

Praktisk håndtering av insolvens og konkurs i entrepriserforhold

Årsmøte Norsk Forening for Bygge- og Entrepriserett
18. april 2024

advokat Mira Levánd Bergsland | advokat Andreas Jarlvang Dysthe

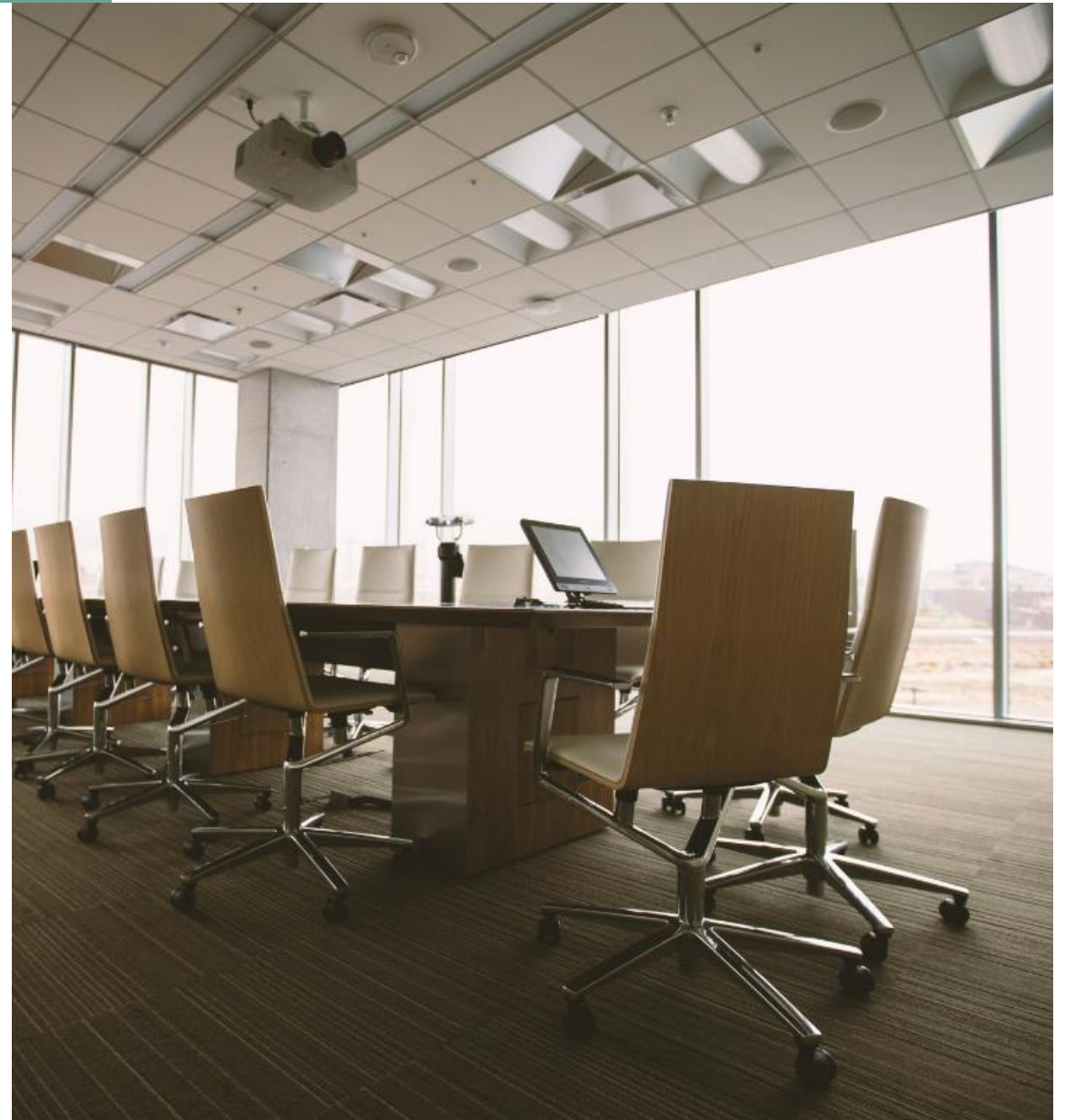


BULL

Agenda

Hvordan håndtere insolvens og konkurs i entrepriserforhold

1. Bakteppet
2. Konkursåpning
3. Eiendomsretten
4. Inngåtte avtalers posisjon
5. Potensielle krav fra boet
6. Melding av krav i boet
7. Praktisk håndtering av truende konkurs



1

Bakteppet



BULL

33 konkurser i uke 12
46 konkurser i uke 11
37 konkurser i uke 10
36 konkurser i uke 9
40 konkurser i uke 8
...

Konkursen føyer seg inn i den dystre konkursstatistikken for byggebransjen. Hittil i 2023 har 1.128 byggebedrifter gått konkurs, ifølge Bizweb. De tre foregående årene har antall konkurser i samme bransje ligget mellom 795 og 839.

Analyseselskap: 4500 selskaper i fare for konkurs

Publisert 02.04.2024 05:47

4500 bedrifter står i fare for konkurs, ifølge et analyseselskap. Konkursrisikoen øker i nesten alle bransjer, men byggebransjen er mest utsatt, ifølge selskapet.



Illustrasjonsfoto: KF Entreprenør

KF Entreprenør er konkurs – flere tvister med utestående beløp

Publisert 22.09.2023 10:00 – Oppdatert 22.09.2023 14:21

Det ble fredag meldt oppbud i Oslo-baserte KF Entreprenør AS. Selskapet hadde i 2022 en omsetning på 771 millioner kroner og har over 100 ansatte.

bygg
gg

aktuelle
g anlegg
et:
orskriften
nator

kurs
ider-kurs
s

dkurs
nastekurs

kurs

skin

tsider eller
for mer info.

KURS

kurs.no

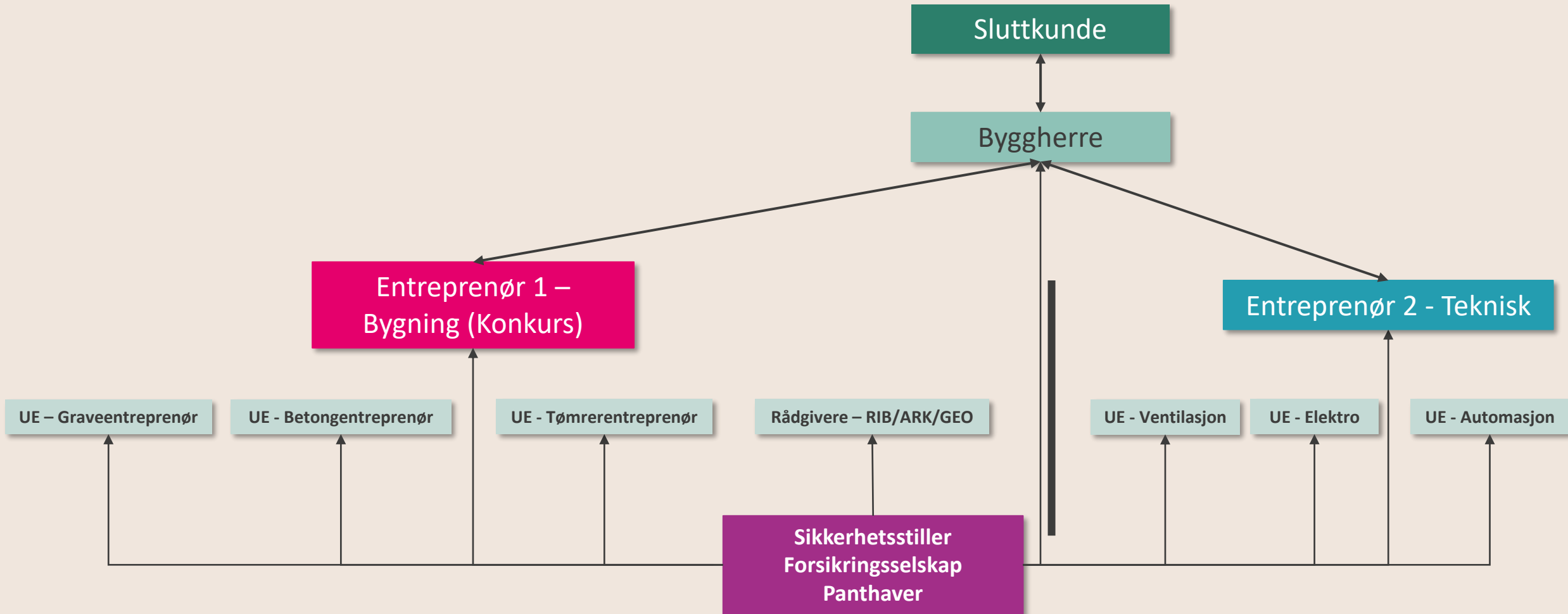


RTALEN

alen.no

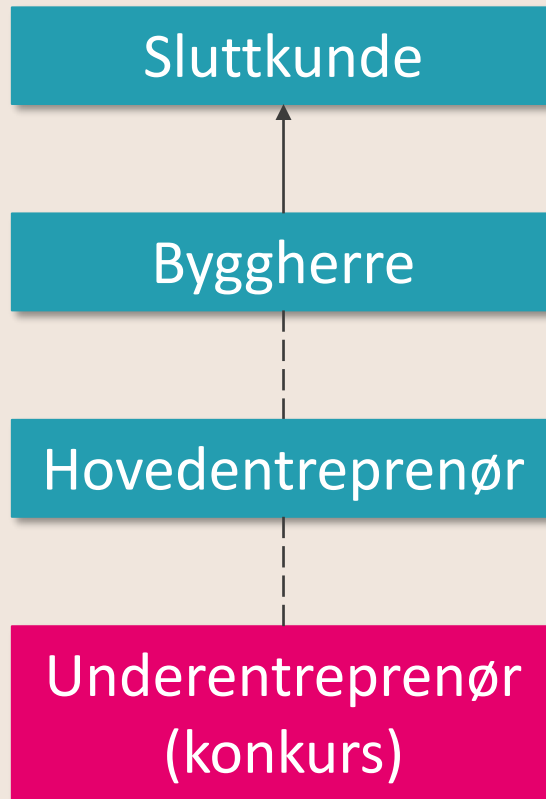


Sommerfugleeffekten av en konkurrs





Utgangspunkter



2

Konkursåpning



BULL



Konkursåpning

1. Oppbud eller konkursbegjæring
2. Oppnevning av bostyrer
3. Generalbeslag inntreer ved konkursåpning
4. Iverksetting av strakstiltak (før vurdering av evt. inntreden)
5. Registrering (og verdsettelse) av konkursskyldners eiendeler
6. Ett av formålene med bobehandlingen: Få inn midler til å dekke gjelden/fordele på kreditorene

3

Eiendomsretten



BULL



Eiendomsretten (1/3)

- Eiendomsrettens overgang reiser særlige spørsmål i entrepriserforhold, og reglene om eiendomsrettens overgang i NS'ene må veies mot og suppleres med reglene i dekningsloven.
- Etter NS 8407 og NS 8405 går eiendomsretten over i takt med utførelsen, det er intet vilkår om betaling.
- Boets beslagsrett gjelder «ethvert formuesgode som tilhører skyldneren på konkursåpningstidspunktet», jf. dekningsloven § 2-2.



Eiendomsretten (2/3)

- Materialer fra oppdragstaker – avgjørende om det er «betalt» for materiellet
 - [1] Materialer på byggeplass som ikke er bygget inn ennå
 - Eiendomsretten går over ved betaling
 - [2] Materialer som ikke er tilført byggeplassen, men betalt for
 - Eiendomsretten er ikke gått over, men et tilbakebetalingskrav i boet
 - Unntak prefab o.l. -> antatt at eiendomsretten går over før ankomst byggeplass hvis betalt
 - [3] Materiell som er bygget inn, men ikke betalt
 - Utført arbeid/utført kontraktsgjenstand

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



Eiendomsretten (3/3)

- Prosjektering, FDV-dokumentasjon mv.
 - NS 8407: Del av kontraktsgjenstanden – eiendomsretten går over i takt med utførelsen
 - Ikke krav om betaling før overgang
 - NS 8405: Prosjekteringen må være definert som en del av ENTs forpliktelse
- Dokumentasjon som ennå ikke er utarbeidet?
 - Boet kommer i utg. ikke til å håndtere dette
 - Unntak dersom boet trer inn i avtalen

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

4

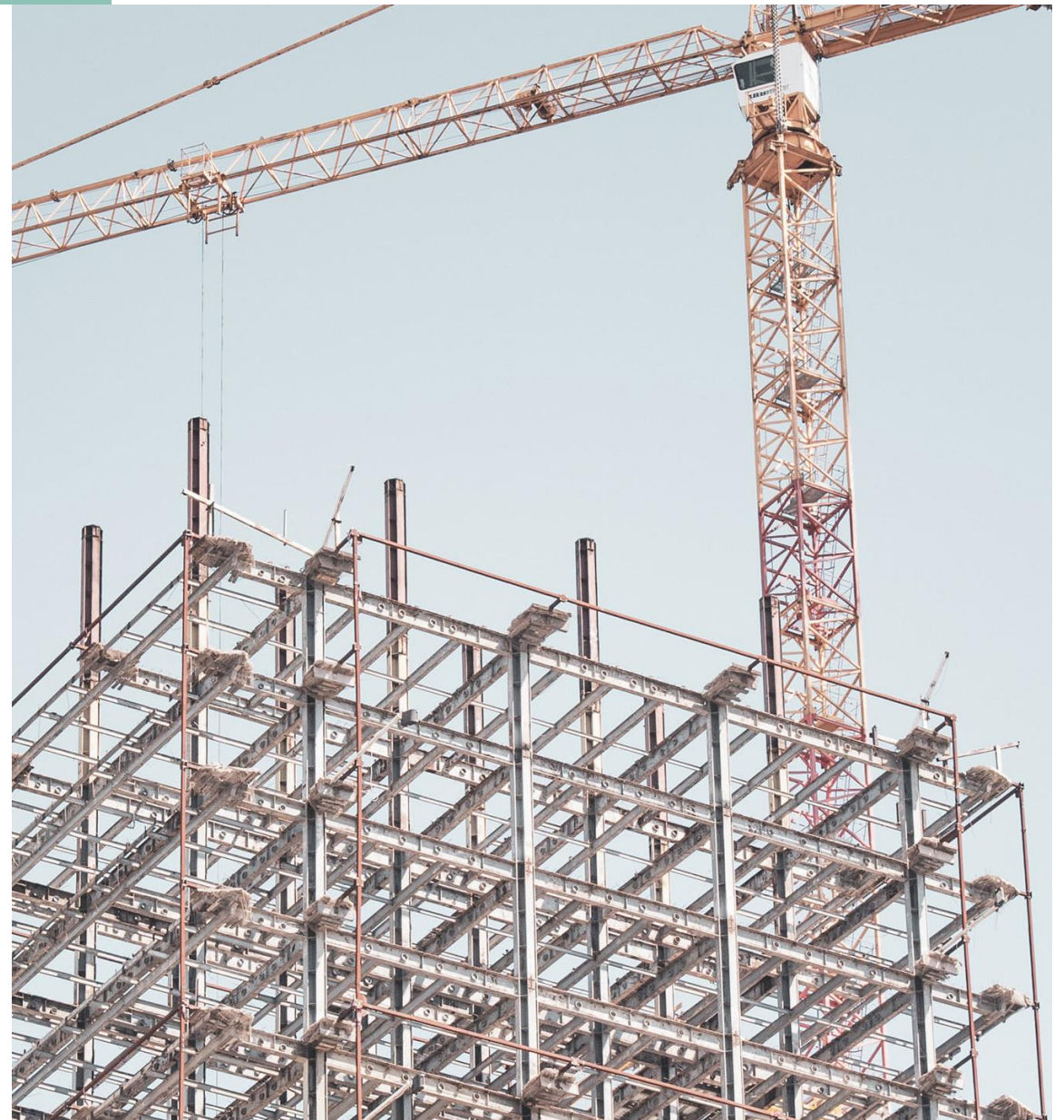
Inngåtte avtalers posisjon



BULL

Hevingsrett ved pengemangel etter NS-systemet (1/3)

- NS 8407 pkt. 46.1 annet ledd
 - *«En part kan likeledes heve kontrakten dersom den andre parten går [1] konkurs, eller blir [2] bevislig insolvent. Byggherren kan likevel ikke heve dersom det uten ugrunnet opphold blir godtgjort at kontraktarbeidet vil bli fullført i samsvar med kontrakten. Totalentreprenøren kan heller ikke heve dersom det uten ugrunnet opphold blir stilt betryggende sikkerhet for rettidig oppfyllelse av den gjenstående delen av byggherrens forpliktelser etter kontrakten.»*
- [1] «Konkurs»
 - Kjennelse fra skifteretten
 - Boet kan vurdere å tre inn i entrepriseavtalen?





Hevingsrett ved pengemangel etter NS-systemet (2/3)

- [2] «Bevislig insolvent»
- Hvorfor relevant?
 - Heve kontrakten før konkursåpning – boet har ingen kontrakt å vurdere å tre inn i
- «Insolvent»
 - Konkursloven § 61 ->
- Beviskravet «beviselig»
 - Klare indikasjoner – Klart over 50 %?
- Sentralt: Dokumentere sviktende betalingsevne
 - Erkjennelse av insolvens
 - LB-2017-115090
 - Over tid ikke betalt
 - Ikke tilstrekkelig med mislighold av enkeltfordringer – side mot forbigående betalingsudyktighet

Konkursloven § 61

*«Skyldneren er insolvent **når denne ikke kan oppfylle sine forpliktelser etter hvert som de forfaller, med mindre betalingsudyktigheten må antas å være forbigående. Insolvens foreligger likevel ikke når skyldnerens eiendeler og inntekter tilsammen antas å kunne gi full dekning for skyldnerens forpliktelser, selv om oppfyllelsen av forpliktelsene vil bli forsinket ved at dekning må søkes ved salg av eiendelene»***



Hevingsrett ved pengemangel etter NS-systemet (3/3)

- Unntak hevingsrett oppdragsgiver
 - Godtgjort at kontraktsarbeidet vil bli fullført
 - Hvordan skal arbeidet finansieres?
 - Ikke tilstrekkelig med beslutning om videre drift
 - Gi innsyn i økonomiske forhold
 - Tilgang til kvalifisert bemanning, maskinpark og underleverandører?
 - Oppdragsgiver trenger ikke akseptere risiko for tap
 - «Uten ugrunnet opphold»
 - Så raskt som mulig etter mottak av hevingsvarsel
- NS 8407 pkt. 46.1 annet ledd
 - *[...]Byggherren kan likevel ikke heve dersom det **uten ugrunnet opphold blir godtgjort at kontraktarbeidet vil bli fullført i samsvar med kontrakten.**[...]*

Boets inntreden i avtaler (1/5)

Utgangspunktet: Boet kan velge å tre inn i avtaler dersom den ikke ble hevet før konkursen inntraff

- Dekningsloven § 7-3 første ledd
 - «Kommer skyldnerens bo under konkursbehandling, **har konkursboet rett til å tre inn i de gjensidig tyngende avtaler skyldneren har sluttet**. Konkursboet kan velge om det vil tre inn i en avtale, selv om avtalen har løpt videre etter åpningen av en forutgående gjeldsforhandling. Den annen part kan kreve at konkursboet uten ugrunnet opphold tar stilling til om det vil benytte sin rett»
- Boets rett kan ikke begrenses i (forhånds)avtale, se dekningsloven § 7-3a første ledd
 - «Skyldnerens avtaler løper videre etter åpning av gjeldsforhandling. Åpningen gir ikke i seg selv den annen part rett til å heve avtalen med skyldneren. Bestemmelsene i § 7-3 annet ledd gjelder likevel tilsvarende.»





Boets inntreden i avtaler (2/5)

Unntak fra boets inntredelsesrett

- «*[E]tter avtalens art*», jf. dekningsloven § 7-3 annet ledd
 - Personlig innsats/ytelse
 - Forutsetningene for kontraktsmessig oppfyllelse forrykkes

Dekningsloven § 7-3 annet ledd

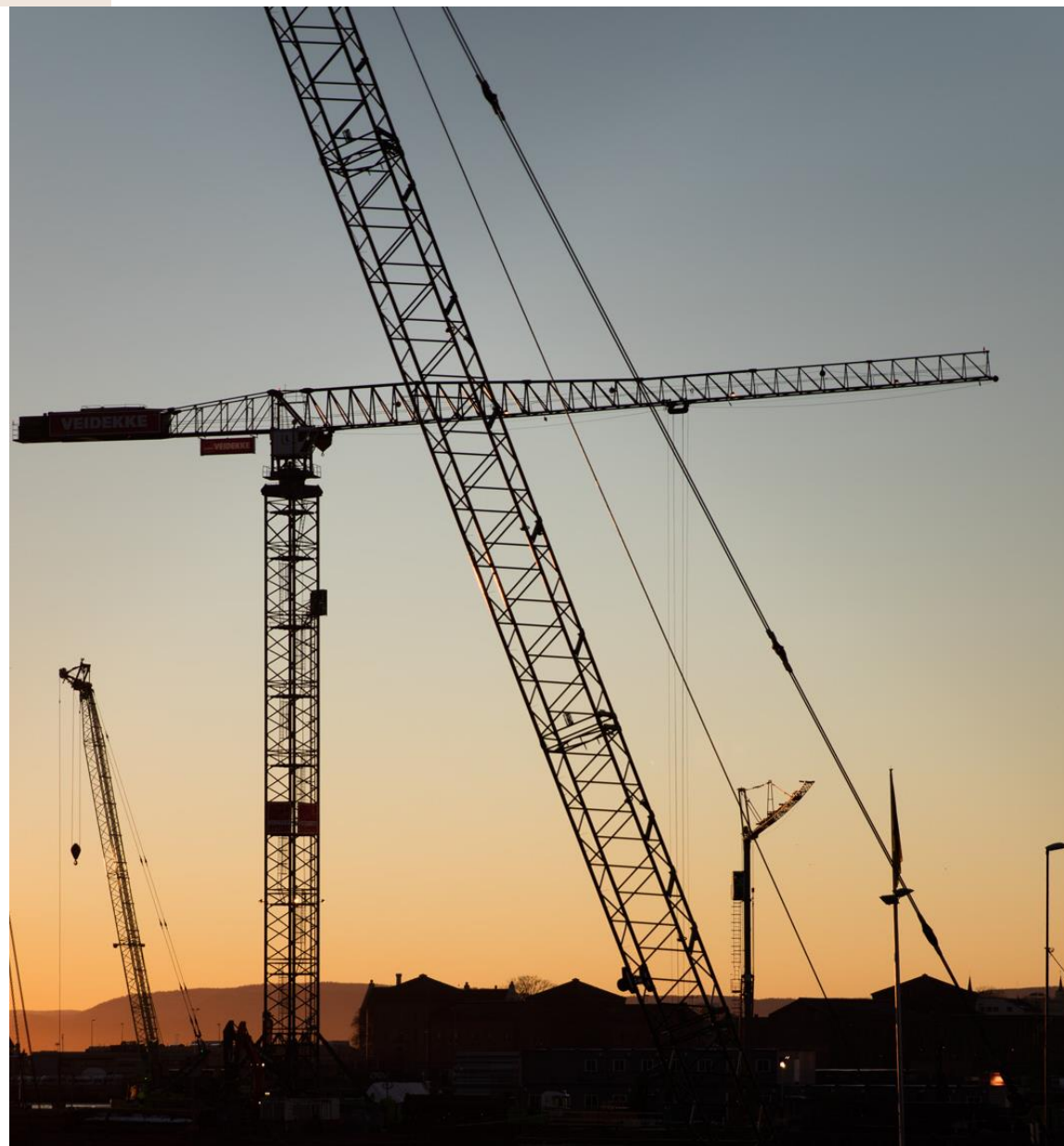
«Bestemmelsene i foregående ledd **griper ikke inn i den annen parts rett til å påberope insolvensen som opphørsgrunn etter avtalens art**. Avtalebestemmelse som gir den annen part en videre adgang til å heve på grunn av skyldnerens insolvens, er ikke bindende for boet.»



Boets inntreden i avtaler (3/5)

Boets inntreden i praksis

- Boet ønsker normalt ikke å tre inn i entreprisedokumenter
- Unntak kan tenkes;
 - Prosjektet nærmer seg ferdigstilling
 - Salg av konkursdebitors virksomhet
- Innsiktsrett skjer for hele avtalen





Boets inntreden i avtaler (4/5)

Hvordan håndtere dette praktisk?

- Umiddelbar henvendelse til boet ad inntreden, se dekningsloven § 7-3
 - «**Den annen part kan kreve at konkursboet uten ugrunnet opphold tar stilling til om det vil benytte sin rett [til inntreden]**»
- «Uten ugrunnet opphold» - (NOU 1972:20 s. 313)
 - Beror på avtalens art og boets stilling

- Krav til boets stillingtaken?
 - Ingen formkrav, men normalt: Uttrykkelig erklæring, se (NOU 1972:20 s. 313)
 - Konkludent adferd, RG-1992-493
 - «Boet har rett, men ingen plikt til å tre inn i skyldnerens avtaler. **Lagmannsretten er enig i at slik inntreden kan skje ved konkludent adferd fra boets side,[...]**»
- Uten henvendelse?
 - Boet kan forholde seg passiv, se Andenæs, *Konkurs*, 3. utg. (2009) s. 214

Boets inntreden i avtaler (5/5)

Dersom boet ikke trer inn

- Avtaleforholdet heves i praksis
 - Registreringsforretning
 - Sluttoppgjør
- Fremme eventuelle krav mot boet og sikkerhetsstiller





Når boet ikke trer inn i avtalen – Erstatningskrav iht. nødvendige merkostnader (1/6)

Utgangspunktet:

- Oppdragsgiver uten kontraktspart -> Dyrere ferdigstillelse -> Økonomisk tap
- Byggherren kan fremsette krav om dekning av det økonomiske tapet mot boet og garantisten (NS 8407 pkt. 7.2)
- Kravet på erstatning utgjør «nødvendige merkostnader» (NS 8407 pkt. 46.4)
 - «Ved hevning kan byggherren kreve erstattet sine **nødvendige merkostnader**, herunder økte finanskostnader.»

Begrensning i kravet mot garantist

- Typisk 10 % (NS 8407 pkt. 7.2 annet ledd), men avhengig av avtalen

«Nødvendige merkostnader» / tapsbegrensningsplikt skl. § 5-1 nr. 3

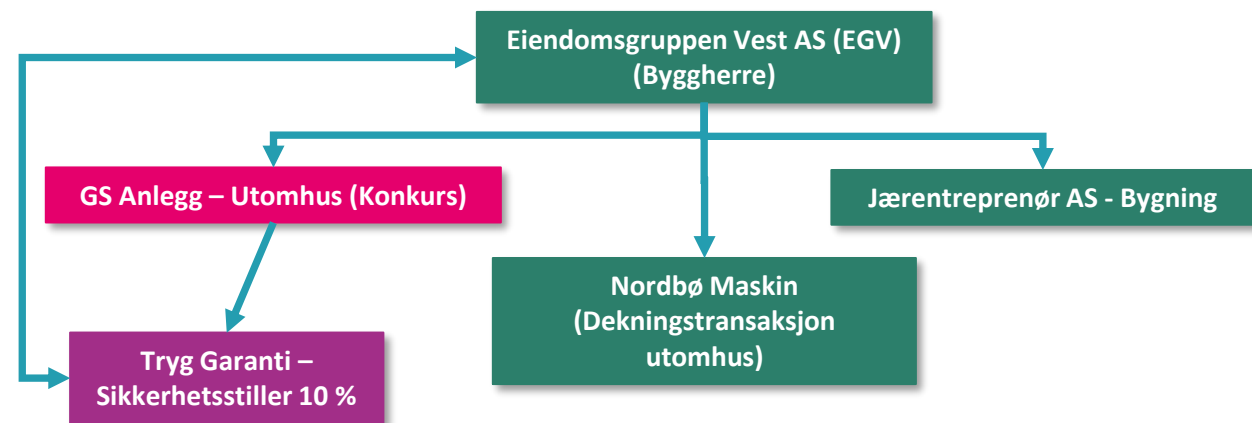
- Hagstrøm, *Obligasjonsrett* 3. utg. s. 609
 - «Ved sin dekningstransaksjon har kreditor en aktsomhetsplikt, slik at han ikke uten videre kan kontrahere med den første og beste, men må foreta et **forsvarlig valg i markedet**.»

Hvilken betydning får dette for byggherren/hovedentreprenøren ved valget av ny (under)entreprenør?



Når boet ikke trer inn i avtalen – Erstatningskrav iht. nødvendige merkostnader(2/6)

- LG-2023-4399 (NS 8405)
 - Sakens bakgrunn
 - Partsforholdet
 - Hendelsesforløp
 - Krav om garantisummen (MNOK 1,6)
 - Sakens hovedspørsmål
 - Oppfylte EGV sin tapsbegrensningsplikt ved valg av ny entreprenør etter GS' konkurs?
 - Partenes relevante anførsler
 - Tryg:
 - EGV har ikke oppfylt sin tapsbegrensningsplikt
 - Burde innhentet tilbud fra markedet
 - EGV:
 - EGV oppfylte sin tapsbegrensningsplikt
 - Forhandlinger med andre aktører ville ikke gitt billigere resultat
 - Må legges vekt på potensielle forsinkelsesrelaterte krav fra øvrige aktører

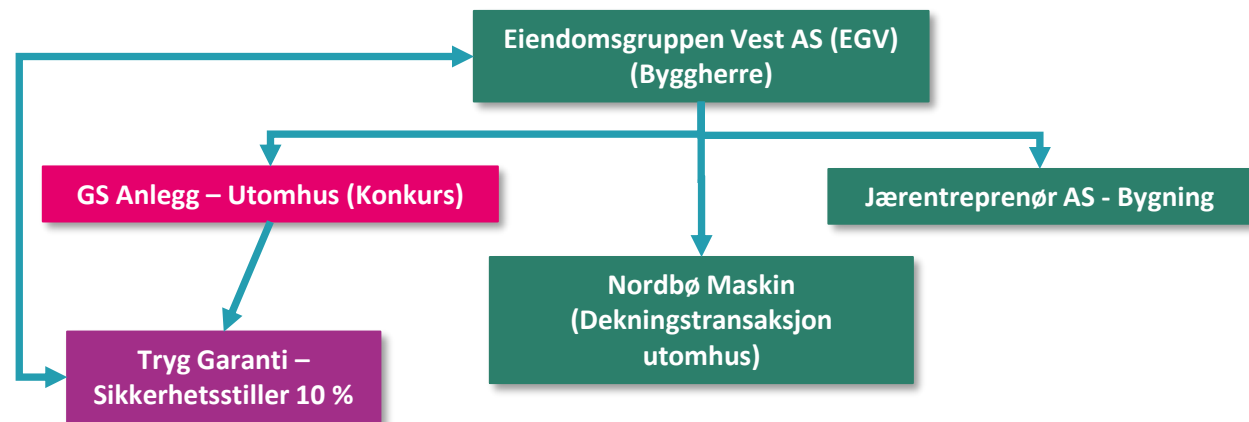




Når boet ikke trer inn i avtalen – Erstatningskrav iht. nødvendige merkostnader(3/6)

«Nødvendige merkostnader»

- Vurderingstema - Utgangspunkt
 - «EGV kan kun kreve erstattet «nødvendige» merkostnader forårsaket av konkursen i GS Anlegg, jf. NS 8405 punkt 39.5. **Det kan derfor ikke kreves erstatning for tap som skyldes at EGV ikke har gjort det som må kreves for å begrense tapet.** EGV kan heller ikke kreve dekning for kostnader som går ut over rammene i kontrakten med GS Anlegg.»
- Rettens vurdering av «nødvendige merkostnader»
 - «Det er ingen tvil om at byggherren ved dekningskontraheringen «ikke uten videre kan kontrahere med den første og beste, **men må foreta et forsvarlig valg i markedet**», se Hagstrøm (2021) Obligasjonsrett, 3. utgave, side 609. **Ved vurderingen av hva som er «forsvarlig valg i markedet» må det gjøres en konkret vurdering av om atferden ved det konkrete valg var klanderverdig, og om det fantes alternativer.** Selv om det finnes alternative løsninger, er det likevel grenser hvor langt lojalitetsplikten rekker, og hvor mye byggherren skal ofre for å ivareta en av medkontrahentenes interesser. **Det kan bare kreves rimelige tiltak eller at byggherren i rimelig utstrekning skal avstå fra visse handlinger.**»

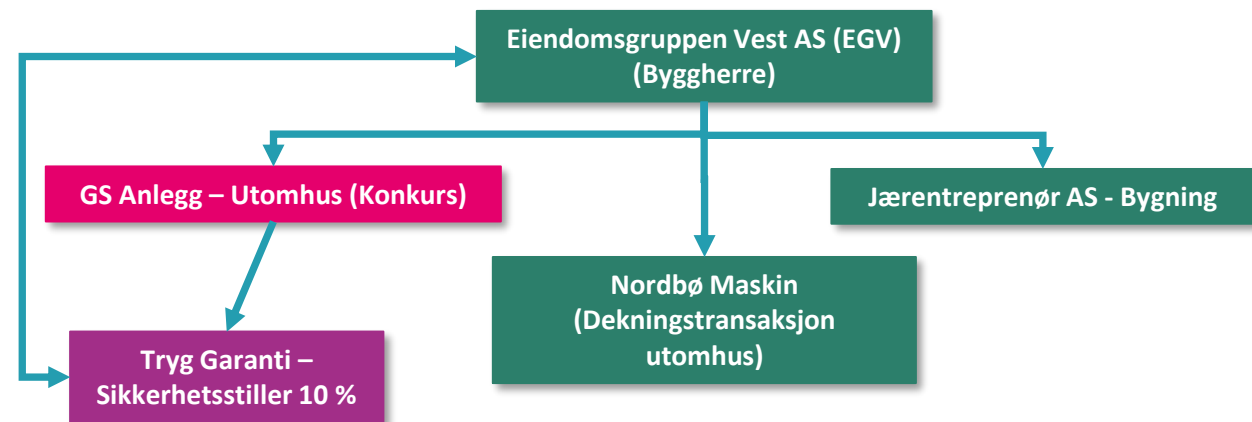




Når boet ikke trer inn i avtalen – Erstatningskrav iht. nødvendige merkostnader(4/6)

«Nødvendige merkostnader» forts.

- Særegenheter ved heving av kontrakt av pågående byggeprosjekt
 - «Som følge av at kontrakten er hevet vil byggherren normalt befinne seg i en tvangssituasjon, som har betydning for vurderingen av tapsbegrensningsplikten rekkevidde, hva gjelder innhenting av priser i markedet.»
- Ikke generelt krav til å innhente tilbud fra andre aktører
 - «Tryg har særlig vært opptatt av at EGV ikke kunne engasjere Nordbø Maskin på regning, uten å innhente tilbud fra de entreprenørene som innga tilbud da GS Anlegg fikk kontrakten. **Lagmannsretten kan ikke se at det ut fra tapsbegrensningsplikten generelt sett kan stilles et slikt krav.**»
 - (...)
 - «Når det gjelder Trygs anførsler om at det burde vært gjort sonderinger i markedet for å høre om andre entreprenører kunne overta kontrakten, f.eks. til samme pris som ved anbudsrunderen i 2019, kan heller ikke dette tillegges avgjørende vekt. **Vurderingen fra EGV om å sikre fremdrift ved å kontrahere med den virksomheten som overtok nøkkelpersoner fra GS Anlegg etter konkursen, samtidig som det var fokus på kostnadskontroll, anses som fullt ut forsvarlig**»

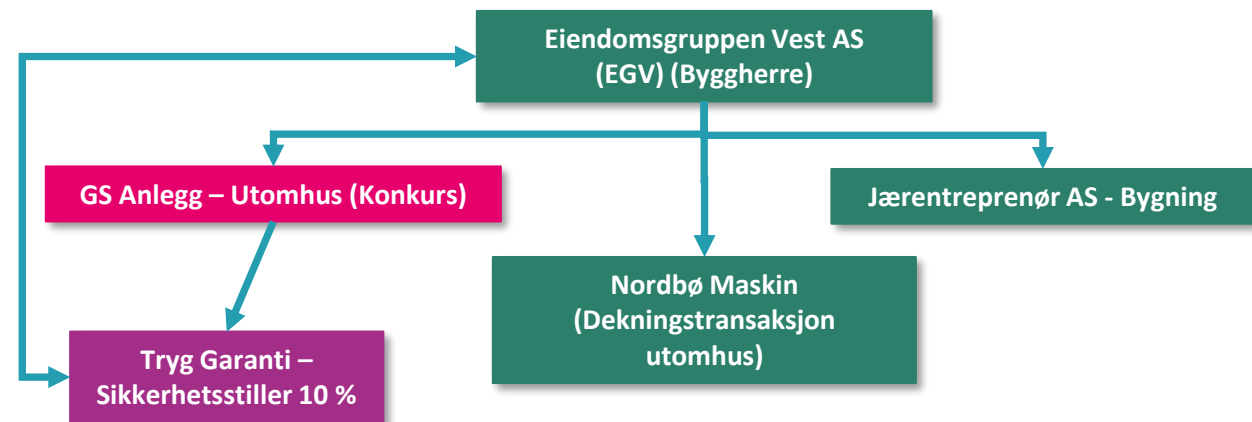




Når boet ikke trer inn i avtalen – Erstatningskrav iht. nødvendige merkostnader(5/6)

«Nødvendige merkostnader» forts.

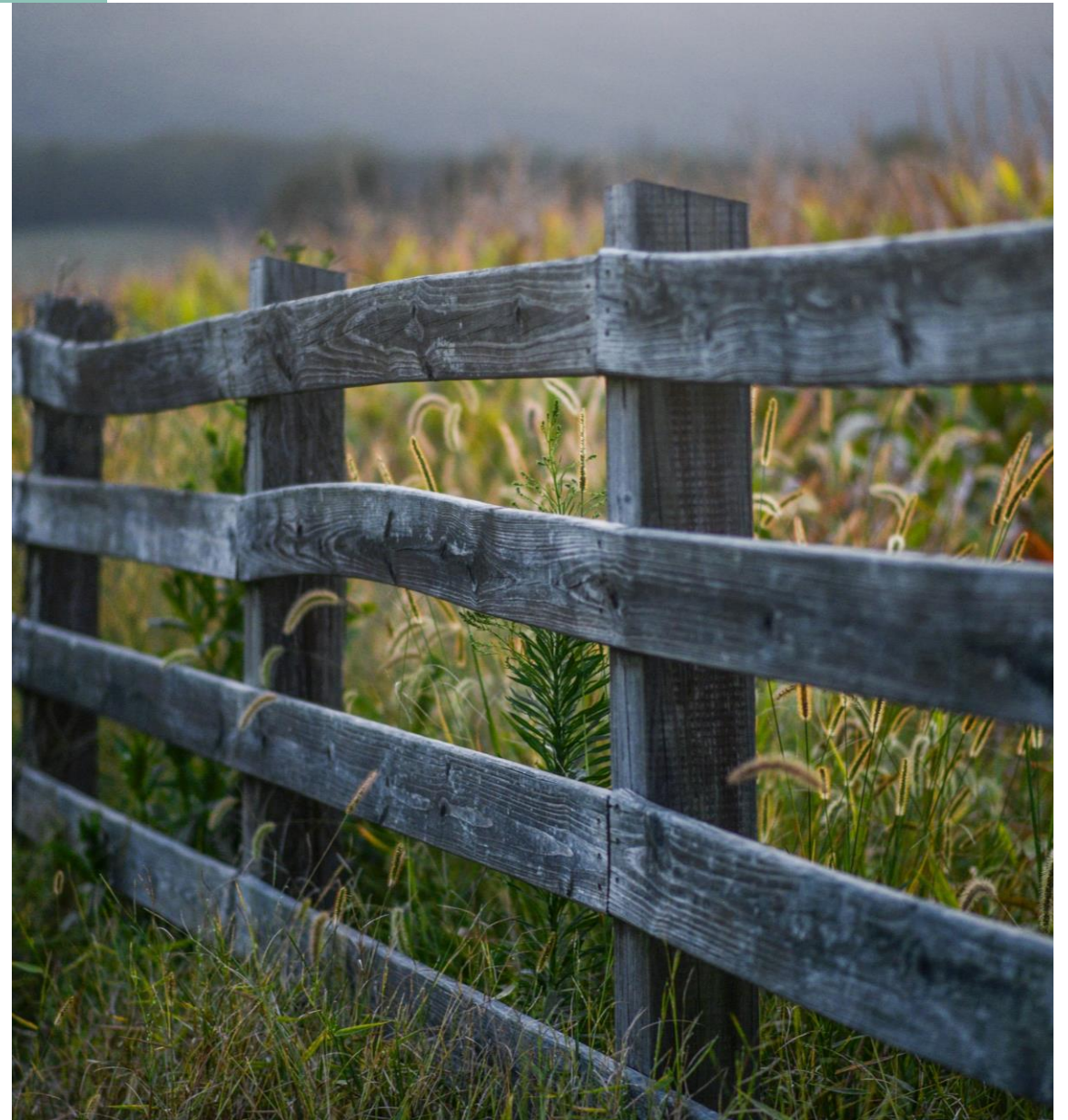
- Kontraktsforpliktelsene med øvrige aktører det styrende:
 - **«For tapsbegrensningsplikten er det her først og fremst kontraktsforpliktelsene med andre entreprenører, sluttkundene og kommunen som er relevant. Det kontraktsforholdet som berører Tryg utgjør bare en mindre del av byggeprosjektet, og risikoen for erstatningskrav knyttet til mulige forsinkelser var betydelig.»**
- Garantistillers passivitet
 - **«At Tryg i stor grad forholdt seg passiv, har ved lagmannsrettens vurdering først og fremst betydning for spørsmålet om EGV handlet forsvarlig og lojalt, ut fra den informasjonen som var tilgjengelig. Byggherren må i slike situasjoner ha et betydelig spillerom for valg av løsninger, så lenge beslutningene på en fornuftig måte ivaretar hensynet til ferdigstillelse av byggearbeidet, og ikke åpenbart er i strid med garantiselskapets interesser og forventninger.»**
- Konklusjonen
 - **«Samtlige av de kostnadene som har påløpt er påregnelige ut fra lagmannsrettens vurdering av «nødvendige merkostnader» i den situasjonen som oppstod etter konkursen, jf. punkt 4.2.2 ovenfor.»**





Når boet ikke trer inn i avtalen – Erstatningskrav iht. nødvendige merkostnader(6/6)

- Læringspunkter
 - Hvilke krav stilles ved valg av ny oppdragstaker?
 - Tilstrekkelig med «rimelige» tiltak
 - Dokumentasjon
 - Vurderingene og kostnadene
 - Garantisten må opptre aktivt for å minimere egen risiko
 - Oppfølging:
 - Tapsbegrensningsplikt
 - Årsakssammenheng
 - Dokumentasjon
 - Er kravet varslet rettidig?
 - Betydningen av å kreve garanti i kontraktsforholdet



5

Potensielle krav
fra boet



BULL



Krav fra boet (1/3)

- Omstøtelseskrav fra boet, jf. dekningsloven kapittel 5

- Dekningsloven § 5-5 er den mest aktuelle bestemmelsen:

§ 5-5. Ekstraordinær betaling

Betaling av gjeld som skyldneren har foretatt senere enn tre måneder før fristdagen, kan omstøtes hvis betalingen er foretatt med usedvanlige betalingsmidler, før normal betalingstid eller med beløp som betydelig har forringet skyldnerens betalingsevne, forutsatt at betalingen etter forholdene allikevel ikke fremtrådte som ordinær.

- Dekningsloven § 5-9 kan tenkes å komme til anvendelse:

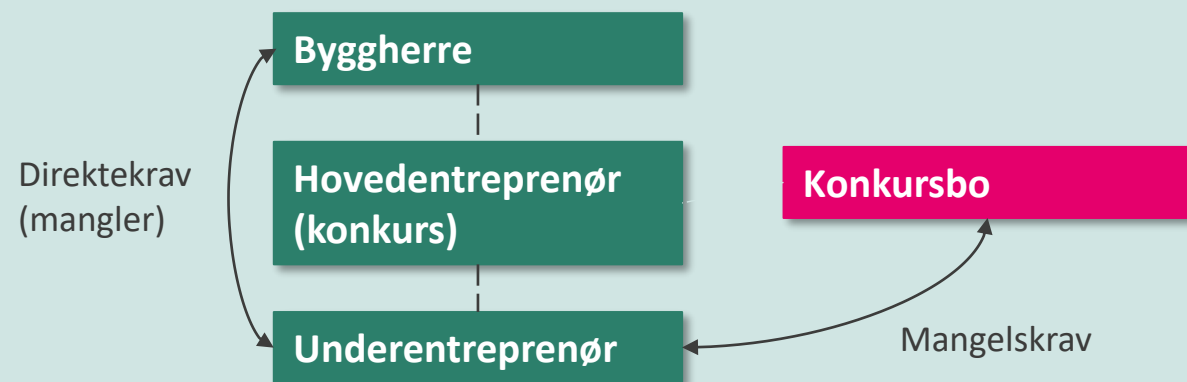
§ 5-9. Omstøtelse hvor den annen part ikke har vært i god tro

Disposisjoner som på en utilbørlig måte begunstiger en fordringshaver på de øvriges bekostning eller unndrar skyldnerens eiendeler fra å tjene til dekning for fordringshaverne eller forøker skyldnerens gjeld til skade for dem, kan omstøtes dersom skyldnerens økonomiske stilling var svak eller ble alvorlig svekket ved disposisjonen, og den annen part kjente, eller burde kjent til skyldnerens vanskelige økonomiske stilling og de forhold som gjorde disposisjonen utilbørlig



Krav fra boet (2/3)

- Betalingskrav fra boet er det mest typiske
- Mangelskrav fra boet?
 - Boets beslagsrett i mangelskrav mot UE vs. BHs direktekrav mot UE for samme forhold
 - NS 8405 pkt. 37 og NS 8407 pkt. 43 gir en cesjonsrett hvor HE forplikter seg til å overdra BH's fremtidige mangelskrav til UE
 - Overdragelse før konkursåpning vil kunne omstøtes





Krav fra boet (3/3)

- Hva kan man møte et krav fra boet med?
 - Oppstilling over motkrav
 - Motregning, jf. dekningsloven kapittel 8
 - Separatistrett til enkelte eiendeler grunnet eiendomsrett til formuesgodet
- Kort om salgspant
 - Salgspant i varer som er beregnet for videresalg er ugyldig, jf. panteloven § 3-15 (2) jf. GMAC-dommen
 - Salgspant står seg for varer som skal «forbrukes» - men faller bort ved inkorporasjon, jf. panteloven § 3-19

6

Melding av krav i boet



BULL



Melde krav i boet

Fordringsanmeldelser til boet

- Standardbrev fra domstolen som har åpnet konkursen sendes til kreditorene – her fremgår informasjon om hvordan man kan gå frem.
- Fristen for fordringsanmeldelser er ikke preklusiv, altså kan fordringer i prinsippet meldes helt frem til bostyrer sender sluttdokumentasjon til retten for avslutning av bobehandlingen

Dekning av meldte krav (i) hvis det er frie midler og (ii) etter prioritet

7

Praktisk håndtering av truende konkurs

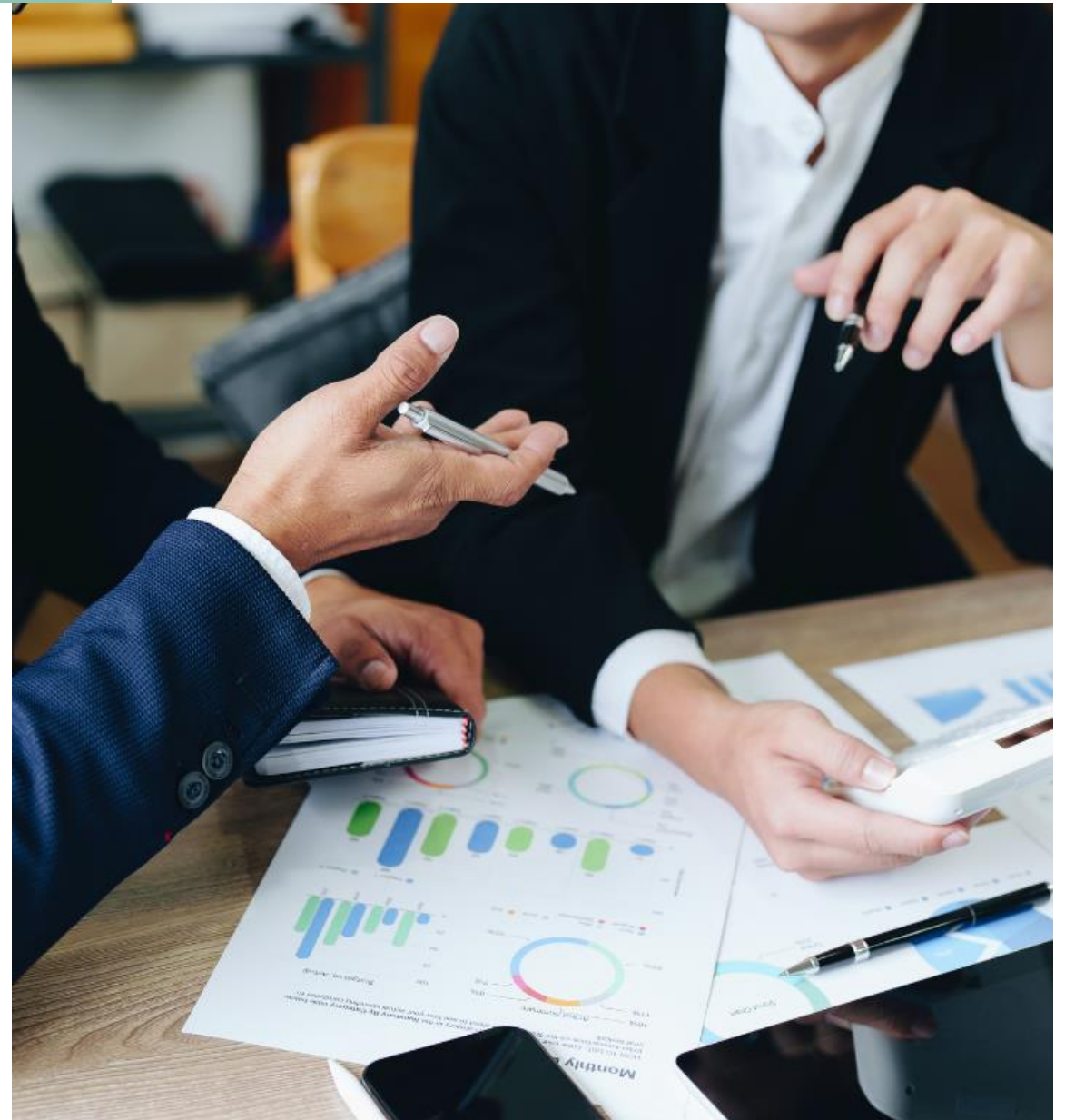


BULL



Praktisk håndtering av truende konkurs (1/3)

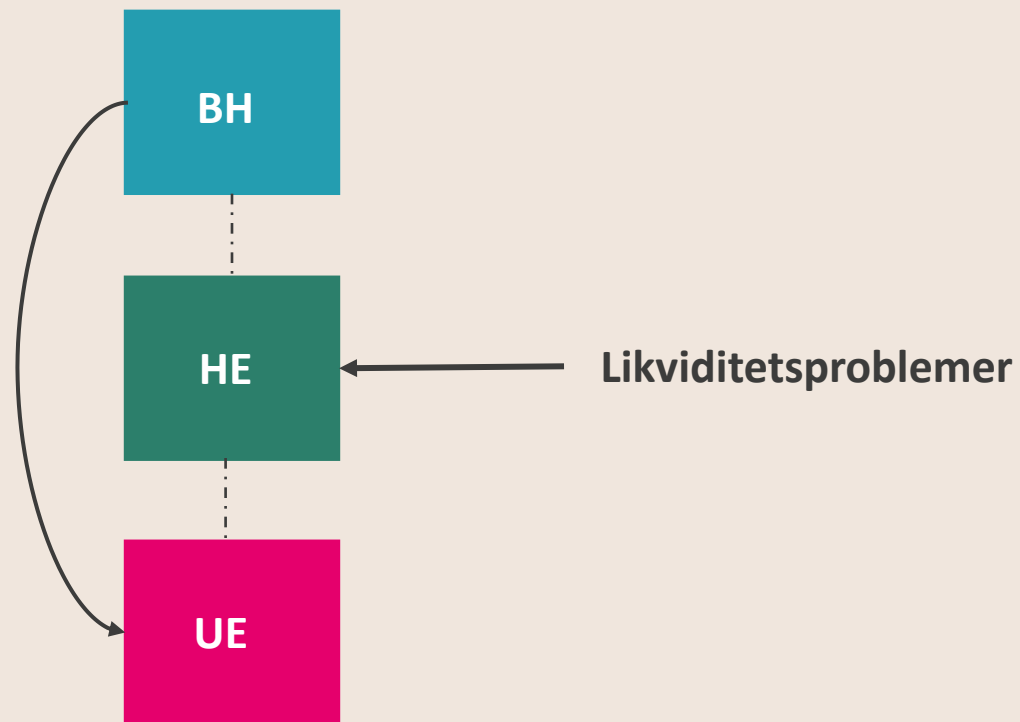
- Hvordan kan man sikre seg mot betalingsproblemer eller konkurs hos oppdragstaker i et pågående prosjekt?
 - Kontrollere at oppdragstaker har stilt kontraktmessige garantier
 - Fortung betaling mot økt sikkerhetsstillelse
 - Tilbakehold av egen ytelse
 - Motkrav (dagmulkt/kontraktsbrudd)





Praktisk håndtering av truende konkurs (2/3)

- Betaling direkte til UE?





NS 8407

29.2 Totalentreprenørens rett til å stanse arbeidet

Totalentreprenøren har med 24 timers skriftlig varsel rett til å stanse utførelsen dersom byggherren vesentlig misligholder sin betalingsforpliktelse, eller det er klart at slikt mislighold vil inntre.

7.1 Generelle bestemmelser

(...)

Sikkerheten skal stilles senest 14 dager etter kontraktsinngåelsen. Byggherren plikter ikke å betale avdrag før han har mottatt totalentreprenørens sikkerhetsstillelse. Totalentreprenøren plikter ikke å starte arbeidene før han har mottatt byggherrens sikkerhetsstillelse.

Praktisk håndtering av truende konkurs (3/3)

- Endret ressursbruk innenfor kontraktens frister
- Stans av arbeidene (NS 8407 punkt 29.2)
 - i) Vesentlig betalingsmislighold?
 - Konkret vurdering: Betalingsmisligholdets størrelse, varighet og hyppighet
 - ii) Klart at vesentlig betalingsmislighold vil inntre?
 - «meget stor grad av sannsynlighet»
 - iii) Har oppdragsgiver stilt sikkerhet iht. kontrakten?
 - Følger ikke av standardene, men tatt til orde for av blant annet Nordtvedt, mfl. NS 8407 Kommentartutgave (2013) s. 416



Takk for oss!



Mira Levánd Bergsland
advokat/partner

924 83 387
mib@bull.no

- RESTRUKTURERING, INSOLVENS OG KONKURS
- FAST EIENDOM



Andreas Jarlvang Dysthe
Fast advokat

954 75 636
ad@bull.no

- ENTREPRISE • PROSEDYRE, TVISTELØSNING