreprenøren

- NS 8407: **48.1 Eiendomsrettens overgang**

Kontraktsgjenstanden blir byggherrens eiendom etter hvert som arbeidet under kontrakten utføres. Materialer som er tilført byggeplassen, og som skal bygges inn, blir byggherrens eiendom når han har betalt dem.

1.4

kontraktsgjenstand

de bygg og anlegg eller deler av disse som omfattes av kontrakten mellom byggherren og totalentreprenøren. Som kontraktsgjenstand regnes også andre produkter som totalentreprenøren skal levere, herunder prosjekteringsmateriale, FDV-dokumentasjon og annen dokumentasjon

Eiendomsrettens overgang - materiell

- Suksessiv overgang av eiendomsretten
 - «*skal bygges inn*»: Eiendomsovergang ved ankomst byggeplass og byggherrens betaling
 - Materiell som **ikke** skal «*bygges inn*» er som regel driftstilbehør
 - Grensetilfelle → spesialtilvirket stålskjerm (Alpine Bau): Kontraktsarbeid (som går over ved utførelsen) eller rigg/drift (driftstilbehør)?
 - Materiell som er bygget inn, men ikke betalt = utført arbeid/utført kontraktsgjenstand
- Avgjørende om materialene er «*betalt*»
 - Det som er tilført etter at siste avdragsnota er satt opp og betalt, er entreprenørens eiendom, ref. også Sandvik
 - Baktung betaling → Større beslagsrett
 - Tilbakehold → avhengig av om tilbakeholdet er klart knyttet til en konkret leveranse. Hvis ikke, antatt at eiendomsretten har gått over

Problemstillinger

– grensesnitt materiell/utført arbeid

- Produsert, betalt, men ikke på byggeplass (prefabrikerte moduler). Eks. Faktor - SiB → ferdige moduler på fabrikk – del av varelageret?
 - «Utført» eller «materiell»?
 - Hvis «materiell» → ikke gått over = del av varelageret
 - Hvis «utført» → gått over = ikke del av varelageret
 - Reglene om eiendomsrettens overgang bygger på hensynene til:
 - Det som oppføres på BHs grunn, blir BHs eiendom, sml. pantel. § 3-19
 - Likviditetshensyn (tilførsel av likviditet ved a-konto i noenlunde takt med produksjon)
- Prefabrikerte → nevneverdig grad av utførelse = det er i tråd med ordlyden + hensynet bak å anse prefabrikkert som utført kontraktsarbeid = eiendomsretten går over før ankomst byggeplass

Problemstillinger

- salgspant

- F.eks. NL09: **20. Eiendomsforbehold**
Varen forblir Selgers eiendom inntil den er betalt fullt og helt i den utstrekning et slikt eiendomsforhold er gyldig i henhold til gjeldende lov.
- Panterettslig legalitetsprinsipp; pantel. § 1-2 (2): Avtalepant krever lovhjemmel.
- Pantel. § 3-15 (2) jf. GMAC-dommen: Kan ikke avtale salgspant i materiell **beregnet for** videresalg
- Entreprise forutsetter videresalg: Varer ment for videresalg = salgspantet er ugyldig.
- Hva med dersom avtalen forbyr videresalg før betaling?
 - Omdiskutert. Fortsatt **beregnet for videresalg**, jf. Skoghøys oppfatning av GMAC-dommen → ugyldig pant.
- Bestemmelsen i NS8405 29.2/NS8407 28.2 (opplysningsplikt for E om evt. heftelser) fremstår som uten virkning ang. salgspant

Problemstillinger

- dokumentasjon etc.

- FDV, (egen)prosjekteringsmateriale, produktblad o.l.
 - NS 8407: Del av «kontraktsgjenstanden» → eiendomsretten går over i takt med utførelsen
 - NS 8405: Forutsetter inntatt som del av Es forpliktelse = «kontraktsarbeid». Hvis ikke; går ikke eiendomsretten over.
- Prosjekteringsmateriale: Forutsetter eiendomsovergang fra prosjekterende
- Rettighetskollisjon mellom BH/Boet og prosjekterende der det er brukt NS 8401/02:

Modeller og demonstrasjonsobjekter blir oppdragsgiverens eiendom dersom han har betalt dem.

Hvis ikke annet er avtalt, har den prosjekterende alle øvrige rettigheter til sine ideer og det materialet han har utarbeidet. Han kan likevel ikke bruke dette på en måte som er urimelig i forhold til oppdragsgiveren.

Problemstillinger

- dokumentasjon etc.

- 3D-modeller, stikningsdata, etc.
 - Kan ha betydelig økonomisk verdi → «*formuesgode*» jf. dekl. § 2-2.
 - Del av «*kontraktsgjenstanden*» i NS 8407
 - Ikke uten videre del av «*kontraktsarbeid*» i NS 8405:
 - Hvis inntatt i beskrivelsen (ikke rigg/drift) → del av Es kontraktsytelse:
 - Eiendomsretten går over i takt med utførelsen
 - Hvis ikke del av Es kontraktsytelse, eller gjort til del av rigg/drift:
 - Driftstilbehør, sml. pantel. § 3-4.
 - «*Som driftstilbehør ansees ... maskiner, redskaper, innbo og annet utstyr*»

**REGLENE OM OFFENTLIGE
ANSKAFFELSER VED
ENTREPRENØRKONKURS**

Reglene om offentlige anskaffelser ved entreprenørkonkurs

- Konkurs = stans, med mindre byggherren viderefører selv, eller boet trer inn i kontrakten
 - Stans innebærer:
 - Samfunnsmessige konsekvenser (samferdsel, helse, undervisning mv.)
 - Høye kostnader for byggherren
 - Mål: Raskest mulig oppstart med ny entreprenør med minst mulig «overføringskostnader»
- Hindrer regelverket om offentlige anskaffelser offentlige oppdragsgivere i å oppnå målet?

Reglene om offentlige anskaffelser ved entreprenørkonkurs – Rettslig utgangspunkt

- «(44) Det rettslige utgangspunktet er at overdragelse til en annen leverandør enn den opprinnelige kontraktspart utgjør en endring av en vesentlig kontraktsbestemmelse, og derfor representerer inngåelse av en ny avtale. En endring av en vesentlig kontraktsbestemmelse kan derfor ikke foretas uten etter en ny utlysning og tildeling av kontrakten i henhold til forskriftens regler, så fremt ikke en av forskriftens unntaksbestemmelser er anvendelig.» (KOFA 259/2011 «Nødnettsaken»)

Reglene om offentlige anskaffelser ved entreprenørkonkurs – Rettslig utgangspunkt

- Pressetext C-454/06. Leverandørbytte ikke vesentlig endring hvis:
 - Intern restrukturering
 - Avtalen overført til et 100 % eid datterselskap
 - Instruksjonsrett
 - Underliggende avtale om overføring av under- og overskudd mellom selskapene
 - Selskapene heftet solidarisk overfor oppdragsgiver
 - Ingen faktiske endringer i den leverte ytelse
 - Valutajustering (omgjort til euro) innenfor lovlig prisjustering)
- Lagt til grunn ifbm konkurs f.eks. i KOFA 163/2003 og Konkurrensverkets avgjørelse av 3. mars 2010

Reglene om offentlige anskaffelser ved entreprenørkonkurs – Hasteprosedyre § 19-5

- Dersom det i hastetilfeller er umulig å anvende frister satt i §§ 19-2 (begrenset anbudskonkurranse) og 19-4 (konkurranse med forhandling)
 - Minst 10 dager fra kunngjøring for forespørsel om deltakelse
 - Minst 10 dagers frist fra invitasjon for inngivelse av tilbud
- "Umulig" tolkes strengt. Force majeure-liknende tilfeller, eller hvor det kan oppstå kostbare forsinkelser (NOU 1997:21 s. 126)
- Vilkår:
 - Umuligheten må ikke skyldes oppdragsgivers forhold, og
 - Oppdragsgiver måtte ikke kunne forutse "umuligheten" (KOFA 2006/96)

Reglene om offentlige anskaffelser ved entreprenørkonkurs – mulig unntakshjemmel

- Konkurransen med forhandling uten forutgående kunngjøring
 - FOA § 14-4 bokstav d
 - «dersom det på grunn av ¹⁾særlige forhold som ²⁾ikke skyldes oppdragsgiver og ³⁾som oppdragsgiver ikke kunne forutse, er ⁴⁾umulig å overholde fristene fastsatt i denne forskrift»

Reglene om offentlige anskaffelser ved entreprenørkonkurs – «særlige forhold»

- Skal mye til, snever unntaksregel
- Mest praktisk: fare for liv å helse som følge av **force majeure-liknede forhold, som jordskjelv, oversvømmelser, brann eller lignende, er nødvendig å foreta en anskaffelse for å skaffe livsnødvendige varer, som for eksempel medisiner, matforsyning eller lignende.**

(Veilederen pkt. 7.4.5)

Reglene for offentlige anskaffelser ved leverandørkonkurs – særlige forhold forts.

- Andre uforutsette omstendigheter kan også oppfylle vilkåret.
- For eksempel dersom oppdragsgivers leverandør **uventet går konkurs** eller leverandørens ansatte streiker, **og dette medfører fare for liv eller helse**.
- Ikke tilstrekkelig at det er sterkt politisk press om rask gjennomføring av et prosjekt.
- Oppdragsgiver må også kunne sannsynliggjøre at det vil være umulig å anvende fristene ..., det vil si at det vil få **alvorlige konsekvenser** dersom fristene for disse konkurranseformene følges. Et eksempel er at det er **nødvendig for å sikre liv, helse eller oppdragsgivers eiendom**.

Reglene for offentlige anskaffelser ved leverandørkonkurs – særlige forhold mv.

- Kun kontrakter av kortere varighet. «Unntaksbestemmelsen bør ikke benyttes til å inngå kontrakter av lenger varighet enn det som er nødvendig for å oppnå formålet.»
- Vid behov som strækker sig under en längre period kan tjänster direktupphandlas för en period fram till dess en ny upphandling kunnat genomföras och ett nytt kontrakt har kunnat tecknas. ” (Konkurrensverket, 3.3.2010)

→ Kjernen: Sikre verdier i påvente av ny konkurranse. For eksempel akseptert av Klagenævnet for Udbud 3. april 2013

Reglene for offentlige anskaffelser ved leverandørkonkurs - Oppmykning?

- Dersom unntaksregelen ikke er oppfylt → kan det likevel i visse tilfeller hevdes at et leverandørskifte ikke er en vesentlig endring av en inngått avtale?
- Viss oppmykning i EU-kommisjonens praksis, som har akseptert overdragelse **fra boet til kjøper** i visse tilfeller:
 - Objektiv konstaterbar, ekstraordinær begivenhet
 - Kontraktens vilkår forblir tilnærmet uendrede
 - At kjøper har de nødvendige kvalifikasjonene, og at det skjer en reell vurdering opp mot kvalifikasjonskriteriene
 - At ”anskaffelsesreglene har oppfylt sin funksjon”
- Tendens i EU-domstolen til å akseptere større fleksibilitet

(Steen Treumer, Public Procurement Law Review 2012 s. 153

Reglene for offentlige anskaffelser ved leverandørkonkurs – oppmykning i norsk rett?

- KOFA 259/2011 – Nødnett, 29. april 2013. (Ikke konkurs)
- «ikke avklart hvilke forhold som kan begrunne et unntak fra utgangspunktet om at endring av kontraktspart utgjør en endring av en vesentlig kontraktsbestemmelse, eller hvilken terskel som skal ligge til grunn.»
- Betydelige investeringer, Motorola var en betydelig underleverandør, og Motorola overtok personell og utstyr i tillegg til kontrakten. Kontrakten ble videreført på samme vilkår som tidligere, og innklagedes sikkerhet for oppfyllelsen av kontraktsforpliktelsene er tilstrekkelig ivaretatt, tap i størrelsesorden tre til seks milliarder kroner, kunne innebære økt risiko for tap av menneskeliv, ikke omgåelse.

Reglene for offentlige anskaffelser ved entreprenørkonkurs – dansk praksis

- Den danske Konkurrence- og forbrugerstyrelsen i pressemelding av 13. september 2013:
- ”Det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens opgave at vejlede om udbudsreglerne – også når der ikke er retspraksis på området, som det er tilfældet med overdragelse af konkursramte projekter.”
- ”Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vurderer, at et konkursbo i langt de fleste tilfælde kan lade en ny leverandør overtage opgaven uden at sende den i udbud igen. Det vil også være lovligt at foretage ændringer i de eksisterende kontrakter, hvis det ikke er muligt at finde en ny leverandør, som vil eller kan påtage sig opgaven under de oprindelige aftalte vilkår.”

Forslag til ny direktivtekst

Artikkel 72: Endring av kontrakter i deres gyldighetsperiode;

Hovedregelen om krav om en ny anbudsprosedyre i henhold til direktivets bestemmelser:

- **Stk. 3. (...) finder imidlertid ikke anvendelse i tilfælde af en universel eller delvis efterfølgelse af en anden økonomisk aktør, der opfylder de kriterier for kvalitativ udvælgelse, der var gældende for den oprindelige entreprenør, efter omstrukturering af virksomhed eller insolvens, såfremt dette ikke medfører andre væsentlige ændringer af kontrakten og ikke har til formål at omgå anvendelsen af dette direktiv.**

Reglene for offentlige anskaffelser ved leverandørkonkurs - Oppsummering

- Skifte av kontraktspart som følge av konkurs utgjør som utgangspunkt en vesentlig endring av inngått kontrakt
- Evt. hasteprosedyre
- «Konkurransen med forhandlinger uten forutgående kunngjøring» i særlige unntakstilfeller for kortere perioder
- Tendens i praksis til oppmyking av vurdering av leverandørskifte som «vesentlig endring» ved konkurs
- Kan være tillatt hvor ny leverandør tilfredsstiller kvalifikasjonskrav, det ikke gjøres vesentlige endringer i kontraktsvilkårene, og hensikten ikke er en omgåelse av regelverket, ref. og nytt direktivforslag
- P.t. usikker rettstilstand

DIREKTEKRAV

BHs krav:

Restarbeider
+ Merkostnader
som følge av
konkurs
+ Dagmulkt per
konkurs
+ Mangler

Boet

Boet:

Vederlag for utført
arbeid (kontrakt +
endringer)
+ innsigelser mot BHs
krav

BH

BHs krav:

Restarbeider
+ Merkostnader som følge
av konkurs
+ Dagmulkt per konkurs
+ Mangler

Garantist

Garantisten:

Innsigelser i form av utført
arbeid (kontrakt +
endringer)
Innsigelser for øvrig (for
eksempel tapsbegrensning
etc.)

BHs krav:

Direktekrav (mangler,
prosjekteringsfeil)?

UE/PROSJ.

UE/Prosj.:

Tilbakehold
Motregning av vederlag?

Særlige problemstillinger

- Forholdet mellom boets beslagsrett i erstatningskrav mot UE og BHs direktekrav mot UE for samme forhold:
- Es mangelskrav mot UE → «*formuesgode*» (erstatningskrav)
boet ønsker beslag i, jf. dekl. § 2-2
 - Dekl. § 2-2: Boet kan ta beslag i alt skyldneren eier på konkursåpningstidspunktet
 - Mangelskrav kan omsettes i penger
- Dersom BH fremmer direktekrav = to parter hevder å utlede rett av samme fordring
 - feil før overtakelse er mangler, jf. Rt. 2007 s 1768

Byggherrens direktekravadgang

- Likelydende regler i NS 8405/07 (springende regress):

37 Direktekrav mot entreprenørens kontraktsmedhjelpere

Byggherren har rett til å benytte sine mangelskrav, jf. punkt 36, direkte mot entreprenørens kontraktsmedhjelpere i samme grad som mangelen kunne vært gjort gjeldende av entreprenøren. Byggherren har bare rett til å gjøre slikt krav gjeldende så fremt det må anses godtgjort at kravet ikke kan gjennomføres mot entreprenøren, eller det i høy grad er blitt vanskeliggjort på grunn av konkurs eller annen klar insolvens.

- Innebærer en cesjonsrett (opsjon):
 - E forplikter seg ved inngåelse av avtalen til å overdra til BH sine fremtidige mangelskrav mot UE, jf. også Bjøranger Tørum.
- = ingen faktisk cesjon → kun en rett for BH til å ensidig gjennomføre transport av fordringen (ved å fremme direktekrav).
- Utg. pkt er at E er rett kreditor. En rett for BH til fortrengsel for E forutsetter et kreditorskifte.

Rettighetskollisjon mellom boet og BH

- Avgjørende for om boet eller BH er reell eier til kravet, er i hvilken grad det har funnet sted et erverv av skyldnerens formuesgode som konkursboet må respektere, jf. Rt. 1986 s. 302
 - Ervervet må være endelig, reelt og gyldig, jf. Mads Henry Andenæs, *"Konkurs"* (1999)
- Direktekravklausulene i NS 8405/07: Cesjonsrett (opsjon), ingen effektiv cesjon. Faktisk cesjon krever aktivitet fra BH (transport)
 - kreditorskifte først dersom BH gjør sin cesjonsrett gjeldende
 - den økonomiske interessen i kravet opphører i så fall for E (cedenten) og oppstår for cesjonaren (BH)

Rettighetskollisjon mellom boet og BH

- Dersom kravet ikke er tiltransportert BH forutfor konkursåpningen, tilhører kravet E pr. konkurs = innenfor boets beslagsrett, jf. dekn. § 2-2
- Motsatt innebærer overdragelse forut for konkursåpning at mangelskravet ikke vil være gjenstand for boets beslagsrett
- For at BHs krav skal stå seg overfor konkursboet → rettsvern for å sikre notoritet.
 - Rettsvern for erverv ved cesjon er omdiskutert
 - Gbl. § 29 analogisk = rettsvern ved melding til UE
- **NB:** Overdragelse før konkursåpning vil imidlertid kunne rammes av omstøtelsesreglene i dekningsloven kap. 5, slik at kravet tilbakeføres til konkursboet

2. UEs motregningsadgang i direktekrav

- UEs adgang til å motregne utestående vederlag (mot E eller BH) i direktekrav fra BH
- NS 8405/07:

Kontraktsmedhjelperen har rett til å motregne overfor kravet i den utstrekning dette er tillatt etter gjeldende rett.

- Komputabilitet
 - Gjensidighet
 - Frigjøringstid for hovedkravet
 - Motkravet må være forfalt
- To situasjoner:
 - a) UE har krav mot BH som flg. av direktebestilling
 - b) UE har krav i boet som flg. av leveranser til E

2. UEs motregningsadgang i direktekrav

- Der UE har krav mot BH som flg. av direktebestilling
 - Dersom BHs krav gjelder utbedring (feks dersom utbedringsretten er tapt eller oppbrukt) er ikke vilkåret til komputabilitet oppfylt = ikke motregningsadgang (men UE kan ha en tilbakeholdsrett?)
 - Dersom BHs krav gjelder prisavslag/erstatning = komputabilitet og dermed motregningsadgang
- Der UE har krav i boet som flg. av utestående vederlag etter arbeid for E
 - Ved direktekrav fra BH er ikke gjensidighetsvilkåret oppfylt (ikke samme parter)
 - **MEN**; unntak i gbl. § 26: UE kan likevel motregne dersom UEs krav mot E (som etter hvert er blitt krav i boet) **oppsto før** UE ble **gjort kjent med transporten** av fordringen mot UE (direktekravet)
 - BH er derfor tjent med å notisere UE tidligst mulig, også fremtidige krav

Andre problemstillinger

- Søksmålsfrister der garantisten fastholder omtvistede endringskrav som ledd i sin innsigelse mot krav fra BH
- UEs adgang til å holde tilbake egen ytelse, ved utestående vederlag mot BH eller E
- Uberegnelige konsekvenser (plunder&heft) ved inngåelse av ny kontrakt mellom BH og UE
- UEs motregningsadgang i direktekrav som har grunnlag i tredjemannsavtale, ikke cesjon.

TAKK FOR OPPMERKSOMHETEN!

GRETTE