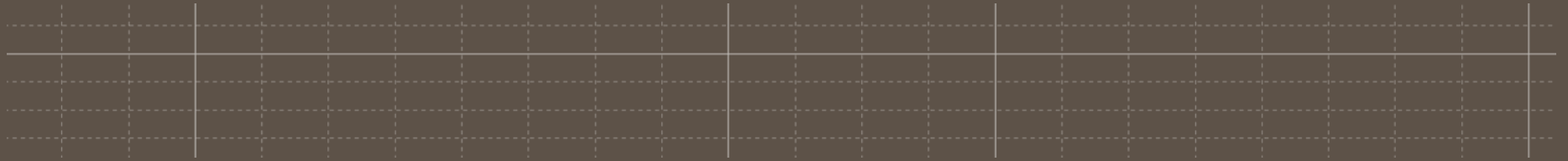




KLUGE

Konkurs under prosjektets gang

Overordnet





E6-Dovrebanen 500 millioner dyrere etter Alpine Bau-konkurs

Alpine Bau-konkursen koster norske skattebetalere dyrt. Parsellen mellom Minnesund og Brøhaug på Fellesprosjektet E6-Dovrebanen blir en halv milliard dyrere enn planlagt.

www.bygg.no (ukesvis):

30 konkurser i uke 33

Det var en økning i antall konkursåpninger i selskap med virksomhet innen byggenæringen.

Christian Aarhus



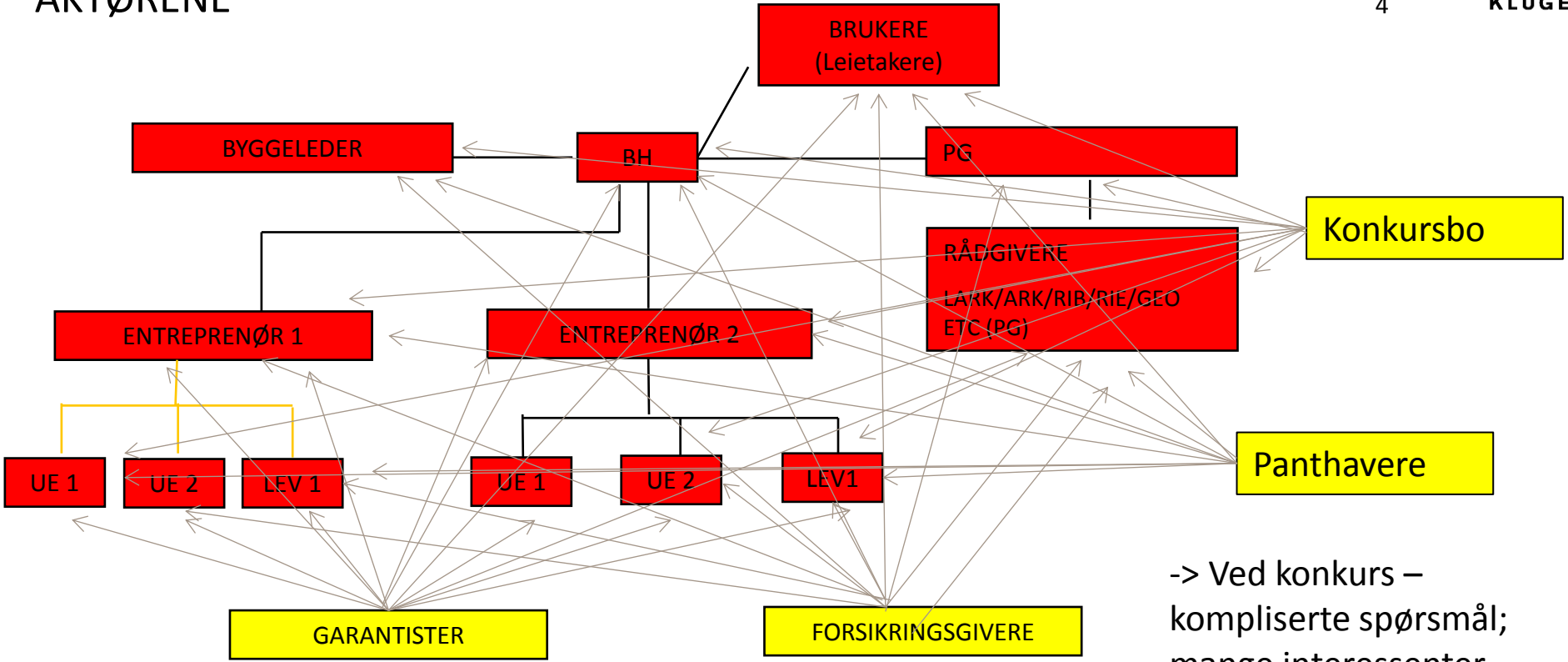
Publisert: 16.08.2015 10:30.

Les også:

- [14 konkurser i uke 32](#)
- [Terra Entreprenør konkurs igjen](#)

Følgende selskap måtte kaste inn håndkledet:

- * Mekonova Kenneth Nel, Fredrikstad
- * Boligbygg Ullensaker AS, Jessheim



-> Ved konkurs – kompliserte spørsmål; mange interessenter

- Overordnet: Innvirkning på byggeprosessen: Påvirkning av en rekke aktører. Hvem har risikoen?
 - Forsinkelser / forsering/ dagmulkt/tilleggskrav – i alle berørte ledd
 - Reklamasjonsansvar
- Forholdet mellom medkontrahent og konkursdebitor:
 - Når kan medkontrahent heve pga insolvens?
 - Hvordan gjennomføre hevingen – gjennomføring av registreringsforretning mv?
 - Hvordan gjennomføre et hevingsoppgjør – eksempelvis i en mengderegulerbar kontrakt?
 - Hvordan sikre kontinuitet i fremsatte krav fra leverandør som er konkurs, ref Oslo Vei dom (og gitt at NS 3430 eksempelvis gjelder)
- Forholdet mellom konkursbo og fordringshaver
 - Gjennomføring av sluttoppgjør – fremsettelse av krav i boet
 - Boets mulighet til å forfølge konkursdebitors krav mot medkontrahenten– hva om man har en garantist / en panthaver?
 - Muligheter for motregning – dekningsloven kap 8
- Forholdet mellom konkursbo, medkontrahent, leverandører, panthavere og garantist
 - Rettigheter til i) utstyr ii) varer iii) fordringer (inkl mot oppdragsgiver) iv) stikningsdata mv
 - Kjøp/salg av fordringer og utstyr
 - Tapsbegrensningplikt
 - Økt risikoeksponering, typisk forskuddsbetaling – garantistens problem?

- Entrepriserettslige aspekter – tillegg / dagmulkt / mangler osv
 - Konkursrettslige aspekter – boets rett til inntreden, motregning i konkurs osv
 - Panterettslige aspekter – varelagerpant, fordringspant, salgspant mv
 - Garantirettslige aspekter – garantistens forpliktelser og rettigheter
 - Kjøpsrettslige aspekter (for alle leverandører) -> når går tilbakeholdsretten tapt?
 - Forsikringsrettslige aspekter
- I fortsettelsen – oversikt over noen utvalgte og praktiske emner

Det kontraktsrettslige rammeverk - utgangspunkter:

i) Risiko: Tillegg / forsinkelse (dagmulkt) – konsekvensen for «gjenværende» aktører:

De alminnelige regler om frister og vederlag – og om tillegg; i alle ledd – entreprenører, leverandører, konsulenter og brukere (kjøpere / leietakere)

ii) Gjensidige garantiforpliktelse i entreprenørleddene – gir sikkerhet i konkurs:

NS 8406

8 Sikkerhetsstillelse

- E: 10% frem til overtakelse. Deretter 3% i tre år (ikke lenger nedtrapping)
- BH: 15% (17,5% etter NS 8407/8417)

Er ikke annet avtalt, skal entreprenøren stille betryggende sikkerhet for oppfyllelsen av sine kontraktsforpliktelser med 10 % av kontraktssummen i utførelsestiden som reduseres til 3 % av kontraktssummen for de første 3 år av reklamasjonsperioden. Byggherren plikter ikke å betale avdrag før han har mottatt entreprenørens sikkerhetsstillelse.

I utgangspunktet ingen garantier i prosjekterings-/PA leddene

Er ikke annet avtalt, skal byggherren stille betryggende sikkerhet for oppfyllelsen av sine kontraktsforpliktelser med 15 % av kontraktssummen. Entreprenøren plikter ikke å starte utførelsen før han har mottatt byggherrens sikkerhetsstillelse.

Leverandøravtaler inneholder gjerne bestemmelser om garantier

NS 8406

9 Forsikring

iii) Forsikring

- Det som er utført av kontraktarbeidet + materialer
- Ansvarsforsikring

Er ikke annet avtalt, skal entreprenøren holde forsikret det som til enhver tid er utført av kontraktarbeidet, materialer byggherren har betalt forskudd for, samt materialer byggherren har overgitt i entreprenørens besittelse. Byggherren skal være medforsikret. Forsikringsavtalen skal tegnes som en førsterisikoforsikring.

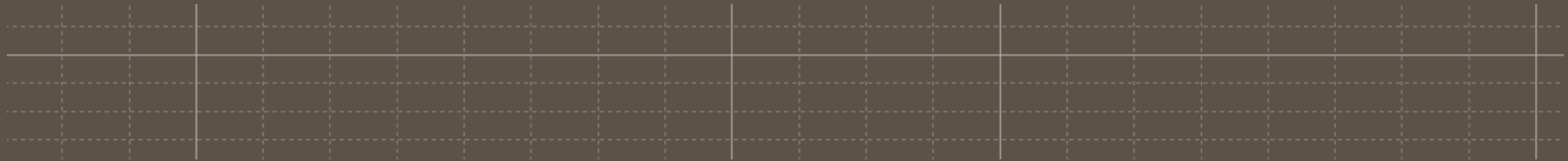
-> Ikke spesielt for konkurs. Men kan gi muligheter. Eks redningskostnader, jf NS 8401.

Er ikke annet avtalt, skal entreprenøren ha ansvarsforsikring. Forsikringen skal dekke erstatningsansvar for skade han og hans underentreprenører kan påføre byggherrens eller tredjemanns person og ting i forbindelse med utførelsen av kontraktarbeidet. Forsikringssummen skal ikke være mindre enn 150 G.

Avgrenser i det videre mot forsikring

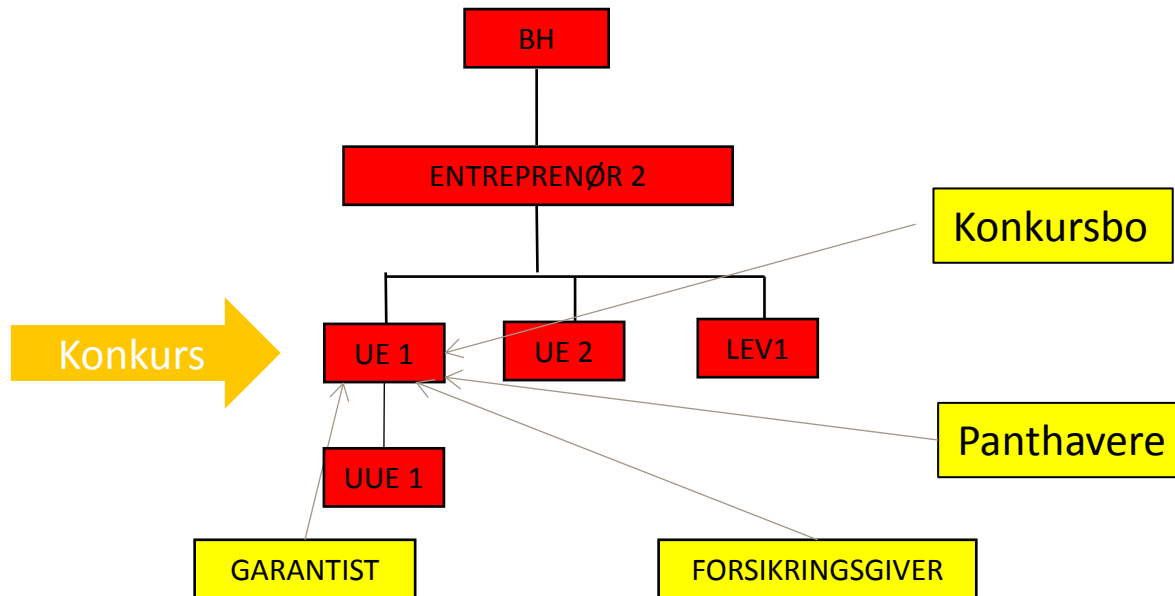
Er ikke annet avtalt, skal forsikringen stilles på vilkår som er vanlige for den type arbeid som entreprenøren og hans underentreprenører skal utføre. Attester for hver tegnet forsikring skal på forlangende forelegges byggherren.

Overordnet om risiko og ansvar ved konkurs



1. RISIKO - KONSEKVENSER VED KONKURS

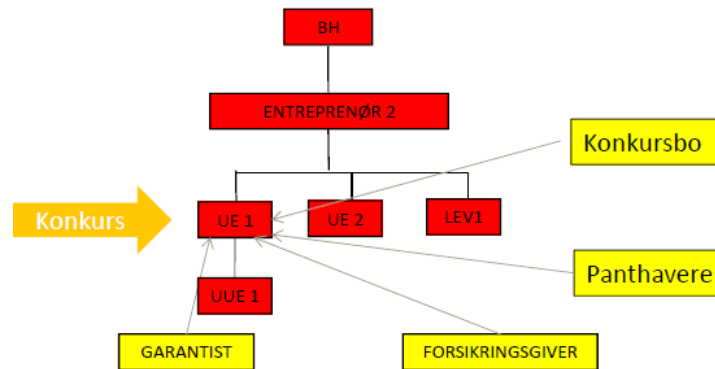
TYPISK SITUASJON:



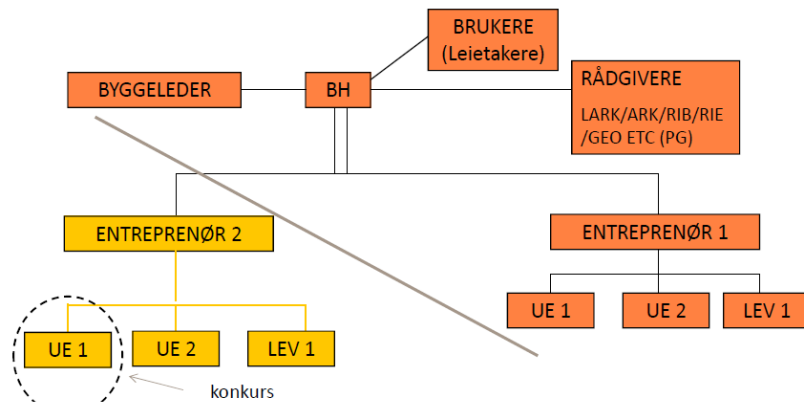
Overordnet om risiko 1:

I prinsippet enkelt (UE1 er konkurs):

1. Konkursen gir normalt hevingsrett både for E2 og UU1.
2. E2 har risikoen for konsekvenser mot BH og mot UE1s sideentreprenører/sideleverandører.
 1. Konkursen gir altså ikke E2 krav på tillegg mot BH, verken i byggetid eller tilleggs vederlag (gjelder for alle standardkontrakter)
 2. På den annen side får UE2 og LEV1 krav på tillegg mot E2, for forsinkelser / kostnader som eventuelt oppstår
3. Tapet E2 og UU1 påføres som følge av konkursen -> kan kreves av konkursbo (forutsatt at det er dekning) og garantist (forutsatt at garanti er stilt)



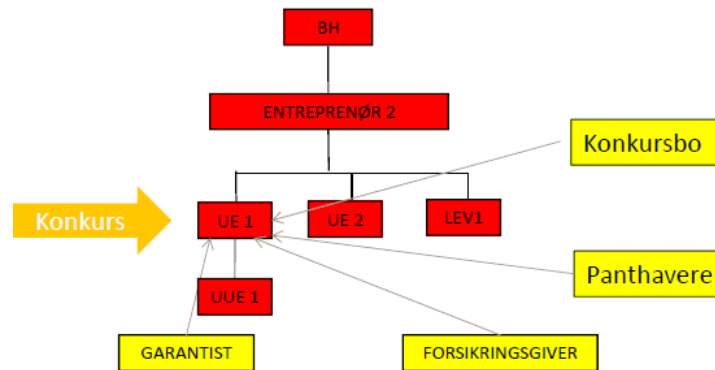
ANSVARSFORDELINGEN – I ALLE NS-STANDARDS



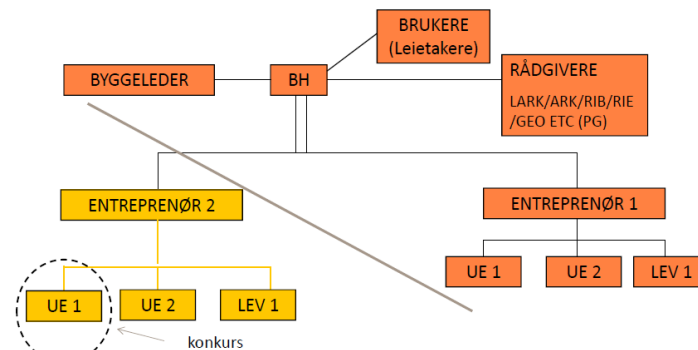
Overordnet om risiko 2:

I praksis får en konkurs gjerne ringvirkninger, som kan ødelegge et prosjekt for en lang rekke aktører:

- Går f.eks. en av tre UEer konkurs:
 - Får fort (store) frem driftsmessige konsekvenser for E2 -> forsinkelse og dagmulkt – forsering mv... Regelmessig en kime til konflikt med BH
 - Påvirker UE 2 og LEV 1 -> som får krav mot E2, som igjen viderefører kravene mot UE1 – i praksis igjen mot konkursbo og garantist
 - Påvirker også E1 og E3
 - Påvirker også de prosjekterende og BHs organisasjon
- KONKURS på feil tidspunkt = store utfordringer for alle involverte



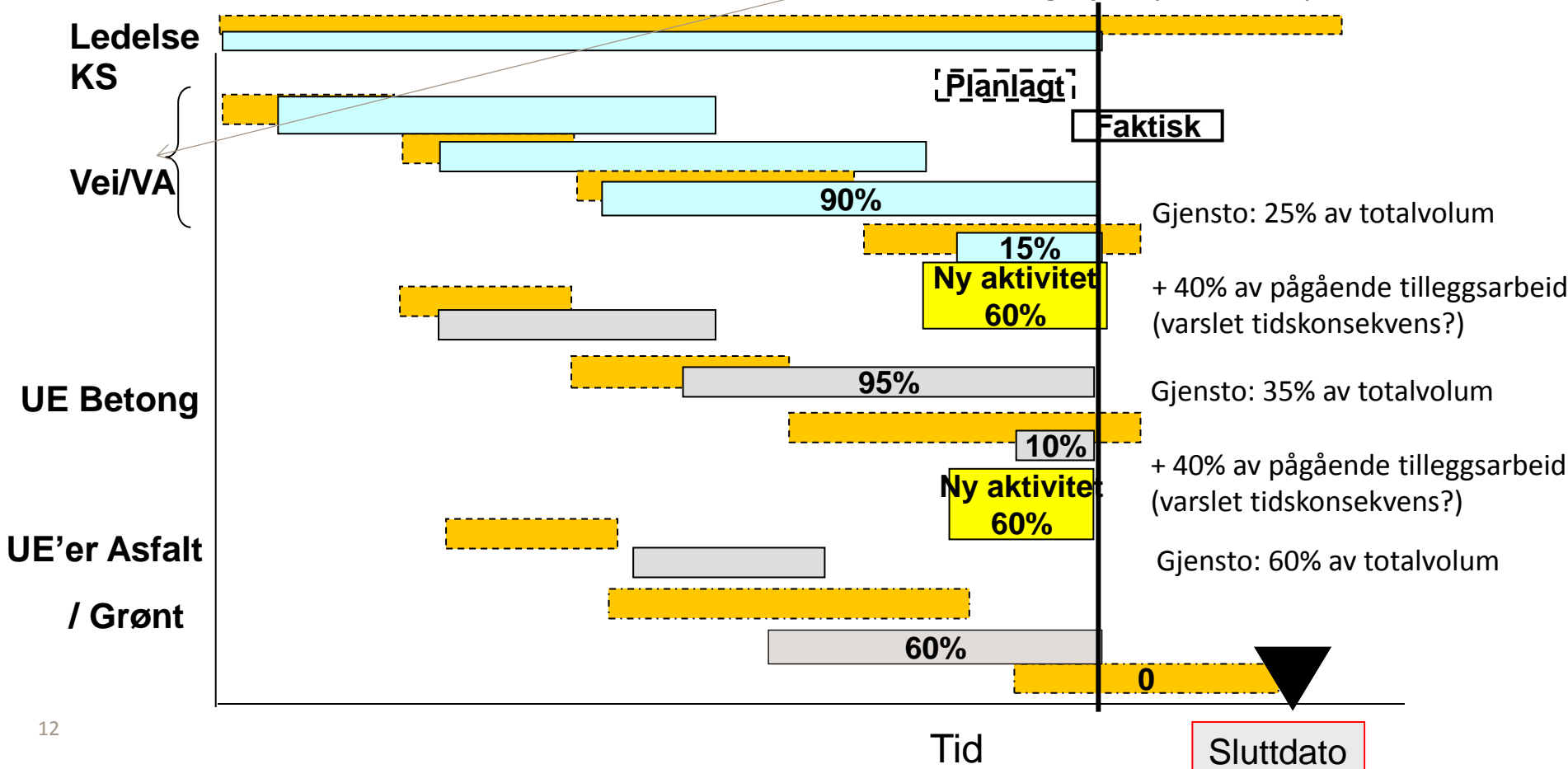
ANSVARSFORDELINGEN – I ALLE NS-STANDARDS



EKSEMPEL: Konkurs i en tidskritisk fase

Konkurs hos UE masseflytting
-> engasjert på enhetspriser

KLUGE



Praktisk konsekvenser 1:

- E2 må kontrahere ny UE for masseflytting. Eventuelt må E2 selv utføre arbeidene. TID er regelmessig det essensielle ved konkurs nedover i kontraktskjeden (hadde E2 gått konkurs kunne BH stanset prosjektet, det kan ikke E2 gjøre). Ved forsinkelser -> E2 risikerer dagmulkt mot BH (potensielt 10% av kontraktssummen)
 - ✓ Regelmessig ikke mulig å få en fast pris av ny UE -> vil ta lang tid å lage en beskrivelse som potensielle UEer kan prise. Kontrahering må da finne sted på løpende regning
 - ✓ Maskiner og utstyr fra ny UE må fraktes til anlegget
 - ✓ Ledelsesressurser må tilføres anlegget, og ny UE må gjennomgå opplæring og planlegge eget driftsopplegg
 - ✓ Ny UE må gjøre seg kjent med anlegget og det som allerede er utført
 - ✓ Ny UE må regelmessig forsøke å forsere inn tiden som er tapt; for å unngå dagmulkt
 - I SUM: Dersom prosjektet ikke har større slakk vil det oppstå forsinkelser. Det vil oppstå (store) effektivitetstap, som E2 må betale – både som følge av endret vederlagsformat og som følge av redusert effekt i utførte arbeider (oppbygg/bli kjent fase, igangsetting og forsering)
 - I tillegg kommer krav fra UE 2 og LEV1 – fristforlengelse og tilleggs vederlag

Praktisk konsekvenser 2:

- Konsekvensene for E2 blir:
 - Regelmessig høyere priser/totalvederlag ved «løpende regning» enn ved kontrahering på et ferdig tilbudsgrunnlag med enhetspriser - i en situasjon med hastverk i kontraheringsprosessen
 - Regelmessig kostnader knyttet andre aktører, som blir skadelidende fordi sentrale deler av arbeidene stanser (andre UE/LEV vil ha krav på tillegg, både tid og penger)
 - E2s egenproduksjon blir skadelidende.
 - E2s administrasjon får store og nye utfordringer, eksempelvis:
 - ✓ Kostnader knyttet til å avklare hva UE1 har utført pr konkurstidspunktet
 - ✓ Kostnader til å engasjere ny UE, og sette denne inn i prosjektet
 - ✓ Oppfølging av ny UE; kvalitet og ikke minst vederlagsformat – løpende regning
 - Effektiviteten til ny UE vil først være fraværende – til mobilisering er i gang; så gradvis stigende
 - Vederlagsformatets betydning: Vanskelig å få samme effektivitet, når incentivet ikke er å utføre så effektivt som mulig
- I SUM: Tap. Tapet er UE1, og konkursboet, ansvarlig for. Men det blir gjerne lite ut av en dividendefordring i boet
- I SUM: TAP. Tapet skal i prinsippet kunne kreves dekket av garantisten. Men bare med 10% av kontraktssum. I tillegg, kan motregne med innestående og ubetalt, gitt at avdragsfaktureringen er korrekt.
- I SUM: TAP. Stort potensial for tvister. Med BH, med andre UEer, med leverandører osv

Praktisk konsekvenser 3:

Hva blir tapet?

Må selvsagt vurderes konkret. Ett eksempel:

E1 (konkurs): Utførte 1/3 av jobben. Kontraktssum; ca NOK 1,3 m MRD

E2 (tok over de siste 2/3). Kontraktssum; ca NOK 1,3 MRD

Altså: Det som skulle kostet ca 800 mill fikk en kostnadsøkning på ca 500 mill. Prisøkning = +60%

I tillegg: Kostnader forbundet med:

- Umiddelbare tiltak for sikring osv
- Ny konkurranse
- Byggherreadministrasjon
- Forsinket ferdigstillelse

Østerriksk entreprenørkonkurs gir full stans på E6

Alpine Bau som skulle bygge E6 mellom Minnesund og Brøhaug, er konkurs. Onsdag kl. 09 stanset alt arbeidet opp.



Bilde av to Hæhre sor igjen etter Alpine Bau nord for M Foto: Tron

Alpine Bau-konkurs koster en halv milliard

Konkursstrekning på Fellesprosjektet øker med 500 millioner.

I slutten av oktober ble det kunngjort at Hæhre entreprenør gikk seirende ut av anbudskonkurransen mellom de som ønsket å steppe inn for Alpine.

Hæhres tilbudspris var på 1.291 millioner kroner, mens Alpines kontrakt var på 1.302 millioner kroner.

Erstatningsentreprenøren like godt betalt for å gjøre ferdig to tredeler av arbeidet, som det Alpine opprinnelig skulle ha for hele arbeidet, skriver E24.no

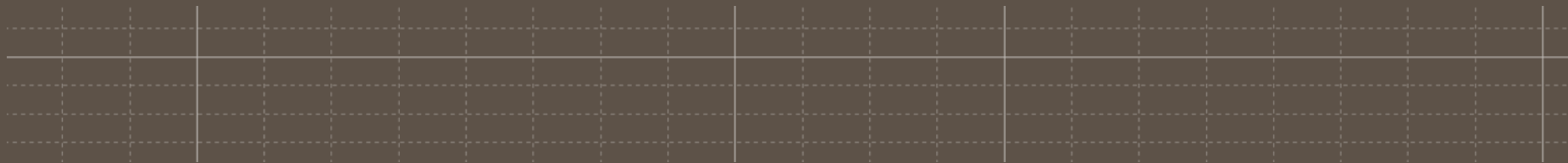
Praktisk konsekvenser 4:

Hva blir tapet? (Individuell vurdering)

Markører for når tapet blir stort:

- Stor leveranse / komplisert prosjekt / mange leverandører -> uoversiktlige situasjon for ny leverandør -> må prise usikkerhet/risiko / event. løpende regning
 - Liten ressurstilgang (i markedet / hos medkontrahtenten)
 - Prosjekt med tidspress (BH i særstilling -> kan utsette ferdigstillelse av enkeltarbeider uten å risikere dagmulkt)
 - E/UE går konkurs på grunn av økonomien i prosjektet (feilkalkulasjon)
 - Stigende marked
- INGEN OVERDRIVELSE AT DET OFTE VIL LØNNE SEG Å STREKKE SEG LANGT FOR Å HOLDE EGNE LEVERANDØRER FLYTENDE (ELLER ENDA BEDRE; KONTRAHERE LEVERANDØRER SOM IKKE GÅR KONKURS...)

OVERORDNET OM STANDARDKONTRAKTENES REGULERING



KRAV OM VARSLING:

1. Heving mv (kontraktspart / konkursbo):

- Hevingsrett ved konkurs/insolvens, med mindre det umiddelbart klargjøres at kontraktarbeidet blir fullført
- Konkursboet har rett til å tre inn i kontrakten, jf dekningsloven kap 7. Kan være aktuelt, i alle fall i en mellomfase, typisk der driften kontinueres, og der det ikke er prosjektet som er årsak til konkursen (anskaffelsesrettslige utfordringer – løsbart)

2. Varsel til garantist

NS 8406:

29.1 Hevning

En part kan heve kontrakten dersom den andre parten vesentlig misligholder sine kontraktsforpliktelser, eller dersom det er klart at vesentlig mislighold vil inntre. En part kan likeledes heve kontrakten dersom den andre parten går konkurs, eller han blir bevislig insolvent.

Før hevning kan iverksettes etter første ledd, skal den part som ønsker å heve, ha gitt den andre parten en rimelig frist til å rette forholdet, med varsel om hevning om så ikke skjer.

NS 8405/8407,8415/8416

En part kan likeledes heve kontrakten dersom den andre parten går konkurs, eller blir bevislig insolvent. Totalentreprenøren kan likevel ikke heve dersom det uten ugrunnet opphold blir godtgjort at kontraktarbeidet vil bli fullført i samsvar med kontrakten. TUE kan heller ikke heve dersom det uten ugrunnet opphold blir stilt betryggende sikkerhet for rettidig oppfyllelse av den gjenstående delen av totalentreprenørens forpliktelser etter kontrakten.

Fra tilfeldig garantiformular:

Garantien i utførelsestiden og i reklamasjonstiden kan samlet ikke gjøres gjeldende for mer enn 10 % av kontraktssummen.

Garantien gjelder inntil krav hovedentreprenøren har mot underentreprenøren, og som er fremsatt mot ham innen de respektive frister, er oppfylt.

Garantisten skal alltid varsles dersom kontrakten mellom byggherren og underentreprenøren heves.

NS 8405 (tilsvarende i NS 8407/15 og17).

I siste instans ansvaret til den som hever å sørge for registreringsforretning (14 d)

Poenget er å få dokumentert det som er utført

- Protokoll
 - Hvem er til stede
 - Hva er utført
 - Mangler
- I tillegg bør den hevende part sikre seg:
 - Bilder
 - Film
 - Innmåling / terrengscanning

-> MEN: I praksis ofte vanskelig å dokumentere alt – kime til tvist

39.7 Registreringsforretning

Ved hevning skal det innen 14 dager avholdes en registreringsforretning over hvilket arbeid som er utført. Er ikke registreringsforretning begjært innen dette tidspunktet, skal den part som hever, sørge for at registreringsforretning blir avholdt. Det skal føres protokoll fra forretningen som angir hvem som er til stede, hva som er utført, og eventuelle mangler ved det utførte. Unnlater en part å møte uten gyldig grunn, kan den andre parten gjennomføre registreringsforretningen alene.

HVA KAN KREVES ERSTATTET – AV KONKURSBO OG GARANTIST?

- BH/HE kan kreve erstattet «nødvendige merkostnader»
 - Altså alle ekstra kostnader knyttet til å fullføre – inkludert økte finanskostnader
 - ✓ Hva med egne ansattes innsats?
 - Annet tap -> krever grov uaktsomhet
 - ✓ Hva med konkurs?
- E/UE kan kreve i) «nødvendige merkostnader» ii) tapt fortjeneste på gjenværende del og iii) nedriggs- og avviklingskostnader
 - Annet tap -> krever grov uaktsomhet
 - ✓ Hva med konkurs?

NS 8405 (tilsvarende i NS 8407/15 og 17)

39.4 Erstatning ved byggherrens heving

Ved heving kan byggherren kreve erstattet sine nødvendige merkostnader, herunder økte finanskostnader.

Byggherren kan i tillegg kreve erstattet påregnelig tap som oppstår etter hevingstidspunktet, dersom hevingen skyldes forsett eller grov uaktsomhet hos entreprenøren.

Byggherren kan ikke kreve dagmulkt etter hevingstidspunktet.

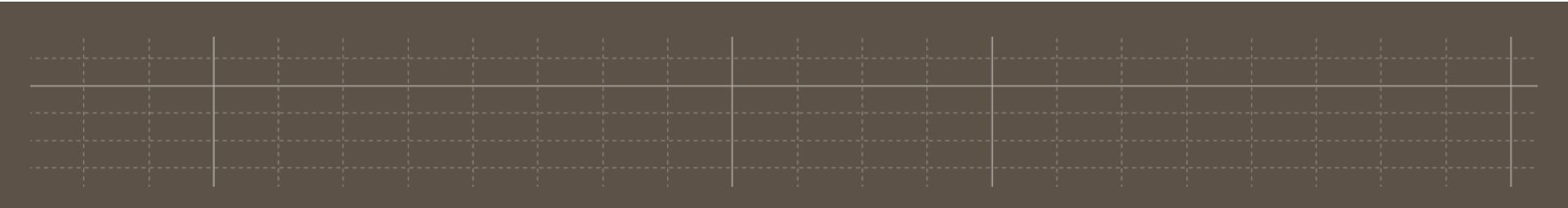
39.5 Erstatning ved entreprenørens heving

Ved heving kan entreprenøren kreve erstattet nødvendige merkostnader som følge av at kontrakten heves, og tapt fortjeneste på den delen av arbeidet som faller bort. Byggherren skal i tillegg betale entreprenøren for nedriggings- og avviklingskostnader, samt for tap på grunn av kontraktsforpliktelser overfor underentreprenører og leverandører.

Entreprenøren kan i tillegg kreve erstattet annet påregnelig tap som oppstår etter hevingstidspunktet, dersom hevingen skyldes forsett eller grov uaktsomhet hos byggherren.

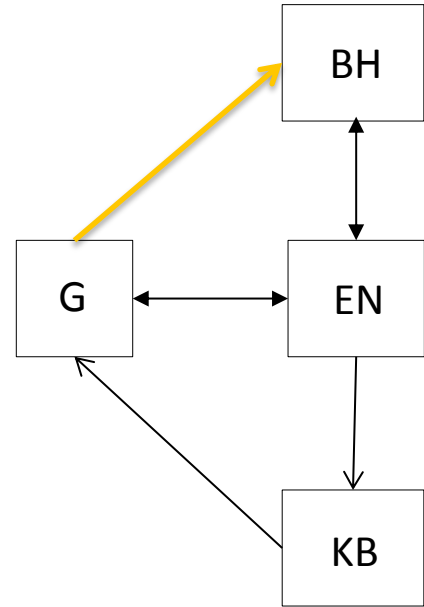


Hevingsoppgjøret med garantisten



Garantistens stilling

- Garantisten påtar seg, etter en avtale med debitor, en ensidig forpliktelse ovenfor kreditor (tredjemannsløfte)
 - Smith: «Om man i...normaltilfelle vil betegne kausjonen som en ensidig eller gjensidig bebyrdende kontrakt, beror på om man betrakter forholdet mellom kreditor og kausjonist isolert, eller om man velger å se hele trekantforholdet samlet.»
- Ved konkurs og heving blir hevingsoppgjøret ofte (også) med garantisten
- Her forutsettes at det er E (eller UE) som går konkurs



Hva kjennetegner garantisten og hans posisjon?

- Profesjonell, ofte en finansinstitusjon
- En rent økonomisk interesse
 - Mellom null og garantibeløpet
- Lite eller ingen kunnskap om faktum i prosjektet
- Få muligheter til å påvirke den faktiske situasjonen og tapet
 - Rettslig og faktisk (kan f.eks ikke tre inn i kontrakten)
 - Før og etter konkursen
- Gjør hva han kan gjøre: Følger opp kreditor på tapsbegrensningsplikt, årsakssammenheng, dokumentasjon osv.

- Krav om selvskyldnergaranti i de fleste standarder, f eks 8405 pkt 9(2):

Sikkerheten stilles som selvskyldnerkausjon fra bank, forsikringselskap eller annen finansinstitusjon. Entreprenøren kan stille sikkerhet i form av forsikring som tilsvarer slik kausjon dersom byggherren på forhånd har godkjent dette. Kausjonsløftet fra garantisten skal rettes direkte til den andre parten og skal ikke være begrenset på annen måte enn det som følger av disse bestemmelsene.

 - NS 8406/8416 pkt 8: «betryggende sikkerhet» (noe større frihet)
- Garantisten står inne for både betalingsevne og vilje
- BH kan kreve betaling av G så snart E misligholder
 - Konkurs hos E vil anses som antesipert mislighold
- Garantisten kan fremsette alle innsigelser mot kravet som E kunne ha gjort

Garantien gjelder for entreprenørens kontraktsforpliktelser, herunder forsinkelsesrenter og inndrivelsesomkostninger ved mislighold i utførelsestiden og i reklamasjonstiden. Garantien i utførelsestiden gjelder også entreprenørens ansvar for forsinket fullføring.

Garantien begrenses til

Kr	Beløpet med bokstaver
94.153,00	Nittifiretusenetthundreogfemtitre kroner---00/100-----

som utgjør 10 % av kontraktssummen, for forhold som påberopes overfor entreprenøren senest ved overtagelsen av kontraktarbeidet.

Garantien reduseres deretter til

Kr	Beløpet med bokstaver
28.246,00	Tjueåttetusentohundreogførtiseks---00/100-----

som utgjør 3 % av kontraktssummen, for forhold som påberopes overfor entreprenøren i løpet av en treårsperiode etter byggherrens overtagelse av kontraktarbeidet.

Garantien i utførelsestiden og i reklamasjonstiden kan samlet ikke gjøres gjeldende for mer enn 10% av kontraktssummen.

Garantien gjelder inntil krav byggherren har mot entreprenøren, og som er fremsatt mot ham innen fristen, er oppfylt.

Garantisten skal alltid varsles dersom kontrakten mellom byggherren og entreprenøren heves.

Garantien kan ikke transporteres uten garantistens skriftlige samtykke.

Twister vedrørende denne garantien behandles som angitt i NS 8406 om tvister mellom byggherre og entreprenør.

- Objektiv tolkning: Rt. 2012 s 1267, Rt. 2011 s 1553 og Rt. 2005 s 1447 (32):
 - *«Jeg tar utgangspunkt i at avtale om å garantere som selvskyldner er inngått av en bank overfor en næringsdrivende utleier. Garantidokumentet må i slike tilfeller tolkes objektivt. Ordbruken er vesentlig.»*
- Forfatterregelen: Rt-2011-1553 (61)
 - *«Jeg føyer til at banken enkelt kunne ha formulert en klausul som gjorde det klart at den bare ville være ansvarlig dersom hele det avtalte arbeidet var utført og ikke for riktig betaling av den enkelte termin. Som forfatter av teksten må banken bære ansvaret for den uklarhet som her har oppstått.»*
- Lojalitet liten plass: LF-1997-697
 - *«Etter lagmannsrettens oppfatning har disse hensyn nødvendigvis ikke samme innhold i forholdet mellom garantist og byggherre som mellom partene i entreprisekontrakten.»*

- Garantien skal ifg standardene omfatte alle entreprenørens «kontraktsforpliktelser i utførelsestiden og i reklamasjonstiden»
 - Hovedytelsen (ferdigstillelsen av kontrakten/mangler)
 - Forsinkelsesansvar (påløpt dagmulkt/erstatning)
 - Endringer – i utgangspunktet
 - Biforpliktelser (f eks brudd på samordningsplikt)
- Ved konkurs/heving = Det tap som kan kreves ved heving, se tidligere
- Avvik mellom standardens krav og garantien: BHs problem
 - LG-2012-26830: Tidsbegrensning i garantien utløp mens prosjektet ble forsinket. Ble opprettholdt
 - LF-1997-697: *"Det er på det rene at garantien ikke tilfredsstilte de krav kommunen hadde stilt, og at banken visste dette. Heller ikke dette forhold gir grunnlag for revisjon. Kommunens manglende kontroll av innholdet i garantien avstedkom problemene. Dette er en klar forsømmelse i forholdet mellom profesjonelle parter. Etter lagmannsrettens vurdering er kommunen, i forhold til banken, nærmest til å sikre seg at garantien er i overensstemmelse med kravene i entreprisekontrakten.»*

- Garantien begrenset til 10 % for «forhold byggherren påberoper seg senest ved overtakelse». Senere forhold 3 % (3-2-1 i 3430/3431)
 - NS 3406/33: + 6 mnd/BHs overtakelse); 8415/17: + 3 mnd/BHs overtakelse
- Hva med heving/konkurs?
 - Ved heving skjer overtakelsen ved registreringsforretning, som skal skje senest 14 dager etter heving (NS 8405 pkt 39.1 og 39.7)
 - Etter registreringsforretningen skal skje et sluttoppgjør/hevingsoppgjør. For sent ift G?
 - Også andre «forhold»/tap enn manglende ferdigstillelse bør derfor trolig påberopes senest ved registreringsforretning. F. eks påløpt dagmulkt
 - Ikke et vilkår at kravene fremmes innenfor fristen, men forholdene påberopes
- Hva skal til for at et forhold er «påberopt»? Antageligvis lite
 - Trenger ikke spesifisere et beløp, nok at «forholdet» tas med (Nordtvedt mfl.)

- Garantien dekker i utgangspunktet også kontraktmessig utførelse av endringsarbeider
- Innenfor den formelle endringskompetansen: Ja
- Utenfor den formelle endringskompetansen: Ja, men unntak for det ekstraordinære
 - Marthinussen: «*så omfattende endringer at kausjonistens risiko blir vesentlig større eller av annen art*»
 - Nordtvedt mfl: «*et ekstraordinært avvik fra kontrakten enten i omfang eller karakter*»
- Selvstendige «tilleggsavtaler»(?): Nei (LH-1994-403)
- Må gjelde uavhengig av om endringen bestilles før konkurs, eller etter konkurs – når dekningsentreprenøren har kommet inn
- Garantisten fortsatt kun ansvarlig for tapet
 - Det som reelt er tillegg kan fort se ut som en merkostnad ved ferdigstilling

- BH har i praksis også andre former for sikkerhet enn garantien
 - Utførelse + 28 dager (baktung betaling)
 - Innestående
 - Tilbakeholdsrett ved mangler og/eller motkrav
- For garantisten representerer disse en *faktisk* sikkerhet
 - Forutsetter at BH følger opp
- I praksis er BH ofte slepphendt med akonto fremdriftsbetaling
- Fristende (og kanskje fornuftig) å hjelpe en entreprenør som sliter
- Men ikke sikkert at garantisten er ansvarlig for et tap som følge av at kontraktens system «brytes».

- Rt. 1916 s. 902 (4-3): Garantisten ikke ansvarlig etter forskuddsbetaling
 - *«jeg finder, at Sibbern ved at utbetale til Jørgensen forskud paa byggesummen i større utstrækning end fastsat i byggekontrakten har forspildt adgangen til at gjøre ansvar gjældende mot Karl Gjelsvik i henhold til dennes garantierklæring»*
 - *«Han har i sitt forhold til [E] sat sig utover en væsetlig kontraktsbestemmelse, som det maa være klart, at kautionisten har betragtet som avgjørende for sig»*
- Voldgiftsdom FTV-Vestlandet 10.10.1960: Utbetaling av innestående OK
 - *Innestående «en rettighet som alene kunne påberopes av BH»*
 - *«Det må også være overlatt til [BH] å drive bygget slik han synes er mest rasjonelt når han bare ikke handler uaktsomt og derved erstatningsbetingende overfor garantisten»*

- BH utbetalte hele vederlaget inkl innestående (1/3 av kontraktssum) før arbeidene var ferdigstilt og kontrollert (uklart hvor lenge før)
 - *Shell har for lagmannsretten gjort gjeldende at kontrakten bare fastslår at Lurøy Sveis "kan" fakturere Shell på denne måten... og at det også var i bankens interesse at Lurøy Sveis ble tilført likviditet.... Lagmannsretten kan ikke se at dette argument kan føre frem.*
 - *Overfor garantisten har Shell en plikt til lojalt å forsøke å unngå eller begrense tap... Shells handlemåte innebærer... en vesentlig endring av den risiko banken har påtatt seg...*
 - *Shell har spesielt anført at banken... må godtgjøre at dens stilling er blitt svekket gjennom den foretatte forskuddsbetaling sammenlignet med den som ville blitt følgen dersom Lurøy Sveis hadde måttet avslutte arbeidet som følge av mangel på driftskapital. Denne anførsel kan etter lagmannsrettens syn ikke føre frem. Avgjørende må være om Shell har forholdt seg på en slik måte at banken blir fri sin garantiforpliktelse, ikke om Shell har opptrådt erstatningsbetingende i forhold til banken. Lagmannsretten har ovenfor konstatert at Shells forskuddsbetaling innebar en vesentlig økning av den risiko banken påtok seg å hefte for ved garantierklæringen. Shells opptreden var dermed egnet til å påføre banken tap, og banken kan på dette grunnlag anse seg ubundet av garantiforpliktelsen uten hensyn til om tap faktisk er oppstått."*

- Kun en vesentlig økning av garantistens risiko vil rammes
 - Marthinussen: «*en totalvurdering hvor det bør legges avgjørende vekt på om byggherrens vurdering alt i alt fremstod som forsvarlig og da først og fremst i forhold til hans egen interesse*». Støtte i LH-2010-49574: Ingen plikt til å handle slik at det øker egen risiko
- Akontobetaling i samsvar med entreprenørens krav: OK
 - Mulig unntak hvor BH har unnlatt å føre noen form for kontroll med fremdriften
- Utbetaling av innestående: OK, jf også Sandvik
- Unnlatelse av å benytte tilbakeholdsretten: OK, jf også Marthinussen
- Rene forskuddsutbetalinger for ikke utført arbeid: Ikke OK
- Men: Vanskelig å se grunnlaget for at hele garantiforpliktelsen skal bortfalle
 - Det riktige må være at BH tar risikoen for den ekstraordinære utbetalingen, ikke mer

- Kan påberope seg alle innsigelser som E hadde hatt
 - Smith: *det samme må antakelig gjelde selv om hoveddebitor gir direkte avkall på sin innsigelse, eller erkjenner riktigheten av det krav som fordringshaveren fremsetter.*
- Men også G må forholde seg til faktum
 - Smith: «Kausjonistens innsigelsesadgang rekker ikke lenger enn hoveddebitors»
 - Har f. eks E ikke tidsnok påberopt seg eller varslet ett eller annet, vil G være bundet
- Grense før/etter konkurs?
- Kan også ha selvstendige innsigelser
 - F. eks varslings
 - Men: Standardene aksepterer ikke innsigelser knyttet til mislighold fra E

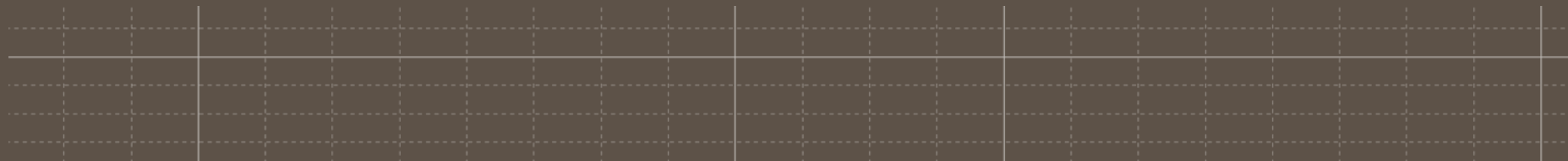
- BH kan velge å motregne med konnekse krav også i konkurs – særskilt dekningsprivilegium
- Ikke gitt at G bør ha slik rett, om BH først ikke vil
 - Vil være til fortrengsel for boet/kreditorfelleskapet, panthaver eller annen tredjemann som har rettigheter til kravene. Garantisten har tatt seg betalt for å yte usikret sikkerhet.
- Garantirettslig litteratur generelt positive til en «motregningsrett» for garantisten, men ikke i konkurs eller hvor tredjepart har overtatt kravene
- I en voldgiftsdom av 6. mars 2015 bygde retten på kontraktens hevingsbest.
 - «*[BH]s krav under Garantien er begrenset til det nettotapet selskapet har lidt som følge av [E]s vesentlige mislighold av Avtalen, hensyntatt de konnekse kravene [E] måtte ha. Selv om Banken overtok [E]s krav, og deretter avhendet [E]s krav til [E2], har [BH] til enhver tid kunnet motregne kravet med sitt eget krav mot [E]. Nettoregnskapet etter Avtalen vil uansett bli det samme. Det skal derfor gjøres fradrag for [E]s krav ved beregningen av det tapet [BH] kan kreve dekket under Garantien*»

- G kommer uansett ikke over null uten å eie kravene
- Men ikke upraktisk likevel når G først blir saksøkt

DOMSSLUTNING

1. [REDACTED] Utvikling AS dømmes til å betale Nordic Guarantee Försäkringsaktiebolag v/Försäkringsaktiebolaget Nordisk Garanti NUF kr. 4 008 209 – firemillionerogåttetusentohundreognikroner - innen 2 – to - uker fra forkynnelsen av denne dom, med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra 5. november 2009 og til betaling skjer.
2. [REDACTED] Utvikling AS dømmes til å betale sakskostnader til Nordic Guarantee Försäkringsaktiebolag v/Försäkringsaktiebolaget Nordisk Garanti NUF med kr. 653 875 – sekshundreogfemtitretusenåttehundreogsyttifemkroner – innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom.

Avslutning



Oppsummering: Hvordan håndtere garantisten i kontraheringen / før konkurssituasjonen?

- Lærdom nr 1: Mange går konkurs. Garanti er i praksis viktig. IKKE spar penger på å la være å stille garanti. Velg din medkontrahent med omhu
- Lærdom nr 2: Les alle garantidokumenter nøye. Sørg for at det er samsvar med kontraktens krav.
- Lærdom nr 3: Ikke foreta ekstraordinære uhjemlede utbetalinger under prosjektets gang, som vesentlig øker garantistens forventede eksponering (uten eventuelt å ta det opp med garantisten – kan jo være vinn vinn)

- Lærdom nr 1: Ivareta krav til formalia ved i) heving og ii) registreringsforretning
- Lærdom nr 2: Det er behov for umiddelbart å tilføre ledelsesressurser for å
 - Ivareta ny E/UE, herunder følge opp ny E/UE – både tid og penger (ikke minst å sikre fremdrift)
 - Ivareta problemene som oppstår mot alle andre aktører i prosjektet; fra byggherre/sideentreprenører til panthavere og leverandører -> her vil det komme en rekke krav på tillegg, utstyr vil bli borte osv. Tilleggskrav må håndteres, konkurs BH/E/UEs leverandører må håndteres osv
 - Ivareta konkursbo og garantist – varsling, registreringsforretning osv:
 - Dersom det må forseres for å unngå dagmulkt, for å om planlegge og styre forseringssituasjonen
- Lærdom nr 3: Invester i dokumentasjon for krav/tap (selv om dette er noe en egentlig ikke har tid til i en konkurssituasjon)
 - Ikke stol på at garantien dekker tapet – tapt blir gjerne mye større enn man tror
 - ✓ Garantisten er ikke nødvendigvis lett å ha med å gjøre. Invester i å dokumentere i) hva var utført pr konkurstidspunktet ii) hvilke krav oppsto fra andre aktører som følge av konkursen iii) hvilke tap E ble påført i forhold til egne arbeider
 - ✓ Garantien er uansett bare på 10% av kontraktssum

Lagspill gir resultater

